

ANUARIO LATINOAMERICANO DE
ARBITRAJE



ANUARIO LATINOAMERICANO DE
ARBITRAJE

**“SISTEMA DE ANULACIÓN DE
LOS LAUDOS CIADI”**

CARLOS A. SOTO COAGUILA
Director

CONSEJO CONSULTIVO

José María Alonso	Andrés Mezgravis Hatgi
José I. Astigarraga	Alexis Mourre
George A. Bermann	Felipe Osterling Parodi
R. Doak Bishop	Rodrigo Oreamuno
César Coronel Jones	Francisco Orrego Vicuña
Bernardo M. Cremades	Jan Paulsson
Fernando de Trazegnies Granda	Fernando Pelaez-Pier
Yves Derains	Jorge Sánchez Cordero Dávila
José Carlos Fernández Rozas	Erik Schäfer
Martin Hunter	Eduardo Silva Romero
Gabrielle Kaufmann-Kohler	Albert Jan van den Berg
Fernando Mantilla-Serrano	Claus von Wobeser
Pedro J. Martínez-Fraga	Arnoldo Wald
Fabiola Medina	Eduardo Zuleta Jaramillo

ASISTENTES

Pablo Esteban Tello
Orializ Espinoza Soto
Lizeth Coba Macedo
Alexa Estacio Morales
Roxana Ching Achahui

Nº 1

ANUARIO LATINOAMERICANO DE
ARBITRAJE

**DERECHOS RESERVADOS
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

© 2011, Anuario Latinoamericano de Arbitraje
© 2011, Instituto Peruano de Arbitraje
© 2011, Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, Diagramación e Impresión:
Organización Peruana Empresarial y de
Negocios SAC - OPENSAC
Jr. Joaquín Bernal N° 215, Dpto. N° 1103
Lince - Lima - Perú
RUC 20519427525
T- (5 1) 98553-3714 / 95415-0005
open.informes@gmail.com

Año 1, N° 1 - Setiembre 2011
Tiraje: 1,000 ejemplares

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2011-12146**

ISSN 2225-0107

Impreso en Perú

Distribución y contacto:
Instituto Peruano de Arbitraje - IPA
Calle Sevilla N° 156, Dpto. 201
Miraflores - Lima - Perú
T- (51 1) 221-7841 / 222-3397
informes@peruarbitraje.org
peruarbitraje@gmail.com
www.peruarbitraje.org

PRESENTACIÓN

EL INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA

EL INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA fue creado con la finalidad de promover y difundir el arbitraje doméstico e internacional en el Perú y América Latina. Con ese norte, el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE ha desplegado numerosas actividades de modo infatigable, publicando libros y revistas especializadas, así como organizando rigurosos eventos académicos, desayunos profesionales y reuniones de trabajo entre árbitros, magistrados, abogados corporativos y profesionales interesados en el arbitraje.

En la actualidad el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE se ha consolidado en el tiempo y es una institución reconocida a nivel internacional.

Las principales actividades y publicaciones del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE a la fecha son:

- ❖ CONGRESO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE, que desde el año 2007 se realiza anualmente en el Perú a fines de abril.
- ❖ PROGRAMA DE ALTA ESPECIALIZACIÓN EN ARBITRAJE INTERNACIONAL, evento que se realiza en Lima desde el año 2007 en el mes de julio o agosto.
- ❖ SEMINARIO NACIONAL DE ARBITRAJE, evento donde los árbitros, magistrados y abogados peruanos dialogan sobre problemas locales.
- ❖ CURSO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN DE ÁRBITROS, dirigido a formar a las futuras generaciones de árbitros peruanos.
- ❖ CONFERENCIA ANUAL IPA, espacio de diálogo entre árbitros latinoamericanos.
- ❖ ENCUENTRO DE JUECES Y ÁRBITROS PERUANOS, reunión de árbitros y magistrados peruanos con la finalidad de dialogar e intercambiar opiniones sobre la convivencia entre el arbitraje y la justicia estatal.
- ❖ CONGRESO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE COSTA RICA, evento co-organizado anualmente con la Cámara de Comercio de Costa Rica, cuyo propósito es congrega a los practicantes del arbitraje de Centroamérica.

- ❖ COLECCIÓN DE ARBITRAJE COMERCIAL Y ARBITRAJE DE INVERSIÓN, obra conformada por dos volúmenes: “El Arbitraje en el Perú y el Mundo” y “Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras”.
- ❖ TRATADO DE DERECHO ARBITRAL, los dos primeros volúmenes han sido dedicados al Convenio Arbitral, piedra angular del arbitraje.
- ❖ REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, revista especializada en arbitraje doméstico e internacional.
- ❖ ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE, publicación especializada que analiza aspectos específicos del arbitraje comercial y del arbitraje de inversiones.
- ❖ COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE, única obra en el Perú, conformada por dos voluminosos tomos, que contiene un análisis detallado de los artículos de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008.

EL PRIMER NÚMERO DEL ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE

Una de las importantes ventajas de someter un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o *ICSID*), sin lugar a dudas, es la renuncia que realizan los Estados receptores de la inversión al control judicial del laudo, con lo cual la eficacia y ejecución de los laudos arbitrales CIADI es mucho más efectiva frente a los laudos que se deben ejecutar bajo cualquier otra convención internacional, como por ejemplo, la Convención de Nueva York.

Según el Convenio Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIADI o Convenio de Washington), no existe causal alguna que se pueda alegar para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo. En consecuencia, el cumplimiento forzoso del laudo se puede solicitar en cualquiera de los 146 Estados que hasta ahora han ratificado el Convenio CIADI como si se tratase de una sentencia judicial dictada por un tribunal judicial perteneciente al Estado en que se solicita dicho cumplimiento.

Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 53 del Convenio CIADI, el laudo no puede ser objeto de apelación. El único recurso es el de nulidad. Según el artículo 52 del Convenio CIADI, la anulación total o parcial de un laudo CIADI sólo es posible ante un Comité *ad hoc* especialmente constituido para tales efectos y sólo en determinados supuestos taxativamente contemplados en el artículo 52, a saber: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Sin embargo, recientes decisiones de nulidad decretados por Comités *ad hoc* designados por el propio CIADI parecieran estar debilitando las ideas visionarias de los redactores del Convenio CIADI. Interpretaciones extensivas de las causales de nulidad

previstas en el Convenio parecieran estar haciendo del recurso de nulidad una especie de recurso de apelación, al punto que algunos se plantean la conveniencia de consagrar este último recurso ante un órgano permanente del propio CIADI.

Ante esta delicada situación, que es de conocimiento público, pues los laudos arbitrales CIADI y las decisiones de anulación de los Comités *ad hoc* son públicos en su gran mayoría, el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE ha decidido publicar el primer volumen de su ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE, bajo el tema: “Sistema de anulación de laudos CIADI”.

De este modo, el lector encontrará en el primer volumen del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE 18 ensayos de reconocidos árbitros, abogados, profesores y expertos en arbitraje internacional, que, desde distintas perspectivas, analizan la problemática descrita.

En tal sentido, invitamos a la comunidad jurídica arbitral a disfrutar de la lectura de cada uno de los trabajos contenidos en esta obra.

AGRADECIMIENTOS

Ninguna de la actividades o publicaciones del IPA serían posibles sin el trabajo de todo el equipo del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA. Por ello, nuestro agradecimiento a PABLO ESTEBAN TELLO, ORIALIZ ESPINOZA SOTO, ESTEFANÍA IGLESIAS BOBADILLA, ALEXA ESTACIO MORALES, LIZETH COBA MACEDO, ROXANA CHING ACHAHUI y MILTON JAVIER SALINAS LÁZARO.

Del mismo modo, nuestra gratitud a los miembros del Consejo Consultivo, a los autores y a nuestro querido amigo BERNARDO CREMADES por el honor de prologar el primer número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE.

Por último, invitamos a la comunidad arbitral a participar en el segundo número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE, el mismo que estará dedicado a la “*Extensión del Convenio Arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje*”.

Lima, Setiembre de 2011.

DR. CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje
Director del Anuario Latinoamericano de Arbitraje
Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI

PRÓLOGO

EL INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE inicia con este primer número del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE una de sus muchas iniciativas en favor de la difusión y fomento de la cultura arbitral en América Latina. Con acierto, ha decidido enfocar el sistema y la situación actual de la anulación de los laudos CIADI.

La globalización de la economía ha obligado al jurista a cambiar muchos de los esquemas que en nuestras facultades de Derecho habíamos aprendido y después enseñado. Con razón nos indicaba BERTHOLD GOLDMAN que la mención “*contrato administrativo internacional*” era una contradicción en sus puros términos. Si era administrativo, una de las partes, la Administración Pública, disfrutaba de unas facultades exorbitantes en la interpretación, ejecución o resolución del propio contrato. Si tuviera carácter internacional, el principio general del Derecho Internacional “*pacta sunt servanda*” obliga a serias reflexiones. En concreto, materias otrora reservadas a una competencia municipal, se han globalizado. El tratamiento de las aguas o de las basuras, por poner un ejemplo, ha exigido en bastantes casos fuertes inversiones para las que ha sido necesario atraer capital extranjero. Condición previa a dicha inversión ha sido la de requerir que los Estados receptores de la misma suscribieran tratados de protección de inversiones. Lo cierto es que, salvo concretas excepciones, los Estados latinoamericanos han ratificado la Convención de Washington de 1965 creando el Centro de Arbitraje del Banco Mundial, conocido por sus siglas en español CIADI, y numerosos tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones.

En todos estos tratados se rompe el protagonismo único de los Estados soberanos en el Derecho Internacional Económico. Los inversores, privados o públicos, personas físicas o jurídicas, tienen legitimación directa para iniciar un arbitraje en protección de sus inversiones frente al Estado receptor de las mismas si éste hubiera infringido alguno de los compromisos adquiridos en los tratados en cuestión. Se abandona la idea de que el inversor sólo pudiera acudir a la llamada protección diplomática y se sustituye ésta por el acceso directo a una tutela arbitral internacional.

Sin duda, la institución pionera de este sistema jurisdiccional y del nuevo Derecho Internacional Económico que está surgiendo en base a los numerosos laudos arbitrales es el CIADI. Las reclamaciones son resueltas por un tribunal de arbitraje designado de conformidad con lo establecido en la Convención de Washington de 1965 y de las normas dictadas en su aplicación. Los tribunales de arbitraje son soberanos en la tramitación del

procedimiento, en la prueba y verificación de los hechos alegados y en la ulterior decisión contenida en uno o más laudos arbitrales.

En casos muy excepcionales, el Convenio de Washington prevé un sistema de anulación de las sentencias arbitrales dictadas por dichos tribunales. No se trata de una apelación, pues el tratado no ha querido una revisión de lo decidido por los correspondientes tribunales de arbitraje. Para garantizar la seguridad jurídica se ha introducido la posibilidad de anulación del laudo si, como indica el artículo 52 del Convenio de Washington, pudiera entenderse que concurren una o más de las siguientes causas:

- a) Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente,
- b) Que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades,
- c) Que hubiera habido corrupción de algún miembro del Tribunal,
- d) Que hubiera quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, o
- e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Insistimos en que no se trata de una revisión de las decisiones adoptadas, ni en referencia a los hechos ni a la fundamentación jurídica de los laudos. Se trata, en consecuencia, de anular aquellos laudos en los que se hubiera quebrantado gravemente la seguridad jurídica en la forma como se desarrolló el procedimiento arbitral.

En un primer momento, cuando se utilizó por primera vez este sistema de anulación, cundieron las alarmas en la doctrina arbitral por entender que una anulación y vuelta a empezar de cero en el procedimiento arbitral para la protección del inversor suponía un grave peligro. La práctica posterior ha demostrado que estos temores carecían de base y que por el contrario el sistema establecido para la anulación de los laudos reforzaba la eficacia y la confianza de inversores y Estados demandados.

De las cinco causas de nulidad analizadas sólo tres han sido verdaderamente invocadas en las solicitudes de anulación. En concreto, si el Tribunal se hubiera *extralimitado manifiestamente* en sus facultades; si hubiera quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y si no se hubieren expresado en el laudo los motivos *en que se funde*.

Al recibo de la solicitud de nulidad, el Presidente del CIADI procederá a la inmediata constitución de una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros que el Centro tiene a propuesta de los Estados miembros del CIADI. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas con anterioridad. Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida a petición de cualquiera de las partes a la decisión de un nuevo Tribunal Arbitral que deberá constituirse y proceder de nuevo al estudio y decisión del caso.

Si la Comisión considerara que así lo exigen las circunstancias, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.

El sistema de anulación se constituye de esta forma en un elemento fundamental del sistema de arbitraje para la protección de inversiones en el marco del Banco Mundial, institución en la que se incardina el CIADI. Alejados los viejos temores, la actuación de las diferentes Comisiones que han estudiado las solicitudes de anulación han reforzado la confianza de inversores y Estados receptores de la inversión en el arbitraje CIADI. Unos y otros saben que en casos claramente graves el laudo arbitral puede ser anulado. El presente ANUARIO tiene el valor de analizar las diferentes decisiones de las Comisiones de anulación. El arbitraje CIADI se caracteriza por la gran transparencia de sus diferentes actuaciones, tanto a nivel de tribunales de arbitraje como de Comisiones de anulación. Frente al carácter confidencial y en muchos casos secreto del arbitraje comercial internacional, el de protección de inversiones parte de un punto de vista muy diferente. La participación de Estados soberanos exige, salvo excepciones muy concretas, publicidad ya que los Estados deben hacer frente al control parlamentario de sus compromisos, también de los que adquiera por vía arbitral. En los tratados de protección de inversiones los Estados realizan una oferta pública de someterse a arbitraje frente a los inversores del Estado de la otra parte contratante, oferta pública que es aceptada por los inversores cuando presentan su demanda de arbitraje reclamando las consecuencias derivadas de la infracción del Estado receptor de su inversión de sus compromisos internacionales y, en concreto, de los que haya suscrito por el concreto tratado.

Han sido muchos los procedimientos de arbitraje en el CIADI en los que se ha aplicado las normas de un Estado latinoamericano, el de la recepción de la inversión. Frente al monopolio anglosajón del Derecho Internacional, hoy podemos decir que la cultura latina está impregnando cada vez más al Derecho Internacional Económico elaborado en la jurisprudencia reiterada de los Tribunales y Comisiones de anulación en el marco del CIADI. Por eso considero de enorme interés la iniciativa del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE de recopilar tan interesantes trabajos sobre el sistema de anulación previsto en el Convenio de Washington de 1965.

No faltan las voces de quienes manifiestan su preocupación porque haya podido haber ciertas disparidades entre las decisiones de algunos Tribunales de arbitraje entre sí y, al mismo tiempo, en las decisiones de las Comisiones de anulación. La importancia de los temas tratados, la trascendencia social de los mismos, la autoridad de los árbitros que componen los Tribunales y las Comisiones de anulación en el marco del CIADI, la repercusión pública que han tenido, llevan a la preocupación sobre si ciertas contradicciones puedan poner en riesgo la seguridad jurídica internacional. De ahí, el acierto de publicar hoy tan interesantes trabajos.

Al lector le corresponde el juicio final sobre tantos temas interesantes que la lectura del presente ANUARIO le va a suscitar. En cualquier caso, valorará la importancia de la labor realizada por el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, en concreto por CARLOS SOTO en su infatigable gestión, para la difusión del arbitraje internacional, tanto comercial como de protección de inversiones. Las múltiples actividades anuales como el Congreso Internacional de Arbitraje y el Curso de Arbitraje de Protección de Inversión, sus diversas publicaciones

y hoy en concreto el inicio del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE son manifestaciones de una eficaz difusión del arbitraje en nuestra querida América Latina.

Madrid, Setiembre de 2011.

DR. BERNARDO M. CREMADES
Socio de B. Cremades y Asociados (Madrid)
Miembro del International Council for Commercial Arbitration (ICCA)
Miembro del Institute of World Business Law of the ICC
Vicepresidente de la London Court of International Arbitration - LCIA

Doctrina

Doctrina



DUKE ENERGY INTERNATIONAL PERU INVESTMENTS N° 1 LIMITED V. REPÚBLICA DEL PERÚ

ARIF HYDER ALI (*)
JOSÉ DANIEL AMADO (**)
CRISTINA FERRARO (***)

SUMARIO: *1. Introducción. 1.1. Arbitraje ante el tribunal CIADI. 1.2. Solicitud de anulación. 2. Alcance de la revisión del Comité ad hoc. 3. Revisión de la Decisión sobre Competencia. 3.1. Competencia racione materiae. 3.2. Competencia racione temporis. 3.3. Competencia referida a otros tribunales. 4. Revisión del laudo sobre el fondo. 4.1. Estabilidad tributaria. 4.2. Amnistía fiscal. 4.3. Buena Fe / Actos Proprios. 4.4. Daños. 5. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

Investments N° 1 Limited v. República del Perú.

El pasado 1 de marzo de 2011, el Comité *ad hoc* compuesto por el profesor Campbell McLachlan, el juez Dominique Hascher y el juez Peter Tomka emitió una decisión en el procedimiento de anulación en el caso *Duke Energy International Peru*

El Comité analizó la decisión de jurisdicción y el laudo sobre el fondo, ambos emitidos por el Tribunal Arbitral compuesto por Yves FORTIER (presidente, Canadá), Guido Santiago TAWIL (Argentina) y Pedro

(*) Director del Grupo de Práctica de Arbitraje Internacional de Crowell & Moring. Representó a Duke Energy como abogado principal en el arbitraje ante el CIADI y en el proceso de anulación contra la República del Perú. Arif fue Asesor Legal Principal en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO) y Jefe de Sección en la Comisión de las Naciones Unidas para Indemnizaciones. También ejerció en el área del derecho internacional público y el arbitraje internacional en París. Adicionalmente es Profesor Adjunto de Derecho de la Universidad de Georgetown y Profesor Honorario de la Universidad de Dundee. Habla con fluidez francés, español, hindi y urdu, y también habla portugués y bengalí.

(**) Socio de Miranda & Amado Abogados. Representó a Duke Energy en el arbitraje ante el CIADI y en el proceso de anulación contra la República del Perú. Es Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master of Laws por Harvard University. Fue Jefe del Gabinete de Asesores y Secretario General del Consejo de Ministros en el Gobierno del Perú. Profesor en temas de Arbitraje Internacional, Regulación y Derecho Corporativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad del Pacífico, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicada (UPC) y la Universidad ESAN.

(***) Asociada del Grupo de Práctica de Arbitraje Internacional en Crowell & Moring. Tiene experiencia representando a inversionistas y Estados en procedimientos arbitrales bajo las reglas del CIADI. Es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y tiene una maestría en derecho de la Universidad de Nueva York (NYU), donde obtuvo la beca Arthur T. Vanderbilt.

NIKKEN (Venezuela), y rechazó la solicitud de anulación presentada por Perú, quien solicitó la anulación de la decisión de competencia en su totalidad y la anulación parcial del laudo.

1.1. Arbitraje ante el tribunal CIADI

En los años noventa el Perú adoptó un nuevo marco legislativo con el objeto de promover la inversión privada en el país. Una de las figuras introducidas con este nuevo marco legal fue la de los convenios de estabilidad jurídica. Estos convenios, celebrados entre inversionistas y el Estado, se rigen por el Código Civil y no están sujetos a modificación unilateral por parte del Estado.

La privatización de Egenor (Empresa de Generación Eléctrica Nor Perú S.A.) se llevó a cabo en 1996. Como resultado de la privatización, Dominion Energy, Inc. obtuvo la participación mayoritaria en esta empresa. Luego de la privatización, Egenor se fusionó con Power North S.A. y, como parte de esta fusión, se revaluaron activos de Egenor. Esta transacción se realizó con la participación de Dominion Energy como accionista mayoritario y Electroperú y Electrolima (empresas de propiedad del Estado peruano) como accionistas minoritarios.

En 1999, mediante una serie de transacciones y con la aprobación del Estado peruano, como exigía el acuerdo de privatización suscrito con Dominion, Duke Energy adquirió Egenor. En el contexto de esta adquisición se suscribieron convenios de estabilidad jurídica entre el Estado peruano y empresas de Duke Energy, y se asignaron algunos de los convenios suscritos originalmente con Dominion Energy, procurando otorgar a Duke Energy la misma protección que se había otorgado a Dominion Energy en el contexto de la privatización.

Luego de la celebración de estos convenios, a finales de 2001 la autoridad tributaria peruana, SUNAT, realizó una acotación tributaria contra Egenor correspondiente a los ejercicios fiscales 1996, 1997, 1998 y 1999. La acotación estableció que la fusión entre Egenor y Power North debía tener efectos tributarios porque se había realizado con la intención de eludir normas tributarias, y que la depreciación de activos no había sido realizada conforme a una norma especial. Duke Energy, mediante su subsidiaria, Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. (DEI Bermuda) presentó reclamos basados en el convenio de estabilidad jurídica celebrado con el Perú por los daños generados como consecuencia de esta acotación tributaria.

Se presentaron varios reclamos alegando el incumplimiento de las siguientes garantías contenidas en el convenio de estabilidad jurídica celebrado por DEI Bermuda: (1) trato igualitario y no discriminación, (2) garantía de estabilidad jurídica del régimen tributario, (3) garantía de libre repatriación de la inversión, y (4) obligaciones de trato justo y buena fe, y de la doctrina de los actos propios (como obligaciones implícitas en todos los contratos conforme al Código Civil del Perú).

En la Decisión de Competencia, emitida con fecha 1 de febrero de 2006, el Tribunal determinó que la diferencia caía dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal. En el Laudo de fecha 18 de agosto de 2008, el Tribunal concluyó que se había violado la garantía de estabilidad jurídica otorgada a favor de DEI Bermuda mediante la determinación por revaluación de activos. Asimismo, la mayoría determinó que dicha determinación constituía un incumplimiento al deber implícito de buena fe, contenido en el convenio de estabilidad jurídica celebrado con DEI Bermuda. En

consecuencia, el Tribunal ordenó el pago de más de 18 millones de dólares en daños.

1.2. Solicitud de anulación

La solicitud de anulación de la Decisión de Competencia se basó en la causal de anulación referida a la extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal, contenida en el artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI. En relación con esta causal, el Perú argumentó que el Tribunal había ejercido competencia (*ratione materiae, ratione personae y ratione temporis*) excediendo el ámbito del consentimiento otorgado. Además, se alegó que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable, al ir más allá del lenguaje del convenio de estabilidad jurídica con DEI Bermuda.

La anulación parcial del laudo se solicitó sobre la base de las causales contenidas en los artículos 52(1)(e) (falta de motivación) y 52(1)(d) (quebrantamiento grave de una norma de procedimiento). Al respecto, el Perú argumentó que el Tribunal no motivó adecuadamente su decisión de no aplicar el lenguaje llano del convenio de estabilidad jurídica con DEI Bermuda, y al no aplicar el derecho aplicable y no respetar el ámbito del consentimiento, el Tribunal habría quebrantado gravemente una regla fundamental de procedimiento.

En particular, el Perú solicitó la anulación del Laudo en relación con los siguientes puntos: (i) los efectos de la estabilidad tributaria, en particular si la determinación por revaluación de activos violaba la garantía de estabilidad jurídica; (ii) el efecto del acogimiento por parte de Egenor a una amnistía tributaria; (iii) la conclusión del Tribunal respecto del deber de buena fe y la

doctrina de los actos propios; y (iv) la determinación de los daños.

2. ALCANCE DE LA REVISIÓN DEL COMITÉ *AD HOC*

Antes de revisar las decisiones del Tribunal, el Comité comentó sobre los alcances de la revisión que corresponde en el marco de un proceso de anulación. En primer lugar, el Comité se refirió a la aplicabilidad de las normas del Derecho Internacional consuetudinario en la interpretación del artículo 52 del Convenio CIADI, el cual otorga facultades de anulación a los Comités *ad hoc*. En particular, el Comité destacó las normas reflejadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El Comité reconoció que sus facultades para considerar las objeciones planteadas por las partes se encuentran enmarcadas por las causales establecidas en el artículo 52(1). Este hecho, en opinión del Comité, distinguiría el recurso de anulación de un recurso de apelación el cual no está disponible bajo el Convenio CIADI¹.

Luego, el Comité se refirió a la utilidad de remitirse a decisiones de otros Comités *ad hoc*. El Comité opinó que tales decisiones pueden ayudar a “arrojar luz sobre ciertos aspectos del proceso interpretativo” y a “determinar la existencia de un principio general del derecho”². Sin embargo, aclaró que tales decisiones no son formalmente vinculantes.

En relación con las causales de anulación contenidas en el artículo 52 del Convenio CIADI, el Comité señaló que cada una de ellas es suficiente para la anulación de un

¹ Artículo 53(1) del Convenio CIADI.

² *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Limited v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Decisión del Comité Ad Hoc, 1 de marzo de 2011, pará. 88.

laudo, y cada una tiene un objeto y propósito distinto³. El Comité reconoció que en la práctica un mismo aspecto de una decisión podía ser atacado simultáneamente por varias causales. Sin embargo, consideró que las partes al solicitar la anulación deberán identificar de manera separada cómo cada una de estas causales se presenta en la decisión impugnada.

El Comité destacó la importancia de la causal referida a la extralimitación manifiesta de facultades, vinculada directamente al principio del consentimiento mutuo. Al respecto, el Comité comentó que las atribuciones de un tribunal surgen del acuerdo o compromiso entre las partes y, por tanto, la cuestión de si el tribunal ha excedido sus facultades debe resolverse con referencia al acuerdo entre las partes.

En relación con el requisito de que la extralimitación sea manifiesta, el Comité indicó que ello implica que no se puede anular un laudo si la posición del tribunal sobre una cuestión de derecho es “defendible”. Es decir, una decisión será anulable solamente cuando la posición del tribunal resulte insostenible, al no estar respaldada por argumentos razonables. Además, el Comité deberá tomar en cuenta los hechos del caso como se presentaron al tribunal, sin reabrir el debate sobre cuestiones de hecho.

3. REVISIÓN DE LA DECISIÓN SOBRE COMPETENCIA

En la Decisión sobre Competencia, el Tribunal determinó que tenía competencia para resolver la diferencia. En primer lugar, el Tribunal determinó que los reclamos no estaban limitados a la inversión de US\$ 200

millones referida en el convenio de estabilidad jurídica. El Tribunal fundamentó su decisión explicando que aplicar esta limitación sería interpretar el convenio de manera formalista, ignorando el contexto en el cual se realizó. Así, el Tribunal siguió una línea de tribunales CIADI anteriores que reconoció la unidad de la inversión.

Sin embargo, el Tribunal precisó que los reclamos que podían interponerse en el arbitraje debían basarse exclusivamente en las garantías otorgadas en el convenio de estabilidad jurídica con DEI Bermuda, y no en algunos de los otros instrumentos legales en los cuales participaron empresas vinculadas.

Además, el Tribunal resolvió que el momento relevante para determinar la competencia *ratione temporis* era el momento en que surge la diferencia entre las partes. En este caso, dicha diferencia surgió después que se impuso la determinación fiscal.

3.1. Competencia *ratione materiae*

El Perú argumentó que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho aplicable para determinar el alcance del acuerdo de arbitraje. El Perú sostuvo que el acuerdo de arbitraje estaba regido exclusivamente por el derecho peruano, específicamente por el derecho de los contratos.

El Comité observó que cuando las partes no han elegido una legislación específica para que sea aplicable al acuerdo de arbitraje⁴ pero han acordado someter sus diferencias a arbitraje bajo el Convenio CIADI “se-

³ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Limited v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Decisión del Comité Ad Hoc, 1 de marzo de 2011, pará. 92.

⁴ Las partes habían elegido expresamente la aplicación de la legislación peruana para el contrato principal. Sin embargo, en aplicación del principio de separabilidad del acuerdo de arbitraje, el acuerdo de arbitraje no tiene que estar sujeto a la misma legislación que se aplica al contrato principal.

ría artificial e incorrecto referirse solamente al derecho aplicable al contrato principal para determinar el alcance del acuerdo de arbitraje⁵⁵. El Comité observó que el Tribunal no ignoró la legislación del Perú y procedió de conformidad con el enfoque adoptado en casos CIADI anteriores de interpretar la voluntad común de las partes de buena fe⁶. Así, el Comité concluyó que el Tribunal no había aplicado la legislación incorrecta para determinar el alcance del consentimiento de las partes.

Con respecto a la causal de falta de motivación, el Comité resolvió que el Tribunal sí expuso los motivos de su decisión sobre la competencia *ratione materiae*, respondiendo específicamente a cada una de las excepciones planteadas por el Perú. Cabe indicar que el Comité señaló que no correspondía evaluar si estos motivos eran “correctos o convincentes”, ya que ello escaparía del alcance de la revisión que corresponde en un proceso de anulación bajo el Convenio CIADI, asemejándose más bien a una apelación. Así, el Comité no se pronunció sobre las críticas planteadas a la pertinencia del razonamiento del Tribunal.

El Perú solicitó la anulación de la Decisión de Competencia alegando adicionalmente que al no aplicar el derecho apropiado se quebrantó una norma fundamental de procedimiento. El Comité observó que se estaba criticando el resultado de la decisión del Tribunal, pero no se había logrado identificar una norma fundamental de procedimiento que hubiese sido vulnerada.

3.2. Competencia *ratione temporis*

El Perú argumentó que el Tribunal no se pronunció respecto de su argumento de que la garantía de estabilidad tributaria no debía aplicarse de manera retroactiva, lo cual constituiría una extralimitación manifiesta de facultades y un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

El Comité reconoció que un tribunal debe identificar los hechos que originaron la controversia, ya que su competencia está limitada a reclamos que se funden en obligaciones que se encuentren vigentes en el momento en que se produce el supuesto incumplimiento. Sin embargo, el Comité determinó que el Tribunal había decidido que el hecho que originó la diferencia entre las partes fue la determinación fiscal emitida después de la entrada en vigencia del convenio de estabilidad jurídica celebrado con DEI Bermuda. Así, el Comité entendió que el Tribunal sí decidió sobre la cuestión sustantiva planteada por el Perú, y consideró que no había fallas en su razonamiento.

3.3. Competencia referida a otros tribunales

El Comité desestimó la impugnación según la cual el Tribunal se habría arrogado injustificadamente la competencia de otros tribunales elegidos por las partes bajo otros convenios de estabilidad jurídica, extralimitándose en sus facultades. El Comité rechazó la posición que afirmaba que el Tribunal había tomado una decisión basada en equidad y no en el derecho. Afirmó que el Tribunal estaba facultado

⁵⁵ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Limited v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/28, Decisión del Comité Ad Hoc, 1 de marzo de 2011, pará. 139.

⁶ El Comité se refirió en particular a la Decisión de Jurisdicción del caso *Amco Asia Corp. v. Indonesia* del 25 de setiembre de 1983.

para interpretar el convenio tomando en cuenta las intenciones de las partes y ello no significó que se hubiera reemplazado el derecho por la equidad.

4. REVISIÓN DEL LAUDO SOBRE EL FONDO

4.1. Estabilidad tributaria

El Perú criticó la decisión del Tribunal sobre este punto principalmente debido a la falta de expresión de motivos, bajo el artículo 52(1)(d), pero también presentó argumentos vinculados a la extralimitación manifiesta de facultades y el quebrantamiento de una norma de procedimiento.

El Comité siguió el enfoque adoptado en *MINE*⁷ y *Vivendi*⁸ para definir cuándo debe anularse un laudo debido a la falta de expresión de motivos. De acuerdo a estas decisiones, la motivación será suficiente cuando permita comprender al lector el razonamiento del tribunal, y cómo éste llegó a su conclusión. Bajo esta óptica, la anulación puede ser evitada cuando el Comité pueda comprender los motivos del laudo en base al expediente del caso.

El Perú argumentó que el Tribunal había malinterpretado su posición, lo cual derivaba en una contradicción en la motivación del laudo. El Comité revisó las conclusiones del Tribunal respecto del vínculo entre el convenio de estabilidad jurídica con DEI Bermuda y el convenio con Egenor, a la luz de las posiciones de las partes (refiriéndose en particular a declaraciones realizadas en la audiencia) y no encontró inconsistencias que constituyan falta de motivación.

El Perú argumentó también que el Tribunal no había explicado cómo reconcilió la aplicación del Código Civil con el Reglamento de Inversiones, lo cual a su vez consistiría un exceso de facultades por no aplicar el derecho aplicable. El Comité determinó que el Tribunal había tomado en cuenta los informes de los expertos en derecho peruano presentados por las partes para llegar a su conclusión de que la legislación del Perú permitía un reclamo por daños. El Comité consideró que no era su labor determinar si el Tribunal había evaluado “correctamente” el contenido del derecho aplicable. Asimismo, tampoco correspondía al Comité reevaluar las decisiones del Tribunal respecto de la admisibilidad y valor probatorio de las pruebas.

Finalmente, el Perú sostuvo que el razonamiento del Tribunal no era adecuado por no explicar su decisión respecto de que la garantía de estabilidad tributaria se extendía no solamente a cambios en el texto de la ley, sino también a cambios en su interpretación. El Comité consideró que los pasos seguidos por el Tribunal en su análisis sobre este punto fueron lógicos y completos, y que el Tribunal había analizado las pruebas sobre la legislación del Perú. Así, concluyó que esta parte del laudo estaba adecuadamente fundamentada.

4.2. Amnistía fiscal

El Perú solicitó la anulación parcial del laudo criticando el análisis del Tribunal de los efectos del acogimiento de DEI Egenor a la amnistía fiscal otorgada por la autoridad tributaria peruana. El Perú sostuvo que el Tribunal no analizó el argumento

⁷ *Maritime International Nominees Establishment v. Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Anulación, 14 de diciembre de 1989.

⁸ *Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y Vivendi Universal v. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002.

de que la amnistía tenía tanto efectos sustantivos como procesales, lo cual constituía una falta de motivación y extralimitación de facultades.

El Comité analizó la decisión del Tribunal y determinó que éste había analizado la cuestión de derecho planteada, sin presentar fallas en su razonamiento. El Comité señaló que bajo el artículo 52(1)(e) no es necesario para un tribunal analizar todos los argumentos planteados por las partes, siempre que ello no cause una falla en la inteligibilidad del laudo. El Comité indicó que un Tribunal tampoco excedía en sus facultades al omitir analizar uno de estos argumentos. Sobre este punto, compartió la opinión del Comité de anulación del caso *Seychelles*⁹, según la cual lo que corresponde al tribunal es tratar objetivamente la cuestión de derecho sometida a su decisión y llegar a una conclusión al respecto. Adicionalmente, el Comité destacó que el Tribunal había reconocido las consecuencias tanto sustantivas como procesales de la amnistía fiscal.

4.3. Buena Fe / Actos Propios

El Perú criticó la decisión adoptada por la mayoría del Tribunal sobre este punto por la falta de aplicación de la legislación del Perú como derecho aplicable, lo cual constituiría una extralimitación manifiesta de facultades. El Comité no analizó la solicitud de anulación planteada en relación con esta sección del laudo porque consideró que las opiniones de la mayoría sobre este punto eran *obiter dicta*. La anulación respecto de este punto fue solicitada por el Perú previendo la posibilidad que la decisión del Tribunal respecto de la existencia de una

violación de la obligación contractual de estabilidad jurídica fuese anulada. Debido a que ello no ocurrió, fue innecesario para el Comité pronunciarse.

4.4. Daños

Al cuantificar los daños que correspondía aplicar, el Tribunal consideró los informes presentados por los expertos convocados por las partes. Después de considerar la metodología de cada experto y las críticas formuladas por el otro experto, el Tribunal concluyó que podía confiar en los cálculos del Sr. Kaczmarek (el experto de Duke), y que no podía verificar los cálculos del Sr. Bustamante (experto convocado por Perú). Por lo tanto aceptó la suma calculada por el Sr. Kaczmarek.

El Perú argumentó que el Tribunal no explicó los motivos por los cuales consideró que la metodología del experto convocado por el Perú era inadecuada. Adicionalmente, el Perú sostuvo que de haber tenido dudas, el Tribunal debió llamar al Sr. Bustamante en la audiencia para que aclare esta situación. El no haberlo hecho consistiría en una violación al derecho procesal fundamental a ser escuchado durante el procedimiento.

El Comité, siguiendo el caso *Rumeli*¹⁰, indicó que el Tribunal posee un margen considerable de discrecionalidad para determinar la cuantía de los daños. Asimismo, recalcó que no correspondía al Comité revisar las decisiones del Tribunal respecto de la valoración y admisibilidad de la prueba. El Comité notó que no se había negado a las partes la oportunidad de plantear sus posiciones en relación con la cuantificación

⁹ *CDC Group plc v. la República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005.

¹⁰ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión sobre Anulación, 25 de marzo de 2010.


de los daños, y el Tribunal estaba facultado para aceptar informes de expertos por escrito y valorarlos sin tener la obligación de escuchar testimonios orales.

5. CONCLUSIONES

El Comité rechazó la solicitud de anulación del Perú. Sin embargo, el Comité reconoció que el Perú condujo el procedimiento de manera profesional y constructiva, presentando argumentos que requirieron de una extensa consideración por parte del Comité, lo cual fue tomado en cuenta al distribuir los costos del proceso.

La posición del Comité en este caso es consistente con la corriente predominante en las decisiones emitidas por Comités de anulación recientemente, interpretando de manera más bien estricta las causales de anulación contenidas en el artículo 52 del Convenio CIADI. A diferencia de lo que sucedió en las primeras decisiones de anulación, las cuales suelen ser referidas como de ‘primera generación’, hoy la mayoría de

Comités no realiza una revisión sustantiva del laudo. Por el contrario, estos Comités han entendido que la revisión a su cargo pretende asegurar que la manera en la cual un tribunal llegó a su decisión se adecúe a lo dispuesto por el Convenio CIADI, pero no asegura necesariamente que el contenido de la decisión en sí mismo sea ‘correcto’.

Cabe mencionar que, a diferencia de lo ocurrido en esta decisión, algunas decisiones emitidas por Comités de anulación se han pronunciado sobre aspectos de la decisión de fondo del Tribunal. Por ejemplo, en el caso *CMS*¹¹, el Comité de anulación criticó el análisis del Tribunal, considerando que éste había cometido importantes errores de derecho. Sin embargo, tomando en cuenta los límites de su mandato, no anuló el laudo sobre la base de dichos errores. El Comité en el caso *Duke*, por el contrario, ha evitado pronunciarse respecto de la decisión de fondo del Tribunal, limitándose a resolver sobre la aplicación de las causales de anulación contenidas en el artículo 52 del Convenio CIADI. 

¹¹ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/8, Decisión del Comité Ad Hoc, 25 setiembre de 2007.

LA TENTACIÓN PEDAGÓGICA DE ALGUNOS COMITÉS DE ANULACIÓN DEL CIADI

YVES DERAINS (*)

1. Los Comités de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”) no son tribunales de apelación. En aplicación del artículo 52(1) del Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “Convenio”), los Comités de anulación solo pueden anular un laudo en base a una o más de las siguientes causas:

- Constitución incorrecta del Tribunal Arbitral;
- Extralimitación manifiesta de sus facultades por el Tribunal Arbitral;
- Corrupción de algún miembro del Tribunal Arbitral;
- Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento;
- Ausencia de motivación.

Un Comité de anulación puede anular un laudo total o parcialmente, pero no está habilitado a sustituir su razonamiento al del Tribunal Arbitral cuando considera que el

Tribunal se equivocó. Como lo notó con mucha justeza el Comité *ad hoc* en el caso *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile S.A. c. Chile*¹, un Comité de anulación puede borrar la cosa juzgada pero, en un tema de fondo, no puede crear una nueva cosa juzgada. Además, como fue decidido por el Comité *ad hoc* en el caso *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea*², el artículo 53 del Convenio que excluye el recurso de apelación, se opone a que el control de la existencia de motivos se transforme en un control de la pertinencia de los motivos.

2. Sin embargo, parece que para algunos Comités, esta autolimitación de sus facultades es insoportable. No pueden conformarse y consideran como parte de sus deberes expresar y a veces imponer sus propias concepciones sobre las soluciones de fondo y explicar a los árbitros su visión en materia de buenas reglas de conducta. Incluso, el Comité *ad hoc* en el caso *MTD*, sin anular el laudo, porque tenía una concepción correcta de su misión, no supo evitar la tentación pedagógica, aunque de modo benigno. En

(*) Socio del Bufete Derains & Gharavi, Francia; Árbitro Internacional; Ex Secretario General de la Corte de Arbitraje de la CCI. Miembro del Colegio de Abogados de París y Presidente del ICC Institute of World Business Law; Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola, Perú; Profesor Honorario de la Universidad del Pacífico, Perú.

¹ Decisión del 21 de marzo de 2007, *Journal du Droit International*, 2008, p. 326, anotación de E. GAILLARD.

² Decisión del 22 de diciembre de 1989, 4 *ICSID Reports* 61. § 5.08.

cuanto a la evaluación del daño hace notar que aunque no se pueda hablar de ausencia de motivos, la motivación está muy escueta. Hay casos más grave: En el caso *CMS Gas transmission Cy c. República Argentina*³, el Comité *ad hoc* indicó que la motivación del Tribunal Arbitral relativa al estado de necesidad no era apropiada (§ 125), pudiendo ser más clara, pero que un lector atento es capaz de entender el razonamiento del Tribunal (§ 127). La motivación está salvada! Sobre la alegada extralimitación manifiesta de facultades, en cuanto al mismo tema, el Comité también rechaza la solicitud de anulación, pero no se priva del placer de hacer notar que considera que el análisis jurídico del Tribunal Arbitral es erróneo. El Comité presenta lo que considera ser el razonamiento justo y declara que el carácter limitado de su competencia según el artículo 52 del Convenio le impide sustituir su propia opinión jurídica y su apreciación de los hechos. No obstante, el análisis defectuoso de la norma jurídica, el Tribunal aplicó la norma jurídica adecuada. La conclusión del Comité fue que la anulación por extralimitación de las facultades del Tribunal no era posible. Por motivos que no son necesariamente correctos, el Comité anuló la parte de la decisión del Tribunal sobre la violación, por parte de la República Argentina de su obligación de respetar sus compromisos plasmada en el Tratado aplicable. Sin embargo, esta conclusión no conlleva consecuencias económicas, porque las otras decisiones del Tribunal, no anuladas por el Comité (a regañadientes en algunos casos), justifican la condenación de la República Argentina.

3. Las preocupaciones pedagógicas del Comité *ad hoc* son evidentes. Por una parte, en cuanto a la violación de la obligación del Estado argentino de respetar sus compromisos, el Comité expone el razonamiento

que considera como ideal y lo compara al razonamiento del Tribunal. Como el Tribunal se apartó del punto de vista doctrinal del Comité, su decisión al respecto es anulada. El Comité no se preocupa de su incompetencia para valorar el contenido de fondo de una motivación, a partir del momento que su existencia no puede ser disputada. Lo que le importa es que prevalezca su concepción de derecho, aunque fuera inútil en la práctica porque la decisión económica final de los árbitros, que se apoya también sobre otras violaciones, es mantenida. Sin embargo, la preocupación pedagógica del Comité es aún más notable cuando critica con una extrema severidad la motivación del laudo, relativa al estado de necesidad. Otros ejemplos de esta tentación pedagógica, a la cual algunos Comités de anulación del CIADI no saben resistir, podrían ser proporcionados.

4. El caso *Vivendi II* es aún más ilustrativo y, a mi modo de ver, más grave. El 13 de diciembre de 2007, la República Argentina presentó a la Secretaria General del CIADI una solicitud de anulación del laudo emitido el 20 de agosto de 2007 (el “Laudo”). Este Laudo había sido emitido por un Tribunal Arbitral compuesto por el Sr. J. William ROWLEY (canadiense), la Profesora Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (suiza) y el Sr. Carlos BERNAL VEREA (mexicano), en un procedimiento de arbitraje entre *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3). Se refiere a este caso como *Vivendi II* porque un primer laudo del 21 de noviembre de 2000 había sido anulado por un primer Comité *ad hoc*, anulación que fue seguida de una nueva presentación del caso ante el CIADI.

5. La controversia tenía su origen en un contrato de concesión de 1995 suscrito por

³ Decisión del 21 de septiembre de 2007, *Journal du Droit International*, 2008, p. 350, anotación de E. GAILLARD.

una sociedad francesa, la *Compagnie Générale des Eaux*, y su filial argentina, Compañía de Aguas del Aconguija S.A., y la provincia argentina de Tucumán, en el marco de la privatización de los servicios de agua y desagües cloacales en dicha provincia. Las empresas demandaron a la Argentina frente al CIADI por la violación del Tratado bilateral de inversiones entre la Argentina y Francia. En el laudo de 2000 el Tribunal desestimó las demandas. El laudo de 2007 condenó a la República Argentina a pagar 105 millones de dólares, más intereses por incumplimiento de los estándares de expropiación, trato justo y equitativo y plena protección y seguridad.

6. Un Comité de Anulación conformado por el Dr. Ahmed S. EL KOSHERI (egipcio), el Prof. Jan HENDRIK DALHUISEN (holandés) y el Embajador Andreas J. JACOVIDES (chipriota), resolvió rechazar la solicitud de anulación presentada por la República Argentina contra el laudo. Entre las causales establecidas en el artículo 52(1) del Convenio CIADI, la República Argentina invocaba la supuesta constitución incorrecta del Tribunal Arbitral para solicitar la anulación del laudo. Esta solicitud se basó en dos causas principales:

- Que la Profesora KAUFMANN-KOHLER no cumplía con los requisitos impuestos por el Convenio CIADI y, por lo tanto, debería haber sido descalificada durante los procedimientos, si la información relevante hubiese sido revelada (artículo 52(1)(a) y (d) del Convenio).
- Que por no haberse revelado una circunstancia que da lugar al conflicto de intereses, la República Argentina se vió privada de la posibilidad de recusar a la Profesora KAUFMANN-KOHLER. Esto impidió la debida aplicación del procedimiento para la selección y recusación de

los árbitros. Si la información relevante hubiera sido revelada, la capacidad de la Profesora KAUFMANN-KOHLER para ser árbitro hubiera podido ser evaluada y, por lo tanto, la composición del Tribunal hubiera violado las reglas y los principios plasmados en el Convenio CIADI.

7. El hecho invocado por la República Argentina era que la Profesora KAUFMANN-KOHLER era miembro del directorio, Presidenta del Comité de Nominaciones y miembro del Comité de Responsabilidad Societaria del banco suizo UBS, cuando este banco tenía acciones con derecho a voto en *Vivendi* por un valor aproximado de EUR 477.000.000 (2,38% de EUR 20.044.000.000), siendo el mayor accionista de *Vivendi*.

8. La primera preocupación del Comité *ad hoc* fue subrayar, en los términos siguientes, que su papel no se limita a decidir casos concretos de anulaciones de laudos a la luz del artículo 52 del Convenio, sino que le compete también “proteger la integridad del sistema” CIADI: “[200]. *La República Argentina señala que el papel del Comité ad hoc ‘es proteger la integridad del sistema’. El Comité ad hoc coincide con esta posición. Por ende, esta premisa fundamental no está en discusión, y todas las causales de anulación invocadas en este caso deben abordarse a la luz de esta consideración de política fundamental.*”

9. El Comité constató, después, que los hechos relativos a la situación de la Profesora KAUFMANN-KOHLER no eran controvertidos: “[202] *No ha sido controvertido el hecho de los hechos y circunstancias que afectaban la capacidad de la profesora KAUFMANN-KOHLER para servir como árbitro fueron recién descubiertos cuando el segundo laudo ya había sido dictado. La Profesora KAUFMANN-KOHLER no comunicó este hecho a ninguna de las partes involucradas en*

los arbitrajes en el que ella actuaba como árbitro cuando fue nombrada miembro del directorio de UBS. Dicho nombramiento no se podía considerar de conocimiento público.”

10. Sobre la base de esta premisa, el Comité se dedicó a un análisis abstracto de lo que consideraba ser los deberes de un árbitro que ocupa una posición de director en un banco internacional: “[204]. Una cuestión básica es la compatibilidad de la posición de director en un banco internacional principal con la función de árbitro internacional. Esto concierne a los conflictos de intereses que resultan o pueden resultar cuando se combinan estos cargos y a la forma en que, en esas situaciones, el árbitro debe abordar y manejar estos conflictos presentes o potenciales, en especial en términos de (a) la investigación de cualquier conexión entre el banco y las partes de los arbitrajes pendientes; (b) la revelación de tales conexiones a las partes en dichos arbitrajes, si el árbitro desea continuar; y (c) la notificación de la designación a las partes, al margen de cualquier conexión que pudieran existir, de manera que éstas puedan estar debidamente informadas”.

11. Eso permitió al Comité, siempre de modo abstracto y a la luz de su previo análisis, disertar sobre las consecuencias de una falta de revelación de un supuesto conflicto de intereses, teniendo en cuenta su autoproclamada responsabilidad para con la integridad del sistema CIADI. Esta disertación es interesante y justifica que largos extractos de ella sean citados para contrastarlos con la decisión final:

“[205] Otra cuestión adicional es definir las consecuencias, en términos de la anulación, de una supuesta falta básica de investigación, revelación o información.

[206] El Comité ad hoc es consciente de su seria responsabilidad en asuntos de esta naturaleza, los cuales no solo conciernen la continuidad de la validez del segundo laudo sino también, como ya se mencionó y más particularmente, la integridad del proceso ante el CIADI en su conjunto, que es lo que subyace en forma clara y no controvertida en el artículo 52 del Convenio CIADI.”

(...)

[218] (...) Dado que un banco internacional de importancia tiene conexiones con, o bien tiene un interés en casi todas las grandes empresas internacionales (que también son empresas que tienen más posibilidades de estar involucradas en arbitrajes internacionales), esto sugiere que los cargos de director de un banco de esta índole y de árbitro internacional podrían ser compatibles, o no deberían serlo, en el contexto del arbitraje internacional moderno, o bien no deberían combinarse más.

[219] Como mínimo, el Comité ad hoc considera que hay razones para ejercer una gran cautela, en especial en los casos del CIADI en los cuales el interés público está frecuentemente en juego.

[220] Significa fundamentalmente que cualquiera que aspire a una posición de director en un banco internacional de importancia debería entender el posible alcance de los intereses de dicho banco, y la posibilidad de conflicto debería ser clara, en particular, para todos los árbitros senior y de experiencia que acepten dichas posiciones (...)

- [221] *Cualquier árbitro que aun así desee combinar ambas funciones debe por ende realizar un esfuerzo especial para tratar apropiadamente y con mucho cuidado los conflictos que puedan surgir.”*
- [222] *El Comité ad hoc considera que esto no solo exige que cualquier árbitro que llegue o haya llegado a ser miembro del directorio de un banco internacional de importancia deba primero investigar en forma específica si el banco tiene alguna conexión con alguna de las partes del arbitraje pendiente o si dicho árbitro tiene algún interés en alguna de ellas; sin embargo, si el árbitro decide, en principio, continuar, también debe notificar a las partes de cada arbitraje de tal conexión o interés. Esto impone un continuo deber de investigación.”*
- [223] *Esta obligación no puede considerarse cumplida solo por proporcionarle al banco, al momento del nombramiento, una lista de arbitrajes pendientes con una solicitud de que se analice si puede haber conflictos de interés, como aparentemente sucedió en este caso. En cambio, la cuestión principal es analizar si el banco tiene algún interés o conexión con alguna de las partes de los arbitrajes y cuál es la índole de dicha conexión (...)”*
- “[225] *Si existían cualquier tipo de conflictos para efectos del banco, esto debía haber sido decidido por el banco mismo. Naturalmente el banco también podía decidir subsecuentemente si deseaba continuar con el nombramiento al directorio o no. No obstante, el banco no puede de-*
- cidir respecto de estos asuntos por otros, en especial, en lugar de las partes de un arbitraje, que, desde la perspectiva de su arbitraje, pueden tener una visión muy distinta de los conflictos que resultan o podrían resultar de la relación de su árbitro con el banco.*
- [226] *Más aún, una vez que se ha investigado y establecido en la forma adecuada y apropiada cualquier relación que pueda existir entre el banco y cualquiera de las partes de los arbitrajes, es el árbitro quien personalmente debe considerar, en primer lugar, esa conexión en términos de una renuncia voluntaria al cargo de árbitro, en forma personal. De lo contrario, tal conexión debe revelarse apropiadamente a las partes, mediante la modificación pertinente de las declaraciones realizadas previamente de conformidad a la Regla 6.*
- [227] *Los deberes del árbitro/miembro del directorio no terminan con esas acciones. Dado que el banco podría no poder rastrear con facilidad los múltiples tipos de contactos que pueda tener con cualquiera de las partes de los arbitrajes.*
- [228] *El Comité ad hoc entiende que ese es el riesgo que asume un árbitro internacional que desea participar como miembro del directorio de un banco de importancia internacional.*
- [229] *En otras palabras, no solo el banco podría desear tener la oportunidad de revisar la posición respecto al (inminente) nombramiento en el directorio después de la revelación de los arbitrajes pendientes del (po-*

tencial) miembro del mismo, sino también las partes del arbitraje que puedan ser afectadas. En todo caso, es difícil comprender por qué la Profesora KAUFMANN-KOHLER notificó al banco de sus arbitrajes existentes, pero no notificó a las partes de sus arbitrajes de su (inminente) cargo en el directorio del banco al mismo tiempo.

[230] *Las complicaciones que surgieron después en términos de agonía, de la credibilidad del CIADI, y de costos, no solamente en este caso, proveen un vívido y lamentable ejemplo de las consecuencias de la aceptación por parte de un árbitro de un cargo en el directorio de un banco internacional de importancia, sin que se investigue apropiadamente y se revelen las conexiones entre el banco y las partes de sus arbitrajes y también desconociendo sus deberes de información.”*

12. Después de esta lección magistral de comportamiento destinada a los bancos y a los árbitros que consideren integrar sus directorios, el Comité *ad hoc* pasó al tema que tenía que decidir, saber si el laudo debía ser anulado por la alegada constitución incorrecta del Tribunal Arbitral. Sin embargo, consideró necesario continuar su actividad pedagógica con una amonestación destinada a la Profesora KAUFMANN-KOHLER, de una severidad inaudita:

“[231] *En un inicio, la actitud de la Profesora KAUFMANN-KOHLER en estos asuntos podría haber sido considerada como un serio lapsus de juicio aislado, sin embargo su remoción por la Corte Permanente de Arbitraje en los casos Yukos después de su negación de retirarse voluntariamente parece confirmar que ella*

tiene una visión de su independencia más amplia y de los criterios relevantes en este sentido, los cuales no están o ya no están más de acuerdo con los estándares mínimos que prevalecen actualmente en esta materia.

[232] *Por ello, el Comité ad hoc entiende el argumento de que el segundo Tribunal no estaba ya debidamente constituido después del nombramiento de la Profesora KAUFMANN-KOHLER como miembro del directorio y que hubo un quebrantamiento grave de una norma esencial de procedimiento y considera que esto podría llevar a una anulación cuando ello se justifique dentro del contexto del caso que esté bajo consideración.”*

13. Después de esas consideraciones tan elaboradas y de estos duros reproches al árbitro, la anulación del laudo parecía inevitable. Sin embargo, hay una larga distancia entre pedagogía y práctica. Llegando al punto por el cual debió empezar, el Comité *ad hoc* llegó a la conclusión que la solicitud de anulación por constitución incorrecta del Tribunal Arbitral tenía que ser rechazada:

“[233] *No obstante, el Comité ad hoc debe establecer si, en este caso en particular, la conducta y las actitudes de la Profesora KAUFMANN-KOHLER constituyen una causal suficiente, de conformidad con el artículo 52, para efectivamente anular el segundo laudo. Se entiende y está bien establecido que, conforme al artículo 52(3), un Comité ad hoc tiene cierta discreción y puede considerar otros factores.*

[234] *Las Demandantes han puesto mucho énfasis en el hecho de que, según sus propias declaraciones, la*

Profesora KAUFMANN-KOHLER desconocía la conexión entre UBS y las demandantes hasta después de que se emitiera el laudo. Si bien la Demandada no ha aceptado esta declaración al pie de la letra, no hay motivos suficientes para que el Comité ad hoc no le crea.

[235] *En consecuencia, el Comité ad hoc acepta que la relación entre UBS y las Demandantes no tuvo un efecto material en la decisión final del Tribunal, que, de todas formas, fue unánime.*

[236] *La Demandada ha planteado el punto importante de que si este es un elemento decisivo, la falta de investigación adecuada, de revelación y de información se promueven de esta manera, y como consecuencia resulta en un sinsentido de todos los deberes relacionados, y por ende se socava la credibilidad del proceso del CIADI en su totalidad, el cual el Comité ya ha expresado subyace en todo el artículo 52. La demandada invoca la revisión del caso Pinochet por la Cámara de los Lores como un respaldo sólido.*

[237] *El Comité ad hoc, acepta sin reservas, que Argentina y todas las partes tienen el derecho a que se observen y respeten los más altos estándares en este sentido por todos los árbitros en sus casos del CIADI.*

[238] *En este caso, sin embargo, los hechos siguen siendo que, a pesar de las más graves deficiencias, en estas circunstancias, el ejercicio del criterio independiente de la Profesora KAUFMANN-KOHLER conforme al artículo 14 del Convenio CIADI no se vio perjudicado. Por ende, el Tribunal era funcional y operó en forma*

adecuada respecto de ambas partes.

[239]. *Habiendo ampliamente considerado todos los argumentos, el Comité ad hoc después de largas deliberaciones ha llegado a la conclusión que no existe fundamento suficiente para anular el segundo laudo.”*


14. Con su análisis y decisión de la cuestión relativa a la constitución del Tribunal Arbitral, el Comité *ad hoc*, en el caso *Vivendi II*, ofrece un ejemplo de la tentación pedagógica llevada a su colmo. Si no existía fundamento para anular el laudo, porque fue establecido —como se podía esperar de un árbitro de su categoría— que el criterio de la Profesora KAUFMANN-KOHLER no había sido afectado por su cualidad de miembro del directorio del UBS, no hubiera sido más sencillo decirlo desde el principio en vez de dictar una cátedra sobre las relaciones entre árbitros y bancos, y manifestar críticas acerbas hacia un árbitro internacional reputado.

Las consideraciones de tipo puramente educativo para bancos y árbitros ocupan, en el texto del laudo, mucho más espacio que la decisión sobre el tema a ser resuelto. En la mayoría de los laudos y de las sentencias, la motivación es mucho más larga que la decisión, y eso es normal. Lo que sorprende en este caso, es que la extensiva disertación doctrinal no es la motivación de la decisión.

Como lo confiesa el Comité *ad hoc*, éste solo expresó “[242] *claramente su opinión respecto de conflictos de interés y sobre cómo deberían haber sido abordados*”. Sin embargo, tal opinión es necesaria solo si contribuye a la decisión tomada. Las observaciones generales sin incidencia sobre tal decisión y los ataques personales a los árbitros, *obiter dicta*, no fortalecen el sistema

CIADI y, al contrario, pueden fragilizarlo.

15. Ese es el peligro de la tentación pedagógica, poco compatible con el deber de decidir casos concretos, en particular, cuando la competencia de la autoridad decidora está limitada. La decisión sobre el estado de necesidad tomada por el Comité *ad hoc* en el caso *CMS* lo demuestra. Al fin y al cabo, el Comité *ad hoc* explica que la decisión del Tribunal Arbitral es errónea pero debe ser mantenida porque el Comité no puede sustituir su opinión y su valoración de los hechos, a las del Tribunal Arbitral. Un Comité *ad hoc* no respeta su papel cuando insiste sobre todos los errores que pueden afectar

un laudo. Solo debe verificar que el laudo no sufra de un vicio grave. No debe utilizar su energía en poner en relieve los errores cuando al mismo tiempo concluye que no afectan la validez del laudo. Como lo notó Emmanuel GAILLARD con sagacidad, “*No hay ninguna ventaja, sea del punto de vista de las partes que ven el laudo mantenido a pesar de los errores subrayados, sea del punto de vista de la institución, en que Comités ad hoc se porten no como verdaderas instancias de anulación sino como cortes de apelación privadas del poder de corregir errores de juicio*”⁴. Infelizmente, es lo que hacen cuando caen en la tentación pedagógica. 

⁴ Anotación bajo la Decisión *CMS*, *Journal du Droit International*, 2008, p. 364.

CONSIDERACIONES SOBRE EL PREDOMINIO DE LA “EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DE FACULTADES” VERSUS LA “FALTA DE MOTIVACIÓN DEL LAUDO” COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DE LAUDOS CIADI

PAOLO DI ROSA (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Extralimitación manifiesta de facultades. 2.1. Nociones generales y casos. 2.2. ¿Por qué la mayoría de los Comités que han decidido anular lo han hecho bajo esta causal? 3. Falta de expresión de motivos del laudo. 3.1. Nociones generales y casos. 3.1.1. Total ausencia de motivos o motivos pretendidos. 3.1.2. Motivos inadecuados o insuficientes. 3.1.3. Motivos contradictorios o incongruentes. 3.1.4. Falta de atención a las cuestiones planteadas al Tribunal. 3.2. Situación actual de la falta de expresión de motivos como causal de anulación. 4. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

Los laudos arbitrales en el sistema CIADI no están sujetos a apelación, anulación u otra forma de revisión por las cortes domésticas de los Estados contratantes de la Convención de Washington¹. Más bien, el sistema CIADI contiene un mecanismo interno de anulación de los laudos, establecido en el artículo 52 de la Convención. Como se ha indicado frecuentemente, dos principios potencialmente contrarios subyacen en el procedimiento de revisión de laudos: el

de la corrección sustantiva del laudo y el de la irrecurribilidad del mismo. El recurso de anulación ha sido creado tratando de balancear estos dos objetivos². En este sentido, tal como indica el profesor SCHREUER, el recurso de anulación “ha sido diseñado para otorgar una solución de emergencia para violaciones graves de algunos principios básicos y, mientras tanto, preservar el carácter definitivo de la decisión”³.

Hasta abril de 2011, se habían emitido veintiocho (28) fallos de anulación en

(*) Socio y Director de la Práctica de Arbitraje Internacional de Arnold & Porter LLP. El autor desea reconocer la valiosísima colaboración de sus colegas de Arnold & Porter, Geraldine Fuenmayor y Andrés Lyon, en la elaboración del presente artículo. Las opiniones vertidas son exclusivamente del autor y no atribuibles a clientes o colegas del mismo.

¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

² SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, en Artículo 52 en ¶ 15 (2d ed. 2009) (en adelante “SCHREUER, COMMENTARY”).

³ SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52 en ¶ 15; ver también, CARON, David, “Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal”, 7 *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 21, 1992, pp. 49 y siguientes.

el sistema CIADI, y en trece (13) de ellos se anuló total o parcialmente el laudo correspondiente. A pesar de que el artículo 52 prevé cinco posibles causales de anulación, no todas han sido invocadas por las partes solicitantes, ni todas han sido efectivamente aplicadas para justificar una decisión de anulación. En particular, las causales invocadas por los Comités *ad hoc* para anular muestran la siguiente distribución: ocho (8) casos por extralimitación manifiesta de facultades, cinco (5) por falta de expresión de motivos del laudo, y dos (2) por quebrantamiento grave de una regla de procedimiento (en los primeros dos casos se anuló bajo dos causales distintas). No ha habido hasta la fecha anulaciones a causa de que el Tribunal se haya constituido incorrectamente, ni a causa de que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal.

El presente trabajo se centra en una exposición de las características fundamentales de las dos causales más frecuentemente invocadas por Comités *ad hoc* para anular laudos: la extralimitación manifiesta de facultades y la falta de expresión de motivos del laudo. El artículo evalúa asimismo posibles motivos del predominio de la primera causal sobre la segunda como fundamento de las decisiones de anulación en la evolución del sistema de anulación CIADI.

2. EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DE FACULTADES

2.1. Nociones generales y casos

El recurso de anulación por manifiesta extralimitación de facultades que consagra el artículo 52(1)(b) constituye un meca-

nismo de control crucial para preservar la legitimidad del proceso y la integridad del sistema del CIADI⁴. El profesor SCHREUER explica que el Convenio del CIADI necesitaba de ese mecanismo para asegurar que los Tribunales Arbitrales no excedieran su jurisdicción o dejaran de aplicar la legislación acordada por las partes⁵.

Para determinar si un Tribunal ha excedido su jurisdicción, un Comité debe analizar los límites de la jurisdicción del Tribunal de conformidad con el artículo 25 del Convenio, así como el alcance del consentimiento de las partes, incluso con respecto a los asuntos a resolverse, según lo determinen los respectivos instrumentos a través de los cuales hayan prestado su consentimiento (tales como convenios de protección de inversiones, acuerdos de libre comercio, contratos entre las partes, etc.).

Así, por ejemplo, el Comité en el caso *Mitchell* anuló un laudo por manifiesta extralimitación de facultades al determinar que el Tribunal había asumido incorrectamente la jurisdicción de una disputa, al considerar erróneamente que ciertas transferencias financieras constituían “inversiones” dentro del significado del tratado de inversiones pertinente⁶. También, la negativa de un Tribunal de ejercer la jurisdicción que se le ha otorgado, constituye una extralimitación manifiesta de facultades y así lo sostuvo por primera vez el Comité del caso *Vivendi I*, que determinó que el Tribunal estaba obligado a decidir el fondo de una demanda por violación de un tratado de protección de inversiones, no obstante que la cláusula de solución de controversias del contrato que dio origen a la disputa establecía como jurisdic-

⁴ REISMAN W., Michael, “*The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration*”, *Duke Law Journal*, 1989, p. 739, 745.

⁵ SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52 en ¶ 132.

⁶ *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI N° ARB/99/7 (Decisión sobre Anulación, 1 de noviembre de 2006) (en adelante, “*Mitchell*”), en ¶ 46.

ción exclusiva las Cortes locales del país demandado.⁷ Más recientemente, el Comité en el caso *Malaysian Historical* concluyó que la negativa del árbitro de conocer del caso, por no considerar la definición de inversión contenida en el tratado de inversiones pertinente, fue un grave error que merecía la anulación del laudo⁸.

En lo que respecta a la ley aplicable, para determinar si un Tribunal se ha excedido manifiestamente en sus facultades al no aplicar la legislación pertinente, el Comité debe analizar esta falta en términos de la aplicación de la legislación correcta de conformidad con la ley acordada por las partes o con la ley determinada de forma residual según el artículo 42 del Convenio del CIADI⁹.

En la decisión de anulación de *Klöckner*, el Comité estableció el vínculo entre la falta de aplicación de la ley y la extralimitación de facultades como causal de anulación, señalando que el artículo 42 de la Convención del CIADI, que se refiere a la ley aplicable a la disputa, no puede ser tomado meramente como una recomendación y que se debe presumir que su incumplimiento debe ser sancionado por el artículo 52¹⁰.

La decisión de *Klöckner* fue la primera en anular un laudo emitido bajo las reglas del CIADI. En este caso, el Comité anuló al concluir que el Tribunal falló en su deber de aplicar la ley aplicable a la disputa, y fundamentar su decisión en un amplio principio de equidad (el deber de revelar información) sin demostrar su existencia en la legislación seleccionada por las partes¹¹. Y en *Amco I*, el Comité acogió la solicitud de Indonesia de anular el laudo luego de determinar que “el Tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades al no aplicar las disposiciones fundamentales del derecho indonesio”¹². Estas dos primeras decisiones de anulación fueron sujetas a críticas por abrir la puerta a la posibilidad de una evaluación de posibles errores sustantivos en un laudo, iniciando un debate que se mantiene hasta hoy día sobre la distinción entre la no aplicación de la ley y errores en la aplicación de la ley¹³. En este aspecto, varios Comités han enfatizado que un error de interpretación no es un error anulable y que sólo la falta de aplicación de la legislación escogida por las partes puede ser motivo de anulación¹⁴.

Más recientemente, y con una visión más restrictiva que *Klöckner* y *Amco I*, el Comité del caso *Helnan* anuló parcialmen-

⁷ *Compañía de Aguas Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3 (Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002) (en adelante, “*Vivendi I*”), en ¶¶ 101-105.

⁸ *Malaysian Historical Salvators SDN BDH c. Gobierno de Malasia*, Caso CIADI No ARB/05/10 (Decisión sobre Anulación del Laudo sobre Jurisdicción, 16 de abril de 2009) (en adelante “*Malaysian Historical*”), en ¶ 74.

⁹ *Ver Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI N° ARB/02/7 (Decisión sobre Anulación, 5 de junio de 2007) (en adelante, “*Soufraki*”), en ¶ 37. Ver también SCHREUER, COMMENTARY, Artículo 52, ¶ 133.

¹⁰ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais II*, Caso CIADI N° ARB/81/2 (Decisión de Anulación, 3 de mayo de 1985), (en adelante, “*Klöckner I*”), ¶ 59, ¶ 61.

¹¹ *Klöckner I*, en ¶¶ 78-79.

¹² *Ver Amco Asia Corporation y otros vs. República de Indonesia*, Caso CIADI No ARB/81/1 (Decisión de Anulación, 16 de mayo de 1986) (en adelante, “*Amco I*”), en ¶ 98.

¹³ *Ver PAULSON, Jan*, “ICSID’s Achievements and Prospects (Logros y perspectivas del CIADI)”, 6 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1991, p. 388.

¹⁴ *Ver Klöckner I*, ¶¶ 60-61; *Amco I*, en ¶ 23; *Soufraki*, en ¶ 86; *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI N° ARB/01/10, (Decisión de Anulación, 8 de enero de 2007), (en adelante, “*Repsol*”), en ¶ 38; *Sempra Energy International c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16 (Decisión de Anulación, 29 de junio de 2010), (en adelante, “*Sempra*”), en ¶¶ 161-164.

te el laudo al determinar que el Tribunal no había aplicado el artículo 9 del Tratado de Inversión pertinente y el artículo 26 de la Convención del CIADI, por haber concluido que la parte demandante debió haber agotado las acciones en las Cortes locales para poder considerarse que el Estado de Egipto había violado su obligación de otorgar un trato justo y equitativo.

Bajo esta misma causal, el Comité en *Sempre* anuló el laudo al considerar que el Tribunal no había aplicado el artículo XI del acuerdo de inversión correspondiente¹⁵. Esta última decisión y la del caso *Enron*, la cual fue anulada por razones similares a las de *Sempre*, han sido objeto de escrutinio por motivos semejantes a las primeras anulaciones, esto es, por considerarse que los Comités en esos casos quizás hayan excedido los límites de su labor de revisión de la ley aplicable¹⁶.

Finalmente, un aspecto importante es que el artículo 52(1)(b) de la Convención de Washington exige que la extralimitación de facultades sea “manifiesta”. Para algunos, la extralimitación en las facultades es “manifiesta” si es obvia y puede reconocerse con poco esfuerzo, lo que significa que es automáticamente evidente incluso luego de efectuar un somero análisis¹⁷. Este enfoque fue

el mismo que adoptaron los Comités de los casos *Wena Hotels*, *Repsol*, *Sempre* y *S.A. Eduardo Vieira*, entre otros¹⁸. Para otros, el término “manifiesta” no se refiera a la claridad u obviedad de la extralimitación en las facultades, sino más bien a su magnitud o extensión¹⁹. Por ejemplo, la extralimitación en las facultades que se produjo en el caso *Vivendi I* no fue obvia en absoluto, toda vez que “el Comité *ad hoc* debió descifrar [el laudo] para entender [lo],”²⁰ pero “dadas las claras y graves connotaciones que generó la decisión del Tribunal para las demandantes”, el Comité sólo pudo concluir que la extralimitación en las facultades había sido manifiesta²¹.

El Comité en el caso *Soufraki* intentó acercar las dos posturas descritas anteriormente, al sostener que una manifiesta extralimitación de facultades implica que la extralimitación “debería ser textualmente obvia y sustancialmente grave al mismo tiempo”²².

Comités de casos más recientes se han inclinado por darle mayor peso a lo dicho por otros Comités como el de *Seychelles* y *MTD*, en el sentido de que cuando la posición del Tribunal es discutible o defendible entonces la extralimitación no es manifiesta. Así lo expresaron los Comités en los casos

¹⁵ *Sempre*, en ¶ 218.

¹⁶ NAIR, Promod y LUDWIG, Claudia, “ICSID Annulment Awards: the Fourth Generations”, *Global Arbitration Review*, Volumen 7, No. 7, 28 de octubre de 2010.

¹⁷ Ver FELDMAN, Mark. “The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards”, 2 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 85, 101 (1987); ver también RALA-61, Jan PAULSSON, “ICSID’s Achievements and Prospects” 6 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 380, 392 (1991) (análisis sobre anulación); *Wena Hotels*, en ¶ 25.

¹⁸ *Wena Hotel Limited c. República Arabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/98/04 (Decisión de Anulación, 5 de febrero de 2002), (en adelante, “*Wena Hotel*”), en ¶ 25; *Repsol*, en ¶ 36; *Sempre* ¶ 213 y ¶ 218; y *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/04/7 (Decisión de Anulación, 10 de diciembre de 2010), (en adelante, “*Eduardo Vieira*”), en ¶ 254.

¹⁹ Ver SCHREUER, COMMENTARY, Artículo 52, en ¶ 139.

²⁰ Ver SCHREUER, COMMENTARY, Artículo 52, en ¶ 139.

²¹ *Vivendi I*, en ¶ 115.

²² Ver *Soufraki*, en ¶ 40.

*Helman, Enron, Duke y Fraport*²³.

2.2. ¿Por qué la mayoría de los Comités que han decidido anular lo han hecho bajo esta causal?

Tal y como se señaló anteriormente, en numerosas ocasiones, tanto los estudiosos del tema como los Comités que han conocido de procedimientos de anulación de laudos arbitrales, han coincidido en que no le corresponde a un Comité la labor de revisar y corregir decisiones por errores de hechos o de derecho del Tribunal Arbitral²⁴. Si bien se ha destacado que el objetivo del recurso de anulación no es asegurar que el laudo sea correcto sino asegurar la legitimidad e integridad del proceso que concluyó con el mismo, la realidad es que en los arbitrajes de inversión resulta de vital importancia que exista la percepción de que el Tribunal ha decidido correctamente²⁵.

Un conocido autor señalaba que a nivel doméstico, la opción del arbitraje resulta atractiva por ser un mecanismo más rápido y económico de resolución de disputas, razón por la cual el respeto al principio de irrecorribilidad del laudo es un aspecto esencial²⁶. Indica, sin embargo, que en el ámbito internacional y, especialmente, en el de las disputas de inversión entre inversionistas privados y Estados, los cuales usual-

mente involucran cuestiones de gran sensibilidad política, el arbitraje resulta atractivo por ser un mecanismo que permite utilizar un foro internacional neutral, inmune a las influencias de las partes involucradas²⁷. En este último caso, el principio de irrecorribilidad deja de ser esencial, y la necesidad de que la decisión del Tribunal sea percibida como legítima y sustancialmente correcta cobra mayor relevancia.

De las cinco causales de nulidad previstas en el artículo 52(1) de la Convención del CIADI, sin duda la que más se vincula con el objetivo de corregir errores sustanciales en el laudo es aquella relativa a la extralimitación manifiesta de facultades, particularmente, el aspecto referido a la falta de aplicación de la legislación aplicable a la disputa.

Quizás la prueba más clara, objetiva y evidente de que un laudo es sustancialmente incorrecto es que el Tribunal haya decidido en base a una norma distinta a la que las partes acordaron o ignorando una norma que estaba obligado a aplicar. Probablemente esta sea una de las razones por las que ha pasado a ser la causal más utilizada por los Comités para anular un laudo.

Más allá de que muchos Comités hayan profesado una negativa a evaluar la co-

²³ Ver *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI N° ARB/02/14 (Decisión de Anulación, 29 de junio de 2005), (en adelante, "Seychelles"), en ¶ 41; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7 (Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007), (en adelante, *MTD*), en ¶¶ 68-71. Ver también *Helnan*, en ¶ 55; *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3 (Decisión de Anulación, 30 de julio de 2003), (en adelante, "Enron"), en ¶ 69; *Duke Energy International Peru Investment No. 1 Limited c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/03/28 (Decisión de Anulación, 1 de marzo de 2011), (en adelante, *Duke*), en ¶ 99; *Fraport AG Frankfurt Airport Service Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/03/25 (Decisión de Anulación, 23 de diciembre de 2010), (en adelante, "Fraport"), en ¶¶ 44-45 y ¶ 112.

²⁴ SCHREUER, COMMENTARY, Artículo 52, en ¶¶ 13-15.

²⁵ SCHREUER, COMMENTARY, Artículo 52, en ¶ 11. Ver también CARON, David, p. 24.

²⁶ CARON, David, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", 7 *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, N° 21, 1992, p. 49.

²⁷ CARON, David, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", 7 *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, N° 21, 1992, p. 49.

rección sustantiva de un laudo, en términos prácticos en algunos casos lo hacen, aunque de forma limitada. En la mayoría de esos casos, los Comités han circunscrito su revisión a verificar si la norma que se aplicó fue la correcta, pero sin entrar a analizar la interpretación que se hizo de las normas aplicables al caso concreto, ya que como se dijo en el caso *CMS*, no le está dado al Comité el sustituir su visión de los hechos y del derecho por los del Tribunal²⁸. No se trata de una apelación.

Sin embargo, más de un Comité ha sido criticado por cruzar la línea entre la apelación y la anulación²⁹. Esto puede ser un claro reflejo de la necesidad que han podido sentir los Comités de corregir decisiones que han considerado sustancialmente erradas.

Obviamente, la preeminencia de esta causal de anulación sobre las demás tiene que ver también con la propia naturaleza del resto de las causales, que las ha hecho menos aplicables y por lo tanto más infrecuentes tanto en su invocación (particularmente aquellas relativas a la constitución del Tribunal o a la existencia de corrupción), como en su efectiva utilización como causa de anulación (como la relativa a quebrantamiento grave de una norma de procedimiento). Sin embargo, no cabe duda que la extralimitación de facultades seguirá teniendo un rol preponderante como causal de anulación en los casos CIADI por la importancia que conlleva para el sistema CIADI que las

partes sientan que el laudo emitido fue fundamentalmente legítimo y sustancialmente correcto.

3. FALTA DE EXPRESIÓN DE MOTIVOS DEL LAUDO

3.1. Nociones generales y casos

Además de la causal de anulación por extralimitación manifiesta de facultades analizada precedentemente, la segunda causal más invocada por los Comités *ad hoc* para anular un laudo en el sistema CIADI ha sido cuando “no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”, en virtud del artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI.

Debido a la importancia capital del principio de que las partes deben poder entender la forma en que el Tribunal de arbitraje ha llegado a sus conclusiones, los redactores del Convenio CIADI identificaron la violación del deber de fundamentar las decisiones como una causal independiente de anulación. Tal como ha observado Jan PAULSSON, las particularidades del sistema arbitral del CIADI requieren de una vigilancia adicional por parte del mecanismo principal de revisión de dicho sistema³⁰.

De acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina sobre el artículo 52(1)(e), se han identificado cuatro categorías diferentes de errores como fundamento para la anulación de un laudo CIADI por falta de expresión

²⁸ *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8 (Decisión de Anulación, 25 de septiembre de 2007), (en adelante, “*CMS*”), en ¶ 158.

²⁹ Ha sido el caso de *Klöckner I, Amco I, Sempra y Enron*. Ver NAIR, Promod y LUDWIG, Claudia, “*ICSID Annulment Awards: the Fourth Generations*”.

³⁰ PAULSSON, Jan. “*ICSID’s Achievement’s and Prospects* (Logros y perspectivas del CIADI)”, 6 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 380, pp. 387-88 (1991): “El sistema de revisión interna fue diseñado para que los Estados aceptaran no poder impugnar los laudos del CIADI en sus propios tribunales durante la etapa de ejecución. Permitir tal nivel de autoridad y autonomía sin precedentes en el mecanismo del CIADI sólo era concebible si existía algún tipo de revisión de los árbitros del CIADI ya que, de otro modo, el Convenio del CIADI habría tenido muy pocos signatarios. De ahí el mecanismo de anulación”.

de motivos: (a) total ausencia de motivos, o motivos pretendidos; (b) motivos inadecuados o insuficientes; (c) motivos contradictorios o incongruentes; (d) falta de atención a las cuestiones planteadas al Tribunal. Estas categorías no son excluyentes entre sí, por lo que secciones de un laudo pueden reunir más de una de estas causas. A continuación ilustraremos cada una de ellas con ejemplos de casos particulares.

3.1.1. Total ausencia de motivos o motivos pretendidos

Si un laudo adolece de una ausencia total de motivos, ya sea con respecto a todo el laudo o incluso sólo a una parte del mismo, estará sujeto a anulación³¹. Como señala el profesor SCHREUER, un laudo debe identificar los “argumentos legales que han inducido al Tribunal a adoptar su posición (...)” y también debe indicar “las cuestiones de hecho que el Tribunal ha aceptado como probadas”³². Los Comités han confirmado, consistentemente, que una ausencia total de motivos es causal de anulación. Por lo tanto, en *Mitchell*, el Comité resolvió, en forma inequívoca, que “existe falta de expresión de motivos cuando los motivos no se indican pura y simplemente (...)”³³.

Sin embargo, la clave en muchos casos es definir qué constituye una “falta” de expresión de motivos. En *Klöckner I*, por ejemplo, el Comité anuló el laudo porque no podía determinar cómo el Tribunal había

llegado a su conclusión³⁴. Particularmente, en ese caso, el Comité resolvió que el Tribunal Arbitral había impuesto un estándar de responsabilidad sobre la reclamante sin explicar, en ningún momento, la fuente de la obligación invocada. El Comité en *Klöckner I*, concluyó que la anulación estaba justificada por no haber indicado el Tribunal los motivos de su decisión³⁵.

Además, no es suficiente que un Tribunal meramente presente unos “motivos” que pretenden ser tales pero que, en realidad, no califican como tales. En *Amco I*, por ejemplo, el Comité sostuvo que la mera articulación de lo que pretenden ser los motivos, pero que en definitiva no constituyen motivos genuinos y suficientes para justificar lo resuelto, constituye una falta de expresión de motivos³⁶. Si bien no es necesario indicar cada aspecto del razonamiento (es decir, algunos aspectos pueden quedar implícitos), un laudo estaría sujeto a anulación cuando los motivos que justifican la decisión no se pueden “inferir razonablemente de los términos utilizados en la decisión”³⁷. Como observó el Comité en *Klöckner I*, los motivos indicados no pueden ser “sólo cualquier motivo, puramente formal o aparente”³⁸. En otras palabras, un laudo que simplemente afirma o postula sus conclusiones y no articula las premisas y motivos pertinentes que llevaron a esas conclusiones hace que las partes no puedan discernir los fundamentos de la determinación del Tribunal³⁹. De este modo, un relato que no presenta fundamen-

³¹ SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52, ¶ 348, ¶ 350.

³² SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52, ¶ 349.

³³ *Mitchell*, en ¶ 21.

³⁴ *Klöckner I*, en ¶ 144.

³⁵ *Klöckner I*, en ¶ 141.

³⁶ *Amco I*, en ¶ 43.

³⁷ *Wena Hotels*, en ¶ 81; ver también *CMS*, en ¶ 97.

³⁸ *Klöckner I*, en ¶ 119.

³⁹ *Klöckner I*, en ¶ 141.

tos identificables o comprensibles para la decisión no puede considerarse una expresión de motivos⁴⁰.

3.1.2. Motivos inadecuados o insuficientes

En algunos casos, los motivos insuficientes o inadecuados también han sido considerados causa de anulación. Como ha explicado el profesor SCHREUER: “El propósito de indicar los motivos es explicar al lector del laudo, especialmente a las partes, cómo y por qué, el Tribunal llegó a su decisión a la luz de los hechos y del derecho aplicable”⁴¹. El mismo autor concluye que la indicación de un motivo que no cumple con este requisito implica una falta de expresión de motivos⁴².

En *Klöckner I*, el Comité explicó que los motivos deben tener “alguna sustancia que permita al lector seguir el razonamiento del Tribunal Arbitral, tanto en cuestiones de hecho como de derecho”⁴³. Cuando los motivos no son de esta naturaleza, resultan tan “insuficientes” o “inadecuados” que no son “razonablemente sostenibles” o “capaces de ofrecer una base para la decisión”⁴⁴.

Otros Comités han llegado a conclusiones similares. En *Soufraki*, por ejemplo,

el Comité afirmó que a los Comités *ad hoc* del CIADI les incumbe la tarea de verificar “la existencia de motivos y su suficiencia” y de garantizar que “éstos sean adecuados y suficientemente razonables para dar lugar al resultado al que llega el tribunal”⁴⁵.

Del mismo modo, en *Mitchell*, el Comité resolvió que “existe falta de expresión de motivos cuando cualesquiera sean los motivos (...) son tan inadecuados que la coherencia del razonamiento resulta gravemente afectada”⁴⁶. Cabe destacar especialmente el análisis sobre este punto que realiza el Comité en *Mitchell*, donde se anula el laudo en cuestión⁴⁷. Por su parte, el Comité en *CMS* anuló parcialmente el laudo e hizo un análisis similar en el que destacó la inadecuación o insuficiencia de los motivos ofrecidos por el Tribunal en el laudo⁴⁸.

En *Vivendi I* y *MINE*, los Comités establecieron ciertos parámetros para determinar si los motivos indicados en el laudo son, en realidad, tan inadecuados y/o insuficientes como para constituir una falta de expresión de motivos. En *Vivendi I*, el Comité concluyó que debían cumplirse las dos condiciones siguientes: “Primero, la falta de expresión de motivos debe hacer que la decisión sobre un punto en particular adolezca esencialmente de una base lógica y,

⁴⁰ Ver *Mitchell*, en ¶ 37.

⁴¹ SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52, ¶ 363.

⁴² SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52, ¶ 363.

⁴³ *Klöckner I*, en ¶ 119.

⁴⁴ *Klöckner I*, en ¶ 118, ¶ 120.

⁴⁵ *Soufraki*, en ¶ 131 (se añadió énfasis).

⁴⁶ *Mitchell*, en ¶ 21 (se añadió énfasis).

⁴⁷ *Mitchell*, en ¶ 40: “El Laudo es incompleto y oscuro en lo que respecta a qué se considera inversión: hace referencia a las distintas etapas de la operación, sin indicar finalmente los motivos por los que la considera una inversión, es decir, sin dar la menor explicación respecto de la relación entre la firma “Mitchell & Associates” y DRC. Esa inadecuación de los motivos se considera particularmente grave, ya que afecta seriamente la coherencia del razonamiento (...)”.

⁴⁸ *CMS*, en ¶ 96.

segundo, ese punto debe ser, en sí mismo, necesario para la decisión del Tribunal⁴⁹. En *MINE*, el Comité, por su parte, explicó que un laudo es anulable si no “permite seguir cómo el Tribunal pasó del punto A al punto B, y finalmente a la conclusión (...)”⁵⁰. Observó, por ejemplo, que si meramente se presentaran motivos frívolos, éstos no serían suficientes para cumplir con los requisitos de la Convención⁵¹.

3.1.3. Motivos contradictorios o incongruentes

También existe cierta aceptación por parte de la jurisprudencia y la doctrina de que los motivos incongruentes o contradictorios de un laudo también pueden configurar una falta de expresión de motivos, según el significado del artículo 52(1)(e). Como el profesor SCHREUER ha observado, “existe consenso en los Comités *ad hoc* en cuanto a que los motivos contradictorios configuran una falta de expresión de motivos”⁵². Esto es así porque “los motivos contradictorios no le permiten al lector comprender los motivos del Tribunal” y por lo tanto equivalen a una ausencia de motivos⁵³.

El Comité en *Klöckner I* articuló este principio de la forma siguiente: “En cuanto a la ‘contradicción de motivos’, en principio, es apropiado abordar esta noción bajo

la categoría ‘falta de expresión de motivos’ por la simple razón de que dos motivos genuinamente contradictorios se anulan entre sí”⁵⁴.

Posteriormente, en *Amco I* y *MINE*, los Comités anularon los respectivos laudos por falta de expresión de motivos precisamente por la existencia de motivos incongruentes o contradictorios. En *Amco I*, el tribunal había presentado motivos contradictorios con respecto al cálculo del monto de la inversión, y el Comité resolvió que ello equivalía a una falta de expresión de motivos.⁵⁵ En *MINE*, por su parte, el Comité declaró que “en la medida que el Tribunal pretendiera señalar los motivos de sus decisiones” con respecto a los daños, éstos eran “incongruentes y contradictorios con su análisis” de otras teorías de daños presentadas por las partes en ese caso⁵⁶. Por este motivo, también anuló la parte pertinente del laudo. Más tarde, en *Vivendi I*⁵⁷, *Mitchell*⁵⁸ y *Seychelles*⁵⁹, los Comités reafirmaron el principio de que los motivos incongruentes o contradictorios configuran una falta de expresión de motivos.

3.1.4. Falta de atención a las cuestiones planteadas al Tribunal

Finalmente, los precedentes y la doctrina también han establecido que un

⁴⁹ *Vivendi I*, en ¶ 65.

⁵⁰ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI Nro. ARB/84/4 (Decisión Parcial de Anulación, 6 de enero de 1988) (Brower, Broches, Mbaye), en ¶ 5.09. (se añadió énfasis) (en adelante “*MINE*”).

⁵¹ *MINE*, en ¶ 5.09.

⁵² SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52, en ¶ 390.

⁵³ SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52, en ¶ 390.

⁵⁴ *Klöckner I*, en ¶ 116.

⁵⁵ *Amco I*, en ¶ 97.

⁵⁶ *MINE*, en ¶ 6.105.

⁵⁷ *Vivendi I*, en ¶ 65.

⁵⁸ *Mitchell*, en ¶ 21.

⁵⁹ *Seychelles*, en ¶ 70.

Tribunal tiene la obligación de atender a las cuestiones que se le plantean, y que no hacerlo puede configurar una falta de expresión de motivos en virtud del artículo 52(1)(e)⁶⁰. Como la tarea de atender o tratar, en forma afirmativa, en el laudo cada punto individual planteado por las partes podría imponer una carga intolerablemente onerosa al Tribunal, la cuestión clave a los efectos del procedimiento de anulación es determinar qué tipo de “pretensión” queda alcanzada por esta obligación.

El profesor SCHREUER ha afirmado que una pretensión en este contexto debe entenderse en el sentido de un argumento decisivo o crucial, y que un argumento es crucial o decisivo si su aceptación habría alterado las conclusiones del Tribunal⁶¹. Siguiendo la misma línea, en *MINE* el Comité resolvió que, en el caso que se le planteaba, había una falta de expresión de motivos porque el Tribunal no había tratado algunas cuestiones determinantes para la resolución que habían sido planteadas por el Estado demandado. El Comité determinó que, si el Tribunal de hecho hubiera tratado y finalmente aceptado esos argumentos, ello habría generado una “reducción radical de la demanda por daños (...)”⁶². Esta conclusión a su vez significó que el Tribunal estaba obligado no sólo a considerar esos argumentos, sino también a explicar en el laudo por qué los ignoró o los rechazó⁶³.

De manera semejante, en *M.C.I.*, el Comité afirmó que “la obligación, en el artículo 48(3) del Convenio de Washington, de tratar toda pretensión, se aplica a todo argumento que resulte pertinente y, en particular, los argumentos que podrían afectar el resultado del caso (...) lo cual explica porqué el Tribunal debe tratar todas las ‘pretensiones’ de las partes, pero no tiene la obligación de comentar todos los argumentos cuando no tengan relevancia para el laudo”⁶⁴.

De esta forma, existe fundamento en la doctrina y jurisprudencia para argumentar (1) que un Tribunal del CIADI no tiene facultades para ignorar pretensiones o argumentos presentados por una de las partes cuando esas pretensiones o argumentos podrían modificar un aspecto importante de las conclusiones o decisiones del Tribunal; y (2) que si así lo hiciera, se configuraría una falta de expresión de motivos que representa una causal de anulación en virtud del artículo 52(1)(e)⁶⁵.

3.2. Situación actual de la falta de expresión de motivos como causal de anulación

La falta de expresión de motivos ha sido utilizada por Comités *ad hoc*, bajo las diferentes categorías expuestas más arriba, para anular laudos en cinco oportunidades. Así, ocurrió en los primeros dos casos del

⁶⁰ Ver, por ejemplo, *Klöckner I*, en ¶ 115; *Amco I* en ¶¶ 31–35; *MINE* en ¶¶ 5.12–5.13; *Wena Hotels* en ¶ 101; *M.C.I. Power Group L.C. v New Turbine Inc.* Caso Ciadi ARB/03/6 (Decisión de Anulación, 19 de octubre de 2009) (en adelante “*M.C.I.*”) en ¶ 67; *Seychelles*, en ¶ 71; *Rumeli Telekom*, en ¶ 81; SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52 ¶ 409.

⁶¹ Ver, *Amco I*, en ¶ 35; SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52 ¶ 426; ver también *Klöckner I*, en ¶ 148; *MINE*, en ¶¶ 5.13, 6.50, 6.84, 6.91.

⁶² *MINE*, en ¶ 6.101.

⁶³ *MINE*, en ¶ 6.101; SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52 ¶ 402. Esta proposición fue aceptada por los Comités en *Klöckner I*, *Amco I*, *Wena Hotels* y *MINE*, entre otros. Ver *Klöckner I*, en ¶ 115, *Amco I* en ¶¶ 31–35, *MINE*, en ¶¶ 5.12–5.13, y *Wena Hotels*, en ¶ 101.

⁶⁴ *M.C.I.*, en ¶ 67.

⁶⁵ Entre otros Comités que han llegado a esta conclusión, se puede citar al de *Seychelles* (véase ¶ 71 del fallo de anulación) y *Rumeli Telekom* (véase ¶ 81 del fallo).

sistema de anulación CIADI, esto es, *Klöckner I* y *Amco I*, clasificados por el profesor SCHREUER como la "primera generación" de decisiones de anulación CIADI⁶⁶. Esos fallos fueron objeto de críticas, bajo la teoría de que esos Comités habían reexaminado los méritos y no habían distinguido adecuadamente entre la anulación y la apelación. Posteriormente, la falta de expresión de motivos fue invocada como causal de anulación en *MINE*, *Mitchell* y –finalmente– *CMS*. Después de esta última decisión no ha habido hasta la fecha anulaciones en virtud del artículo 52(1)(e).

Una de las probables razones del recelo que los Comités *ad hoc* han demostrado en el último tiempo respecto de anular un laudo por falta de expresión de motivos es que, como han señalado diversos autores, como SCHREUER⁶⁷, CARON⁶⁸, FELDMAN⁶⁹, entre otros, de todas las causales de anulación, la evaluación de las razones del Tribunal es la que implica el mayor peligro de pasar al examen de la corrección sustantiva del laudo y, por ser el reexamen de los méritos una función propiamente de apelación, supondría cruzar el límite entre anulación y apelación.

Tal como se ha indicado, en el contexto de la tensión entre los principios de irrecurribilidad y corrección sustantiva del laudo, la expresión de razones debe habilitar al lector para seguir el razonamiento del Tribunal Arbitral, pero este requisito no implica que los Comités puedan controlar el mérito de las razones argumentadas por el

Tribunal.

Las decisiones más recientes, en las que los Comités *ad hoc* han consistentemente declinado anular por falta de expresión de motivos, confirman en cierta forma las conclusiones antedichas, ya que en ellas se alude, implícita o tácitamente, a la peligrosa cercanía entre la falta de expresión de motivos del laudo y el reexamen de los méritos del caso, haciendo más difícil –aunque no imposible– que en la práctica un Comité *ad hoc* anule un laudo por esta causal⁷⁰.

Adicionalmente, como se indico, por ejemplo, en *Sempra*,⁷¹ es muy difícil que, en la práctica, un Tribunal no dé razones de sus conclusiones en absoluto, haciendo que en el hecho la presencia de esta causal sea más improbable.

4. CONCLUSIONES

El objetivo del recurso de anulación previsto en el artículo 52(1) de la Convención del CIADI es establecer un mecanismo de control que preserve el carácter definitivo de la decisión, pero que al mismo tiempo logre asegurar que ésta sea tomada en el marco del acuerdo de las partes, que se arribe a ella mediante un proceso que cumpla con los requisitos básicos de un procedimiento justo, que la misma se articule por medio de un laudo que explique adecuadamente los motivos de las conclusiones del Tribunal⁷².

El principio de irrecurribilidad del laudo obliga a un Comité a abstenerse de anular

⁶⁶ Christoph SCHREUER, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings", en *Annulment of ICSID Awards* pp. 17-18 (Emmanuel GAILLARD & Yas BANIFATEMI eds., 2004).

⁶⁷ SCHREUER, COMMENTARY, en Artículo 52, en ¶ 344.

⁶⁸ CARON, p. 38.

⁶⁹ FELDMAN, p. 109.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, *Sempra*, en ¶ 167.


⁷¹ Ver, por ejemplo, *Sempra*, en ¶ 167.

⁷² SCHREUER, COMMENTARY, Artículo 52, en ¶ 14.

a menos que el laudo y/o el procedimiento arbitral presenten vicios evidentes que cuestionen su legitimidad. Sin embargo, en términos prácticos el proceso de identificación de las causales discutidas en este estudio no está libre de valoraciones de carácter subjetivo. Los Comités se han encontrado con la difícil tarea de tratar de identificar errores que ameriten anulación conforme a dos causales cuyo texto ha dado pie a muy variadas interpretaciones.

La necesidad de que los laudos emitidos bajo las reglas del CIADI sean percibidos por la comunidad internacional como legítimos y a la vez sustancialmente correctos, y la dificultad práctica que representa revisar un laudo conforme a las causales aquí discutidas sin caer en una apelación han contribuido, por un lado, a potenciar la utilización de la causal de extralimitación de facultades y, por otro, a atenuar la aplicación de la ausencia de motivos como causales de anulación.

Por las graves y evidentes consecuencias que se derivan del hecho que un Tribunal tome una decisión fundamentalmente errada como resultado de no haber aplicado la legislación acordada por las partes, la no aplicación de las normas pertinentes se ha erigido como uno de los principales fundamentos de anulación invocados por las partes y los Comités, bajo la causal de extralimitación manifiesta de facultades (artículo 52(1)(b)).

En el caso de la falta de expresión de motivos de laudo, la tendencia ha sido inversa. Tal como se indicó, luego de que los Comités *ad hoc* invocaran esta causa para anular laudos en un primer momento de la evolución del sistema de anulación en el CIADI, ha sido utilizada como causal de anulación con menor frecuencia en el pasado reciente, probablemente como consecuencia principal de que es la causal que implica un riesgo mayor de caer en una re-examinación de los méritos del laudo. 

DOGMÁTICA DEL RECURSO DE ANULACIÓN ANTE EL CIADI

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (*)

SUMARIO: *1. Recurso de anulación de los laudos arbitrales. 1.1. Precisión del paradigma de la imposibilidad de revisión del fondo. 1.2. Especialidad del arbitraje de inversiones. 1.3. Referencia al “mecanismo complementario”. 2. Ambito de actuación de un Comité de anulación ad hoc. 3. Caracterización del recurso de anulación previsto en el Convenio de Washington de 1965. 3.1. Garantía de legitimidad del proceso de decisión. 3.2. Carácter manifiesto de la extralimitación. 4. Anulación v. Apelación.*



1. RECURSO DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES

1.1. Precisión del paradigma de la imposibilidad de revisión del fondo

El reconocimiento gradual de la autonomía del arbitraje frente a la justicia ordinaria se ha traducido en un respeto por el carácter definitivo y vinculante de los laudos arbitrales, salvo que existan causales de anulación. En sede de anulación de laudos arbitrales la regla de base es la imposibilidad de una intervención revisora en cuanto al fondo (*meritum causae*) y respecto a los eventuales errores *in iudicando*; las decisiones de los árbitros están exentas de una censura ulterior en lo concerniente a la manera de apreciar los hechos o las pruebas, a la in-

terpretación del derecho material o a los extremos que han conducido a un determinado razonamiento jurídico. En contrapartida, la parte que promueva la anulación no puede presentar nuevos o distintos argumentos, tanto de hecho como de derecho que los que esgrimió en el arbitraje objeto de impugnación.

Cualquier tendencia hacia la revisión de fondo de los laudos arbitrales suscitara interrogantes proyectados en la estabilidad del derecho arbitral y la necesaria autonomía que requieren los Tribunales Arbitrales para desarrollar la misión que las partes les confieren. Esta singularidad obedece al hecho de que el órgano que entiende de la anulación no revisa las cuestiones de fondo que contenga el laudo, sino únicamente procede

(*) Director del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causae* por la Universidad de Córdoba (Argentina) y Profesor Honorario de la Universidad Peruana de Ciencias aplicadas. Ex Presidente del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Académico correspondiente de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia y Miembro de las Academias Argentina de Derecho Comparado, Argentina de Derecho Internacional y Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Árbitro internacional en la CCI, CIADI, Corte Española de Arbitraje y en arbitrajes *ad hoc*. Miembro a propuesta del Reino de España del panel de árbitros del CIADI (1997) renovado en 2004 y en 2010.

al control sobre la legalidad de las formas predispuestas. Consecuentemente, las consideraciones efectuadas por los árbitros en orden a la valoración de los hechos materia de la controversia, la interpretación de las normas aplicables o las conclusiones jurídicas que produzcan son inamovibles, por más equivocadas que puedan aparecer.

Al lado de la imposibilidad de la revisión del fondo del laudo, el recurso de anulación presenta un carácter excepcional, limitado a unas causales específicas, cuya justificación no es otra que mantener la solvencia del arbitraje y sus beneficios para las partes litigantes y para la sociedad en su conjunto.¹ La eficiencia del arbitraje y la eficacia del laudo se alzan sobre el postulado que aboga por la corrección de los fallos.²

La confianza en el arbitraje reposa, al lado del apuntado respeto a la prohibición de la revisión del fondo del laudo arbitral por los órganos correspondientes, en la verificación equilibrada de la no vulneración del orden público que a dichos órganos corresponde. Expresada esta idea en otros términos, el órgano que entienda de la anulación debe limitarse a revisar la forma y abstenerse de realizar cualquier consideración sobre el fondo del asunto, aun cuando tenga la convicción de que los árbitros han incurrido en errores de apreciación de los hechos, han aplicado erróneamente el derecho, o han realizado una deficiente práctica de la prueba. No puede en ningún caso modificar lo decidido en el laudo porque dicha función, quiérase o no, fue asignada libremente por las partes de manera exclusiva a los ár-

bitros. Tal afirmación categórica encuentra su apoyo en el propio Convenio Arbitral. El examen de la nulidad en materia arbitral no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión en alza de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto.

Con carácter general, los inversores extranjeros están sometidos a las leyes de los países en que deciden operar, una vez que han establecido sus actividades allí. Salvo acuerdo en contrario, los tribunales locales son los competentes para decidir sobre diferencias en las que intervenga el trato dado a los inversores extranjeros. No obstante, además de esta jurisdicción interna normal, y para aportar una protección jurídica adicional a los inversores extranjeros, la mayoría de los países que son partes en los APPRI consienten que se incluya la posibilidad de que los inversores privados recurran a un arbitraje internacional en caso de diferencia con el Estado receptor, arbitraje en el que dirimirá la vulneración de los derechos reconocidos al inversor en el propio APPRI. Asimismo los APPRI permiten que los inversores privados recurran, contra el Estado receptor que infrinja el acuerdo, a un arbitraje internacional. Dicho arbitraje ofrece, entre otras posibles, distintas variantes: a) arbitraje *ad hoc*, con aplicación del Reglamento Uncitral (los denominados impropriadamente “Arbitrajes Uncitral”)³; b) arbitraje ante el CIADI o; c) arbitraje administrado por entidades especializadas como la CCI, la *London Court of International Arbitration* o

¹ SMIT, H. “Contractual Modification of the Scope of Judicial Review of Arbitral Awards”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 8, n° 2, 1997, pp. 147 y ss.

² Sobre esta dialéctica vid. CANTUARIAS SALAVERRY, F. *Arbitraje comercial y de inversiones*, Lima, UPC, 2007, pp. 769-770.

³ Puesto que la Uncitral no cuenta con personal para supervisar los casos, no está prevista en absoluto la eventual anulación de las decisiones del Tribunal, a diferencia de lo que ocurre en el CIADI.

la Cámara de Comercio de Estocolmo⁴.

Las modernas reglamentaciones han dejado de asimilar los laudos a las decisiones judiciales en lo que concierne a las acciones o de recursos contra los laudos, reduciendo los plazos, con frecuencia muy dilatados, para realizar la impugnación y las extensas listas de motivos que diferían ampliamente de uno a otro ordenamiento jurídico⁵. La razón de esta actitud es la exclusión del control del fondo del laudo y de su firmeza desde el momento en que se pronuncia con la única excepción del plazo para presentar, precisamente, la acción de anulación. Al hilo de esto, la Ley Modelo Uncitral de 1985 tuvo la virtud de mejorar esa situación de particularismo legislativo que continúa siendo motivo de grave preocupación para los operadores del arbitraje comercial. La primera medida de mejora consiste en admitir solamente un tipo de recurso, con exclusión de cualesquiera otros establecidos en otra ley procesal del Estado de que se trate⁶. De hecho, el propio Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, sólo establece como causa de no reconocimiento el recurso de anulación que haya triunfado y ninguno más. La segunda medida de perfeccionamiento introducido por esta disposición es el establecimiento de una lista taxativa de motivos por los que el laudo puede ser anulado por el juez nacional. En

dicha lista cabe apreciar una huella de la tradicional distinción entre vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, pues aunque son éstos los que ocupan un papel protagonista no cabe duda que la invocación al orden público incluye, si bien con un carácter muy restringido, a los primeros. No cabe duda, en este sentido que, para que un Tribunal estatal se forme juicio acerca de la contravención del orden público en un laudo, debe estudiar el fondo del mismo (en los casos más frecuentes, para detectar la falta de aplicación de normas materiales imperativas vigentes en el país de ejecución). La anulación se configura así como un juicio externo en el que la resolución a que da lugar deniega la impugnación o se limita a anular el laudo que ha infringido los supuestos legales de su configuración o el sometimiento del árbitro a los límites de lo convenido, pero en ningún caso la decisión sustancial.

1.2. Especialidad del arbitraje de inversiones

Esta situación se ha proyectado al arbitraje de inversiones, que no puede desconocer su influencia del arbitraje comercial internacional⁷, aunque en la actualidad, a raíz de la multiplicación de las controversias arbitrales originadas por convenciones internacionales, esté adquiriendo rasgos específicos propios⁸. Ambas modalidades arbitrales ofrecen diferencias

⁴ Según la UNCTAD, a mediados de 2005 había 39 procedimientos en curso según las reglas Uncitral, 4 según las de la CCI y 4 según las de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Vid. LEGUM, B. "Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration", *Disp. Res. J.*, vol. 60, n° 3, 2005; CREMADES, B. "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, 2006, pp. 545-552.

⁵ Vid. POUDET, J.F. "Les voies de recours en matière d'arbitrage international en Suisse selon le concordat et la nouvelle loi fédérale", *Rev. Arb.*, 1988, pp. 595-628.

⁶ Sobre la limitación de recursos en el ordenamiento francés, FOUCHARD, Ph., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*, París: Litec, 1996, pp. 930 y ss.

⁷ Vid. CREMADES, B. "Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007, pp. 13-22.

⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2010, n° 32; BURDEAU, G. "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Rev. arb.*, 1995, pp. 3-37.

importantes⁹. Destacaremos ahora que los laudos en el arbitraje unilateral están cons- truidos a partir del Derecho Internacional Público¹⁰, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al derecho interno de un deter- minado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al derecho que debe ser aplicado¹¹. Por añadidura, a diferencia de los laudos co- merciales internacionales, los que se dictan bajo la Convención de Washington de 18 de marzo de 1965 (Convención CIADI) pue- den ser impugnados no ante una jurisdicción estatal sino ante un Comité *ad hoc* de tres personas a partir de unas causales señaladas en el artículo 52.1; y si el panel estima algu- na de estas causales y anula el laudo, podrá constituirse un nuevo Tribunal Arbitral para que conozca del caso. Finalmente, un laudo dictado en el seno del CIADI que condene a un Estado o a una entidad pública es fácil- mente ejecutable (artículos 53 y 54) lo que no es predicable de los laudos en el arbitraje comercial respecto de los cuales es factible

anular el laudo una vez que haya sido esta- blecida su autenticidad.

La Convención CIADI no solo creó un centro especializado¹² sino que estable- ció un sistema integral y autosuficiente de conciliación y arbitraje para disputas entre inversionistas internacionales y Estados re- ceptores¹³. No obstante, en el nacimiento del Centro fue innegable la influencia de otras instituciones internacionales de carácter ju- dicial sometidas al Derecho Internacional Público. En los últimos 40 años, el CIADI se ha convertido en el principal foro arbi- tral a escala mundial para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Dicho foro posee el recurso más importante contra un laudo, el de anulación, en base a cinco causales taxativas que son: 1) que el Tribunal no se haya constituido adecuada- mente; 2) que el Tribunal se haya extrali- mitado manifiestamente en sus potestades; 3) que se haya comprobado corrupción de alguno de los miembros del Tribunal; 4) que haya habido una infracción grave de algunas

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid: lustel, 2008, pp. 176-177.

¹⁰ Es relevante el papel que cumple el Derecho internacional en el contexto del artículo 42 Convención CIADI y la relación que tiene con el derecho interno, estando ampliamente respaldada la opinión que otorga al Derecho in- ternacional una doble función complementaria y una segunda correctora. De esta suerte el Derecho internacional cubrirá las lagunas del derecho interno aplicable en cada caso y corregirá las disposiciones internas que vayan en contra o violen el Derecho internacional (SCHREUER, C.H. *The ICSID Convention: a Commentary*, Second Edi- tion, Cambridge, 2009, p. 623). Esta doble función se vio claramente recogida en las sentencias arbitrales de los Comités *ad hoc* que conocían de los recursos de anulación de las decisiones emitidas en los asuntos *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIA- DI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo de 1985 y *Amco Asia Corporation c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de diciembre de 1992. Vid. con carácter general ZAMBRANA TEVAR, N. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2010.

¹¹ Vid. PRUJINER, A. "L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?", *Rev. Arb.*, 2005, pp. 63-99.

¹² VIVES CHILLIDA, J.A.: *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 527 y ss.

¹³ Dentro de la copiosa bibliografía sobre la Convención caba referirse desde una perspectiva sistemática y exegética a las siguientes contribuciones: BROCHES, A "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 136, 1972, pp. 331 y ss; DELAUME, G.R. "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *Journ. Dr. Int.*, t. 91, 1966, pp. 26 y ss; MOORE, M.M. "International Arbitration between States and Foreign Investors: The World Bank Convention", *Stanford Law Review*, vol. 18, pp. 1359-1380; SACERDOTI, G. "La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti", *Riv. Dir. Int. Pr. Proc.*, vol. 5, 1969, pp. 614 y ss.

reglas de procedimiento fundamental; y, 5) que el Tribunal haya omitido los motivos en que fundó su sentencia. Semejantes causas en modo alguno permiten la revisión del fondo de la controversia y cuya misión principal es salvaguardar el proceso de decisión de los árbitros. Para estos efectos, el sistema CIADI constituye un nuevo órgano decisor (denominado Comité *ad hoc*).

Pese a sus críticas, el éxito del arbitraje CIADI radica en que, nacido para cumplir los fines para los que fue constituido el Banco Mundial (todos los miembros del Centro lo son también del Banco), la controversia es administrada por una entidad autónoma e independiente de los gobiernos que forman parte de aquél. Y a este éxito contribuye la posibilidad de que se sometan controversias al CIADI aún cuando el Estado del que es nacional el inversor o el Estado receptor de la inversión no lo sean de la Convención CIADI, por medio de la vía establecida por el mecanismo complementario para la administración de procedimientos de conciliación, arbitraje y comprobación de hechos, eso sí, con la condición de que la diferencia se dirima en un Estado parte de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958.

Si bien el CIADI no consideró en su día un mecanismo de apelación no ha descartado la posibilidad de crearlo sin la propuesta. En un documento preparado en 2004 con el propósito de iniciar un debate sobre esta cuestión se sugirió la posibilidad de crearlo, aunque con carácter opcional y

limitado alcance (*ICSID Appeals Facility*)¹⁴. Se era consciente, sin embargo, de que una reforma de tal envergadura en el sistema del CIADI ofrecería muchas dificultades pues requeriría bien que los Estados partes del Convenio de Washington aceptasen la modificación, lo que requeriría una aceptación unánime, o bien un sistema de convenios bilaterales que tendría el inconveniente de fragmentar el sistema unitario previsto en este instrumento¹⁵.

1.3. Referencia al “mecanismo complementario”

La competencia en materia de litigios sobre inversiones ha sido una cuestión muy sensible, *v.gr.*, en las negociaciones entre México y otros Estados originarios de inversiones privadas, como resultado de la “doctrina Calvo” que establece que los inversionistas extranjeros deben someterse a la jurisdicción de los tribunales internos y renunciar a cualquier tipo de protección diplomática de sus gobiernos, bajo la pena de perder el beneficio del Estado dichas inversiones en caso de violar dicha cláusula. Como consecuencia de lo anterior, México nunca se incorporó al Convenio del CIADI ni a la Convención para el Establecimiento de la Agencia Multilateral para Garantizar las Inversiones de 1985 (Convención MIGA). Sin embargo, es parte del denominado “Mecanismo Complementario” y ha tomado parte en numerosos arbitrajes de inversiones¹⁶.

La referencia al mencionado “Mecanismo Complementario” (*Additional Fa-*

¹⁴ http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=Open_Page&PageTpe=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14.

¹⁵ DE LOTBINIÈRE MCDUGALL, A. y SANTENS, A. “ICSID Amends in Arbitration Rules”, *Inter'l Arb. L. Rev.*, 2006, n° 4, pp. 119 y ss; McRAE, D. “The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility?” *J Int. Disp. Settlement*, 2010.).

¹⁶ GONZÁLEZ DE COSSIO, F. “Aportación de México al arbitraje de inversión”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 651 y ss.

ility Rules) amerita una consideración especial.¹⁷ Con posterioridad a la creación del CIADI, se suscitaron ante su Secretariado numerosas consultas acerca de su eventual extensión a controversias en las que figuraran Estados contratantes y nacionales de otros Estados que no fueran contratantes de la Convención CIADI. Ello condujo a la adopción, el 27 de septiembre de 1978, de un Reglamento, denominado “del mecanismo complementario del CIADI” que faculta al Secretariado de esta institución a administrar procedimientos que originalmente están fuera del ámbito de jurisdicción de dicho Centro, con lo cual la labor de esta entidad se ha desarrollado de manera notable siempre que el referido Secretariado acepte la intervención del Centro en una controversia determinada. En tal caso, el procedimiento abierto de conformidad con este mecanismo comporta la consecuencia legal de que ninguna de las disposiciones de la Convención CIADI serán aplicables a los procedimientos arbitrales en cuestión y, por ello, los procedimientos y laudos arbitrales no quedan desvinculados del derecho de la sede del arbitraje, y la ejecución del laudo estará regida por la ley del foro (*la lex arbitri*) comprendidas las convenciones internacionales que resulten aplicables. A diferencia del arbitraje bajo la Convención CIADI, el arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario no está exento de control de conformidad con la legislación del lugar del arbitraje. Los eventuales requerimientos de dicha legislación están específicamente mencionados en este último instrumento (artículos 1, 53.3

y 4). La verdad es que la determinación de la sede para un procedimiento arbitral bajo este mecanismo puede tener consecuencias importantes por la aplicación de la ley aplicable al arbitraje en dicha sede.¹⁸ Consecuentemente, los laudos dictados al amparo del Reglamento están sujetos, como acontece con los pronunciados en el arbitraje comercial internacional, a la revisión de los tribunales nacionales de la sede del arbitraje según el artículo V.1 de la Convención de Nueva York¹⁹.

2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE UN COMITÉ DE ANULACIÓN *AD HOC*

En el arbitraje comercial la misión de control de los laudos arbitrales por la jurisdicción estatal está establecida por el legislador con el fin de preservar la coherencia del sistema jurídico y salvaguardar el principio de la tutela judicial efectiva. Al lado de estas razones, se pretende asegurar una efectiva vigilancia sobre las decisiones arbitrales en aquellos casos en los que está involucrado un ente estatal, pues se considera que la protección del patrimonio público conduce a que los laudos arbitrales tengan filtros afines a aquellos que se aplican a las sentencias judiciales proferidas en los procesos ordinarios. Y también se ha considerado la posibilidad de una revisión de fondo de los laudos por razones de constitucionalidad.

El CIADI, en sí mismo, no arbitra ni concilia esas controversias. Estas funciones las ejercen las comisiones de conciliación y

¹⁷ PARRA, A.R. “The New Amendment to the ICSID Regulations and Rules Additional Facility Rules”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol.3, n° 2, 2004, pp. 181-188; ANTONIETTI, A. “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, n° 2, 2006, pp. 427-448 / 2006.

¹⁸ CIADI: *Waste Management, Inc. / México (II)*, CIADI, Caso n° ARB (AF)/00/3 (NAFTA), 2004.

¹⁹ *Vid.* la decisión del Tribunal Supremo de la Columbia Británica, Canadá, 2 de mayo de 2001 en el caso *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*. En esta instancia, la apelación del gobierno mexicano fue presentada en Columbia Británica porque Vancouver había sido elegido como “sede de arbitraje” del tribunal según las reglas del CIADI.

los tribunales de arbitraje, constituidos específicamente por las partes, para cada procedimiento. Sus funciones son básicamente las de una secretaría de apoyo a las tareas de los tribunales de arbitraje. La Convención CIADI determina que el consentimiento a la competencia del CIADI excluye cualquier otro remedio o vía jurisdiccional. A su vez, los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del CIADI son inapelables, y no pueden ser revisados por las cortes locales. Es más, el mismo Convenio establece que la revisión, la rectificación, la interpretación y la anulación son los únicos recursos posibles. Estos deben tramitarse ante el propio CIADI conforme a sus normas y reglamento. El único reconocimiento que el sistema acuerda a los tribunales nacionales es su necesaria intervención para la ejecución de los laudos. Debe destacarse, sin embargo, que el *exequátur* no es necesario en virtud del artículo 54.1 de la Convención CIADI.

A diferencia del control jurisdiccional, antes referido, el procedimiento de anulación regulado en el artículo 52 de la Convención CIADI es un mecanismo interno fijado por el sistema del CIADI que se encomienda a una serie de Comités *ad hoc* designados para tal función. Consecuentemente sus poderes derivan de la misma fuente que los propios del Tribunal Arbitral. El artículo 26 dispone a este efecto que “salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con

exclusión de cualquier otro recurso”, lo que configura un procedimiento arbitral de carácter autosuficiente²⁰ que pretende alejar a los inversionistas de la acción de las normas estatales y de los tribunales locales²¹. Se ha dicho de este instrumento que su “verdadera originalidad” reside en la desvinculación casi completa de su procedimiento arbitral, en todas sus fases, con los ordenamientos jurídicos internos, al contrario de lo que sucede en los demás sistemas arbitrales donde la intervención de los ordenamientos y tribunales internos resulta intensa. No en vano el artículo 53 establece que “el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el presente Convenio”. Se excluye, pues, el control judicial, lo que no acontece en otras alternativas para el arbitraje de inversiones²².

Y debe tenerse en cuenta, además, que los laudos en el arbitraje unilateral están contruidos a partir del Derecho Internacional Público, sin perjuicio de que éste pueda hacer remisión al derecho interno de un determinado Estado, en tanto que en el arbitraje comercial los laudos derivan directamente de las previsiones efectuadas por las partes respecto al derecho que debe ser aplicado. Las reglas de arbitraje del CIADI derivan, en efecto, de un tratado internacional y por tanto tienen total autonomía de cualquier derecho nacional y esta “anacionalidad” se manifiesta en la ausencia de control por parte de los tribunales nacionales, siendo irrelevante tanto el lugar donde

²⁰ SCHREUER, C.: “Art. 26 is the clearest expression of the self-contained and autonomous nature of the arbitration procedure provided for by the Convention” (cf. *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 346-347).

²¹ HERZ, M. “La irrevisibilidad de los laudos arbitrales del CIADI por los jueces nacionales: la ‘doctrina Rosatti y los proyectos legislativos’”, *El Derecho* (Buenos Aires), 214, p. 799.

²² Vid. HOBER, K. y ELIASSON, N. “Review of Investment Treaty Awards by Municipal Courts”, *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues* *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues* (YANNACA-SMALL, K. ed.), Nueva York, Oxford University Press, 2010 pp. 635-669; GAILLARD, E. (ed.) *The Review of International Arbitral Awards*, Huntington N.Y. *IAI Series on International Arbitration* n° 6, 2010.

se realice cada arbitraje en particular como el Estado en cuyo territorio debe ejecutarse el eventual laudo.

Los laudos CIADI no están sujetos a apelación ni a ningún otro recurso, excepto los detallados en el artículo 53.1 del Convenio del CIADI. Por ello, en los procesos de anulación CIADI previstos en el artículo 52 CIADI, los Comités *ad hoc* no son tribunales de apelación y no pueden considerar el fondo de la cuestión²³. Su ámbito de actuación es, pues, limitado quedando consreñidos a evaluar la legitimidad del laudo sin pronunciarse acerca de su corrección²⁴. En cambio, solo pueden determinar si debe anularse un laudo exclusivamente sobre la base de una de las causas detalladas en el artículo 52.1²⁵. Por ejemplo, como se sostuvo en la Decisión sobre anulación *MTD*, la anulación tiene una función limitada, dado que un Comité:

“(…) no puede sustituir la determinación del Tribunal sobre los méritos de la disputa, ni

puede dirigir a un Tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del Tribunal: puede extinguir la *res judicata* pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva. Una aproximación más intervencionista de los Comités sobre los méritos de las disputas tendría el riesgo de un ciclo renovado de Tribunal y procedimientos de anulación, del tipo observado en *Klöckner* y *AMCO*²⁶.

El recurso de anulación, que es el más relevante de los recursos previstos, lo resuelve un Comité *ad hoc* constituido a tal efecto y no ha estado exento de críticas²⁷. El modelo del CIADI determina que toda solicitud de aclaración, revisión o anulación de un laudo será presentada por escrito al Secretario General del Centro y, en caso de registrarse una solicitud de anulación de un laudo, el Secretario General pedirá de inmediato al Presidente del Consejo Administrativo que nombre un Comité *ad hoc* de

²³ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. y Indalsa Perú, S.A. (ex Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) c. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de septiembre de 2007, n° 101; *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 21 de marzo de 2007, pp. 52-54; *Hussein Nuaman Soufraki c. United Arab Emirates*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de junio de 2007, n° 20; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo de 1985; *Amco Asia Corporation c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de diciembre de 1992, n° 7.19 y 8.08; *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 22 de diciembre de 1989, nos 5.04 y 5.08; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de febrero de 2002, n° 18; *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 29 de junio de 2005, pp. 34-37; *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 9 de febrero de 2004, n° 21.

²⁴ *MCI Power Group L.C. and New Turbine Inc. c/ Republic of Ecuador*, CIRDI No. ARB/03/6 del 19 de octubre de 2009, n° 24.

²⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio de 2002, n° 62.

²⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, 21 de marzo de 2007, n° 54.

²⁷ Respecto al recurso de anulación del CIADI, vid. GAILLARD, E. y BANIFATEMI, Y. (eds.) *Annulment of ICSID Awards*, Nueva York, 2004. También, BJORKLUND, A.K. “The Continuing Appeal of Annulment?: Lessons from *Amco Asia and CME*”, *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (WEILER, T. ed.), Gran Bretaña, 2005, pp. 471-521; GIARDINA, A. “ICSID: A Self-Contained, Non-National Review System”, *International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?* (LILICH, R.B. y BROWER, C.N., eds.), Nueva York, Transnational Publishers, 1994, pp. 199-219.

conformidad. A este efecto el artículo 52.3 de la Convención CIADI establece que se procederá a la inmediata constitución de un Comité *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros. Ninguno de los miembros del Comité podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella (salvo acuerdo unánime de las partes), ni haber sido designado para integrar la lista de árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Los miembros de los Comités *ad hoc* del CIADI se eligen exclusivamente del panel de árbitros y realizan su actividad a invitación del CIADI, tras la correspondiente aceptación, para resolver estos asuntos. Consecuentemente, su posición es diferente a la de los árbitros.

Este Comité tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado 52.1 del Convenio. Por así decirlo, es el mismo CIADI a través del Comité por él designado y no un juez, el que revisa la validez del fallo; incluso si el Comité *ad hoc* anulara el laudo, a solicitud de cualquiera de las partes, la controversia podría someterse a un nuevo arbitraje ante el CIADI, no teniendo las partes que discutir dicha controversia en la vía judicial, salvo que difícilmente acuerden algo distinto. Los razonamientos del Comité *ad hoc* no serán vinculantes para el nuevo tribunal y, ante éste, las partes no pueden introducir nuevas

pretensiones. Los laudos no crean jurisprudencia, aunque en la práctica sí se les tenga en cuenta en sucesivos arbitrajes; es obvio que los Comités *ad hoc* toman en consideración las decisiones y los laudos del CIADI pronunciados en el pasado, incluidas otras decisiones sobre anulación, pero éstos no poseen un carácter vinculante. Se carece en esta materia de una “jurisprudencia constante”.

Dicho de otro modo, el mecanismo de anulación no está concebido para consolidar un bloque de doctrina en orden a la interpretación y a la aplicación del derecho internacional de inversiones. Es evidente que los fallos en la materia desempeñan un papel muy relevante a la hora de resolver contenciosos futuros, pero los miembros de los Comités de anulación deben tener en cuenta que su misión principal es pronunciarse acerca de la concurrencia o no de las causales de anulación en un caso concreto y no de realizar especulaciones doctrinales.

De la actuación de los Comités *ad hoc* se ha dicho que ha ido más allá de la función prevista en el Convenio, llegando a actuar como un órgano de apelación al revisar el fondo de los laudos con los límites expresados más arriba: para tomar una decisión sobre extralimitación o falta de fundamentación: Es pues, evidente que el fondo del asunto es revisado, pero nunca alterado.²⁸ En la práctica ha habido casos en los que después de la decisión del Comité *ad hoc* se ha instituido un segundo tribunal arbitral cuyo laudo también ha sido sometido a un segundo Comité *ad hoc*. Ello ha generado preocupación sobre el efecto negativo que puede ocasionar el uso habitual del recurso

²⁸ Precisamente, el artículo 53.1 del Convenio excluye expresamente la posibilidad de plantear recursos de apelación frente a laudos del CIADI. Por este motivo fueron criticados los dos primeros casos de anulación que tuvieron lugar en el seno del CIADI, *Klöckner c. Camerún y Amco c. Indonesia*; sobre las críticas vertidas sobre estas decisiones, y los debates surgidos en torno a los mismos, vid. BJORKLUND, A.K. “The Continuing Appeal of Annulment(...)”, loc. cit., pp. 499-506; BROCHES, A. “Observations on the Finality of ICSID Awards” (1991), *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Boston, 1995, pp. 295-356; REISMAN, W.M. “Repairing ICSID’s Control System: Some Comments on Aron Broches’ “Observations on the Finality of ICSID Awards”,

de anulación en la efectividad del sistema del CIADI²⁹, pudiendo llegar a afectar incluso a la legitimidad sistémica de la Convención del CIADI³⁰.

En contraposición con los primeros Comités *ad hoc*³¹, los más recientes han adoptado una concepción mucho más restrictiva de su función y del proceso de anulación, lo que ha derivado en decisiones que vienen conociéndose como de “segunda” y “tercera” generación³².

3. CARACTERIZACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN PREVISTO EN EL CONVENIO DE WASHINGTON DE 1965

3.1. Garantía de legitimidad del proceso de decisión

La anulación en el sistema del CIADI es una vía de recurso extraordinaria limitado a las causales de anulación establecidas en el artículo 52 de la Convención CIADI cuya finalidad es garantizar la legitimidad del proceso de decisión y no la justicia del resultado de fondo³³; es un mecanismo diseñado para conservar y fortalecer la integridad del procedimiento administrado por este or-

ganismo y debe interpretarse y aplicarse en sus propios términos y no en el vacío. Como pusiera de relieve el Comité *ad hoc* en su decisión de 1 de marzo de 2011 en el asunto *Duke Energy* las normas de interpretación del derecho internacional consuetudinario (que, como se ha sostenido consistentemente están reflejadas de manera precisa en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969) son tan aplicables al artículo 52 del Convenio del CIADI como a las otras obligaciones establecidas por medio de tratados. De esta suerte:

“El análisis de cualquier decisión o laudo particular de un Tribunal por parte de un comité de anulación con arreglo al artículo 52.1 debe ser forzosamente específico para el caso en cuestión debido a que su tarea consiste en revisar la conducta de un Tribunal en particular: su constitución, sus facultades, la conducta de sus miembros, el procedimiento y las razones expuestas en el laudo. Pero esto no equivale, por supuesto, a decir (...) que el Comité pueda considerar las excepciones planteadas por una parte a una decisión o laudo sin tener también en cuenta las causas enumeradas en el artículo 52.1. Hacerlo significaría dar lugar a una apelación –un recurso que, por decisión de los Esta-

ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 7, n° 1, 1992, pp. 196-211; BROCHES, A. “On the Finality of Awards: a Reply to Michael Reisman”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 8, n° 1, 1993, pp. 92-103; FELDMAN, M.B. “The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Award”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, n° 1, 1987, pp. 85-110; RAMBAUD, P. “L’annulation des sentences Klöckner et Amco”, *An. Fr. Dr. Int.*, 1986, pp. 259-274.

²⁹ SCHWARTZ, E.A. “Finality at What Cost? The Decision of the *Ad Hoc* Committee in *Wena Hotels v. Egypt*”, *Annulment of ICSID Awards* (GAILLARD, E. y BANIFATEMI, Y. eds.), Nueva York, 2004, p. 45; DELAUME, G.R. “How to Draft...”, *loc. cit.*, p. 188 y ss.

³⁰ BJORKLUND, A.K.: “The Continuing Appeal...”, *loc. cit.*, p. 504.

³¹ *Klöckner c. Camerún* (Comité *ad hoc*) y *Amco Asia c. Indonesia* (Comité *ad hoc* I).

³² *Vivendi c. Argentina* (Comité *ad hoc*), *Wena Hotels c. Egipto* (Comité *ad hoc*) y *CDC c. Seychelles* (Comité *ad hoc*). El Comité del caso *CDC c. Seychelles*, pár. 35, pone de relieve el desarrollo que ha tenido el papel de los Comités *ad hoc*, y la evolución de la posición adoptada por los diferentes Comités. Vid., en especial, SCHREUER, C. “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”, *Annulment of ICSID Awards, op. cit.*, pp. 17-42. No obstante, estas últimas decisiones –de forma particular en el asunto *Wena Hotels c. Egipto*– también han sido analizadas desde una posición crítica; por ejemplo, por SCHWARTZ, E.A. “Finality at What Cost...”, *loc. cit.* Una síntesis de la doctrina emanada por los distintos Comités *ad hoc* se encuentra en el estudio de CORDERO ARCE, G. “Anulación de los laudos en el CIADI”, *Revista Chile-na de Derecho*, vol. 32, n° 2, 2005, pp. 219-252.

³³ *Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Peru c/ Peru*, CIADI No. ARB03/4, 5 de septiembre de 2007, n° 97.

dos Contratantes en virtud del artículo 53.1, no está disponible—. Entonces, cuando una parte opone una excepción sobre un aspecto particular del proceso o la decisión de un Tribunal, debe relacionar tal excepción con una causa específica de anulación conforme al artículo 52.1, explicando cómo y por qué la excepción queda comprendida dentro de la causa específica que se invoca³⁴.

No existe, en consecuencia, por parte del Derecho Internacional general una presunción ni en contra ni a favor de la anulación. El derecho de la inversión extranjera conforma un “subsistema” integrado dentro del Derecho Internacional que rige una “comunidad” compuesta por los Estados participantes en los APPRI³⁵.

El procedimiento de anulación no supone, en ningún caso, una apelación. Y ello por dos razones principales. En primer término el Comité *ad hoc* carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto tal y como ha sido acordado por el Tribunal Arbitral cuya decisión es objeto de impugnación; la anulación únicamente puede sustentarse en un número muy reducido de causales enumeradas con carácter de *numerus clausus* en el artículo 52.1; de esta suerte incluso el error de hecho más flagrante no queda comprendido dentro de estas causales. En segundo término, el Comité *ad hoc* debe tener muy presente que los

laudos CIADI poseen un carácter definitivo pues, como regla general, las decisiones pronunciadas en los arbitrajes sometidos al Derecho Internacional Público no son susceptibles de recurso³⁶.

La posibilidad de anulación en el sistema CIADI es una concesión a la naturaleza parcialmente privada de esta modalidad de arreglo de controversias y ello implica que las partes, tienen el derecho a que se observen y respeten los más altos estándares en este sentido por todos los árbitros en sus casos del CIADI. La circunstancia de que el litigio alcance una solución definitiva se considera más importante que la justicia del fondo de la decisión. El artículo 52 cuenta como único objetivo proporcionar un cauce de recurso excepcional en las hipótesis de violación manifiesta o sustancial de un cierto número de principios fundamentales enunciados en dicho precepto; por eso los Comités *ad hoc* deben evitar la anulación por otras circunstancias³⁷.

El artículo 52.1 está estructurado en numerales separados, que se refieren a causales de anulación diferente. La referencia a los trabajos preparatorios confirma que los redactores del Convenio tuvieron muy presente evitar la omisión de conceptos diferentes al redactar el precepto, por lo que separaron, por ejemplo, la causa del inciso (e) de aquélla en el inciso (d). Cada una de

³⁴ Caso CIADI N° ARB/03/28: *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Limited y la República del Perú*, n° 89. http://ita.law.uvic.ca/documents/DukevPeruFinal_1Mar2011_Sp.pdf.

³⁵ CASANOVAS Y LA ROSA, O. *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haya, Nijhoff, 2001.

³⁶ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (en adelante, *MINE c. Guinea*) CIADI No ARB84/4. Decisión sobre la Solicitud presentada por Guinea para la Anulación Parcial del Laudo del 6 de enero de 1988, 14 de diciembre de 1989 n° 4.04: “Article 52(1) makes it clear that annulment is a limited remedy. This is further confirmed by the exclusion of review of the merits of awards by Article 53. Annulment is not a remedy against an incorrect decision. Accordingly, an ad hoc Committee may not in fact reverse an award on the merits under the guise of applying Article 52”. Vid. en la misma dirección, *Wena Hotels*, Decisión de Anulación de 5 de febrero de 1998, n° 18.

³⁷ Los Comités *ad hoc* que han tenido que conocer de un recurso de nulidad en el sistema del CIADI son unánimes en afirmar que el procedimiento de nulidad es una vía extraordinaria de recurso y que no debe convertirse en un medio para modificar el fondo del laudo, ese recurso está excluido del sistema del CIADI. Vid. Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc* CIADI No. ARB/00/6, de 18 de enero de 2006, pp. 220 a 223.

las causales identificadas por los Estados Contratantes en el artículo 52 como suficientes para la anulación de un laudo, tienen un objeto y un propósito distintos. De esta forma, la determinación de si se ha excedido el alcance de las facultades conferidas a un Tribunal supone diferentes consideraciones sobre si, en el ejercicio de tales facultades, ha omitido observar una norma fundamental de procedimiento. Así, también, el examen del procedimiento desarrollado por un Tribunal involucra claras consideraciones en cuanto al análisis de los motivos que fundan una decisión o laudo. Por ello, dado que no se puede excluir la posibilidad de que el mismo aspecto de un laudo constituya distintas causas de anulación en virtud del artículo 52, si una parte desea presentar tal reclamo, deberá identificar por separado de qué manera cada una de estas cuestiones surge del mismo aspecto del laudo que se impugna³⁸.

3.2. Carácter manifiesto de la extralimitación

El precepto requiere, además, que la extralimitación de facultades sea manifiesta³⁹ de suerte que la nulidad del laudo no puede ser pronunciada más que en caso de quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento. El término “manifiesto” en el contexto del artículo 52.1.b) significa que la extralimitación de las facultades debe ser “evidente”, y que para que la

anulación conforme al artículo 52.1.d) sea factible, el quebrantamiento debe ser grave y la norma de procedimiento a la que se refiere debe ser de carácter esencial. Asimismo, el Comité *ad hoc* puede determinar la existencia de una extralimitación manifiesta de facultades teniendo en cuenta las cuestiones de hecho y de derecho sobre las que el Tribunal Arbitral funda su decisión y/o laudo a partir de los argumentos de las partes⁴⁰. La duración del procedimiento o la complejidad de las cuestiones planteadas al Tribunal de arbitraje no pueden justificar la supresión de esta exigencia y, en virtud de este mandato limitado, la nulidad del laudo no puede ser pronunciada sino en caso de quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento.

Incumbe, pues al Comité *ad hoc* comprobar la integridad del sistema desarrollado bajo las reglas del CIADI en todas sus facetas: Integridad del Tribunal (artículo 52.1.a y c), integridad del procedimiento arbitral (artículo 52.1 b y d) e integridad del laudo (artículo 52.1.e)⁴¹ y si la motivación en él contenida es suficiente⁴², evitando realizar consideraciones acerca de la corrección o incorrección de lo acordado por los árbitros.

El artículo 52.1.e) de la Convención CIADI no detalla que la ausencia de motivación deba ser manifiesta limitándose a establecer la ausencia total de motivación como fundamento de nulidad. No obstante,

³⁸ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Limited y la República del Perú*, n° 92.

³⁹ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIADI No. ARB/02/14 de 29 de junio de 2005.

⁴⁰ *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Limited y la República del Perú*, n° 99.

⁴¹ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIADI No. ARB/02/7, de 15 de mayo de 2009, n° 23.

⁴² De acuerdo con Ch. SCHREUER, “*Of all the grounds for annulment, an evaluation of the tribunal’s reasoning is most likely to blend into an examination of the award’s substantive correctness and hence to cross the border between annulment and appeal*” (cf. “Article 52: Annulment”, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, p. 998. De acuerdo con Comité *ad hoc* en *MINE c. Guinea*), n° 5.09: “*In the Committee’s view, the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from Point A. to Point B. and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law. This minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons*”.

ciertas decisiones de anulación del CIADI han admitido que la nulidad de un laudo puede justificarse, por ejemplo, en caso de motivación “trivial”⁴³ o contradictoria. Estos fundamentos no han sido previstos por los redactores de la Convención y, habida cuenta del riesgo de pasar de la nulidad a la apelación, algunos Comités *ad hoc* han insistido en que la anulación únicamente puede operar cuando la ausencia sea manifiesta⁴⁴ no entrando en juego la causal si el razonamiento del Tribunal puede ser razonablemente reconstruido⁴⁵.

Una fuente de preocupación de mayor envergadura es el fundamento de la omisión de “expresar los motivos”, ya que no está calificada con un adjetivo como “manifiesta” o “seria”. Sin embargo, se acepta tanto en los casos como en la literatura que el artículo 52.1.e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes. Cabe reiterar que un Comité *ad hoc* no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones

judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones. La anulación conforme al artículo 52.1.e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto “es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del Tribunal”⁴⁶.

La función de la nulidad no es, pues, enmendar los errores de hecho o de derecho que podría haber cometido un tribunal de arbitraje, incluso si éstos fueran manifiestos. Un Comité *ad hoc* no puede anular un laudo si la postura del tribunal sobre una cuestión de derecho es defendible, incluso si el Comité considera que es incorrecta desde el punto de vista legal⁴⁷. Ello no obsta para que cuente con una cierta medida de discreción en cuanto a si anula un laudo, aún cuando halle que existe un error anulable; no en vano, el artículo 52.3 dispone que un Comité “tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo”, y esto ha sido interpretado en el sentido de otorgar a los Comités alguna flexibilidad en deter-

⁴³ *Compañía de Agua del Aconquija SA. & Vivendi Universal c/ Republica Argentina*, CIADI N°ARB/97/3 de 3 de julio de 2002, n° 63: “No cabe duda de que el Comité debe tener sumo cuidado para garantizar que el razonamiento de un tribunal de arbitraje haya sido claramente comprendido, y no deben efectuarse anulaciones por una causa trivial. Pero “la extralimitación manifiesta en el ejercicio de las facultades” o “el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental” por parte de un tribunal —ambos causales de anulación conforme al Artículo 52 del Convenio y alegados por las demandantes en este procedimiento— no son, por definición, asuntos triviales”.

⁴⁴ *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc*, CIADI No. ARB/00/6 de 18 de enero de 2006 en n° 261.

⁴⁵ SCHREUER, C.H. *The ICSID Convention: a Commentary...*, op. cit., pp. 999-1003.

⁴⁶ *Compañía de Agua del Aconquija SA. & Vivendi Universal c/ Republica Argentina*, CIADI N°ARB/97/3 de 3 de julio de 2002, nos 64-65. *Vid.* en la misma dirección, Decisión en el caso *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, CIADI No. ARB/01/12, 1 de septiembre de 2009, nos 53-56 y *MCI Power Group L.C. and New Turbine Inc. c/ Republic of Ecuador*, CIADI No. ARB/03/6 del 19 de octubre de 2009, nos 66-69; F CAMPOLIETI, “Sur le défaut de motifs comme cause d’annulation des sentences arbitrales CIADI”, *Les Cahiers de l’Arbitrage*, 2010-4.

⁴⁷ *Klückner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República de Camerún*, Caso CIADI N° ARB/81/2, (Decisión sobre Anulación) (1985), n° 52; *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Limited y la República del Perú*, n° 99.

minar si la anulación es apropiada en las circunstancias⁴⁸.

4. ANULACIÓN V. APELACIÓN

La impugnación por nulidad, como hemos indicado, es distinta e independiente de la revisión por apelación que pudiese fijarse contra el laudo⁴⁹. En la nulidad se intenta, ni más ni menos, que revocar el pronunciamiento arbitral por carecer de los requisitos que la legislación impone y, como es lógico, los medios de impugnación no resultan disponibles por las partes al fundarse en cuestiones de orden público; por el contrario, en la apelación lo que se pretende es que el órgano superior revise lo decidido por los árbitros en el laudo, con facultades para confirmarlo, modificarlo o revocarlo entrando directamente en el fondo del asunto.

No existe, pues, una “segunda instancia” en el sentido de que un órgano de superior jerarquía pueda pronunciar una nueva decisión en la que se altere lo acordado por los árbitros; el recurso de anulación no da lugar a la intervención de otro órgano como una segunda instancia por lo que posee un contenido radicalmente diverso del recurso de apelación. La consecuencia es que la actuación del órgano que entiende de la anulación nunca podrá implicar un análisis del contenido del laudo; es decir, no cabe la eventualidad de pronunciar una decisión en sentido diverso al establecido en la vía arbitral por lo que no podrá examinar de nuevo los argumentos sustentados por cada una de las partes, los medios probatorios, el sustento de la decisión, la aplicación del derecho, la corrección del procedimiento, es decir, todo lo actuado en el arbitraje. Ante una

decisión de anulación positiva, no cabe otra opción que recurrir a un nuevo arbitraje y comenzar desde el principio, ya que la decisión de anulación jamás supone revisión ni reforma del contenido dispositivo del laudo, sólo su desaparición total o parcial⁵⁰. Esto da una pauta clara del carácter garantista de los derechos de las partes, y nunca revisorio de sus alegatos, de la acción de anulación.

La interpretación de las normas relacionadas con la anulación son indicativas de la defensa y la preservación de la autonomía de la voluntad, en cuanto que se impide al órgano que entiende de la anulación, entrar al fondo de la cuestión controvertida que ha sido sometida a decisión arbitral; por eso las causales que se establecen son muy precisas y se refieren básicamente a aspectos formales. La finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada, ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Una revisión del fondo atentaría contra el principio a la eficacia de la justicia arbitral e iría en contra de lo dispuesto en las convenciones internacionales del arbitraje comercial vinculantes para el Estado en cuestión. Dando esto por sentado, la revisión del laudo por el cauce de la acción de anulación es una actividad absolutamente desgajada de los actos que le dan origen, porque si las partes encomiendan su problema a la decisión de otros en quienes confían, esa pérdida de fe no puede fundarse en la contingencia de una decisión que les resulta hipotéticamente desfavorable.

El cometido del órgano que entien-


⁴⁸ *MINE c. Guinea*, nos 4.09 y 4.10.

⁴⁹ Sobre las características de los laudos pronunciados por los tribunales arbitrales administrados por el CIADI, *vid. BROCHES, A. “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, n° 2, 1987, pp. 292 y ss.

⁵⁰ Es ilustrativo al respecto asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio de 2002.

de de la anulación queda limitado, pues, a emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido, dejando sin efecto en este punto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en la mayor o menor fundamentación de lo decidido por el árbitro; esto es, debe incidir esencialmente en errores *in procedendo*. Su motivación sólo podrá ser impugnada de manera indirecta en función de una eventual anulación de contenido en todo caso garantista o en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral, puesto que la impugnación por vio-

lación de las reglas de derecho sólo es consentida a través de la propia inobservancia de la garantías que en la emisión del laudo deben observar los árbitros en cuanto al respeto al orden público.

Quede bien claro que la revisión no podrá corregir las eventuales deficiencias que pueda entrañar la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de su elaboración; por tal motivo no son de recibo las consideraciones de las partes en torno a la ausencia de justicia del laudo o a las deficiencias de lo razonado para alcanzar el fallo. 

ANULACIÓN DE LOS LAUDOS CIADI. VARIABLES DE AJUSTE Y MARGEN DE MANIOBRA DE LOS COMITÉS *AD HOC*

LAURENT GOUIFFES (*)

MELISSA ORDOÑEZ (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Un mecanismo de excepción que crea prácticas divergentes. 2.1. Un mecanismo de excepción diferente del recurso de apelación ordinario. 2.2. Un mecanismo que crea un control heterogéneo. 3. Divergencias relacionadas con el margen de maniobra de los Comités ad hoc. 3.1. Las variables de ajuste. 3.2. El conflicto entre dos lógicas opuestas: finalidad y rectitud. 4. Consideraciones finales sobre la consecuencia de las divergencias de control.*



1. INTRODUCCIÓN

Con el fin de promover el desarrollo económico mediante la inversión extranjera, el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965 creó un mecanismo institucional de arbitraje para la resolución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados contratantes. Se trata del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI.

Con el fin de garantizar la imparcialidad y la neutralidad necesarias para resolver este tipo de litigios, el arbitraje del CIADI posee un carácter autónomo que lo protege de cualquier intervención por parte de

los Estados. En efecto, el procedimiento de arbitraje está regido por un tratado que lo blindo de todo tipo de intrusión estatal. Los laudos CIADI tienen fuerza ejecutoria independiente y, por lo tanto, están exentos de cualquier procedimiento de ejecución ante los tribunales nacionales; además no pueden ser objeto de un recurso de anulación o de apelación ante dichas instancias.

Sólo es posible el control interno del laudo, bajo las reglas del mismo CIADI. En este contexto, el artículo 52 del Convenio prevé la posibilidad de un recurso de anulación, ante un Comité *ad hoc* integrado por tres miembros nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo.

(*) Socia del Departamento de Arbitraje Internacional de la firma Hogan Lovells en París. Especialista en arbitraje sobre inversiones y en controversias relativas a los sectores energéticos y tecnológicos. Las opiniones expresadas en el presente artículo no representan ni comprometen a Hogan Lovells.

(**) Jurista asociada del Departamento de Arbitraje Internacional de la firma Hogan Lovells en París. Especialista en arbitraje sobre inversiones y en controversias relativas a los sectores energéticos y tecnológicos. Las opiniones expresadas en el presente artículo no representan ni comprometen a Hogan Lovells.

Este mecanismo de anulación, que está adquiriendo un interés cada vez mayor, suscita en la actualidad algunas controversias. En particular, preocupa que ciertas decisiones sobre la materia revelan importantes diferencias en la intensidad del control que realizan los Comités *ad hoc*. En efecto, los más recientes pronunciamientos parecen propender por un control más amplio de los laudos CIADI. Esta situación plantea varios interrogantes relativos a la función actual del mecanismo de anulación de los laudos CIADI y a los criterios de control que deben aplicarse.

Este artículo está centrado en la cuestión de saber cómo han podido surgir, dentro de un mismo mecanismo de anulación, estas prácticas de control tan divergentes, así como en las posibles consecuencias de estas diferencias en el sistema de arbitraje del CIADI.

Después de señalar que, a pesar del consenso sobre las características del mecanismo de anulación de los laudos CIADI, existen diferencias sobre el nivel de control (2), nos centraremos en el margen de maniobra del que disponen los Comités *ad hoc* encargados de controlar los laudos CIADI (3), incluyendo las variables de ajuste que les permite modificar la intensidad de sus poderes de control en función de ciertos objetivos opuestos. Por último, presentaremos algunas consideraciones sobre las consecuencias de estas diferencias en el sistema de arbitraje del CIADI (4).

2. UN MECANISMO DE EXCEPCIÓN QUE CREA PRÁCTICAS DIVERGENTES

Es comúnmente aceptado que el con-

trol de los laudos CIADI presenta un carácter excepcional que se distingue del recurso ordinario de apelación (2.1). A pesar de este consenso, en la práctica las decisiones relativas a este mecanismo han puesto al descubierto niveles de control divergentes (2.2).

2.1. Un mecanismo de excepción diferente del recurso de apelación ordinario

La doctrina y los profesionales coinciden en considerar el mecanismo de anulación de los laudos CIADI como un mecanismo de excepción diferente de un recurso de apelación¹.

El carácter excepcional resulta del artículo 53 del Convenio de Washington, el cual dispone que un laudo CIADI no puede ser objeto de un recurso de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el Convenio. El artículo 52 constituye la excepción, dado que establece la posibilidad de ejercer el recurso de anulación ante un Comité *ad hoc*, designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI.

Existen dos diferencias entre el mecanismo de anulación de los laudos CIADI y el recurso de apelación.

En primer lugar, el objeto del recurso de anulación es bastante restringido. Mientras que la apelación ofrece la posibilidad de modificar la decisión objeto del recurso, el mecanismo de anulación sólo apunta a anular el laudo total o parcialmente. El Comité no puede, de ninguna manera, reformar el laudo o sustituirlo por otra decisión, ni en lo que concierne a cuestiones de jurisdicción, ni en el mérito del caso. Si el laudo es

¹ Cf. por ejemplo SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2da. edición. Cambridge, 2009, p. 901; REED LUCY, Jan PAULSSON y Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2010, p. 162.

anulado, el litigio deberá ser luego sometido a otro Tribunal Arbitral, el cual juzgará el caso de nuevo, sin tener que basarse en el razonamiento del Comité.

En segundo lugar, el control efectuado en el contexto de un recurso de anulación está restringido a un conjunto de causales taxativas. El papel del Comité no consiste en examinar la totalidad de los elementos de hecho y de derecho de un caso con el fin de apreciar la pertinencia del laudo. Contrario al procedimiento de apelación, no se trata de desplegar un control sobre el fondo del laudo en todo respecto. El control solamente puede basarse en las cinco causales enumeradas en el artículo 52(1); es decir: 1) en caso de una constitución incorrecta del tribunal, 2) de una extralimitación manifiesta en las facultades del mismo, 3) de corrupción de alguno de sus miembros, 4) de quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, o 5) de falta de expresión de los motivos en los que se funde el laudo.

Varias decisiones de los Comités *ad hoc* han hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo de anulación y su diferencia con la apelación. Por ejemplo, podemos referirnos al caso *MINE c. Guinea*, en el cual el Comité *ad hoc* estableció que:

“El artículo 52(1) aclara que la anulación es una subsanación limitada. Esto es confirmado además por la exclusión de la revisión del fondo de los laudos por el artículo 53. La anulación no es una rectificación de una decisión incorrecta. Por lo tanto, un Comité *ad hoc* no puede revocar el fondo de un laudo bajo el amparo de

la aplicación del artículo 52”².

De la misma manera, recientemente, en el caso *Sempra c. Argentina*, el Comité *ad hoc* consideró lo siguiente:

“Una anulación es diferente de una apelación. Un Comité *ad hoc* no puede reemplazar la decisión del Tribunal con una decisión propia sobre el fondo de la cuestión”³.

Este consenso podría sugerir que hay una práctica común y homogénea en relación con el mecanismo de anulación por parte de los Comités *ad hoc*. Sin embargo, un enfoque empírico demuestra que hay diferencias en el nivel de control del laudo que cada Comité ejerce con el recurso de anulación, y por lo tanto, cierta inseguridad para las partes en un arbitraje CIADI.

2.2. Un mecanismo que crea un control heterogéneo

Las diferencias en el nivel de control del laudo se observan particularmente en relación con las causales que suelen ser las más invocadas: falta de expresión de los motivos en los cuales se funda el laudo y extralimitación manifiesta de facultades por parte del tribunal. Como nuestro objetivo no es listar todas las diferencias de control, limitaremos nuestro enfoque a ciertos ejemplos significativos.

(a) Divergencias en relación con la falta de motivación del laudo

Con respecto a la falta de motivación del laudo, las decisiones parecen moverse

² *MINE c. Guinea*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 22 de diciembre de 1989, pará. 4.04, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

³ *Sempra Energy International c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 29 de junio de 2010, pará. 73, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

entre dos extremos, a saber, el de la estricta verificación de la existencia de motivos y el de la pertinencia o rectitud de los mismos.

Según varios autores, un enfoque particularmente amplio fue adoptado en los primeros casos de anulación *Klöckner* y *Amco*. Para anular total o parcialmente los laudos, en estos casos los Comités *ad hoc* se basaron en la tesis de ausencia de motivos “suficientemente pertinentes”⁷⁴.

Gran parte de la doctrina ha considerado que los Comités *ad hoc* efectuaron un control excesivo, confundiendo el recurso de apelación ordinario con el mecanismo de anulación de los laudos del CIADI⁵.

Recientemente, algunas decisiones parecen haber seguido el mismo camino. En el caso *Sempra c. Argentina*, el Comité *ad hoc* observó que un laudo podía ser anulado por utilizar “motivos insuficientes” o “inadecuados”⁷⁶ y en el caso *Patrick Mitchell c. DR Congo* se siguió el razonamiento del motivo “inadecuado”⁷⁷.

Sin embargo, tras las críticas que recibieron los primeros casos *Klöckner* y *Amco*, otras decisiones han aplicado niveles de control más restrictivos, rechazando expresamente el control basado en el razonamien-

to de la pertinencia de los motivos.

En el caso *CDC c. Seychelles*, el Comité *ad hoc* definió la falta de motivación en los siguientes términos: “el artículo 52(1) (e) requiere que el Tribunal Arbitral haya mencionado los motivos y que estos motivos sean coherentes, es decir que no sean ni contradictorios, ni frívolos, pero no abre la oportunidad para juzgar la rectitud del análisis o la pertinencia del razonamiento”⁷⁸.

Asimismo, en el caso *MINE c. Guinea*, el Comité *ad hoc* sostuvo que “la exigencia de mencionar los motivos se explica en la medida que el laudo establece la forma en que el tribunal pasó del punto A al punto B, y posiblemente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de derecho. Esa exigencia mínima no se cumple en el caso de motivos contradictorios o frívolos”⁷⁹.

Incluso, en el caso *Vivendi c. Argentina* parece que se adoptó un enfoque particularmente restrictivo. En efecto, el Comité *ad hoc* indicó que una anulación basada en la falta de expresión de los motivos en los que se funda el laudo, solamente podía ocurrir en situaciones muy manifiestas, es decir en caso de una omisión sustancial que haya afectado la decisión del tribunal¹⁰. El Comi-

⁴ *Klöckner c. Camerún*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 3 de mayo de 1985, para. 120, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>; *Amco c. Indonesia*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 16 de mayo de 1986, para. 43, *ICSID Reports*. 1993, Número 1, p. 509.

⁵ Cf. por ejemplo BERRANGER, Thibaut de. “L’Article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique”. En: *Revue de l’Arbitrage*, 1988, Número 1, p. 111; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2da. edición. Cambridge, 2009, p. 903.

⁶ *Sempra Energy International c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 29 de junio de 2010, para. 167, cf. supra.

⁷ *Patrick Mitchell c. Republica Democrática del Congo*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 1 de noviembre de 2006, para. 21, disponible en http://ita.law.uvic.ca/annulment_judicialreview.htm

⁸ *CDC c. Seychelles*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 29 de junio de 2005, para. 70, disponible en http://ita.law.uvic.ca/otherinterinvestmentcases_content.htm.

⁹ *MINE c. Guinea*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 22 de diciembre de 1989, para. 5.09, cf. supra.

¹⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija, SA y Vivendi Universal c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 3 de julio de 2002, para. 65, disponible en http://ita.law.uvic.ca/annulment_judicialreview.htm

té *ad hoc* estableció además que los motivos contradictorios podrían equivaler a una falta de expresión de los motivos sólo si existe realmente una contradicción genuina y no cuando sólo se trata del reflejo de consideraciones conflictivas que el Tribunal Arbitral hubiera tenido que enfrentar¹¹.

(b) Divergencias en relación con la extralimitación manifiesta de facultades

Las diferencias de control se observan también en materia de extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal Arbitral. Entre las causas de anulación basadas en esta causal, figuran la falta de jurisdicción, la omisión de ejercer jurisdicción y la no aplicación de las normas de derecho acordadas por las partes o de la ley aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 42(1) del Convenio CIADI. El control efectuado por los Comités *ad hoc* con base en estos diferentes criterios es, otra vez, variable.

Por ejemplo, en materia de jurisdicción, varios Comités han considerado que el término “manifiesta” limita el control únicamente a los errores flagrantes de jurisdicción. Así, en el caso *Repsol c. Petroecuador*, el Comité *ad hoc* declaró: “el Comité observa que, en primer lugar, para que el exceso en las facultades de un tribunal de arbitraje constituya una causal válida para la

anulación de un laudo conforme al artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, debe ser “manifiesto”. Comúnmente se entiende que un exceso en las facultades es “manifiesto” cuando es “evidente por sí solo” de la sola lectura del laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo”¹².

Sin embargo, en el caso *Vivendi c. Argentina*, el Comité parece haber considerado que el término “manifiesta” se refiere más bien a la gravedad del error de jurisdicción. En efecto, el Comité considero que: “la omisión del ejercicio de una jurisdicción sólo puede ser caracterizada como una extralimitación manifiesta de las facultades sólo cuando claramente importa una diferencia significativa para el resultado”¹³.

Con respecto a la no aplicación del derecho elegido, con el fin de evitar una revisión del fondo del laudo, varios Comités *ad hoc* han establecido que el control sólo concierne a la cuestión de saber si los árbitros se sujetaron efectivamente al derecho aplicable y no a determinar si lo aplicaron de manera correcta o errónea¹⁴. Sin embargo, aún recordando esta distinción, algunas decisiones¹⁵ han recibido críticas por haber procedido en la práctica a un control de la pertinencia del laudo, al analizar la aplicación del derecho¹⁶. Además, algunas decisiones han establecido que ciertos errores de derecho pueden justificar una anulación si son lo suficientemente graves como para

¹¹ *Compañía de Aguas del Aconquija, SA y Vivendi Universal c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 3 de julio de 2002, pará. 65, cf. supra.

¹² *Repsol c. Petroecuador*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 8 de enero de 2007, pará. 36, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹³ *Compañía de Aguas del Aconquija, SA y Vivendi Universal c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 3 de julio de 2002, pará. 86, cf. supra.

¹⁴ *MINE c. Guinea*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 22 de diciembre de 1989, pará. 5.04, cf. supra

¹⁵ *Klöckner c. Camerún*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 3 de mayo de 1985, cf. supra; *Amco c. Indonesia*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 16 de mayo de 1986, cf. supra.

¹⁶ Cf. por ejemplo BERRANGER, Thibaut de. “L’Article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique”. En: *Revue de l’Arbitrage*, 1988, Número 1, p. 112; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2da. edición. Cambridge, 2009, p. 960.

equivaler a la no aplicación del derecho aplicable¹⁷.

En este contexto, recientemente, en los casos *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina*, los Comités anulaban los laudos. En el primero porque el Tribunal extralimitó sus facultades al interpretar erróneamente el concepto de estado de necesidad y desechar como derecho aplicable el Tratado donde se contemplaba dicho concepto, cuando en realidad si era aplicable, y en el segundo, porque erróneamente se afirmó que no se reunían las condiciones para el estado de necesidad previstas en el Derecho internacional consuetudinario¹⁸.

Desde un punto de vista más general, se observa también algunas diferencias respecto a los elementos del litigio que puedan ser examinados por los Comités en el marco de las causales de anulación.

En el caso *RSM Production Corporation c. Grenada*, el Comité consideró “el carácter exhaustivo de la lista enumerada en el artículo 52(1) significa que ‘una parte no puede presentar argumentos nuevos de hecho y de derecho que no invocó en el procedimiento arbitral original (...) ni puede presentar nuevas pruebas contemporáneas (...)’.”¹⁹ Sin embargo, en el caso *Sempra c. Argentina*, el Comité consideró que: “los nuevos argumentos o pruebas sobre el fondo resultan irrelevantes para el proceso de anulación y son, por tanto, inadmisibles. No

debe excluirse, sin embargo, que las pruebas, en particular aquellas aportadas por los peritos, puedan ser aceptadas excepcionalmente en procedimientos de anulación en la medida en que sean específicamente relevantes a los efectos de las causales de anulación enumeradas en el artículo 52(1) del Convenio (que ya hayan sido invocadas por alguna de las partes)”²⁰.

Ante tales divergencias, algunos han clasificado la decisiones de los Comités *ad hoc* en tres generaciones²¹. Según el Profesor Christoph SCHREUER, la primera generación se refiere a las primeras decisiones *Klöckner* y *Amco*, severamente criticadas por haber procedido a una revisión del fondo de los laudos. La segunda generación se referiría a decisiones posteriores que han adoptado un enfoque menos intervencionista, tal como *MINE c. Guinea*, *Klöckner II* y *Amco II*. Por fin, una tercera generación estaría representada por la decisiones *Wena Hotels c. Egipto* y *Vivendi c. Argentina*, consideradas como decisiones que lograron un punto de equilibrio conforme con el espíritu del Convenio.

Recientemente, varios se preguntan sobre la posible emergencia de una cuarta generación marcando un retorno a la primera generación, representada por las decisiones *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina*.

En todos los casos, sin tener que clasificar las decisiones en categorías especí-

¹⁷ *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 5 de junio de 2007, pará 86, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁸ *Sempra Energy International c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 29 de junio de 2010, pará. 209, cf. supra; *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 30 de julio de 2010, pará. 395, disponible en http://ita.law.uvic.ca/annulment_judicialreview.htm

¹⁹ *RSM Production Corporation c. Grenada*, Decisión sobre solicitud de Fallo Preliminar, 7 de diciembre de 2009, pará. 21, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

²⁰ *Sempra Energy International c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 29 de junio de 2010, pará. 74, cf. supra

²¹ SCHREUER, Christoph. “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”. En: *IAI International Arbitration Series no. 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: E. GAILLARD y Y. BANIFATEMI, 2004, pp. 17-18.

ficas, se observa que a pesar del consenso sobre el carácter del mecanismo de anulación, existe en la práctica divergencias en el control efectuado. ¿Cómo explicar estas diferencias bajo un mismo mecanismo de anulación?

3. DIVERGENCIAS RELACIONADAS CON EL MARGEN DE MANIOBRA DE LOS COMITÉS *AD HOC*

Varios factores, caracterizados por una cierta imprecisión, parecen entrar en consideración. Existen numerosas variables de ajuste (3.1) que dejan la posibilidad a los comités de hacer variar el control según dos objetivos puestos entre ellos (3.2).

3.1. Las variables de ajuste

Existen variables de ajuste al nivel del ámbito de los poderes de control de los Comités *ad hoc* en el marco de las causales de anulación (a) y al nivel de los criterios de interpretación de dichas causales (b).

(a) El ámbito de los poderes de control de los Comités en el marco de los casos de anulación

Observamos anteriormente que es comúnmente aceptado que el mecanismo de anulación es distinto del procedimiento de apelación ordinario, en el sentido que no implica un control, en todo respecto, de la pertinencia de un laudo arbitral. El mecanismo se limita a las causales enumeradas por el artículo 52 del Convenio.

Siendo así, la cuestión que surge en-

tonces es la del ámbito de los poderes de los Comités *ad hoc* en el marco del control de las causales de anulación.

En efecto, para determinar si existe una causal de anulación, podría ser necesario estudiar los hechos del litigio. Esto es más complejo en particular en la causal referente a la extralimitación manifiesta de facultades, dado que el Comité debe comprobar si el Tribunal Arbitral sobrepasó su jurisdicción. ¿Puede el Comité *ad hoc*, en estos casos, proceder a un análisis profundo de los elementos de hecho y de derecho de las causales de anulación involucradas?

Se ha dicho, respecto al recurso de anulación ante las cortes nacionales, que la prohibición de revisión del fondo del caso no constituye en sí una limitación al poder de control del Juez en el marco de las causales de anulación²². La prohibición de revisión del fondo de los casos se entiende como una preocupación para limitar el control de un laudo a una lista exhaustiva de causas de anulación²³.

Asimismo, se podría considerar que la prohibición de revisión del fondo en el marco del mecanismo de anulación CIADI no constituye en sí una limitación a la intensidad del control efectuado por los Comités *ad hoc* en el marco de las causales de anulación del artículo 52 del Convenio.

Las conclusiones factuales de un Tribunal Arbitral no pueden estar exentas de todo control en el marco de las causas de anulación²⁴. Lo contrario podría privar el mecanismo de anulación de su eficacia.

²² BOLLÉE, Sylvain. "La Place du principe de non-révision au fond dans le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public". En: *Revue de l'Arbitrage*, 2007, Número 1, p. 103.

²³ BOLLÉE, Sylvain. "La Place du principe de non-révision au fond dans le contrôle de la conformité des sentences à l'ordre public". En: *Revue de l'Arbitrage*, 2007, Número 1, p. 103.

²⁴ Cf. por ejemplo MAYER, Pierre. "To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual findings of An Arbitral

Esta constatación plantea otra pregunta. Si consideramos que un Comité *ad hoc* puede revisar elementos de hecho en el marco del control de los casos de anulación, sin que esto ponga en duda la distinción entre el procedimiento de anulación CIADI y el procedimiento de apelación ordinario, ¿cual es el nivel de control que el Comité *ad hoc* debe adoptar? ¿Debe aceptar las conclusiones factuales del Tribunal Arbitral? ¿Puede revisar las pruebas sometidas al Tribunal Arbitral? ¿Puede admitir pruebas nuevas?

El enfoque seguido por las cortes nacionales en el marco de un recurso de anulación es variable. En materia de jurisdicción del Tribunal Arbitral, ciertas cortes consideran que su control implica una revisión integral de la cuestión planteada. De hecho, en el caso *Occidental Exploration c. Ecuador*, la “*High Court*” de Londres, decidiendo sobre la jurisdicción del Tribunal Arbitral declaró: “[e]s comúnmente admitido que una controversia sobre la competencia de un Tribunal Arbitral bajo la sección 67 [del Arbitration Act de 1996] implica un reexamen de las cuestiones sometidas ante el Tribunal Arbitral... [e]l test para la Corte es el siguiente: ¿ha sido justa la decisión sobre su competencia? El test no es: ¿podía el Tribunal llegar a la decisión que ha tomado?”²⁵.

Asimismo, en Francia, en el caso de las *Pyramides*, la Corte de casación estableció que “si el papel de la Corte de apelación, que conoce del caso en aplicación de los artículos 1502 y 1504 del nuevo Código de

procedimiento civil, está limitado al examen de los vicios enumerados por estos textos, no hay ninguna restricción al poder de esta Corte de investigar en hecho y en derecho todos los elementos sobre los vicios involucrados”²⁶.

En materia de anulación de los laudos CIADI, vimos que existe una práctica heterogénea. Los Comités *ad hoc* de una parte proceden a un control más o menos profundo, pero de otra, efectúan un control superficial. Esto sucede en particular, en relación con la causal de extralimitación manifiesta de facultades. El término “manifiesta” deja a los Comités *ad hoc* la posibilidad de cambiar el control según la interpretación dada a este término y según el enfoque elegido para determinar el carácter manifiesto. Asimismo, no parece que exista una práctica homogénea respecto a los elementos que los Comités puedan investigar dentro del marco de las causales de anulación. La ausencia de claridad sobre la intensidad de los poderes de control deja a los Comités la posibilidad de variar el nivel de control.

No obstante, se ha sostenido que el control debe restringirse únicamente a los elementos de prueba invocados ante el Tribunal Arbitral y solo debe sancionar los errores de hecho manifiestos²⁷. Se trata, en primer lugar, de evitar procedimientos dilatorios. Además, en la medida que el Comité *ad hoc* y el tribunal arbitral están en una posición equivalente dado que sus poderes resultan de la voluntad de las partes, surge

Tribunal?” En: *IAI International Arbitration Series no. 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: E. GAILLARD y Y. BANIFATEMI, 2004, p. 245.

²⁵ *Ecuador c. Occidental Exploration & Production Co*, [2006] EWHC 345 (Comm), 2 de marzo de 2006, para. 7. Para una presentación sobre el procedimiento y los hechos del caso, ver entre otros, GOUIFFES, Laurent. “The first investment treaty arbitration award before the English Court”. En: *International Arbitration Law Review*, 2005, Número 4, pp. 56-59.

²⁶ Cour de Cassation, 1 Civ, 6 de enero de 1987. En: *Revue de l'Arbitrage*, 1987, Número 4, p. 469-470.

²⁷ MAYER, Pierre. “To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual findings of An Arbitral Tribunal?” En: *IAI International Arbitration Series no. 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: E. GAILLARD y Y. BANIFATEMI, 2004, p. 249.

la cuestión de cual circunstancia hace la decisión del Comité *ad hoc* más legítima²⁸. Además, respecto a la causal de exceso manifiesto de poder, también se han invocado la complejidad de los criterios de interpretación de la jurisdicción de un tribunal arbitral bajo el Convenio de Washington²⁹.

Existe también incertidumbre sobre la interpretación de los causales de anulación.

(b) La interpretación de las causales de anulación

Varios argumentos han sido invocados tanto a favor de una interpretación restrictiva como a favor de una interpretación extensiva de las causales de anulación del artículo 52. La supresión del control de los Estados sobre la ejecución de los laudos CIADI y el hecho que el recurso de anulación sea la única posibilidad para rectificar un laudo deficiente, parecen justificar una interpretación extensiva. Contrariamente, la ausencia de consenso directo de la partes en la constitución del Comité *ad hoc* y el objetivo de efectividad de los laudos CIADI son argumentos que apoyan una interpretación más restrictiva. Ante tales argumentos, los Comités *ad hoc* han considerado muchas veces que el artículo 52(1) no debía estar sujeto, ni a una interpretación restrictiva, ni a una interpretación extensiva, sino a una interpretación conforme con los objetivos del Convenio³⁰. Sin embargo, a pesar de este

consenso, existe en la práctica divergencias de interpretación entre los Comités *ad hoc*.

Estas diferencias son particularmente flagrantes en materia de falta de expresión de los motivos y de no aplicación de la ley elegida por las partes. Respecto a la falta de motivos, se observa que algunos comités aceptan el control de la existencia de motivos suficientemente pertinentes o adecuados, mientras que otros excluyen cualquier control de la pertinencia del razonamiento del Tribunal Arbitral, basándose en la idea que el mecanismo de anulación CIADI no puede confundirse con un procedimiento de apelación ordinario. Asimismo, en materia del derecho aplicable, existen decisiones que se limitan a controlar la aplicación por los árbitros de la ley elegida por las partes, mientras que otros controlan en ciertos casos, hasta la correcta aplicación de ese derecho.

Se puede explicar estas divergencias por el hecho que las causales de anulación del artículo 52 incluyen conceptos más o menos vagos que pueden generar dificultades de interpretación, y por lo tanto dar lugar a numerosas interpretaciones³¹. Así, a pesar de haberse concertado que las causas del artículo 52 no pueden ser sujetas a una interpretación restrictiva ni extensiva, los Comités usan, en la práctica, la flexibilidad que resulta de los términos de dichas causales para variar el control. El riesgo es, por

²⁸ MAYER, Pierre. "To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual findings of An Arbitral Tribunal?" En: *IAI International Arbitration Series no. 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: E. GAILLARD y Y. BANIFATEMI, 2004, p. 248.

²⁹ Cf. por ejemplo SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2da. edición. Cambridge, 2009, p. 941; BEN HAMIDA, Walid. "Two Nebulous of ICSID features: The Notion of Investment and The Scope of Annulment Control". En: *Journal of International Arbitration*, 2007, Volumen 24, Número 3, p. 303.

³⁰ *Klöckner c. Camerún*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 3 de mayo de 1985, pará. 3, cf. supra; *MINE c. Guinea*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 22 de diciembre de 1989, pará. 4.05, cf. supra; *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 5 de junio de 2007, pará. 21, cf. supra; *Sempra Energy International c. Argentina*, Decisión sobre Procedimiento de Anulación, 29 de junio de 2010, pará. 75, cf. supra.

³¹ LALIVE, Pierre. "Absolute Finality of Arbitral Awards?" En: *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 13.

supuesto, proceder a una revisión del fondo del laudo. Si se procede a una interpretación demasiado amplia de las causales de anulación, los límites del control de los Comités *ad hoc* se amplían necesariamente. Ciertos autores consideraron que los Comités *ad hoc* en el caso *Sempra c. Argentina y Klöckner c. Camerún* extralimitaron sus poderes, transformando el recurso de anulación en un procedimiento de apelación ordinario³².

El riesgo de una verdadera revisión del fondo es aún mayor si se tiene en cuenta que la línea de demarcación entre un procedimiento de anulación y un procedimiento de apelación puede ser extremadamente tenue. Tomemos el ejemplo de la falta de motivos. Varias decisiones de los Comités *ad hoc* han sostenido la idea que un Comité *ad hoc* no puede controlar la rectitud ni la pertinencia de los motivos y que debe limitarse a verificar si se puede seguir el razonamiento del Tribunal aún en caso de error, sin entrar a juzgarlo. Dentro de este marco, han establecido que los motivos contradictorios o frívolos equivalen a una falta de motivos.

Sin embargo, el control de motivos contradictorios o frívolos parece implicar por lo menos algún análisis del razonamiento seguido por el Tribunal³³. Algunos autores, no obstante, han considerado que el Comité no pasaría de un procedimiento de anulación a un procedimiento de apelación, siempre y cuando su control permaneciera formal y no equivaliera a un juicio de valor sobre la calidad del razonamiento³⁴. El análisis del razonamiento del Tribunal no estaría por lo tanto excluido en sí, siempre

y cuando éste se limite a la cuestión de saber si se puede o no seguir los motivos invocados por el Tribunal a pesar de errores de hecho o de derecho. Resulta así que la línea de demarcación entre el procedimiento de anulación CIADI y el procedimiento de apelación puede resultar difícil de determinar. Esta situación aumenta el margen de maniobra de los Comités *ad hoc* y refuerza el riesgo de una revisión del fondo.

Los Comités pueden de esta manera jugar con la intensidad de sus poderes de control y la interpretación de las causas de anulación para variar su control. Dependiendo del objetivo buscado, finalidad o rectitud, el nivel de control será más o menos profundo.

3.2. El conflicto entre dos lógicas opuestas: finalidad y rectitud

De manera general, el inicio de un recurso de anulación contra un laudo parece constituir una garantía esencial para las partes, ya que tal acción permite establecer cierto control sobre la legitimidad del laudo y de su proceso de elaboración. Al mismo tiempo, el control del laudo parece oponerse a la idea de una resolución rápida de las controversias, la cual es un objetivo del arbitraje internacional. Por tanto, es claro que el control de un laudo arbitral implica dos principios aparentemente contradictorios, es decir, el principio de finalidad de los laudos y el de su rectitud. El principio de rectitud se refiere a la legitimidad del laudo, mientras que el principio de finalidad exige una resolución efectiva y definitiva de la

³² Cf. por ejemplo SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2da. edición. Cambridge, 2009, p. 903; REED LUCY, Jan PAULSSON y Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2010, p. 173; BERRANGER Thibaut de. "L'Article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique". En: *Revue de l'Arbitrage*. 1988, Número 1, p. 111.

³³ LALIVE, Pierre. "Absolute Finality of Arbitral Awards?" En: *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 15.

³⁴ Cf. por ejemplo SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2da. edición. Cambridge, 2009, p. 1009.

controversia.

En materia de arbitraje comercial internacional, la doctrina así como las legislaciones nacionales parecen considerar que el principio de finalidad debe prevalecer sobre el principio de rectitud de los laudos arbitrales³⁵. En la medida en que las partes en un procedimiento de arbitraje optan por no someter su controversia a los tribunales estatales, se considera que el control llevado a cabo por estos tribunales en caso de un recurso de anulación contra el laudo no puede ser demasiado extenso³⁶. Por otra parte, un control muy profundo del laudo alentaría tácticas dilatorias y aumentaría los costos para las partes lo cual iría en contra de la idea de una resolución eficaz de las controversias sometidas a arbitraje³⁷. En otras palabras, al ejercer su voluntad, se considera que las partes que optan por el arbitraje como modo de resolución de su controversia asumen los riesgos de su elección³⁸.

La pregunta que surge es si se debe seguir el enfoque restringido del arbitraje comercial internacional en materia de arbitraje de inversiones del CIADI. Más allá del objetivo de prevenir tácticas dilatorias y limitar costos, el cual tiende hacia el prin-

cipio de finalidad y presenta claramente un interés para el arbitraje de inversiones, otras consideraciones más específicas al sistema del CIADI, probablemente deberían tenerse en cuenta.

En favor del principio de rectitud se adelanta la idea que el recurso de anulación del artículo 52 es el único remedio contra laudos CIADI defectuosos. Por tanto, sería difícil imaginar que los Estados Partes hayan ratificado el Convenio y rechazado cualquier posibilidad de recurrir a los tribunales estatales, si el único recurso disponible contra los laudos CIADI tuviera que permanecer teórico³⁹. También se ha postulado que, contrariamente al arbitraje comercial internacional, el arbitraje del CIADI tiene un interés público superior⁴⁰.

También existen características del arbitraje CIADI que pueden ser invocadas a favor del principio de finalidad. Gran parte de la doctrina está de acuerdo en que quienes redactaron el Convenio tenían la intención de crear un mecanismo de anulación excepcional implicando un control muy limitado sobre la base de las causales del artículo 52⁴¹. El uso del término “manifiestamente” y “grave” demostraría la intención

³⁵ Cf. por ejemplo LALIVE, Pierre. “Absolute Finality of Arbitral Awards?” En: *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 15; REDFERN, Alan con Martin HUNTER, Nigel BLACKBAY y Constantine PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. Oxford University Press 2009 para 10.64; SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a Commentary*. 2da. edición. Cambridge, 2009, p. 903.

³⁶ Cf. por ejemplo REDFERN, Alan con Martin HUNTER, Nigel BLACKBAY y Constantine PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. Oxford University Press 2009, para 10.63; CRAIG, William Laurence. “Uses and Abuses of Appeal from Awards”. En: *Arbitration International*. Kluwer Law International 1988, Volumen 4, Número 3, p. 183.

³⁷ Cf. por ejemplo REDFERN, Alan con Martin HUNTER, Nigel BLACKBAY y Constantine PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. Oxford University Press 2009, para 10.63.

³⁸ Cf. por ejemplo LALIVE, Pierre. “Absolute Finality of Arbitral Awards?” En: *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 6.

³⁹ LALIVE, Pierre. “Absolute Finality of Arbitral Awards?” En: *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 16.

⁴⁰ Cf. por ejemplo LALIVE, Pierre. “Absolute Finality of Arbitral Awards?” En: *Revista internacional de arbitragem e conciliação*, 2008, p. 19.

⁴¹ Cf. por ejemplo CRAIG, William Laurence. “Uses and Abuses of Appeal from Awards”. En: *Arbitration International*. Kluwer Law International 1988 Volume 4 Issue 3, p. 209; REDFERN, Alan. “ICSID - Losing its Appeal?” En: *Arbitration International*, 1987, Volume 3 Issue 2, p.118.

de restringir los poderes de los Comités *ad hoc* e implicaría un control restrictivo, limitado solamente a la sanción de graves violaciones sustanciales⁴². Por otra parte, el hecho de que no parece existir una jerarquía entre los miembros del Comité *ad hoc* y los miembros del Tribunal Arbitral también favorece el principio de finalidad⁴³. Con respecto a este tema, un autor ha subrayado el riesgo de que el mecanismo de anulación degenera en una discusión académica, en caso de un control excesivo⁴⁴.

Resulta de este análisis que hay argumentos tanto a favor del principio de rectitud como a favor del principio de finalidad. Por lo tanto, la línea que debe establecerse entre estos principios puede ser difícil de determinar. Tampoco hay consenso en la doctrina sobre la cuestión de qué principio debe prevalecer sobre el otro. De esta manera los Comités *ad hoc* pueden variar la intensidad de su control según el principio que prefieren y mediante las variables de ajuste a su disposición. Sin embargo, dado que el mecanismo de anulación del CIADI es una excepción al carácter obligatorio y definitivo de los laudos y que se diferencia de una apelación, se puede considerar que un control que extienda los límites de las causales de anulación mediante una interpretación demasiado amplia es cuestionable.

En la actualidad, tras las recientes decisiones *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina*, muchos se preguntan si los Comités *ad hoc* transformaron en estos dos casos el recurso de anulación en un proceso de ape-

lación ordinario, marcando de esta manera un cambio con respecto de las decisiones anteriores consideradas más equilibradas. Estos acontecimientos ponen de manifiesto que existe una falta de claridad sobre la función actual del mecanismo de anulación de laudos del CIADI. ¿Cuáles son entonces las consecuencias de estas diferencias en el sistema de control de arbitraje ante el CIADI?

4. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA CONSECUENCIA DE LAS DIVERGENCIAS DE CONTROL

En este contexto, han surgido varias propuestas para reformar el mecanismo de anulación CIADI⁴⁵. Entre éstas figura la reformulación de las causales de anulación en términos más restrictivos. Otra propuesta que implicaría una modificación orgánica del CIADI es la relacionada con la creación de un cuerpo permanente de juristas encargado de conocer los recursos contra los laudos CIADI y de desarrollar dentro de este marco, un conjunto coherente de decisiones. Sin embargo, se ha notado que estas reformas probablemente requerirían el acuerdo de todos los Estados Partes al Convenio y que la idea de un posible acuerdo parece poco probable en el corto plazo ya que varios Estados se han retirado recientemente del Convenio y otros han amenazado con hacerlo.

Muchos se interrogan actualmente sobre las consecuencias de las recientes anulaciones en los casos *Sempra* y *Enron*,

⁴² Cf. por ejemplo REDFERN, Alan. "ICSID - Losing its Appeal?" En: *Arbitration International*, 1987, Volumen 3, Número 2, p. 102.

⁴³ MAYER, Pierre. "To What Extent Can an Ad Hoc Committee Review the Factual findings of An Arbitral Tribunal?" En: *IAI International Arbitration Series no. 1, Annulment of ICSID Awards*. New York: E. Gaillard y Y. Banifatemi, 2004, p. 248.


⁴⁴ REDFERN, Alan. "ICSID - Losing its Appeal?" En: *Arbitration International*, 1987, Volumen 3, Número 2, p. 99.

⁴⁵ Cf. por ejemplo CLAPHAM, Jason. "Finality of Investor - State Arbitral Awards: Has the Tide Turned and is there a Need for Reform?" En: *Journal of International Arbitration*, Volumen 26, Número 3, pp. 437-466.

que podrían afectar, en general, el recurso al arbitraje del CIADI. Se teme que generen un aumento de las solicitudes de anulación y por lo tanto un alargamiento de la duración de los procedimientos de arbitraje CIADI, situación que podría poner en peligro la eficacia del sistema y disminuir la confianza que los Estados y los inversores pueden tener en el sistema.

Por el contrario, el control realizado por las cortes nacionales de los Estados conocidos por su afición al arbitraje, en el marco de un recurso de anulación parece más restrictivo y menos incierto⁴⁶. Esto podría llevar a los inversores a desertar del arbitraje del CIADI y optar por un arbitraje fuera del mismo, en una sede dentro de un Estado conocido por su trato favorable. ¿Debe sin embargo temerse que la viabilidad del arbitraje del CIADI esté en peligro? Tal conclusión sería probablemente, en este momento y estado de las cosas, prematura. En los años 80, aprensiones similares surgieron tras las decisiones *Amco* y *Klöckner*, pero estas se desvanecieron con el cambio de actitud de los Comités *ad hoc*. Por otra parte, si se observa un creciente uso del me-

canismo de anulación, este fenómeno debe necesariamente ponerse en perspectiva con el creciente número de arbitrajes CIADI en los últimos años. También debe tenerse en cuenta que el sistema de arbitraje del CIADI tiene la ventaja que los laudos están exentos de cualquier procedimiento de ejecución ante los tribunales nacionales.

En realidad, el impacto de estas decisiones es, en este momento, difícil de evaluar, solo queda esperar cual será la posición de los Comités *ad hoc* y ver si adoptarán o no un enfoque similar al seguido en los casos de *Enron* y *Sempra*. Sin embargo, lo cierto es que el mecanismo de anulación de los laudos del CIADI contiene una serie de variables de ajuste que permiten a los Comités *ad hoc* variar su control de acuerdo al objetivo perseguido. Las prácticas divergentes que pueden resultar, crean sin duda una incertidumbre para las partes en un arbitraje CIADI, dada la falta de previsibilidad. Esta observación es una de las varias consideraciones que probablemente los futuros demandantes deberán tomar en cuenta antes de iniciar un procedimiento bajo el auspicio del CIADI. 

⁴⁶ BURGSTALLER, Markus y Charles B. ROSENBERG, "Challenging International Arbitral Awards: To ICSID or not to ICSID?" En: *Arbitration International*, 2011, Volumen 27, Número 1, p. 107.

LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS EN LOS CASOS *SEMPRA* Y *ENRON*

OSCAR M. GARIBALDI (*)
MIGUEL LÓPEZ FORASTIER (**)
LUISA F. TORRES (***)
MARY T. HERNÁNDEZ (****)

SUMARIO: **1. Introducción.** **2. El contexto.** **2.1. El origen de las inversiones.** **2.2. La crisis económica argentina de 2001-2002.** **3. Los laudos en los casos *Sempra* y *Enron*.** **3.1. En general.** **3.2. Las teorías sobre exoneración de responsabilidad invocadas por la República Argentina.** **4. Las decisiones de los Comités ad hoc.** **4.1. *Sempra v. Argentina*.** **4.2. *Enron v. Argentina*.** **5. Breve análisis crítico de las decisiones de los Comités en *Sempra* y *Enron*.** **5.1. Cuestiones conceptuales y metodológicas.** **5.2. Cuestión sustantiva.** **5.2.1. El criterio para determinar si hubo manifiesta extralimitación de facultades.** **5.2.2. Aplicación del criterio en *Sempra*.** **5.2.3. Aplicación del criterio en *Enron*.** **6. Conclusiones.**



(*) Socio de Covington & Burling LLP, en Washington, D.C. 1985-presente; Abogado, Universidad de Buenos Aires, 1972, con Diploma de Honor; Master of Laws, Harvard Law School, 1975; estudios de doctorado, Harvard Law School, 1975-1976, 1978-1979; Visiting Assistant Professor of Law, Cornell Law School 1976-1978; Lecturer, University of Virginia School of Law 1979-1981; licenciado para la práctica de la abogacía en el Distrito de Columbia, la Suprema Corte de Justicia de los EEUU y varios tribunales federales, en la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales federales argentinos (inactivo) y colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (inactivo). Especialista en arbitrajes internacionales, tanto comerciales como relativos a inversiones, como árbitro y abogado. Ex miembro del Panel de Conciliadores del CIADI, miembro de los paneles de árbitros de ICDR y de CPR.

(**) Special Counsel de Covington & Burling LLP, en Washington, D.C.; Abogado, Universidad del Salvador (Buenos Aires), 1996; Master of Laws en Patentes y Propiedad Intelectual, George Washington University, 1997; Professorial Lecturer in Law, George Washington University, 2008-presente; licenciado para el ejercicio de la abogacía en el Distrito de Columbia, New York y la Ciudad de Buenos Aires (inactivo). Abogado especialista en arbitrajes internacionales, tanto comerciales como relativos a inversiones.

(***) Consultora Legal de Covington & Burling LLP, en Washington, D.C.; Abogada, Universidad del Rosario (Bogotá), 2000; Master of Laws, Universidad Javeriana (Bogotá), 2003; Master of Laws (LL.M), Georgetown University Law Center, 2005; licenciada para el ejercicio de la abogacía en New York y la República de Colombia (inactiva). Abogada especialista en arbitrajes internacionales, tanto comerciales como relativos a inversiones.

(****) Asociada de Covington & Burling LLP, en Washington, D.C.; Abogada, Universidad Iberoamericana (Mexico), 2006, con excelencia académica y mención honorífica; Master of Laws, New York University School of Law, 2008, Hugo Grotius Scholar; autorizada para la práctica de la abogacía en la República Mexicana. Abogada especialista en arbitrajes internacionales, incluyendo arbitrajes comerciales y arbitrajes de inversión.

Los autores son abogados de Covington & Burling LLP. Las opiniones expresadas en esta nota son personales y no deben ser atribuidas a esta Firma ni a ninguno de sus clientes pasados, presentes o futuros. Covington & Burling LLP representa a los demandantes en *LG&E v. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), caso en el cual ambas partes han presentado peticiones de anulación parcial del laudo, cuya tramitación está en suspenso.

1. INTRODUCCIÓN

A mediados de 2010, sendos Comités *ad hoc* anularon los laudos dictados en los casos *Sempra v. Argentina* y *Enron v. Argentina*¹. Estas decisiones fueron dictadas casi tres años después de la muy cuestionada decisión de otro Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación del laudo en *CMS v. Argentina*². En *CMS*, el Comité había criticado duramente ciertos aspectos del laudo dictado en ese caso, pero en definitiva se había negado a anularlo por no encontrar aplicables al caso ninguna de las causales establecidas en el artículo 52(1) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados³.

Como los laudos en *CMS*, *Sempra* y *Enron* presentan características similares, y en los tres casos las peticiones de anulación se basaron en causales y argumentos similares, no es extraño que los comentarios a las decisiones de los Comités en *Sempra* y *Enron* giren en torno a una comparación con la anterior decisión del Comité en *CMS*. De este modo, un sector de opinión ha aprobado las decisiones en *Sempra* y *Enron*, alabando a los Comités que las dictaron por haber ejercido la potestad de anular, paso que el Comité en *CMS* no se había atrevido a dar. Otro sector de opinión ha criticado severamente las decisiones en *Sempra* y *Enron* por haber distorsionado los criterios del artículo 52(1) del Convenio, en extralimitación

de las funciones de un Comité *ad hoc*. Esta nota es un breve estudio crítico de las decisiones en *Sempra* y *Enron*, con las necesarias referencias al caso *CMS*, para situar el comentario en un contexto apropiado.

2. EL CONTEXTO

2.1. El origen de las inversiones

A comienzos de la década del 90, la nueva administración del presidente Carlos MENEM adoptó una serie de medidas estructurales para combatir la hiperinflación y la profunda recesión que aquejaban a la Argentina. Dos de las medidas más importantes fueron la llamada Ley de Convertibilidad y la privatización de gran parte de las deficitarias empresas del estado, entre ellas Gas del Estado S.A. (Gas del Estado).

La Ley No. 23928, promulgada en 1991 y conocida como Ley de Convertibilidad, tuvo por objeto principal la estabilización de la moneda. Esta ley estableció que la moneda argentina sería libremente convertible a dólares estadounidenses a un tipo de cambio fijo, que en definitiva fue fijado en la paridad un peso por dólar⁴.

En 1992, el gobierno argentino inició el proceso de privatización de Gas del Estado. Las actividades de esta empresa fueron divididas en diez unidades empresariales, dos de ellas dedicadas al transporte de gas natural y las ocho restantes dedicadas a la

¹ *Sempra Energy International v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre la Solicitud de Anulación (10 de junio de 2010), IIC 438 (2010) (Christer Söderlund (P), David A.O. Edward, QC, Andreas J. Jacovides) [en adelante *Sempra (Anul.)*]; *Enron Corporation y Ponderosa Assets, LP v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación (30 de julio de 2010), IIC 441 (2010) (Gavan Griffith (P), J. Patrick Robinson y J. Per Tresselt) [en adelante *Enron (Anul.)*].

² *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Comité Ad Hoc sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina (21 de agosto de 2007), IIC 303 (2007) (Gilbert Guillaume (P), Nabil Elaraby, James R. Crawford), ¶¶ 136, 158-159 [en adelante *CMS (Anul.)*].

³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados hecho en Washington, D.C. el 18 de marzo de 1965, en vigor desde el 14 de octubre de 1966, artículo 52(1) (en adelante, el Convenio).

⁴ Ley sobre Convertibilidad No. 23.928 de 1991.

distribución. Cada unidad fue transferida a una nueva compañía, que fue autorizada a prestar los servicios respectivos al amparo de un contrato de licencia de largo plazo. La privatización consistió en la venta del control de las compañías licenciatarias a inversionistas extranjeros y nacionales⁵.

Al mismo tiempo, el gobierno argentino estableció el nuevo marco legal-reglamentario que regiría las actividades de producción, transporte y distribución de gas natural⁶. Este marco estableció una serie de garantías destinadas a atraer capitales privados (especialmente extranjeros) y promover la expansión y el mejoramiento de los servicios. De este modo, el marco legal reglamentario garantizó tarifas suficientes para que las licenciatarias cubrieran todos los costos operativos y obtuvieran una “rentabilidad razonable”, estableció que las tarifas de transporte y distribución de gas natural se calcularían en dólares estadounidenses antes de convertirse a pesos y que se ajustarían semestralmente de acuerdo con el Índice de Precios al Productor de los EE.UU. (PPI), y prohibió la modificación de las licencias sin el consentimiento de las licenciatarias⁷.

2.2. La crisis económica argentina de 2001-2002

A fines de la década de 1990, la economía argentina sufrió una nueva contracción, esta vez acompañada por deflación de

precios. La nueva administración del presidente Fernando DE LA RÚA se opuso al ajuste semestral automático de las tarifas de distribución y transporte de gas, según el cual las tarifas habrían aumentado, a pesar de la deflación de precios local, en razón del aumento del PPI estadounidense. Cediendo a las presiones del gobierno, las licenciatarias acordaron posponer el ajuste, primero por seis meses y luego por varios años. A mediados de 2000, sin embargo, el segundo de dichos acuerdos fue bloqueado provisionalmente por el Poder Judicial, a iniciativa del Defensor del Pueblo de la Nación (*Ombudsman*). A partir de entonces, la administración se negó a ajustar las tarifas hasta que el Poder Judicial se pronunciara en definitiva sobre el asunto⁸.

La contracción y deflación de la economía argentina se acentuaron en 2001. Hacia fines de ese año se produjo una corrida bancaria. Para detenerla, el presidente DE LA RÚA dictó una medida que restringía las sumas de dinero que los tenedores de cuentas podían retirar semanalmente. La medida generó descontento generalizado y manifestaciones violentas que indujeron al Presidente DE LA RÚA a renunciar su cargo en diciembre de 2001⁹.

En enero de 2002, el Congreso eligió presidente a Eduardo DUHALDE para completar el mandato del presidente DE LA RÚA¹⁰. A iniciativa del nuevo presidente, el Congre-

⁵ Decreto 1189/92.

⁶ Ley sobre Privatización del Sector del Gas No. 24.076 de 1992 (Ley del Gas); Decreto 1738/92; Decreto 2255/92.

⁷ “*The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heat of the Investment Regime*”. José ÁLVAREZ, Kathryn KHAMSI (2009) *Yearbook on International Investment Law and Policy*.

⁸ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), IIC 65 (2005) (Francisco Orrego Vicuña (P), Marc Lalonde y Francisco Rezek) [en adelante CMS (Laudo)], ¶ 62; *Sempra Energy International v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo (18 de septiembre de 2007), IIC 304 (2007) (Francisco Orrego Vicuña (P), Marc Lalonde PC, OC, QC y Sandra Morelli Rico) [en adelante *Sempra (Laudo)*], ¶ 102.

⁹ *CMS (Laudo)*, ¶ 64.

¹⁰ Eduardo DUHALDE aceptó el nombramiento luego de la renuncia sucesiva de cuatro funcionarios que habían sucedido en la Presidencia de acuerdo con las normas aplicables.

so dictó una Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario. Esta ley declaró un estado de emergencia y delegó en el presidente, hasta diciembre de 2003, amplias facultades para reestructurar y regular los sistemas financiero y bancario. La Ley de Emergencia prácticamente dejó sin efecto la Ley de Convertibilidad, estableció que las tarifas de los servicios públicos se calcularían en pesos (en lugar de dólares estadounidenses), eliminó todos los mecanismos de indexación de dichas tarifas, ordenó al ejecutivo renegociar todos los contratos de servicios públicos y estableció que las empresas de servicios públicos debían observar todas sus obligaciones contractuales y reglamentarias, independientemente de la modificación de sus contratos¹¹. En febrero de 2002, el gobierno inició el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos. Nueve años más tarde, este proceso aún no ha concluido.

A raíz de estas medidas del gobierno argentino, varias compañías extranjeras que habían invertido en la distribución o transporte de gas natural, entre ellas *CMS*, *Sempra* y *Enron*, promovieron arbitrajes internacionales en contra de la República al amparo de diversos tratados de inversión.

3. LOS LAUDOS EN LOS CASOS *SEMPRA Y ENRON*

3.1. En general

Los casos *CMS*, *Sempra* y *Enron* presentan notables similitudes¹². Los tres casos

fueron promovidos por compañías estadounidenses al amparo del Tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos y la Argentina¹³. En los tres casos, las demandantes eran propietarias, por vía directa o indirecta, de acciones de compañías licenciatarias de transporte o distribución de gas natural. El mismo bufete de abogados representó a las demandantes en dos de los casos y en los tres la República fue representada por sus abogados internos. Las pretensiones instauradas, las defensas de la demandada y los argumentos de las partes fueron esencialmente los mismos en los tres casos¹⁴. Los tres tribunales fueron integrados por árbitros de reconocido prestigio internacional y presididos por una misma persona, uno de los más distinguidos juristas de América Latina.

En los tres casos, las demandantes alegaron que las medidas del gobierno argentino eran violatorias del Tratado bilateral de inversiones entre la Argentina y los Estados Unidos, en tanto que constituían expropiación indirecta sin compensación, trato injusto e inequitativo, medidas arbitrarias y discriminatorias en perjuicio de las respectivas inversiones, falta de protección y seguridad para las mismas, e inobservancia de la obligación de cumplir los compromisos contraídos con respecto a dichas inversiones¹⁵.

En los tres casos, la República Argentina adujo una serie de defensas de fondo basadas en el Derecho argentino, el Derecho internacional consuetudinario y las disposiciones del Tratado. En particular, la

¹¹ Ley No. 25.561 del 6 de enero de 2002 (Ley de Emergencia).

¹² *Compárese CMS (Laudo.) con Sempra (Laudo) y Enron Corporation y Ponderosa Assets, LP v. República Argentina*. Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo (15 de mayo de 2007), IIC 292 (2007) (Francisco Orrego Vicuña (P), Albert Jan van den Berg y Pierre-Yves Tschanz) [en adelante *Enron (Laudo)*].

¹³ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991, en vigor desde el 20 de octubre de 1994 [en adelante, el Tratado].

¹⁴ *CMS (Laudo)* ¶¶ 84-99; *Sempra (Laudo)*, ¶¶ 93-98; *Enron (Laudo)*, ¶¶ 87-93.

¹⁵ *CMS (Laudo)* ¶ 88; *Sempra (Laudo)*, ¶ 95; *Enron (Laudo)*, ¶ 89.

demandada invocó varias teorías de exoneración de responsabilidad basadas en la crisis económica de fines de 2001 y principios de 2002. Como veremos, el tratamiento de estas excusas en los tres laudos y en las decisiones de los Comités *ad hoc* ha generado gran interés (y controversia) entre los comentaristas.

En cuanto al fondo, los tres tribunales determinaron que las licenciatarias tenían derecho al cálculo de las tarifas en dólares y a la aplicación del ajuste semestral conforme al PPI de acuerdo con los respectivos contratos de licencia y el marco jurídico aplicable, y que estos derechos no habían sido respetados por la demandada¹⁶. En los tres laudos, esta conducta fue considerada violatoria de la obligación de trato justo y equitativo, así como de la cláusula paraguas (*umbrella clause*) del Tratado¹⁷. La pretensión por expropiación indirecta y los otros reclamos de las demandantes fueron desestimados en los tres laudos¹⁸.

3.2. Las teorías sobre exoneración de responsabilidad invocadas por la República Argentina

En los casos *CMS*, *Sempra* y *Enron* (así como en varios otros), la República Argentina planteó como defensa subsidiaria que, en caso de que su conducta fuera considerada violatoria del Tratado, tal violación estaría excusada por la emergencia económica que había motivado dicha conducta. La demandada fundó esta defensa en tres doctrinas jurídicas diferentes, lo cual dio lu-

gar en realidad a tres defensas separadas basadas en la crisis económica. En el orden en que fueron planteadas, la primera defensa tenía su base en la doctrina de la emergencia en Derecho argentino; la segunda en las normas de Derecho internacional consuetudinario sobre necesidad (o estado de necesidad); y la tercera en el régimen de “medidas no precluidas” establecido en el artículo XI del Tratado¹⁹.

En los tres laudos, los tribunales consideraron estas defensas en el orden en que fueron planteadas, una decisión que, como veremos, tuvo consecuencias importantes. La primera defensa, basada en el derecho interno, fue rechazada por no estar reunidos los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina para convalidar las medidas adoptadas por el gobierno²⁰. En particular, los laudos determinaron que, contrariamente a lo alegado por la demandada, el orden constitucional no estuvo al borde de derrumbarse y los derechos adquiridos por las licenciatarias podrían haberse respetado mediante medidas temporarias y la renegociación de las licencias²¹.

La segunda defensa estaba basada en la doctrina del estado de necesidad en Derecho internacional consuetudinario. Los laudos coincidieron en que las normas sobre esta materia están reflejadas en el artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados (en adelante el artículo 25)²². Esta defensa fue rechazada en los tres casos por no estar reunidas todas las condiciones establecidas en el artículo 25 para invocar

¹⁶ *CMS (Laudo)* ¶¶ 136-138, 144; *Sempra (Laudo)* ¶¶ 141, 148, 158-161; *Enron (Laudo)*, ¶¶ 127-129.

¹⁷ *CMS (Laudo)* ¶¶ 273-281, 299-303; *Sempra (Laudo)*, ¶¶ 303-304, 312-314; *Enron (Laudo)*, ¶¶ 268, 277.

¹⁸ *CMS (Laudo)* ¶¶ 264, 295; *Sempra (Laudo)* ¶¶ 285-286, 318-320, 324; *Enron (Laudo)* ¶¶ 243-244, 281-283, 287.

¹⁹ *CMS (Laudo)* ¶¶ 307-308; *Sempra (Laudo)* ¶ 325; *Enron (Laudo)* ¶ 288.

²⁰ *CMS (Laudo)* ¶¶ 212-217; *Sempra (Laudo)* ¶¶ 330-332; *Enron (Laudo)* ¶¶ 291-293.

²¹ *CMS (Laudo)* ¶ 238; *Sempra (Laudo)* ¶ 332; *Enron (Laudo)* ¶¶ 228-230, 292.

²² *CMS (Laudo)* ¶ 315; *Sempra (Laudo)* ¶ 344; *Enron (Laudo)* ¶ 303.

válidamente el estado de necesidad como causal excluyente de responsabilidad. En particular, los laudos determinaron que la crisis financiera no había afectado un interés esencial del Estado, que las medidas adoptadas no habían sido el único modo de enfrentar la crisis, y que si bien ésta había sido precipitada por ciertos factores exógenos, el Estado argentino había contribuido a generar el estado de necesidad²³.

La tercera defensa se basaba en el artículo XI del Tratado, que establece: “*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*”²⁴.

Esta defensa basada en el artículo XI presentaba tres cuestiones fundamentales: (i) si la aplicación del artículo XI está librada exclusivamente al arbitrio del Estado que lo invoca (es decir, si se trata de una cláusula discrecional o *self-judging*); (ii) si la referencia al “orden público” incluye consideraciones de seguridad económica y estabilidad política; y (iii) en qué condiciones una medida es “necesaria” a los fines de este artículo.

Con respecto a la primera cuestión, la demandada sostuvo que el artículo XI es de

carácter discrecional, de modo que cada Estado parte es el único juez de la aplicación de este artículo a su conducta, con la única salvedad de que su buena fe está sometida al control del tribunal internacional competente. Este argumento fue rechazado en los tres casos²⁶. Los tres tribunales resolvieron que el artículo XI no es de carácter discrecional y que la revisión de los tribunales no está limitada a un examen de la buena fe del Estado, sino que “el control judicial debe ser sustantivo”²⁷.

La segunda cuestión fue resuelta a favor de la posición argentina. Los tres tribunales aceptaron que las referencias al orden público y a la seguridad nacional debían interpretarse en sentido amplio, de modo de incluir consideraciones de seguridad económica y estabilidad política²⁸. En particular, los laudos resolvieron que nada impedía “la inclusión de la emergencia económica en el contexto del artículo XI”²⁹.

La tercera cuestión planteada por el artículo XI era en qué condiciones se aplica esta defensa. Como veremos, el modo en que los tres tribunales examinaron esta cuestión ha sido objeto de serias críticas. En el caso *CMS*, el laudo no es totalmente claro, pero el Tribunal parece haber entendido que la substancia del artículo XI no era diferente de la doctrina de Derecho internacional consuetudinario sobre estado de necesidad.³⁰ El Comité *ad hoc* en *CMS* criticó severamente la estructura del razonamiento del Tribunal

²³ *CMS (Laudo)* ¶¶ 317-331; *Sempra (Laudo)* ¶¶ 347-355; *Enron (Laudo)* ¶¶ 305-313.

²⁴ *CMS (Laudo)* ¶ 332; *Sempra (Laudo)* ¶ 365; *Enron (Laudo)* ¶ 323.

²⁵ *CMS (Laudo)* ¶ 339; *Sempra (Laudo)* ¶ 368; *Enron (Laudo)* ¶ 326.

²⁶ *CMS (Laudo)* ¶¶ 366-374; *Sempra (Laudo)* ¶¶ 374-388; *Enron (Laudo)* ¶¶ 331-339.

²⁷ *CMS (Laudo)* ¶ 374; *Sempra (Laudo)* ¶ 388; *Enron (Laudo)* ¶ 339.

²⁸ *CMS (Laudo)* ¶ 359; *Sempra (Laudo)* ¶ 366; *Enron (Laudo)* ¶ 324.

²⁹ *CMS (Laudo)* ¶¶ 359-360; *Sempra (Laudo)* ¶ 374; *Enron (Laudo)* ¶ 332.

³⁰ *CMS (Laudo)* ¶¶ 353-359, 366, 372-373.

y la falta de claridad en la aplicación del artículo XI, pero resolvió que no había lugar a la anulación del laudo³¹. El Comité reconoció que su jurisdicción era limitada y que no podía reemplazar la apreciación del tribunal sobre los hechos y el derecho con la propia. “A pesar de los errores y vacíos identificados en el laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades”³².

En los casos *Sempra* y *Enron*, la demandada planteó sus defensas después de la publicación del laudo en *CMS*, pero antes de la decisión del respectivo comité sobre la solicitud de anulación de ese laudo. La demandada sostuvo que el Tribunal en *CMS* había errado al interpretar el artículo XI del Tratado sobre la base de las normas consuetudinarias sobre estado de necesidad, ya que el Tratado por ser *lex specialis* era distinto e independiente del Derecho consuetudinario internacional³³. Los tribunales en *Sempra* y *Enron* reconocieron el principio de que una norma especial prevalece sobre una general, pero aplicaron el Derecho consuetudinario internacional para determinar las condiciones de aplicación del artículo XI, señalando que “el propio Tratado no se ocupó de los elementos jurídicos necesarios para la legítima invocación del estado de necesidad”³⁴. En este sentido, ambos laudos determinaron que el artículo XI “es inseparable del estándar establecido en el derecho consuetudina-

rio en lo que se refiere a la definición del estado de necesidad y a las condiciones requeridas para su ejercicio, habida cuenta de que es en el derecho consuetudinario donde se han definido dichos elementos”³⁵.

Como los Tribunales ya habían determinado que la crisis económica argentina no cumplía con los requisitos del estado de necesidad de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario, concluyeron entonces “que la necesidad o la emergencia no conducen en este caso a la exclusión de ilicitud, sin que haya necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del artículo XI habida cuenta que este artículo no prevé al respecto condiciones distintas del derecho consuetudinario”³⁶.

Con este razonamiento, los laudos en *Sempra* y *Enron* rechazaron las defensas globales subsidiarias planteadas por la demandada y la condenaron al pago de sendas indemnizaciones por incumplimiento del Tratado³⁷. La República Argentina solicitó la anulación de ambos laudos.

4. LAS DECISIONES DE LOS COMITÉS *AD HOC*

4.1. *Sempra v. Argentina*

La República Argentina fundó su solicitud de anulación en todas las causales del artículo 52(1) del Convenio excepto corrupción de un miembro del Tribunal³⁸. Sobre

³¹ *CMS (Anul.)* ¶¶ 136, pp. 158-160.

³² *CMS (Anul.)* ¶ 136.

³³ *Sempra (Laudo)* ¶¶ 376-377; *Enron (Laudo)* ¶ 334.

³⁴ *Sempra (Laudo)* ¶ 378; *Enron (Laudo)* ¶ 334.

³⁵ *Sempra (Laudo)* ¶ 376; *Enron (Laudo)* ¶ 334. De igual modo, los Tribunales señalaron que el Tratado “no contiene una definición relativa al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, ni a las condiciones para que pueda invocarse su aplicación.” *Sempra (Laudo)* ¶ 376; *Enron (Laudo)* ¶ 333.

³⁶ *Sempra (Laudo)* ¶ 388; *Enron (Laudo)* ¶ 339.

³⁷ *Sempra (Laudo)* ¶¶ 397-398, Parte Dispositiva (1-2); *Enron (Laudo)* ¶¶ 341-342, Parte Dispositiva (1-3).

³⁸ *Sempra (Anul.)* ¶ 2. En adelante, en esta sección las citas entre paréntesis se refieren a los párrafos numerados de esta decisión.

estas bases, la República acusó la nulidad de los aspectos jurisdiccionales del laudo y del tratamiento de las defensas basadas en el estado de necesidad y el artículo XI del Tratado (¶¶ 41-42). El Comité anuló el laudo porque, a su entender, el Tribunal no había aplicado el artículo XI, lo cual consideró como caso de extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal (¶ 229). El Comité desestimó la nulidad de los aspectos jurisdiccionales del laudo, con fundamentos cuyo desarrollo excedería el tema central de esta nota (¶¶ 103-105).

El Comité comenzó admitiendo las limitaciones de su función. “Una anulación es diferente de una apelación. Un Comité *ad hoc* no puede reemplazar la decisión del Tribunal con una decisión propia sobre el fondo de la cuestión” (¶ 73). En otro lugar, el Comité aceptó el consenso de la jurisprudencia en el sentido de que la no aplicación del Derecho aplicable es causal de anulación, mientras que la errónea aplicación del Derecho aplicable no lo es (¶¶ 173-174).

La República sostuvo que, con respecto a la decisión sobre el artículo XI del Tratado, el laudo debía ser anulado por tres causales: “error manifiesto de derecho”, falta de expresión de motivos y extralimitación manifiesta de facultades. El Comité rechazó las dos primeras causales pero hizo lugar a la tercera, anulando totalmente el laudo.

Aunque el “error manifiesto de derecho” no es una causal de anulación prevista en el artículo 52(1) del Convenio, la demandada sostuvo que, en ciertas circunstancias, tal error puede ser lo suficientemente grave como para constituir una extralimitación manifiesta de facultades por la falta de aplicación de las normas adecuadas (¶ 124). El supuesto error del Tribunal había sido equiparar el artículo XI con la doctrina de Derecho internacional consuetudinario sobre

estado de necesidad, suponer que estas normas se encontraban en un pie de igualdad y aplicar el artículo 25 en lugar del artículo XI (¶¶ 119-120). El Comité reconoció que el “error manifiesto de derecho” no es una causal de anulación en el Convenio, pero no descartó la posibilidad de que en ciertas situaciones excepcionales el error de derecho pueda ser “de una notoriedad tal que importe una extralimitación manifiesta de facultades” (¶164). De todos modos, el Comité rechazó esta causal. En opinión del Comité, el error del Tribunal consistió en no aplicar el artículo XI en tanto que Derecho aplicable, no en aplicar ese artículo incorrectamente (¶165).

El Comité rechazó la segunda causal de anulación alegada por la República, esto es, la falta de exposición de motivos (¶135). El Comité consideró que el Tribunal había explicado en detalle el razonamiento que lo llevó a aplicar los principios del Derecho internacional consuetudinario para interpretar el artículo XI (¶168).

Por el contrario, el Comité hizo lugar a la tercera causal de anulación invocada por la República, mediante el siguiente razonamiento: (i) la no aplicación del derecho aplicable (por contraposición a la aplicación errónea del derecho aplicable) es un caso de extralimitación de facultades; (ii) el artículo XI del Tratado era el derecho aplicable; (iii) el Tribunal no aplicó el artículo XI, aplicando en su lugar las normas de Derecho consuetudinario sobre estado de necesidad; (iv) *ergo*, el Tribunal se extralimitó en sus facultades; y (v) la extralimitación es manifiesta, lo cual justifica la anulación del laudo (¶¶ 205-210, 218-219).

En su análisis, el Comité puso especial énfasis en el siguiente párrafo del laudo:

“Como el Tribunal ha determinado

anteriormente que la crisis invocada no cumple con los requisitos del derecho consuetudinario previstos en el artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados, debe concluir ahora que la necesidad o la emergencia no conducen en este caso a la exclusión de ilicitud, sin que haya necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del artículo XI habida cuenta que este artículo no prevé al respecto condiciones distintas de las del derecho consuetudinario” (¶ 195(3)).

Según el Comité, este párrafo pone de manifiesto que el Tribunal “no estimó que tuviera la obligación —o siquiera el derecho— de considerar la aplicación del artículo XI porque dicho artículo no establece los elementos necesarios para invocar legítimamente un estado de necesidad y porque el Tribunal determinó que la crisis económica argentina no cumplió los requisitos del Derecho internacional estipulados en el artículo 25 de los artículos de la CDI” (¶ 196).

El Comité estimó errónea la opinión del Tribunal de que el artículo XI “es inseparable del estándar establecido en el derecho consuetudinario en lo que se refiere a la definición del estado de necesidad y a las condiciones requeridas para su ejercicio, habida cuenta que es en el derecho consuetudinario donde se han definido dichos elementos” (¶ 195(1)). Según el Comité, si bien es cierto que el Derecho consuetudinario puede servir “como guía interpretativa” de los términos utilizados en un tratado de inversión, nada excluye que las partes del tratado asignen un significado diferente a dichos términos (*ibid.*). El Comité señaló además que el artículo 25 no contiene una norma imperativa que defina el “estado de necesidad [...] y las condiciones requeridas para su ejercicio” (¶ 197, 200).

El Comité también estimó reprochable la equiparación del artículo XI con el artículo 25 ya que, según el Comité, dichas normas son “sustancialmente” diferentes (¶ 198). Según el Comité, mal puede decirse que el artículo 25 ofrece una “guía interpretativa” de los términos utilizados en el artículo XI; a lo sumo, ambas normas contienen “ciertas palabras o expresiones [...] iguales o similares” (¶ 199). En particular, el Comité puso especial énfasis en el supuesto ámbito de aplicación de dichas normas:

“El artículo 25 presupone que se ha cometido un acto que es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y que es, por tanto, ‘ilícito.’ El artículo XI, por su parte, establece que ‘[e]l presente Tratado no impedirá’ ciertas medidas, a fin de que, cuando el artículo XI resulte aplicable, la adopción de dichas medidas no sea incompatible con las obligaciones internacionales del Estado y no sea, por tanto, ‘ilícita’, El artículo 25 y el artículo XI, en consecuencia se ocupan de situaciones muy diferentes. No se puede asumir que el artículo 25 ‘defina estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio’ a los efectos de interpretar el artículo XI, y mucho menos que lo haga como norma imperativa del derecho internacional.” (¶ 200).

Al rechazar la postura de que la aplicación del artículo XI estaba sujeta a la discreción del Estado, el Tribunal había afirmado que “[e]l control judicial debe ser sustantivo, determinando si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud” (¶ 195(3)). El Comité criticó esta afirmación, sosteniendo que, si las medidas en cuestión son “necesarias” a los fines del artículo XI,

no hay incumplimiento del Tratado, y por tanto no puede hablarse de exclusión de ilicitud (¶¶ 203-204). En el esquema conceptual del Comité, la “ilicitud” sólo puede ser resultado de la aplicación del Tratado en su totalidad, lo que implica que el artículo XI nunca puede operar como excusa de ilicitud, como lo hace el artículo 25. Este enfoque conceptual parece haber tenido considerable influencia en el análisis del Comité.

El Tribunal había determinado que el Tratado no establecía condiciones para la aplicación del artículo XI y en parte había justificado la aplicación de las normas consuetudinarias en la idea de que los principios básicos del Derecho internacional son uniformes. En las palabras del Tribunal: “[E]l problema en este caso es que el propio Tratado no se ocupó de los elementos jurídicos necesarios para la legítima invocación del estado de necesidad.” [...] “El Derecho internacional no es un cuerpo jurídico fragmentado en lo que se refiere a principios básicos y la necesidad es sin duda alguna uno de dichos principios básicos” (¶ 195(2)).

El Comité interpretó esta referencia a la “legítima invocación” del estado de necesidad de acuerdo con el Tratado como un requisito de que el artículo XI esté “legitimado” por el Derecho internacional consuetudinario. Según el Comité, la invocación de un estado de necesidad al amparo de un tratado bilateral de inversión no tiene por qué estar “legitimada” por una norma de Derecho internacional, ya que tal norma puede no existir ni tiene necesariamente que ser encontrada “en una disposición de derecho consuetudinario que se ocupe de la invocación de necesidad como justificación del incumplimiento de una obligación internacional” (¶ 201).

El Comité negó que el estado de necesidad sea un principio básico del Derecho

internacional “en el sentido de que debe interpretarse y aplicarse de la misma manera en todas las circunstancias, o [...] que el Derecho internacional podría ‘fragmentarse’ si los Estados” asignaran un significado diferente al estado de necesidad (¶ 202). Según el Comité, el estado de necesidad no es una norma imperativa y el *ius cogens* no requiere que las partes de un tratado bilateral de inversiones “renuncien a la posibilidad de invocar la defensa del estado de necesidad bajo los términos que hayan acordado” (¶ 202).

En opinión del Comité, la afirmación del Tribunal de que no debía “realizar un examen judicial adicional en virtud del artículo XI habida cuenta que este artículo no prevé al respecto condiciones distintas de las del derecho consuetudinario” era prueba cabal de que el Tribunal adoptó el artículo 25 como el “derecho primario” aplicable en lugar del artículo XI del Tratado (¶¶ 207-208). Al así hacerlo, determinó el Comité, el Tribunal cometió un error fundamental en “la identificación y aplicación del derecho aplicable” (¶ 208). Por consiguiente, dado que el “Tribunal no ha efectuado su examen sobre la base de que la norma legal aplicable se encuentra en el artículo XI del Tratado,” dicha falta de aplicación del derecho aplicable “constituye una extralimitación de facultades dentro del significado del Convenio del CIADI” (¶ 209).

El Comité consideró después si la extralimitación era manifiesta. El Comité citó decisiones anteriores en el sentido de que una extralimitación es manifiesta cuando es “bastante evidente sin la necesidad de realizar un análisis complejo del texto del laudo” (¶ 213). El Comité sostuvo que una simple lectura del laudo demuestra que el Tribunal “no identificó ni aplicó el artículo XI del TBI como el derecho aplicable que es, y que no lo hizo debido a la presunción de que el

texto de esta disposición no estaba, de alguna manera, legitimado por los principios del Derecho internacional consuetudinario” (¶ 218). Por lo tanto, el Comité concluyó que la extralimitación fue manifiesta y anuló el laudo en su totalidad (¶¶ 219, 223).

4.2. *Enron v. Argentina*

Al igual que en el caso *Sempra*, la República Argentina solicitó la anulación del laudo emitido en *Enron*. La solicitud de anulación atacó aspectos procesales, jurisdiccionales y de fondo, incluyendo las defensas basadas en la crisis económica³⁹. La demandada impugnó los aspectos del laudo relativos al estado de necesidad y al artículo XI del Tratado invocando las causales de extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal y falta de expresión de motivos (¶ 352). La República invocó estas causales, así como la violación grave de una norma fundamental del procedimiento, contra otros aspectos del laudo, pero estas otras impugnaciones, que no tuvieron éxito, escapan el tema de esta nota (¶ 3, Parte Dispositiva (1-5)).

El Comité anuló la parte del laudo que había rechazado las defensas de la República basadas en las normas de Derecho internacional consuetudinario sobre estado de necesidad y en el artículo XI (Parte Dispositiva (1-2)). Como corolario, el Comité anuló las partes del laudo que habían determinado la responsabilidad de la República por violación del Tratado y habían ordenado el pago de compensación (Parte Dispositiva (3-4)).

El Comité comenzó su análisis afirmando, como es de rigor, las limitaciones inherentes a su función (¶¶ 63-77). El Comité reconoció que no estaba dentro de sus

facultades considerar el fondo de la controversia y que una solicitud de anulación difiere de una instancia de apelación (*id.*). Explicó que, si bien la no aplicación del derecho aplicable es una causal de anulación, la aplicación incorrecta del derecho aplicable no lo es (¶¶ 68, 220). En otra parte de la decisión, el Comité explicó que anular un laudo como resultado de un error manifiesto de derecho desdibujaría la distinción entre las figuras de falta de aplicación de la ley y error en la aplicación de la misma, y advirtió que ni el error de derecho ni el error de hecho constituyen causal de anulación (¶ 220).

Hechas estas consideraciones generales, el Comité entró a analizar cómo el Tribunal había aplicado las normas de Derecho internacional consuetudinario sobre estado de necesidad. El Comité aceptó que estas normas están reflejadas en el artículo 25, que impone ciertas condiciones que deben ser satisfechas cumulativamente para excusar la responsabilidad del Estado en razón de la necesidad (¶¶ 361-395).

La primera de estas condiciones es que las medidas en cuestión hayan sido “la única vía” para salvaguardar un interés fundamental del Estado (¶ 361). El Comité consideró que el Tribunal había errado al no analizar tres aspectos fundamentales de esta primera condición:

- El primer error consistió, a juicio del Comité, en no analizar la definición legal de la expresión “única vía” en el artículo 25. El Comité explicó que, si bien ese término podría entenderse literalmente, también podría interpretarse como la vía que implicara el menor incumplimiento del Derecho internacional (¶¶ 369-370).
- El segundo error, según el Comité,

³⁹ *Enron (Anul.)*, ¶¶ 85, 128-130, 151-154, 213-214, 295-296, 318-319, 347. En adelante, en esta sección las citas entre paréntesis se refieren a los párrafos numerados de esta decisión.

consistió en que el Tribunal no analizó si era necesario tomar en cuenta la eficacia de las medidas disponibles (¶ 371).

- El tercer error, siempre a juicio del Comité, fue que el Tribunal no analizó quién debía determinar si existía alguna alternativa, conforme a qué criterio se debía realizar dicha determinación y en qué momento debía producirse la misma (¶ 372).

El Comité reconoció que ninguno de estos asuntos “esenciales” había sido ventilado por las partes frente al Tribunal. No obstante, el Comité decidió que, a falta de determinación sobre estos puntos, el Tribunal no había aplicado el artículo 25 al concluir que existían otros modos de enfrentar la crisis diferentes de las medidas adoptadas (¶¶ 375-378). El Comité razonó que tal determinación se había basado no en un estudio e interpretación del artículo 25, sino en la opinión técnica de un experto de las demandantes y en un razonamiento puramente económico (¶ 377). El Comité determinó además que la decisión del Tribunal en este punto no estaba sustentada por un razonamiento adecuado (¶ 378).

El segundo requisito del artículo 25 es que las medidas en cuestión hayan afectado de manera seria los intereses del Estado, o los de otros Estados respecto de los cuales el Estado actuante tenía alguna obligación, o los de la comunidad internacional en general (¶¶ 379-384). El Comité observó que no resultaba claro si el Tribunal había decidido que faltase este requisito. En todo caso, consideró el Comité, el laudo careció de razonamiento suficiente para sustentar tal decisión (¶ 384).

La tercera condición del artículo 25 es que el Estado no haya contribuido al estado de necesidad (¶¶ 385-393). El Comité criticó al Tribunal por no haber explicado

adecuadamente qué entendía por la expresión “contribuido al estado de necesidad” (¶¶ 386-390). Como en el caso de la primera condición, el Comité reconoció que la cuestión del significado jurídico de la expresión “contribuido al estado de necesidad” no había sido ventilada por las partes frente al Tribunal, pero consideró que esta circunstancia era irrelevante ya que el Tribunal tenía la obligación de aplicar el derecho aplicable (¶ 392). El Comité razonó que en este aspecto el Tribunal nuevamente se había limitado a aceptar la opinión del experto de las demandantes en el sentido de que las políticas de la demandada habían contribuido a precipitar la crisis, en lugar de aplicar el mencionado artículo 25 (¶¶ 391-393).

Con estos fundamentos, el Comité llegó a la conclusión de que el Tribunal no había aplicado el artículo 25, en tanto que derecho aplicable al caso, y anuló la decisión del Tribunal de rechazar la defensa de la República basada en las normas de Derecho internacional consuetudinario sobre estado de necesidad (¶ 393-395).

En cuanto al artículo XI del Tratado, el Comité no consideró necesario analizar en detalle las conclusiones del Tribunal sobre el alcance del mismo, ni la relación entre el artículo XI y la doctrina consuetudinaria sobre estado de necesidad (¶¶ 400-405). El Comité determinó que la decisión del Tribunal sobre el artículo XI estaba basada en la anterior decisión de que la demandada no podía valerse de la defensa de necesidad basada en el artículo 25. Como el Comité ya había resuelto que la decisión del Tribunal sobre el artículo 25 debía anularse, la decisión del Tribunal sobre el artículo XI del Tratado debía seguir la misma suerte (¶ 405).

El Comité observó que el Comité en *CMS* había criticado al laudo dictado en

ese caso por haber considerado que los requisitos del artículo XI coincidían con los requisitos del Derecho consuetudinario internacional (¶ 405). El Comité en *Enron* no compartió esa crítica. En *Enron*, el Comité opinó que “la operación y contenido sustantivos del artículo XI y de los principios de Derecho internacional consuetudinario sobre necesidad y la relación entre uno y otros son cuestiones que corresponden a la decisión del Tribunal” (¶ 405).

5. BREVE ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS DECISIONES DE LOS COMITÉS EN *SEMPRA* Y *ENRON*

5.1. Cuestiones conceptuales y metodológicas

Como hemos observado, en los casos *CMS*, *Sempra* y *Enron* las tres defensas de la República basadas en la crisis económica fueron consideradas en el orden en que fueron planteadas: primero la defensa basada en el Derecho argentino, segundo la defensa basada en el Derecho internacional consuetudinario, y por último la defensa basada en el artículo XI del Tratado. Dejando de lado la defensa basada en el Derecho argentino (que de ningún modo podría haber excusado una violación del Tratado)⁴⁰, el orden en que los tribunales consideraron las dos defensas restantes tuvo influencia en el razonamiento de los Tribunales y en la crítica realizada por los Comités en *CMS* y *Sempra*.

Para evitar confusiones, es necesario distinguir dos cuestiones diferentes:

- En qué orden el Tribunal debió abordar estas defensas y, en particular, el orden en que debió considerar las defensas

basadas en el artículo XI y en el artículo 25. Esta es una cuestión de carácter conceptual y metodológico.

- Si el Tribunal, al analizar las dos defensas en el orden que fuera, aplicó (correcta o incorrectamente) el derecho de fondo aplicable, y si el Comité, al adjudicar la solicitud de anulación, aplicó correctamente los criterios que debía aplicar. Esta es una cuestión sustantiva.

Antes de considerar la cuestión sustantiva, conviene hacer unas breves observaciones sobre la cuestión del orden en que el Tribunal debió haber considerado las defensas basadas en el artículo XI y en la doctrina codificada en el artículo 25. Es ésta una cuestión *conceptual*, en cuanto tal orden depende de la manera en que se conceptúen los efectos jurídicos de estos preceptos y por consiguiente la relación entre los mismos. Es también una cuestión metodológica, en tanto que, independientemente del debate conceptual, haya razones metodológicas para preferir un orden sobre el opuesto.

Comencemos por observar que, en caso de conflicto entre una disposición de un Tratado y una norma de Derecho internacional consuetudinario, la disposición del Tratado prevalecerá, por ser *lex specialis*, a menos que la norma consuetudinaria sea de *ius cogens*, en cuyo caso prevalecerá por ser *lex superior*⁴¹. En caso de no haber conflicto, las dos normas coexistirán y deberán ser aplicadas por separado. Ahora bien, en ninguno de los tres casos, ni los Tribunales ni los Comités determinaron que el artículo XI estaba en conflicto con las normas consuetudinarias sobre necesidad, ni que dicho artículo había excluido la aplicación de ta-

⁴⁰ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980 (en adelante, Convención de Viena), Artículo 27.

⁴¹ Convención de Viena, Artículos 53, 64 y 71.

les normas, ni que tales normas habrían sido aplicables de todos modos por ser *ius cogens*. Por consiguiente, era necesario aplicar el artículo XI y las normas consuetudinarias sobre necesidad por separado.

Pues bien, ¿en qué orden? Como las normas en cuestión no están en conflicto, el orden en que sean aplicadas no debería tener consecuencias prácticas. En un caso de ausencia de conflicto, el orden de aplicación de las normas depende más bien de consideraciones conceptuales y metodológicas. Desde un punto de vista conceptual, hay diversas maneras de conceptualizar los efectos jurídicos del artículo XI y de la doctrina codificada en el artículo 25. En los tres casos, los Tribunales parecen haber aceptado como esquema conceptual que tanto el artículo XI como el artículo 25 *excluyen la ilicitud* de actos que de otro modo habrían sido ilícitos de acuerdo con otras disposiciones sustantivas del Tratado, tales como la prohibición de trato injusto e inequitativo⁴². En tal caso, el artículo XI y el artículo 25 tendrían efectos jurídicos *del mismo tipo*, lo cual sugiere que el orden de aplicación debería ser conceptualmente indiferente.

Por el contrario, el Comité en *Sempra* parece haber partido de la premisa de que el artículo XI no excluye la ilicitud de tales actos sino que los *exceptúa* de la ilicitud que resultaría de aquellas otras disposiciones⁴³. Dicho de otro modo, la ilicitud del acto no es determinada (por ejemplo) por la violación de la prohibición de trato injusto e inequitativo, sino por la totalidad de las disposiciones del Tratado, incluido el artículo XI, que permite al Estado adoptar medidas a pesar de las garantías prescriptas en el Tra-

tado. Este esquema conceptual sugiere que, conceptualmente, el artículo XI debería ser aplicado antes del artículo 25.

De igual modo, una de las alternativas conceptuales mencionadas por el Comité en *CMS* es considerar que el artículo 25 no excluye la ilicitud de un acto sino la responsabilidad del Estado por tal ilicitud⁴⁴. En este esquema conceptual, así como en el de Comité el *Sempra*, los efectos jurídicos del artículo XI y los del artículo 25 serían (conceptualmente) distintos, de tal modo que la aplicación del artículo XI sería conceptualmente previa a la del artículo 25. En todo caso, la diferencia entre el esquema conceptual de un Tribunal y el de un Comité no son de por sí causal de anulación. Sea cual fuere el mérito relativo de ambos esquemas, siempre que el Tribunal haya aplicado el derecho aplicable, las preferencias conceptuales del Tribunal no justifican la anulación del laudo.

Desde un punto de vista puramente metodológico, habría sido preferible que los Tribunales aplicaran primero el artículo XI, aunque más no fuera para evitar la intromisión de elementos no sustantivos en la cuestión de si en realidad este artículo había sido aplicado. Con abstracción de las distinciones conceptuales ya mencionadas, el artículo XI y la doctrina consuetudinaria sobre necesidad son normas exoneratorias, que operan en distintos niveles de generalidad. En la aplicación de normas exoneratorias (excepciones, exclusiones o defensas) contra una prescripción genérica, lo normal y preferible es ir de lo particular a lo general, puesto que las normas particulares tienden a ser más precisas que las doctrinas o prin-

⁴² Vid. *CMS (Laudo)* ¶¶ 317-318, 374; *Sempra (Laudo)* ¶ 388; *Enron (Laudo)* ¶ 339.

⁴³ Vid. *Sempra (Anul.)* ¶ 200.

⁴⁴ Vid. *CMS (Anul.)* ¶ 134. No es necesario aceptar la terminología del comité (normas primarias y secundarias) en esta materia.

cipios más generales. Pero esta preferencia metodológica no implica que los Tribunales en *CMS*, *Sempra* y *Enron* hayan cometido un error, ni mucho menos un error que sea causal de anulación, siempre y cuando hayan aplicado tanto el artículo XI como las normas consuetudinarias sobre necesidad. Es ésta la cuestión sustantiva, que ahora pasamos a considerar.

5.2. Cuestión Sustantiva

5.2.1. El criterio para determinar si hubo manifiesta extralimitación de facultades

En los casos *Sempra* y *Enron*, los laudos fueron anulados por manifiesta extralimitación de facultades, consistente, en los dos casos, en la no aplicación del derecho aplicable. Aunque el artículo 52(1)(b) del Convenio no se refiere expresamente a la no aplicación del derecho aplicable, se acepta generalmente, sobre la base de los *travaux préparatoires*, que no aplicar el derecho aplicable es una forma de extralimitación de facultades, mientras que la incorrecta aplicación del derecho aplicable no lo es⁴⁵. Este es el criterio que los Comités en *Sempra* y *Enron* aceptaron e invocaron como justificación para anular los respectivos laudos.

Pues bien, si el criterio relevante es la no aplicación del derecho aplicable, corresponde preguntarse qué constituye “derecho” a los efectos de este criterio. En el sistema del Convenio, el derecho aplicable en materia de jurisdicción es en primer lugar el Convenio mismo, y en segundo lugar el o los instrumentos que establecen el consentimiento de cada parte de la diferencia. En la materia de fondo, el derecho aplicable es el que determina el artículo 42, que remite a “las normas de derecho acordadas por las

partes,” y a falta de tal acuerdo, al derecho del Estado que es parte de la diferencia y las normas de Derecho internacional que resulten aplicables. Cuando la pretensión instaurada se basa en un tratado sobre inversiones o en un contrato, estos instrumentos son naturalmente parte del derecho aplicable, sea en materia jurisdiccional, en cuanto establecen el consentimiento de una parte o de ambas, sea en materia de fondo, en cuanto establecen las normas sustantivas que determinan los derechos y obligaciones de las partes.

Ahora bien, cada uno de estos cuerpos normativos contiene subsistemas más particulares, los que a su vez contienen sub-sistemas, y así sucesivamente hasta llegar a los preceptos individuales (artículos, incisos, párrafos, oraciones) de cada instrumento legal. En efecto, los cuerpos normativos modernos se caracterizan por un alto grado de segmentación, que posibilita la sistematización interna de las normas contenidas en ellos y la más eficiente aplicación de las mismas.

Esta segmentación tiene consecuencias para el presente análisis. Si no aplicar el derecho aplicable incluyera el no aplicar preceptos individuales de un sub-sistema dado, se eliminaría en la práctica la distinción entre la no aplicación del derecho aplicable y la aplicación errónea de tal derecho, ya que los errores de aplicación a menudo consisten en no aplicar el precepto individual A y aplicar en cambio el precepto individual B, dentro del mismo subsistema o sub-subsistema. Pero hemos visto que la distinción entre la no aplicación del derecho aplicable y la aplicación errónea de tal derecho es una piedra fundamental de la arquitectura del Convenio. Un mecanismo de revisión que permita a una instancia superior

⁴⁵ C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary* 955 (2009), Article 52 ¶ 195.

corregir la aplicación errónea de preceptos individuales es un régimen de apelación, régimen que los autores del Convenio claramente descartaron en favor de un sistema de anulación por causales limitadas, entre ellas la no aplicación manifiesta del derecho aplicable.

Por estas razones, es preciso concluir que los autores del Convenio, al extender el concepto de extralimitación de facultades a la no aplicación del derecho aplicable, no entendieron referirse a la no aplicación de preceptos individuales. La estructura del artículo 42 sugiere en cambio que el criterio de no aplicación del derecho aplicable se refiere a un sistema jurídico aplicable que no es aplicado *como sistema*, es decir, *globalmente*, con abstracción de la aplicación de cada precepto individual. En la práctica, esto significa que aplicar el derecho aplicable es aplicar globalmente (i) los sistemas de primer orden (el orden jurídico internacional y los órdenes jurídicos internos relevantes) y (ii) los sistemas de segundo orden (el Convenio, tratados sobre inversiones, instrumentos de derecho interno) que sirvan de base jurisdiccional o sustantiva para las pretensiones instauradas.

5.2.2. Aplicación del criterio en *Sempra*

En *Sempra*, el Comité anuló el laudo por la supuesta no aplicación del artículo XI del Tratado. La decisión y el razonamiento del Comité son cuestionables en varios aspectos.

En primer lugar, el Comité consideró como no aplicación del derecho aplicable la supuesta no aplicación de un precepto individual del Tratado. Como hemos visto, esta forma de proceder es prácticamente equivalente a determinar si el derecho aplicable fue *correctamente* aplicado, lo cual es materia apropiada a un régimen de apelación extraño al Convenio. Por consiguiente, la

decisión del Comité de extender el criterio de no aplicación del derecho al artículo XI (por contraposición al Tratado en general) es difícil de aceptar.

Aparte de la dudosa extensión del criterio aplicable, la crítica del Comité al enfoque interpretativo del Tribunal sobre el artículo XI no es del todo convincente. No es propósito de esta nota defender el razonamiento ni las conclusiones del Tribunal, pero cuando se lee el laudo de buena fe, el cuestionamiento del Comité parece excesivo. El Tribunal consideró, correcta o incorrectamente, que las condiciones de aplicación del artículo XI coincidían con las del artículo 25. El Tribunal llegó a esa conclusión con un razonamiento que en paráfrasis es el siguiente: (i) el artículo XI establece una defensa relacionada con intereses esenciales del Estado; (ii) los intereses esenciales del Estado incluyen emergencias económicas; (iii) el Tratado no define “intereses esenciales del Estado” ni las condiciones para ejercitar esta defensa (que es considerada implícitamente como una forma de estado de necesidad); (iv) el Derecho internacional consuetudinario define las condiciones para invocar estado de necesidad; (v) por lo tanto, estas condiciones son aplicables para determinar la aplicación del artículo XI; (vi) es indiferente que el artículo XI no haya hecho referencia expresa al Derecho internacional consuetudinario, ya que el Derecho internacional no es un cuerpo jurídico fragmentado en cuanto a sus principios generales, incluyendo el estado de necesidad; (vii) como el Tribunal ya ha determinado que no están reunidas las condiciones de aplicación impuestas por el Derecho internacional consuetudinario, la defensa del artículo XI no es aplicable, sin necesidad de análisis adicional.

Por cierto, no todos los pasos de este razonamiento son igualmente claros o convincentes. El Comité observó

correctamente, entre otras cosas, que el artículo XI establece requisitos diferentes de los del artículo 25. El Tribunal habría evitado críticas y la anulación del laudo si hubiera analizado el artículo XI por separado, sin poner tanto énfasis en las condiciones de aplicación exigidas por el artículo 25. Pero el punto crítico del razonamiento con el que el Comité justificó su decisión de anular el laudo es por lo menos tan cuestionable como el razonamiento del Tribunal. Dijo el Comité:

“El Tribunal ha sostenido, en efecto, que los criterios sustantivos del artículo XI simplemente no pueden aplicarse cuando las normas de Derecho internacional consuetudinario [...] no conllevan a la eximición en un caso de ilicitud, y que el artículo 25 ‘supera’ [‘trumps’] al artículo XI al proporcionar la norma imperativa a ser aplicada. De esta manera, el Tribunal adoptó el artículo 25 [...] como el derecho primario a aplicarse, en lugar del artículo XI del TBI, y al hacerlo cometió un error fundamental de identificación y aplicación del derecho aplicable”⁴⁶.

Pues bien, el Tribunal no dijo que la aplicación del artículo XI dependiera de una norma de Derecho internacional que le diera sustento, ni que el artículo 25 “triumfa” sobre el artículo XI. El Tribunal simplemente interpretó el artículo XI, correcta o incorrectamente, en el sentido de que sus condiciones de aplicación no son diferentes de las del artículo 25. Como lo reconoció el Comité en *Enron*, esta determinación correspondía al Tribunal, no a un comité en instancia de anulación.

5.2.3 Aplicación del criterio en *Enron*

La decisión del Comité en *Enron* es aun más cuestionable. El Comité anuló el laudo con el argumento de que el Tribunal no había aplicado el artículo 25, y en su lugar había aplicado la opinión de un experto de la demandante. Esta decisión sugiere dos observaciones fundamentales.

La primera es que el Comité, al igual que el Comité en *Sempra*, consideró como derecho aplicable, a los efectos de la aplicación del criterio sobre extralimitación manifiesta de facultades, a preceptos individuales, en este caso cada uno de los incisos que integran el artículo 25. Como hemos visto, este enfoque tiende a eliminar la distinción entre la no aplicación del derecho aplicable y la aplicación errónea del mismo, distinción que el propio Comité reconoció como límite fundamental de sus atribuciones. Si un comité tiene facultades para anular un laudo por la no aplicación de un precepto individual del Derecho internacional consuetudinario, no hay razón para que no pueda anular un laudo por la no aplicación de otro precepto del mismo sistema, tal como el principio de la buena fe o los subprincipios derivados del mismo. En tal caso, los Comités *ad hoc* serán en realidad tribunales de apelación, con el agravante de que sus facultades se limitarán a destruir laudos en lugar de reformarlos. Este no es el sistema concebido por los autores del Convenio.

La segunda observación es que el Comité cometió tres errores fundamentales en su crítica a la forma en que el Tribunal aplicó los varios requisitos del artículo 25. Es obvio que el Tribunal aplicó estas condiciones literalmente, en especial el requisito de que la medida sea la “única vía” para salvaguardar el interés en cuestión (párrafo (1) (a)), y el requisito de que el Estado no haya contribuido a la situación de necesidad (pá-

⁴⁶ *Sempra (Anul.)* ¶ 208.


rrafo (2)(b)). El primer error del Comité fue criticar al Tribunal por no tener en cuenta la posibilidad de interpretar estos requisitos de manera diferente. Las interpretaciones alternativas planteadas por el Comité indican claramente que éste habría preferido interpretaciones no literales, que hubieran dejado al Estado un mayor margen de apreciación, ampliando el ámbito de la exoneración de responsabilidad. En este sentido, la decisión del Comité es una usurpación manifiesta de la función interpretativa del Tribunal. Interpretar un precepto literalmente no es error de derecho, ni lo es no analizar exhaustivamente todas las interpretaciones alternativas concebibles, incluyendo las interpretaciones dictadas *ex post facto* por las preferencias ideológicas de un Comité *ad hoc*.

Un agravante en este caso es que ninguna de las partes había formulado tales alternativas, ni había planteado las cuestiones interpretativas que el Comité consideró tan fundamentales. El segundo error del Comité fue restar importancia a este hecho, con el argumento de que el Tribunal estaba obligado de todos modos a aplicar el derecho aplicable. Esta afirmación excede en mucho el principio *iura novit curia*. Según este criterio, para aplicar el derecho aplicable no es suficiente que el tribunal analice las cuestiones de derecho planteadas por las partes y evalúe los respectivos argumentos; el Tribunal deberá además identificar y analizar todas las demás cuestiones que no se le ocurrieron a las partes pero que se le puedan ocurrir a un futuro Comité, so pena de no aplicar lo que el Comité considere *ex post facto* era derecho aplicable. Este criterio es palpablemente absurdo e impráctico.

Por último, el tercer error del Comité

fue confundir el modo en que el Tribunal interpretó el artículo 25 con el modo como determinó los hechos, con apoyo en el informe de un perito. Para determinar los hechos controvertidos, los Tribunales deben recurrir a la prueba producida por las partes, incluyendo informes periciales. Sólo el Tribunal está en condiciones de evaluar el poder de convicción de cada elemento de prueba, incluyendo la credibilidad de los expertos. Si el Tribunal considera que un informe pericial es más creíble que otro elemento de prueba, y que los hechos establecidos en dicho informe están demostrados a su satisfacción, el Comité no tiene facultades para cuestionar esta evaluación, menos aun con el sorprendente argumento de que establecer los hechos con base en el informe pericial es no aplicar el derecho aplicable.

6. CONCLUSIONES

Las decisiones de los Comités en *Sempra* y *Enron* son gravemente desafortunadas. Lo menos que se puede esperar de un Comité *ad hoc* imparcial es que examine el laudo con una actitud de moderación y neutralidad, consciente de los límites del proceso de anulación en el sistema del Convenio, y abierto a comprender el razonamiento del tribunal en lugar de hurgar por defectos reales o imaginarios en el afán de imponer su propia visión de lo correcto. Ningún laudo es perfecto, como no lo es ninguna obra humana, pero lo mismo puede decirse de las decisiones de los Comités *ad hoc*. Por esta misma falibilidad, los Comités deben ejercer sus atribuciones estrictamente dentro de los límites establecidos en el Convenio. Es éste uno de los pilares en que descansa la viabilidad del sistema. 

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY APLICABLE EN EL SISTEMA DE ANULACIÓN DEL CIADI: ENTRE *TREATY CLAIMS* Y *CONTRACT CLAIMS*

MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*)

SUMARIO: **1.** *A manera de introducción: Consideraciones generales sobre el rol del Comité ad hoc.* **1.1.** *Carácter excepcional y limitado.* **1.2.** *Diferente al recurso de apelación.* **1.3.** *Causales específicas y taxativas.* **2.** *Evolución técnica-jurídica del sistema de anulación del CIADI.* **2.1.** *Tres generaciones, tres posturas.* **2.2.** *Concretización del sistema y margen de discreción de los Comités CIADI.* **3.** *Extralimitación manifiesta de funciones, ley aplicable al fondo de la controversia y ejercicio de la jurisdicción.* **3.1.** *Distinción previa en torno a la ley aplicable al fondo de la controversia: Contrato vs. Tratado.* **3.2.** *Extralimitación manifiesta de funciones y ejercicio de la jurisdicción arbitral.* **3.3.** *Extralimitación manifiesta de funciones y ley aplicable al fondo del arbitraje.* **4.** *A manera de conclusión: Observaciones finales sobre la distinción entre los treaty claims y contract claims para la valoración de la anulación.*



1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ROL DEL COMITÉ AD HOC

Uno de los efectos de someter un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante el “CIADI” o el “Centro”), y sin

lugar a dudas uno de sus grandes atractivos, es la renuncia que realiza el Estado receptor de la inversión al control judicial del laudo¹. En este sentido, a diferencia del sistema instaurado por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958², todo Estado que acepta la competencia del CIADI renuncia implícitamente al recurso

(*) Abogada-Negociadora ante el Ministerio de Comercio e Industrias de Panamá, Oficina de Negociaciones Comerciales Internacionales. Consultora en Arbitrajes Comerciales y de Inversiones. Doctora en Derecho (Universidad París II), Máster en Arbitraje y Comercio Internacional (Universidad de Versalles), Máster en Derecho de las Relaciones Económicas Internacionales (Universidad París II), Postgrado en Derecho Internacional Privado (Universidad París II).

¹ JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys, *Arbitraje ante el CIADI, Reflexiones en torno del Centro creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, Cultural Portobelo, 2010, p. 40 y siguientes.

² JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys, “De la actualidad y aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a los arbitrajes transnacionales en materia de inversiones internacionales”, en *La Convención de Nueva York de 1958, Tomo II*, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, p. 603-645.

de anulación o cualquier otro recurso en contra del laudo ante los tribunales del lugar de la sede del arbitraje³.

En cuanto a las características principales del sistema de anulación ante el CIADI, podemos destacar su carácter excepcional y limitado (1.1), muy diferente del recurso de apelación y de cualquier otro recurso interno (1.2). En este orden de ideas entraremos a analizar las causales específicas y taxativas que se encuentran en el propio Convenio y que han sido alegadas hasta la fecha (1.3).

1.1. Carácter excepcional y limitado

El sistema de anulación del CIADI representa una excepción al carácter final de los laudos arbitrales enmarcado por los artículos 53 y 54 de la Convención de Washington de 1965 por medio de la cual se crea el CIADI⁴. Ahora bien, como bien sabemos, la

anulación total o parcial de un laudo CIADI sólo es posible ante un Comité *ad hoc* especialmente constituido para tales efectos, y únicamente bajo ciertos supuestos taxativos contemplados en el artículo 52 de la Convención: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde⁵.

De acuerdo con las últimas estadísticas del CIADI⁶ existen a la fecha once decisiones anulando un laudo, parcial o totalmente, ocho de las cuales se han dado en los últimos diez años⁷. Es más, el 2010 fue un año muy rico en “jurisprudencia” arbitral⁸. Aun así debemos tener en mente que el proceso de anulación es un recurso extraor-

³ La renuncia al recurso de anulación también es posible de acuerdo con algunas legislaciones internas sobre arbitraje. Así por ejemplo, el Derecho suizo fue el primero en aceptar la renuncia a todo recurso de anulación en la sede del arbitraje cuando no exista con este Estado ningún otro punto de conexión que la propia sede (artículo 192 de la LDIP de 18 de diciembre de 1987). Esta solución ha sido igualmente adoptada por la legislación de Túnez en 1993, la legislación belga (artículo 1717, párrafo 4, del Código Judicial Belga, en su edición del 19 de mayo de 1998), de Suecia (artículo 51 de la Ley sueca de arbitraje del 1º de abril de 1999), Perú (artículo 126 de la Ley General sobre Arbitraje del 3 de enero de 1996 y artículo 63.8 del Decreto Legislativo N° 1071 de 27 de junio de 2008, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008). En esta misma línea Panamá hasta hace poco permitía a las partes en un arbitraje internacional, sin condición de nacionalidad o residencia, renunciar a los recursos de anulación (artículo 36 del Decreto-Ley del 8 de julio de 1999 que establece el Régimen General de Arbitraje, de Conciliación y de Mediación). Esta facultad de las partes para renunciar a la acción de anulación fue sin embargo declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de Panamá por considerarla contraria al principio de tutela judicial efectiva. Resolución del Pleno del 7 de octubre de 2005, Gaceta Oficial N°25508 de fecha 22 de marzo de 2006.

⁴ “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, suscrita en Washington de 1965, entrando en vigencia el 14 de octubre de 1966.

⁵ Artículo 52 de la Convención de Washington de 1965.

⁶ CIADI, Carga de Casos del CIADI – Estadísticas, Edición 2011-1, disponible en: www.worldbank.org/icsid.

⁷ Existen también un número de 15 casos en los cuales el Comité *ad hoc* decidió rechazar la solicitud de anulación, 13 de los cuales datan de los últimos 10 años.

⁸ De acuerdo con la lista del CIADI, 7 decisiones de Comités *ad hoc* fueron dictadas a lo largo del año 2010: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ República de Argentina (II)*, Caso CIADI N°ARB/97/3 (Francia/Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por la República Argentina, 10 de agosto de 2010; *Corporación ENRON y Poderosa Assets, LP c/ República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/01/3 (Estados Unidos/Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 30 de Julio de 2010; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c/ Filipinas*, Caso CIADI N°ARB/03/25 (Alemania/Filipinas TBI), Decisión de Anulación, 23 de diciembre de 2010; *Helnan International Hotels A/S c/ República de Egipto*, Caso CIADI N°ARB/05/19 (Dinamarca/Egipto TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación, 14 de junio de 2010; *Rumeli*

dinario y limitado que sólo busca la invalidación, total o parcial, del laudo. De hecho, sólo cuatro de las decisiones sobre anulación del 2010 iban en el sentido de anular el laudo. Asimismo, no podemos olvidar que el laudo debe presumirse válido, y en caso de duda o incertidumbre, deberá optarse por la validez del laudo (*in favorem validitatis sententiae*)⁹.

1.2. Diferente al recurso de apelación

En cuanto a la naturaleza del recurso de anulación podemos señalar que esta fue tomada del modelo del artículo 35 de las Reglas de Procedimiento Arbitral propuestas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (*ILC - "International Law Commission"*) de 1958, que establece la nulidad del laudo mediante un trámite que se asemeja a un proceso de casación¹⁰. En este sentido, el laudo declarado nulo será considerado como no dictado y por lo tanto un nuevo tribunal arbitral deberá resolver la controversia en un nuevo arbitraje – al menos en cuanto a la parte anulada por el Comité *ad hoc*.

El proceso de anulación se diferencia así del clásico recurso de apelación en cuanto a que no busca entrar a analizar el fondo de la controversia ni modificar lo que ya ha sido dictado por el Tribunal Arbitral¹¹. Por otro lado, también hay que distinguir entre el recurso de anulación, tal y como lo define el artículo 52 de la Convención de Washington, de otros recursos que no afectan el carácter final del laudo (*i.e.* interpretación y revisión del laudo)¹².

La distinción entre la naturaleza de uno u otro recurso al cual puede ser sometido un laudo es importante a fin de delimitar la función ejercida por un Comité *ad hoc* al momento de un proceso en anulación. Al respecto, Th. DE BERRANGER, considera que el análisis del artículo 52 de la Convención de Washington muestra claramente los límites y la naturaleza del recurso dada por los redactores de la Convención ya que por motivos de seguridad jurídica, el recurso no puede conducir a un control sobre el fondo de los hechos y/o del derecho aplicable¹³. En este sentido el Comité *ad hoc* en el caso *MTD c/ Chile*, declaró:

Telekom AS y Telsin Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c/ Kazakhstan, Caso CIADI N°ARB/05/16, Turquía/Kazakhstan), Decisión del Comité *ad hoc*, 25 de marzo de 2010; *Sempra Energy International c/ República Argentina*, Caso CIADI N°ARB/02/16 (Estados Unidos c/ Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 29 de junio de 2010; *Sociedad anónima Eduardo Vieira c/ Chile*, Caso CIADI N°ARB/04/7 (España/Chile TBI), Decisión sobre la Anulación, 10 de diciembre de 2010.

⁹ En este sentido el Comité *ad hoc*, en el caso de *Klöckner c/ Camerún*, señaló que en virtud del principio "*in favorem validitatis*", en caso de que se diera una anulación parcial del laudo, la parte restante de la decisión encontraba un fundamento propio que no se vería afectada por la parte del laudo anulada. *Klöckner c/ Camerún*, Decisión en Anulación del Comité *ad hoc* de 3 de mayo de 1985, ¶80, en *ICSID Rev.—FILJ*, 1986, p. 89; E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIADI*, pp. 164-166.

¹⁰ De acuerdo con el comentario al artículo de Georges SCHELLE, reportero especial de la Comisión: "[T]he Commission has taken the view that the dispute should be referred to the International Court of Justice, which would act in this case as a court of cassation." El texto del Proyecto de la ADI es consultable en YbILC, 1958-II. ([http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf)). Ver igualmente, REISMAN, W. M. "The supervisory jurisdiction of the International Court of Justice: international arbitration and adjudication", *RCADI*, 1996, tomo 258, pp. 13-394, particularmente páginas 221 y siguientes.

¹¹ Al respecto, CARON, David, "Reputation and reality in the ICSID annulment process: Understanding the distinction between annulment and appeal", *ICSID Rev. — FILJ*, 1992, Vol. 7, N°1, pp. 21-55.

¹² Aún en el caso de un proceso de revisión que puede tener como resultado la sustitución de ciertas conclusiones del Tribunal, bajo el fundamento de nuevos hechos, no debe considerarse como un proceso de apelación.

¹³ DE BERRANGER, Th., "L'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premières enseignements de sa pratique", *Rev. Arb.*, 1988, pp. 93-116, pp. 101-102.

“No puede [el Comité] sustituir la determinación del Tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del Tribunal: puede extinguir la res judicata pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva. Una aproximación más intervencionista de los Comités sobre los méritos de las disputas tendría el riesgo de un ciclo renovado de tribunal y procedimientos de anulación, del tipo observado en Klöckner y AMCO”¹⁴.

En esta misma línea, el Comité *ad hoc* en el caso *S.A. Viera c/ Chile* subrayó que a diferencia de los tribunales de apelación que pueden confirmar o modificar la decisión que examinan, una anulación exitosa conlleva a que la disputa pueda ser sometida a otro tribunal de arbitraje para que éste decida sobre el fondo. Más aún, de acuerdo con el Comité:

“[E]l procedimiento de anulación se limita a examinar exclusivamente que la integridad del procedimiento de arbitraje haya sido respetada. Un Comité ad hoc no está llamado a dar sus opiniones sobre el fondo del laudo. La revisión que hace un Comité ad hoc está limitada a las causales que fueron cuidadosamente previstas y que se encuentran taxativamente formula-

das en el artículo 52(1) del Convenio. Por su parte, una apelación comprende todas las consideraciones jurisdiccionales y sustantivas que hayan sido evocadas durante el procedimiento”¹⁵.

De la jurisprudencia citada podemos concluir que bajo ninguna circunstancia puede una parte tratar que se revise lo que ya se juzgó delante del tribunal arbitral, aunque no exista una conformidad con lo que o en la forma en como este decidió la controversia.

1.3. Causales específicas y taxativas

Si nos ponemos a analizar las causales de anulación que han sido alegadas delante de un Comité *ad hoc* debemos señalar que sólo tres causales han sido invocadas por la parte solicitante: (i) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (*i.e.* exceso de poder); (ii) que hubiere quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (*i.e.* principio del contradictorio, derecho de audiencia, protección de integridad de las deliberaciones); o (iii) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde (*i.e.* falta evidente de motivación)¹⁶. De estas tres causales nos interesa muy particularmente la primera, es decir, la anulación por exceso de poder del tribunal ya que en ciertos casos esta causal ha sido alegada con connotaciones muy diferentes, especialmente cuando se trata de un arbitraje sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversión (TBI).

¹⁴ *MTD Equity & MTD Chile con República de Chile*, Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, ¶54.

¹⁵ *Sociedad anónima Eduardo Viera c/ Chile*, Caso CIADI N°ARB/04/7 (España/Chile TBI), Decisión sobre la Anulación, 10 de diciembre de 2010, ¶235.

¹⁶ Estas tres causales también se encuentran en el artículo 36 del Proyecto de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas: “*The validity of an award may be challenged by either party on one or more of the following grounds: (a) That the tribunal has exceeded its powers; (b) That there was corruption on the part of a member of the tribunal; (c) That there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure, including total or partial failure to state the reasons for the award.*”

La distinción entre demandas contractuales y demandas sobre la base de un TBI es un hecho reconocido por la jurisprudencia y por la doctrina¹⁷. Al respecto, en un estudio previo, nosotros habíamos remarcado que una violación contractual no necesariamente constituía una violación en el marco convencional de un tratado de inversiones que pudiera comprometer la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión y que en muchos casos el tribunal arbitral competente para resolver una controversia sobre la base de un tratado podía no serlo para resolver la controversia surgida bajo el fundamento de un contrato de inversiones, máxime cuando este contrato contiene una cláusula de resolución de controversias distinta a la enmarcada por el tratado de inversiones¹⁸.

Sin entrar en el debate del ámbito de competencia del tribunal arbitral, lo que nos interesa en este estudio es analizar si existe una distinción para la anulación de laudos fundados en demandas contractuales y aquélla de laudos fundados en demandas sobre la base de un TBI, a la luz de la jurisprudencia reciente en la materia. En este orden de ideas pasaremos a hacer un recuento evolutivo de las decisiones de anulación (2), para luego tratar en qué sentido se manifiestan las diferencias entre la anulación de los laudos, dependiendo de si estamos frente a un arbitraje sobre la base de un contrato y un

arbitraje sobre la base de un tratado (3). Por último, haremos algunas reflexiones finales sobre el mecanismo de control del sistema de anulación del CIADI (4).

2. EVOLUCIÓN TÉCNICA-JURÍDICA DEL SISTEMA DE ANULACIÓN DEL CIADI

En un conocido escrito sobre el sistema de anulación del CIADI, el profesor Christoph SCHREUER señalaba que existían hasta el momento tres generaciones de anulación¹⁹. Trataremos sobre este punto (2.1) antes de analizar la situación actual de los recursos de anulación que se están tratando, y más concretamente, el margen de discreción que tienen los Comités *ad hoc* (2.2).

2.1. Tres generaciones, tres posturas

Según el profesor SCHEUER, una primera generación se caracterizó por un papel activo de los Comités *ad hoc*, siendo fuertemente criticada por reexaminar el fondo del asunto, como si se tratase de una Corte de apelaciones²⁰. Una segunda generación fue mucho más estricta en el sentido en que no admitió la anulación del laudo salvo que se tratase de circunstancias excepcionales. Este es el caso de *Mine c/ Guinea*, donde el Comité *ad hoc* anuló parcialmente el laudo al estimar que el Tribunal Arbitral había fallado al no tratar sobre algunas cuestiones

¹⁷ ALEXANDROV, S., "Breaches of contract and breaches of treaty", en: *JWI & T*, 2004, pp. 555-577; CREMADES B. y CARRAINS, D., "Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment disputes", en: *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2004, pp. 325-351; GRIEBEL, J. "Jurisdiction over 'contract claims' in treaty-based investment arbitration on the basis of wide dispute settlement clauses in investment agreements", TDM, febrero 2007; JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys, "De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en material de inversiones", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, n°4, 2007, pp. 154-181; ZEILER, G., "Treaty v. contract: which panel?", en *TDM*, 2007.

¹⁸ JAIME RAMÍREZ, Margie-Lys, "De la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* dentro del arbitraje transnacional en material de inversiones", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, n°4, 2007, p. 179.

¹⁹ SCHREUER, Christoph, "Three generations of ICSID Annulment proceedings", disponible en <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/69.pdf>

²⁰ Cf. *Klöckner c/ Camerún*, Decisión en Anulación del Comité *ad hoc* de 3 de mayo de 1985, en ICSID Rev.—FILJ, 1986, p. 89; E. GAILLARD, *La Jurisprudence du CIADI*, pp. 164-166; *Amco Asia Corporation and others c/ República de Indonesia*, Decisión en Anulación del Comité *ad hoc*, 16 de mayo de 1986, 1 ICSID Rep. 509-539, 1993.

sometidas a su competencia²¹.

De acuerdo con el Comité *ad hoc* que conoció del caso in comento, el artículo 52 de la Convención de Washington establece claramente que la anulación es una acción limitada, por lo que no podía ser utilizada para sancionar una mala o errónea decisión.²² Concretamente, el Comité *ad hoc* consideró que sólo debía anularse la parte del laudo relativa a los daños y perjuicios por falta de motivación, tomando en cuenta que el Tribunal Arbitral no había dado respuesta a las preguntas solicitadas por *Guinea* en cuanto al monto de los daños y perjuicios calculados y la atribución de intereses.

La tercera generación enunciada por el profesor SCHREUER se caracteriza, según él, en un mejor equilibrio en el rol que debe desempeñar el Comité *ad hoc*. En este sentido, el Comité sería llevado a rechazar todo recurso de anulación sobre la base de razones técnicas, como el hecho de no haber aplicado correctamente la ley aplicable o de no haber expresado suficientes razones para su decisión.

Así por ejemplo, en *Wena Hotels c/ Egipto*,²³ el Comité *ad hoc* subrayó la falta absoluta de motivos y/o la inobservancia grave de una regla fundamental de procedimiento (*i.e.* imparcialidad, derecho de audiencia, contradictorio) capaz de llevar al Tribunal a tomar otra decisión distinta de aquélla que hubiese tomado si se hubiese respetado la regla, podía en la especie justi-

ficar la anulación del laudo.

La misma idea se plasma en el caso *Vivendi c/ Argentina*,²⁴ donde el Comité *ad hoc* señaló que aunque el laudo denote ciertos errores, este contaba con un cierta discreción para no anularlo. En este sentido, rechazó las alegaciones de anulación por el supuesto no cumplimiento de una regla de procedimiento y por ausencia de motivación en la decisión. Sin embargo, el Comité *ad hoc* determinó que el Tribunal Arbitral no había ejercido completamente su ámbito de competencia.

Concretamente, el Comité *ad hoc* le reprochó al Tribunal que so pretexto de la conexión “crucial” existente entre las disposiciones del contrato de concesión y las supuestas violaciones del TBI suscrito entre la Argentina y Francia, decidiera que en la especie no podía hallar responsable a la República Argentina, a menos y hasta que “las demandantes hayan, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, hecho valer sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesal o substantivamente”²⁵. De acuerdo con el Comité *ad hoc*, el Tribunal Arbitral era competente para las reclamaciones de la parte demandante sobre las acciones del Estado argentino y de la Provincia de Tucumán sobre la base del TBI, por lo cual, al desestimar las reclamaciones por actos de la Provincia de Tucumán del modo en que lo hizo, omitió decidir si la conducta en cues-

²¹ *Maritime International Nominees Establishment c/ República de Guinea*, Decisión de Anulación parcial, 22 de diciembre de 1989, 4 ICSID Rep. 79-98, 1997.

²² Cf. ¶4.05-4-06 de la Decisión de Anulación.

²³ *Wena Hotels Limited c/ República árabe de Egipto*, Decisión sobre la Anulación, 5 de febrero de 2002, 41 ILM, 933, 2002

²⁴ *Vivendi Universal c/ República de Argentina*, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, 42 ILM, 1135, 2002.

²⁵ ¶78 del laudo de 21 de noviembre de 2000, *Vivendi Universal c/ República de Argentina*.

ción implicaba o no un incumplimiento del TBI. Retomaremos este punto más adelante ya que el centro del argumento se encuentra en la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* y su importancia no sólo para determinar el ámbito de competencia del tribunal arbitral, sino también para establecer si el tribunal arbitral ha cumplido a cabalidad con su misión o si por el contrario, si ha excedido sus poderes.

Otra decisión que también ha sido catalogada por la doctrina como de tercera generación es la decisión del Comité *ad hoc* en el caso *CMS c/ Argentina*²⁶, en el sentido en que confirma el principio según el cual los errores y defectos que puede presentar un laudo no necesariamente traen como consecuencia su anulación. En el presente caso, el Comité consideró que el tribunal arbitral había incurrido en un error de derecho al equiparar los requisitos contemplados en el artículo XI del TBI suscrito entre los Estados Unidos y la Argentina²⁷ y el artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), sobre el estado de necesidad a la luz del derecho internacional²⁸.

Ahora bien, de acuerdo con la visión del Comité, la interpretación errónea que el Tribunal haya podido realizar del artículo XI no era motivo para anular el laudo, a menos que este punto hubiera tenido un impacto decisivo en la parte resolutive del

laudo. Esta última consideración hecha por el Comité es importante ya que hace la diferencia entre la función de un tribunal de apelaciones que hubiera tenido que revocar la decisión sobre esta base y la jurisdicción limitada que ejerce el Comité *ad hoc* en virtud del artículo 52 del Convenio CIADI.

Por otro lado, el Comité *ad hoc* retoma la opinión emitida por el Comité *ad hoc* en el caso *Wena Hotels*, para subrayar que aunque el laudo no cumpla con el requisito mínimo sobre los motivos expresados por el Tribunal, no era necesario someter el asunto a un nuevo Tribunal, siempre y cuando las conclusiones del Tribunal puedan ser explicadas, permitiendo a las partes entender la decisión del Tribunal²⁹. En la especie, el Comité fue de la opinión que aunque el laudo pudo haber sido más claro, un lector atento puede seguir el razonamiento implícito del Tribunal³⁰.

2.2. Concretización del sistema y margen de discreción de los Comités CIADI

En un estudio reciente, los autores Promod NAIR y Claudia LUDWIG se cuestionaban sobre la existencia de una cuarta generación en el sistema de la anulación de laudos CIADI³¹. En dicho estudio, los autores remarcaban una evolución en las posturas de los últimos Comités *ad hoc*, y en particular con los casos contra la Argentina, producto de la

²⁶ *CMS Gas Transmission Company c/ República de Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisión de Anulación, 25 de septiembre de 2007.

²⁷ El artículo XI del TBI Estados Unidos-Argentina es del tenor 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".

²⁸ Cf. Naciones Unidas, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001", disponible en: <http://www.un.org/law/ilc/>

²⁹ ¶56 de la Decisión de 25 de septiembre de 2007, *CMS Gas Transmission Company c/ República de Argentina*.

³⁰ ¶127 de la Decisión de 25 de septiembre de 2007, *CMS Gas Transmission Company c/ República de Argentina*.

³¹ NAIR, Promod; LUDWIG, Claudia, "ICSID annulment awards: the fourth generation?", *Global Arbitration Review*, October 2010, Volume 5, Issue 5.

crisis económica de 2001³². Pero, ¿cuál es realmente la diferencia, si la existe, entre las siete decisiones que se emitieron en el 2010 y la tercera generación marcada por los casos *Wena-Vivendi I - CMS* de los años 2000?

Como los mismos autores NAIR y LUDWIG lo señalan, las primeras generaciones en el sistema de anulación CIADI nos enseñan cinco características de la naturaleza de las facultades ejercidas por los Comités *ad hoc*: (i) tienen una función estrecha y limitada; (ii) no pueden corregir errores de derecho; (iii) cuentan con un cierto margen de discreción; (iv) pueden en cierto sentido reconstituir las razones del tribunal si este ha fallado al darlas; (v) pueden optar por no anular el laudo, aunque el Tribunal haya cometido errores en la búsqueda del derecho aplicable.

En realidad, el amplio margen de apreciación del Comité *ad hoc* parece confirmarse en la línea de decisiones emitidas en el año 2010, en particular cuando se trata de determinar si las fases del razonamiento del Tribunal pueden encontrarse implícitas en las consideraciones o conclusiones del laudo, o incluso ser inferidas del contexto de la decisión. En este sentido el Comité *ad hoc* en el caso *S.A. Eduardo Viera c/ Chile* subrayó a justo título que no le correspondía entrar a determinar si las motivaciones del Tribunal representaban o no razonamientos y conclusiones correctas o convincentes basadas en los alegatos de las partes, y que solamente las motivaciones claramente frívo-

las debían traducirse en un incumplimiento del deber de motivar las decisiones³³.

A las características antes mencionadas de las facultades ejercidas por los Comités *ad hoc* yo agregaría que en realidad sólo cabría la anulación de un laudo en casos muy excepcionales, ya sea porque se ha comprobado que el tribunal se ha extralimitado “manifiestamente” en sus funciones o que ha quebrantado “gravemente” una norma de procedimiento, o en fin, si se comprueba que ha cometido un acto de corrupción, aunque esta última circunstancia no ha sido alegada hasta el momento.

En este orden de ideas, el Comité *ad hoc* en el caso *Soufraki c/ EAU*, examinó el significado de “manifiesto” en el contexto del procedimiento en anulación dentro del sistema del CIADI, y siguiendo las posturas de los Comités *ad hoc* en los casos *Wena* y *CDC c/ Seylles*, señaló que la extralimitación debía darse de manera obvia, evidente y clara, de tal forma que un exceso producto de interpretaciones elaboradas no era manifiesto. Concretamente, para el Comité *ad hoc*, el carácter manifiesto implicaba que la extralimitación se haya dado “textualmente obvia y substancialmente seria”³⁴.

Con respecto al carácter “grave” del quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, el Comité *ad hoc* en el caso *Fraport c/ Filipinas*, decidió anular el laudo en su totalidad por considerar que el Tribunal Arbitral había quebrantado el dere-

³² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ República de Argentina (II)*, Caso CIADI N°ARB/97/3 (Francia/Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por la República Argentina, 10 de agosto de 2010; *Corporación ENRON y Poderosa Assets, LP c/ República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/01/3 /Estados Unidos/Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 30 Julio de 2010; *Sempra Energy International c/ República Argentina*, Caso CIADI N°ARB/02/16 (Estados Unidos c/ Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 29 de junio de 2010.

³³ *Sociedad anónima Eduardo Viera c/ Chile*, Caso CIADI N°ARB/04/7 (España/Chile TBI), Decisión sobre la Anulación, 10 de diciembre de 2010, ¶¶355-357.

³⁴ *Soufraki c/ Emiratos Árabes Unidos*, ICSID Case No. ARB/02/7 (Italia- Emiratos Árabes Unidos TBI), Decisión del Comité *ad hoc* de 5 de junio de 2007, ¶¶39-40.

cho de una parte a ser oída, en la especie, al no tomar en consideración la declaración escrita producida ante el Fiscal filipino que se ocupaba del caso de expropiación en Filipinas³⁵. Dentro de su razonamiento, el Comité *ad hoc* señaló que esta causal se encontraba estrechamente ligada con el derecho de una parte de presentar su caso, e incluye, en caso de permitirle a una parte aducir pruebas adicionales, darle a la otra la oportunidad para comentar sobre las mismas. Concretamente, el Comité criticó al Tribunal por no haber reabierto el procedimiento de acuerdo con la Regla 38(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, según la cual podía hacerlo en caso de presentarse nueva evidencia que pudiera constituir un factor importante para la decisión o para la clarificación de ciertos puntos específicos³⁶.

Cuarta generación o no, todo parece indicar que los Comités *ad hoc* seguirán con la misma línea; es decir, limitando la anulación del laudo sólo cuando se amerite realmente, sin entrar a juzgar sobre el fondo del razonamiento del tribunal ni al análisis de las pruebas que en su momento le fueron presentadas. Pero, retomando nuestra pregunta inicial, ¿pueden existir diferencias entre las controversias contractuales (*Contract Claims*) y aquéllas propias al tratado de inversiones (*Treaty Claims*) al momento de decidir sobre la anulación del laudo? Dicho de otra forma, ¿puede el Tribunal arbitral exceder manifiestamente sus facultades a la hora de resolver sobre ciertos elementos que le corresponden al juez del contrato? O por el contrario, ¿puede el Tribunal faltar a

su misión al no resolver sobre ciertos puntos que tocan también la responsabilidad del Estado receptor de la inversión en virtud del tratado? Todas estas preguntas serán analizadas a la luz de la jurisprudencia reciente en la materia.

3. EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DE FUNCIONES, LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSI Y EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

Es un hecho conocido que la Convención de Washington fue concebida para proteger fundamentalmente a inversionistas de un Estado Contratante que realizaran sus inversiones en otra parte Contratante, por lo general dentro de una relación contractual. En este sentido, no resulta extraño que el Centro haya desarrollado una lista de 22 cláusulas tipo que pueden incluirse en los acuerdos de inversión celebrados entre Estados contratantes e inversionistas que son nacionales de otros Estados contratantes³⁷. De hecho, aunque los Directores Ejecutivos del Banco Mundial hubieran contemplado la posibilidad de que los Estados dieran su consentimiento por otros medios que los acuerdos de inversión³⁸, nadie hubiera podido esperarse el auge que tendría el mecanismo de solución de controversias instaurado por el CIADI.

En efecto, en 1965, época en que se creó el Centro, nadie podía imaginar el incremento excepcional de los tratados de inversión (casi 3,000 a la hora actual en con-

³⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c/ Filipinas*, Caso CIADI N°ARB/03/25 (Alemania/Filipinas TBI), Decisión de Anulación, 23 de diciembre de 2010.

³⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c/ Filipinas*, Caso CIADI N°ARB/03/25 (Alemania/Filipinas TBI), Decisión de Anulación, 23 de diciembre de 2010, ¶ 231.

³⁷ Disponibles en la página web. Del CIADI: www.worldbank.org/icsid

³⁸ STERN, B. « Le consentement à l'arbitrage CIADI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires? », in *Mélanges Ph. Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Litec, 2000, p. 223- 244.

traste con 65 en los años 60) y la cantidad de controversias basadas en las disposiciones contenidas en dichos tratados. Es así que de un único caso en 1972 se pasó a un promedio de 23 nuevos casos por año durante los últimos 10 años. Es más, de acuerdo con el último Informe Anual del CIADI, se registraron 27 nuevos casos en 2010, de los cuales el 66% de los mismos fueron introducidos sobre la base de un tratado bilateral de inversiones, mientras que sólo el 21% de los casos tenía como base un contrato de inversiones entre un inversionista y un Estado receptor de la inversión³⁹.

En este orden de ideas analizaremos el rol de la ley aplicable al arbitraje tanto en el arbitraje contractual como en el arbitraje sin lazo contractual (3.1); para luego, examinar la forma en como los Comités *ad hoc* han determinado si el tribunal arbitral ha excedido manifiestamente sus facultades en el ejercicio de sus funciones, ya sea que esta extralimitación guarde relación con el ejercicio de la jurisdicción del tribunal arbitral (3.2), o bien, con la determinación, interpretación o aplicación de la ley aplicable al arbitraje (3.3).

3.1. Distinción previa en torno a la ley aplicable al fondo de la controversia: Contrato vs. Tratado

Como en cualquier arbitraje comercial internacional, en caso de existir un contra-

to entre el inversionista y el Estado o una de sus dependencias por medio de las cuales puede atribuírsele la responsabilidad al Estado⁴⁰, resulta evidente la primacía de la autonomía de la voluntad para resolver el fondo de la controversia. En este sentido, las partes son libres de escoger una combinación de normas de derecho interno (en particular, la legislación interna del Estado receptor de la inversión) y de normas de derecho internacional (tales como los principios de derecho internacional aplicables a la materia), o bien, de escoger únicamente la legislación del Estado receptor de la inversión (estabilizada o no por otras reglas contenidas en el contrato mismo). La escogencia de varias leyes, pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico o a varios ordenamientos jurídicos produce un “*dépeçage*”, una separación que permite la aplicación distributiva de varias normas a varias materias relevantes del contrato.

Bajo esta perspectiva, el artículo 42.1 de la Convención de Washington establece que en primer lugar el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes, siendo estas usualmente acordadas dentro de un contrato de Estado o contrato de inversiones. La noción de “contrato de Estado” o contrato de inversiones testimonia la presencia de un tipo de relación contractual compleja entre un Estado y un inversionista extranjero, en donde sus fundamentos jurídicos continúan

³⁹ Informe Anual del CIADI 2010, disponible en www.worldbank.org/icsid

⁴⁰ Sobre la Responsabilidad del Estado por actuaciones de divisiones territoriales, de entidades gubernamentales centralizadas o descentralizadas : COULÉE, F., « Collectivités territoriales non étatiques et le champ d'application des traités internationaux », in *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 95-124; CRAWFORD, James, « Collectivités territoriales non étatiques et droit international de la responsabilité », in *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 157-163; DOMINICE, Ch., « Les collectivités territoriales non étatiques et la formation du droit international », in *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 55-62; DOMKE, M., “Arbitration between governmental bodies and foreign private firms”, *Arb. Journal*, 1962, p. 129-144; JOS, E., « Collectivités territoriales non étatiques et le système juridique international dans le contexte de la mondialisation », in *Les collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, SFDI, Pedone, 2002, p. 7-31; SZASZ, I., « Les entreprises publiques parties à un arbitrage: incidences sur la procédure », in *60 années après, Regard sur l'avenir*, ICC Publishers SA, Paris, 1984, pp. 227-238.

siendo controvertidos⁴¹. La evolución del arbitraje transnacional sin embargo ha permitido la aceptación de la competencia de los árbitros para resolver las controversias entre Estados y personas privadas nacionales de otros Estados. Esto ha permitido igualmente desligar la cuestión del método conflictualista clásico del arbitraje comercial internacional por el cual había que recurrir a la norma de conflicto para determinar la ley aplicable al contrato.

Independientemente de la presencia de un tratado internacional (de un APPRI⁴², por ejemplo), podemos afirmar la aplicación del derecho internacional al contrato de inversiones, mayormente a título correctivo o complementario del derecho interno. En todo caso, el consentimiento del Estado al arbitraje dentro de un contrato suscrito con el inversionista trae como consecuencia la internacionalización del contrato de inversiones. Al respecto, R. J. DUPUY, árbitro en el caso *Texaco-Calasiatic c/ Libia*, señaló que la cláusula arbitral tiene por efecto la aplicación de reglas de derecho internacional⁴³. Así, aún si las partes han escogido la aplicación del derecho del Estado receptor de la inversión, este se verá influenciado por

el derecho internacional.

Ahora bien, en presencia de un tratado de inversiones resulta evidente que el contrato de inversiones, en caso de existir, va a verse influenciado por las normas de derecho internacional, puesto que el tratado es en sí mismo una fuente normativa de derecho internacional. Por demás, de acuerdo con ciertos TBI o TMI, el respeto de ciertos compromisos contractuales puede ser el objeto de un compromiso específico del Estado receptor de la inversión en el ámbito internacional. Esto es lo que se conoce como *umbrella clauses* o cláusulas paraguas contenidas en algunos tratados⁴⁴. Por supuesto, sabemos que de acuerdo con la jurisprudencia actual, aunque la cláusula paraguas pudiera ser interpretada para proteger todo tipo de obligaciones, explícitas o implícitas, contractuales o no contractuales, tomadas con respecto a una inversión, esta no transforma las cuestiones contractuales en cuestiones de derecho de los tratados. Es decir, no cambia el derecho aplicable al acuerdo de derecho interno en derecho internacional⁴⁵; tan solo permitiría proteger al inversionista cuando la violación de una obligación contractual sea de tal amplitud

⁴¹ Este tipo de contrato también ha sido considerado como un contrato económico internacional o incluso como un acuerdo de desarrollo económico. Sobre el tema, LEBEN, Charles, "Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État", en *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle*, Litec, 2000, p. 119-175; LEBEN, Charles, "Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci", en *L'évolution du droit international*, Pedone, 1998, pp. 247-280.

⁴² Acuerdo de Promoción y de Protección Recíproca de las Inversiones, llamado también de forma general Tratado Bilateral de Inversión (TBI).

⁴³ *Texaco-Calasiatic c/ Libia*, extractos en *JDI*, 1977, pp. 359-360.

⁴⁴ Por ejemplo, "Cada parte contratante se conformará con las obligaciones respecto de una inversión efectuada en su territorio por un inversionista de la otra Parte contratante" (traducción propia), (Artículo X.2 TBI Suiza-Filipinas); "Las Partes Contratantes cumplirá las obligaciones que surjan de un acuerdo específico que hayan podido acordar a una inversión de un nacional o a sociedades de otras partes contratantes" (traducción propia) (Artículo III - Acuerdo ASEAN); "Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante" (Artículo 10.1 - Tratado de la Carta de la Energía); "Cada Parte cumplirá con las obligaciones que hubiese contraído con respecto a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte" (Artículo II.2 - TBI Panamá-USA).

⁴⁵ De acuerdo con el Tribunal Arbitral en *SGS c/ Filipinas*, para ser admitida, el Estado debía haber asumido una obligación jurídica específica de protección respecto de la inversión. *SGS c/ Filipinas*, ICSID Case N°ARB/02/6, Decisión sobre la Competencia de 19 de enero de 2004, ¶126.

que implique la violación del tratado⁴⁶.

Sobre el particular, el Tribunal Arbitral en el caso *Enron c/ Argentina* había encontrado que la Argentina había violado el *umbrella clause* contemplado en el APPRI suscrito entre Estados Unidos y Argentina, en el sentido en que el inversionista había invertido bajo un régimen legal implementado por Argentina para promover la inversión y que dicho régimen legal constituía una obligación protegida por el tratado⁴⁷. El razonamiento no fue criticado por el Comité *ad hoc*, quien se limitó a comprobar que el Tribunal Arbitral había dado suficientes razones para llegar a la conclusión de la violación de la cláusula paraguas⁴⁸.

Por otro lado, el recurso al Derecho internacional se ve reforzado cuando se trata de un arbitraje CIADI, puesto que el Tribunal Arbitral deberá aplicar la Convención de Washington, máxime cuando las partes no han designado expresamente un derecho aplicable. Al respecto la segunda parte del artículo 42.1 del Convenio establece que a falta de acuerdo entre las partes sobre la normativa aplicable, el tribunal aplicará en primer lugar la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus

normas de Derecho internacional privado⁴⁹, y en segundo lugar, aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables (de acuerdo con el sentido atribuido por el artículo 38 del Estatuto de la CIJ)⁵⁰.

La razón para incluir las reglas de conflicto de leyes o normas de Derecho internacional privado (las cuales son generalmente excluidas cuando las partes han realizado directamente la escogencia del derecho aplicable)⁵¹ podemos encontrarla en el hecho de que el derecho del Estado receptor de la inversión no es el derecho escogido por las partes, sino tan solo el derecho que se aplica en defecto de designación expresa, ya sea porque las partes no han hecho referencia a este aspecto dentro del contrato de inversiones o porque simplemente no existe tal contrato y que la demanda arbitral se basa únicamente en el tratado de inversiones.

En este orden de ideas, no resulta sorprendente que la Convención de Washington comande la aplicación de las normas de Derecho internacional, lo que sin lugar a dudas incluye el tratado de inversiones, en caso de que la demanda arbitral surja con ocasión de la violación del respectivo tratado. En efecto, en este último supuesto, es

⁴⁶ Cf. En este sentido la decisión del Tribunal Arbitral en el caso *Joy Mining Machinery Ltd c/ Egipto*, Decisión del 6 de agosto de 2004, *JDI*, 2005, ¶181.

⁴⁷ *Enron c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007. ¶269-277.

⁴⁸ *Corporación ENRON y Poderosa Assets, LP c/ República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/01/3 /Estados Unidos/ Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 30 Julio de 2010, ¶ 321 y siguientes.

⁴⁹ Es decir que que la legislación del Estado receptor de la inversión puede eventualmente reenviar a la aplicación de otras leyes.

⁵⁰ El Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) expresa lo siguiente : "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho..."

⁵¹ Lo contrario sería desconocer las expectativas de las partes que han previsto el derecho aplicable al litigio. De ahí que el reenvío sea descartado del derecho contractual pues la ley de la autonomía es considerada como constituida por el derecho interno del Estado donde el contrato es jurídicamente localizado. BATIFFOL, Henri, *Droit international privé*, 4ª edición, 1967, p. 358.

decir, cuando se trata de un arbitraje sin lazo contractual⁵², podemos incluso hablar de la aplicación implícita del Derecho internacional. En este sentido, el Tribunal Arbitral en el caso *MTD c/ Chile*, afirmó que desde que las partes han decidido someter su diferencia sobre la base de un tratado de inversiones, las partes han acordado que el fondo de la controversia debía ser decidida en acuerdo con el Derecho internacional⁵³. Esto no fue discrepado por el Comité *ad hoc* encargado de este caso, afirmando sin embargo que el Tribunal debía aplicar el Derecho internacional como un todo y no solamente el tratado de inversiones⁵⁴.

Teniendo en cuenta la distinción previa sobre la ley aplicable al fondo de la controversia, dependiendo de si estamos frente a una demanda contractual o a una demanda sobre la base de un tratado, pasaremos a tratar el tema de la extralimitación de funciones en su doble aspecto, por un lado, en cuanto al tema de la jurisdicción, y por el otro, en cuanto a la ley aplicable al fondo de la controversia propiamente dicha.

3.2. Extralimitación manifiesta de funciones y ejercicio de la jurisdicción arbitral

Con respecto al ejercicio de la jurisdicción del tribunal, la extralimitación manifiesta de funciones que caracterizaría un

exceso de poder por parte del tribunal puede manifestarse de dos formas: una positiva y otra negativa. El exceso de poder es de forma positiva si el tribunal se ha excedido al momento de ejercer sus funciones; en otras palabras, ha ejercido funciones que no le correspondían. Por el contrario, es de forma negativa cuando ha dejado de lado el ejercicio de alguna de las funciones para las cuales era competente.

En el caso *Vivendi c/ Argentina I*, la Argentina había argumentado que el Tribunal carecía de jurisdicción y que por lo tanto el Tribunal Arbitral se había extralimitado manifiestamente en sus facultades al proceder a considerar el fondo. El Comité *ad hoc* no compartió esta visión afirmando que el hecho de que la inversión realizada guardara relación con el contrato de concesión celebrado con la provincia de Tucumán, no significaba que la controversia cayera fuera del alcance del TBI⁵⁵. En la especie, el contrato de concesión remitía las controversias contractuales a los tribunales en lo contencioso-administrativo de Tucumán, sin embargo, de acuerdo con el Comité, esto no afectaba con la jurisdicción del tribunal con respecto a las reclamaciones basadas en las disposiciones del TBI.

A este respecto, el Tribunal Arbitral había señalado que dada la naturaleza entre las demandantes y la provincia de Tu-

⁵² Al respecto, BEN HAMIDA, Walid, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Tesis doctoral, Paris II, 2003; BURDEAU, G., « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Rev. Arb.*, 1995, p. 3-37; GAILLARD, Emmanuel, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.*, 2003, p. 853-875; JAIME RAMIREZ, Margie-Lys, *El Arbitraje sin lazo contractual. La disyuntiva entre la protección de las inversiones internacionales y el respeto del orden público panameño*. Cultural Portobelo, Panamá, 2010. PAULSSON, Jan, « Arbitration without privity », *ICSID Rev.-FILJ*, 1995/2, p. 232-257; PRUJINER, A., « L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. Arb.* 2005, n°1, pp. 63-99.

⁵³ *MTD c/ Chile*, ICSID Case N°ARB/01/17, Decisión del 25 de marzo de 2004, disponible en el sitio www.investmentclaims.com

⁵⁴ *MTD c/ Chile*, ICSID Case N°ARB/01/17, Comité *ad hoc*, Decisión en Anulación, 21 de marzo de 2007, disponible en www.investmentclaims.com

⁵⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, ¶¶72-75.

cumán, no le era posible determinar cuáles acciones de la provincia fueron tomadas, en el ejercicio de su autoridad soberana, y cuáles en el ejercicio como parte al contrato de concesión⁵⁶. Esto trajo como consecuencia la anulación de la decisión del Tribunal Arbitral con respecto a la totalidad de las reclamaciones por los actos de la provincia Tucumán. De acuerdo con el Comité *ad hoc*, el Tribunal Arbitral no podía basarse en una supuesta “imposibilidad” para interpretar y aplicar el contrato de concesión, para desestimar su obligación de decidir si la conducta en cuestión implicaba o no un incumplimiento del TBI. Tal y cómo podemos observar el ejercicio de la jurisdicción del tribunal puede enfrentar la difícil tarea de establecer la línea no sólo entre las demandas contractuales y las demandas sobre la base de un tratado, sino también entre los diferentes sistemas de resolución de controversias, es decir, entre el sistema del tratado y aquél del contrato.

Sobre la complejidad en la coexistencia entre el arbitraje sobre la base de un tratado (*treaty claims*) y la resolución de la controversia que surge del contrato (*contract claims*), la profesora Gabrielle KAUFMANN-KOHLER subraya que además de la necesidad de determinar sobre la presencia de un “inversionista”, la existencia de una “inversión” y el consentimiento al arbitraje a la luz del tratado de inversiones, las demandas sobre la base de un tratado pueden requerir la revisión de conceptos como el ejercicio de la cláusula de bifurcación de caminos (*fork in the road clause*) o el agotamiento de

las vías de recursos internos, entre otros⁵⁷.

Así por ejemplo, en el caso *CMS c/ Argentina*, la Argentina argumentó que por el hecho de haber interpuesto un recurso de apelación ante la Corte Suprema Federal argentina, y al ejercer otros recursos administrativos, la sociedad *CMS* había optado irrevocablemente a favor de los tribunales argentinos y por lo tanto se había privado de la posibilidad de someter la misma controversia a un arbitraje en virtud del tratado. El Tribunal Arbitral no compartió esta posición afirmando que de acuerdo con una jurisprudencia constante, las reclamaciones contractuales son diferentes de las reclamaciones introducidas por violación al contrato, por lo cual *CMS* no se veía imposibilitada a someter al arbitraje aquéllas reclamaciones fundadas sobre la base del TBI⁵⁸.

En relación con este tema, la Argentina presentó demanda en anulación, sosteniendo, entre otras cosas, que el Tribunal Arbitral había incurrido en una extralimitación manifiesta de sus facultadas al autorizar a *CMS*, en virtud de la cláusula paraguas contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos, para reclamar el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión. De acuerdo con el Comité *ad hoc* el tratado hacía referencia únicamente a obligaciones legales asumidas por el Estado receptor de la inversión, lo que llevó al Comité a anular el laudo pero solo en cuanto a la afirmación de que la Argentina había incumplido con sus compromisos contraídos respecto de

⁵⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/97/3, 40, ILM, 426, 2001, ¶79.

⁵⁷ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, “Annulment of ICSID Awards in contract and treaty arbitrations: are there differences?”, 24 pág, p. 8, disponible en: <http://www.lk-k.com/data/document/annulment-icsid-awards-contract-and-treaty-arbitrations-are-there-differences-annulment.pdf>

⁵⁸ *CMS c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/01/8, Decisión sobre la Competencia de 17 de julio de 2003, 42 ILM, 2003, p. 788, ¶80; Cf. Laudo de 12 de mayo de 2005, 44 ILM, 2006

las inversiones que garantiza la cláusula paraguas⁵⁹.

Con respecto al agotamiento de las vías de recursos internos, podemos citar el caso *Helnan International Hotels c/ Egipto*, en el cual el Comité *ad hoc* anuló parcialmente el laudo debido a que el Tribunal había exigido que el inversionista llevara sus reclamaciones ante los tribunales administrativos de Egipto, antes de presentar una demanda de arbitraje⁶⁰. Así, aunque el Tribunal Arbitral no exigiera el agotamiento de los recursos internos, el hecho de imponerle a *Helnan* la impugnación de la decisión ministerial ante los tribunales egipcianos fue considerado por el Comité *ad hoc* como extralimitación manifiesta de las funciones del Tribunal. No obstante, el propio Comité admitió que en el presente caso, la impugnación de la decisión ministerial de terminar el contrato por las autoridades administrativas de Egipto era necesaria para demostrar la validez sustancial de las reclamaciones presentadas por *Helnan*⁶¹.

Sobre el particular debemos señalar a diferencia de otros tribunales de derecho internacional, no existe una obligación de agotar las vías de recursos internos de un determinado país, en este caso de los tribunales del Estado receptor de la inversión, antes de recurrir ante el CIADI⁶². En efecto, el agotamiento de las vías de recursos internos es una exigencia de admisibilidad que determina el momento de la violación

de las obligaciones internacionales relativas al tratamiento de los extranjeros⁶³. Así, una persona, natural o jurídica, debe agotar todos los recursos internos antes de poder acceder a una instancia internacional; lo que equivale a decir que la responsabilidad internacional de un Estado no puede entrar en duda si existen en el plano interno vías de recursos disponibles para la reparación del daño causado.

Concretamente, se trata de recurrir a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, luego de agotar las vías de recursos internos, y frente a un problema de denegación de justicia por parte de los tribunales internos del Estado en cuestión, acusado de haber violado sus obligaciones con respecto al tratamiento de los extranjeros. Esta dinámica no se justifica en el caso del arbitraje CIADI, en donde el inversionista tiene el acceso directo a la justicia arbitral, y en donde se presume que la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento⁶⁴.

3.3. Extralimitación manifiesta de funciones y ley aplicable al fondo del arbitraje

Uno de los puntos más controversiales y quizás más delicados al momento de decidir sobre la extralimitación manifiesta de funciones del Tribunal Arbitral puede darse por un error en la aplicación de la ley al fondo del arbitraje, máxime cuando se trata de

⁵⁹ *CMS c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/01/8, Decisión en Anulación, 25 de septiembre de 2007.

⁶⁰ *Helnan International Hotels c/ Egipto*, ICSID Case N°ARB/05/19, Decisión en Anulación de 14 de junio de 2010

⁶¹ ¶73 de la Decisión en Anulación de 14 de junio de 2010.

⁶² El artículo 26 de la Convención de Washington permite sin embargo que un Estado Contratante pueda exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

⁶³ SANTULLI, C. *Droit du contentieux international*, Domat, Montchrestien, 2005, p. 265.

⁶⁴ En este sentido el Comité *ad hoc* en *Amco c/ Indonesia*, afirmó que el demandante no tenía ninguna obligación de agotar las vías de recursos internas antes de acceder al arbitraje CIADI. *Amco c/ Indonesia*, Decisión en Anulación de 1986, 1 *ICSID Reports*, p. 526, ¶36.

una demanda realizada sobre el fundamento de un tratado de inversiones⁶⁵. A este respecto debemos aclarar que la no aplicación, o bien, un error en la aplicación de la ley, no es un motivo válido *per se* para anular el laudo a la luz del artículo 52 del Convenio; sin embargo, bajo ciertas circunstancias, la no aplicación de la ley bajo el artículo 42.1 del Convenio CIADI puede constituir una forma de exceso de poder por parte del tribunal⁶⁶. Este sería también el caso en que el tribunal hubiera decidido *ex aequo et bono*, sin la autorización expresa de las partes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.3 del Convenio⁶⁷.

Por otro lado, cabe señalar que aunque los borradores del Convenio tampoco contenían una referencia directa al incumplimiento de la ley aplicable, sí hacían referencia a una disposición según la cual un “alejamiento grave de los principios de justicia natural” o un “error manifiesto en la aplicación de la ley” podían constituir un motivo para anular el laudo⁶⁸. Quizás la razón para no incluir estas causales como tal, era evitar que una parte pudiera atacar el laudo por un error realizado por el Tribunal al momento de juzgar, lo cual tendría como consecuencia un efecto equivalente a un recurso de apelación, siendo esto precisamente lo que se trató de evitar con el sistema del CIADI. Este es también el sentido que le ha dado tradicionalmente la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), al tratar el concepto de “exceso de poder”, al destacar que su misión no es la de determinar si el caso ha sido bien

o mal juzgado, sino más bien establecer si el laudo debía ser anulado debido a que el Tribunal hubiera fallado al no aplicar normas imperativas⁶⁹.

Frente a una demanda sobre la base de un tratado de inversiones, resulta claro que el Tribunal Arbitral deberá analizar las obligaciones así incluidas a la luz del Derecho internacional. Ahora bien, sabemos que también es posible que el Tribunal deba a entrar a analizar un contrato de inversiones que nos remita a la aplicación ley de dicho Estado. Este fue por ejemplo el caso de *Wena c/ Egipto* en donde los contratos suscritos entre el inversionista y la entidad estatal disponían la aplicación del derecho egipcio; no obstante, se consideró que por el hecho de que los contratos no constituían un tema sujeto al arbitraje CIADI, la determinación de la ley aplicable debía ser realizada de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 42.1, es decir, a defecto de escogencia expresa por las partes⁷⁰. En efecto, a diferencia de la controversia puramente contractual, la controversia que nace de un tratado (en este caso, del APPRI suscrito entre Gran Bretaña y Egipto), concierne las reclamaciones referentes a posibles violaciones del tratado, dando cabida a la aplicación directa del Derecho internacional. De acuerdo con el Comité *ad hoc*, el derecho del Estado receptor de la inversión podía sin embargo ser aplicado conjuntamente con el Derecho internacional si dicha aplicación se justificaba⁷¹.

⁶⁵ Sobre este tema, GAILLARD, Emmanuel, “The extent of Review of the applicable law in Investment treaty arbitration”, en *Annulment of ICSID Awards*, 2004, pp. 223-241.

⁶⁶ Cf. *Amco c/ Indonesia*, Decisión en Anulación, 16 de mayo de 1986, 1 ICSID Reports, pp. 534-535.

⁶⁷ Cf. En este sentido, *Klöckner c/ Camerún I*, Decisión en Anulación, 3 de mayo de 1985, 2 ICSID Reports, p. 119; *Amco c/ Indonesia*, Decisión en Anulación, 16 de mayo de 1986, 1 ICSID Reports, pp. 529.

⁶⁸ *Historia de la Convención*, Vol. I, pp. 230-232; Vol. II, p. 271 y siguientes.

⁶⁹ CPA, *Orinoco Steamship Company Case* (Estados Unidos c/ Venezuela), 25 de octubre de 1910, Naciones Unidas, *Reports of international arbitral awards*, Volume XI pp. 227-241.

⁷⁰ *Wena c/ Egipto*, Decisión sobre la Anulación, 5 de febrero de 2002, 41 ILM, 933, 2002.

⁷¹ *Wena c/ Egipto*, Decisión sobre la Anulación, 5 de febrero de 2002, ¶ 39-40. Para un comentario, Emmanuel, GAI-

Más recientemente, dos casos contra la Argentina han reabierto el debate sobre la extralimitación manifiesta de funciones con respecto a la ley aplicable al fondo del arbitraje: *Sempra*⁷² y *Enron*⁷³. Ambos casos se refieren a las medidas tomadas por la Argentina para enfrentar la crisis económica de 2001⁷⁴. En ambos casos los Tribunales Arbitrales se pusieron en la tarea de determinar si las medidas de emergencia tomadas entraban dentro del parámetro del artículo 11 del APPRI suscrito entre Estados Unidos y la Argentina, según el cual el tratado no impide “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”⁷⁵. Para ello, los Tribunales Arbitrales analizaron la defensa del “estado de necesidad” alegado por la Argentina, a la luz del Derecho internacional público. Ambos Tribunales llegaron a la conclusión de que la Argentina no había demostrado la excepción de necesidad y, por lo tanto, la declararon responsable de las violaciones al tratado⁷⁶.

A diferencia de la visión de los Tribu-

nales Arbitrales, los Comité *ad hoc* en los casos *Enron* y *Sempra*, decidieron anular los respectivos laudos debido a la supuesta caracterización de la extralimitación manifiesta de facultades con motivo de la no aplicación por parte del Tribunal Arbitral del artículo XI del TBI. Específicamente, los Tribunales Arbitrales habían estimado que no se habían dado las circunstancias para que se diera la excepción del estado de necesidad, a la luz del Derecho internacional consuetudinario: (i) presencia de un interés esencial del Estado; (ii) que este interés se encuentre amenazado por un peligro grave e inminente; (iii) que el hecho incriminado haya constituido el único medio para salvaguardar dicho interés; (iv) que no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación; (v) que el Estado autor del hecho no haya contribuido a la emergencia del estado de necesidad⁷⁷.

Particularmente, el Comité *ad hoc* en el caso *Sempra*, manifestó que el Tribunal Arbitral había cometido una omisión al no trazar una distinción entre el artículo XI del TBI y el estado de necesidad bajo el Derecho internacional consuetudinario⁷⁸. Desde su perspectiva, el artículo XI no incluía los

LLARD y BANIFATEMI, Yas, “The meaning of “and” in article 42.1, Second Sentence, of the Washington Convention: The role of international law in the ICSID choice of law process”, *ICSID Rev. – FILJ*, 2003, pp. 375-411.

⁷² *Corporación ENRON y Poderosa Assets, LP c/ República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/01/3 /Estados Unidos/ Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 30 Julio de 2010.

⁷³ *Sempra Energy International c/ República Argentina*, Caso CIADI N°ARB/02/16 (Estados Unidos c/ Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 29 de junio de 2010.

⁷⁴ Sobre el tema ver BUSTELO, Pablo, “Los orígenes de la crisis financiera de Argentina: una comparación con las crisis asiáticas”, *Boletín económico de información comercial española*, n°2715, 7-13 de enero de 2002, pp. 9-14.

⁷⁵ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones, de 14 de noviembre de 1991.

⁷⁶ *Sempra c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007; *Enron c/ Argentina*, ICSID Case N°ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007.

⁷⁷ En virtud del artículo 25 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad de los Estados, y de la Jurisprudencia internacional en la materia (CIJ, *Hungría c/ Eslovaquia*, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, 37 ILM, p. 162, ¶¶51-52.

⁷⁸ *Sempra Energy International c/ República Argentina*, Caso CIADI N°ARB/02/16 (Estados Unidos c/ Argentina TBI), Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 29 de junio de 2010, ¶108. La identificación entre el artículo XI y el artículo 25 de los artículos de la CDI ya había sido apuntada por el Tribunal Arbitral en el caso *CMS* al señalar que si las condiciones establecidas por el Derecho internacional consuetudinario no se

rigurosos requisitos del estado de necesidad del artículo 25 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI); tratándose este último de una causal para excluir la ilicitud de un hecho que no se ajusta a una obligación internacional.

Por otro lado, el Comité consideraba que se debió iniciar un examen de los requisitos del estado de necesidad como fundamento para excluir la ilicitud únicamente si se hubiere determinado que el artículo XI del TBI no resultaba aplicable, y una vez probada la violación del tratado. Desde nuestro punto de vista, la posición del Comité *ad hoc* es criticable en el sentido en que entra a juzgar sobre la forma en cómo el Tribunal Arbitral debió analizar el artículo XI del Tratado. Por demás, de acuerdo con el Comité, el artículo XI implicaba el reconocimiento de su carácter autojuzgable y del derecho de Argentina a tomar medidas bajo la protección del ese artículo.

No obstante lo anterior, el Comité *ad hoc* parece esforzarse por demostrar que más allá de reprender los errores manifiestos de derecho supuestamente cometidos por el Tribunal Arbitral en relación con el artículo XI del tratado, el Tribunal Arbitral cometió una extralimitación manifiesta de sus facultades por el hecho de no haber aplicado dicha disposición.

De forma similar, el Comité *ad hoc* en el caso *Enron c/ Argentina* comienza por señalar que una interpretación errónea del tratado no constituye un motivo de anulación⁷⁹.

Sin embargo, decidió anular el laudo tomando en consideración que el Tribunal Arbitral había fallado en el estudio del número de elementos esenciales a la excepción del estado de necesidad bajo el Derecho internacional consuetudinario. Concretamente, el Comité señaló que el Tribunal Arbitral debió considerar todos los hechos relevantes y aplicar los elementos legales del artículo 25 de los artículos de la CDI a los hechos, con el objeto de determinar si la Argentina había o no contribuido a la situación de necesidad⁸⁰. Una vez más pareciera ser que el Comité *ad hoc* entra a juzgar la forma en como el Tribunal Arbitral ha analizado la normativa aplicable, lo cual, desde nuestro punto de vista, va más allá de la función conferida por el artículo 52 de la Convención de Washington.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN: OBSERVACIONES FINALES SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE LOS *TREATY CLAIMS* Y *CONTRACT CLAIMS* PARA LA VALORACIÓN DE LA ANULACIÓN

Sin lugar a dudas, el papel desempeñado por el Derecho internacional, ya sea porque el tema en controversia se encuentra directamente regulado por el Derecho internacional, o porque este cumple un rol complementario o subsidiario del derecho del Estado receptor de la inversión, es cada vez más preponderante.

Esto es particularmente cierto cuando estamos frente a un arbitraje sin lazo

cumplían, la defensa de la Argentina bajo el artículo XI del TBI debía ser rechazada. Este punto fue considerado como inadecuado por el Comité *ad hoc*. En otras palabras, el Tribunal había efectuado una errónea interpretación del artículo; sin embargo, dicho control escapaba, de acuerdo con el Comité, al ejercicio de su control en virtud del artículo 52 del Convenio CIADI. *CMS Gas Transmission Company c/ República de Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisión de Anulación, 25 de septiembre de 2007, ¶ 124.

⁷⁹ *Corporación ENRON y Poderosa Assets, LP c/ República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/01/3. Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 30 de Julio de 2010, ¶345.

⁸⁰ *Corporación ENRON y Poderosa Assets, LP c/ República de Argentina*, Caso CIADI N°ARB/01/3. Decisión sobre la Solicitud de Anulación presentada por Argentina, 30 de Julio de 2010, ¶393.

contractual, en donde la demanda se realiza únicamente sobre la base de un tratado de inversión. En este sentido, si la cuestión que debe resolver el Tribunal Arbitral no se encuentra directamente regulada por el tratado, lo más seguro es que este recurra a la aplicación del Derecho internacional en general, más que la aplicación de cualesquier derecho interno.

Cuando sin embargo existe la posibilidad de abarcar demandas contractuales la situación es un poco diferente ya que lo más seguro es que el Tribunal Arbitral se vea en la necesidad de consultar la ley del Estado receptor de la inversión, máxime cuando el contrato en cuestión hace referencia expresa a la aplicación de dicha ley.

En cuanto a la valoración de las causales de anulación por parte del Comité *ad hoc*, hemos podido observar que en efecto, sí existe una diferencia en cuanto a las demandas contractuales y a las demandas sobre la base de un tratado, pero fundamentalmente en relación al ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Arbitral. Es decir que el tipo de demanda puede influenciar la forma en cómo el Comité *ad hoc* entra a valorar si el Tribunal Arbitral se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones a tal punto que pueda ser caracterizado como un “exceso de poder”.

A pesar de esta diferencia y del hecho que el arbitraje en materia de inversiones requiera realizar ciertas adaptaciones al arbitraje comercial internacional tradicional, no podemos olvidar que el procedimiento utilizado para el recurso de anulación ante

el CIADI, tanto para el arbitraje contractual como para el arbitraje sobre la base de un TBI/TMI, es el mismo. Partiendo de esta base, existen circunstancias para las cuales los Comités *ad hoc* van a reaccionar de la misma manera, como por ejemplo cuando estamos frente al hecho de que hubiere habido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento⁸¹. En efecto, el derecho al debido proceso es un principio fundamental innato a todo proceso, judicial o arbitral, que nada tiene que ver con el fundamento de la demanda.


Un último punto que resulta interesante es la implicación de interés público como parte de la defensa del Estado y de la intervención de la sociedad civil dentro del procedimiento arbitral⁸². Al respecto, las únicas distinciones que observamos entre los *treaty claims* y los *contract claims* a la hora de analizar el recurso de anulación corresponden, por un lado, al posible exceso de poder por parte del tribunal arbitral a la hora de razonar sobre el alcance de las normas involucradas, y en particular al examinar las normas de Derecho internacional respecto del interés público defendidas por el Estado *vis a vis* los derechos del inversionista extranjero protegidos por el tratado; y por el otro, en cuanto a la libertad con que cuenta el Tribunal Arbitral para abrir el margen de transparencia respecto del procedimiento arbitral.

Lo cierto es que habrá aún que esperar el desarrollo de los siguientes procedimientos de anulación ante los Comités *ad hoc* correspondientes. Al respecto, es

⁸¹ Artículo 52.d) del Convenio CIADI.

⁸² En este sentido ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, “Annulment of ICSID Awards in contract and treaty arbitrations: are there differences?”, *Op. Cit.* pág. 19 y sig. La intervención de los *Amici curiae* es regulada por las Reglas de Arbitraje del CIADI. De acuerdo con la Regla 32.b) “El Tribunal decidirá, con el consentimiento de las partes, cuales otras personas pueden asistir a las audiencias, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal.”

un hecho que aunque no podemos hablar de “jurisprudencia” propiamente dicho; lo más beneficioso para el desarrollo del arbitraje sería lograr una constancia en las decisiones, y en cierto sentido lograr una uniformidad en el sistema. Para algunos esto podría resultar utópico, ya que en principio no existe ninguna obligación para un Comité *ad hoc* de seguir o no con la postura de otro Comité *ad hoc*, como tampoco existe la obligación de un tribunal arbitral de seguir la postura de otro tribunal arbitral que haya decidido sobre la materia⁸³.

No obstante, la práctica muestra que se suelen tomar en consideración los puntos analizados por otros Tribunales o Comités, según sea el caso, al menos con respecto a casos similares, tomando en consideración que las decisiones CIADI son de público acceso. En este sentido somos de la opinión que los próximos casos relacionados –por ejemplo con la Argentina– tomarán en cuenta los últimos desarrollos “jurisprudenciales” a fin de no cometer extralimitaciones en sus funciones y/o errores manifiestos de derecho que puedan causar la anulación del laudo. 

⁸³ Cf. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, “IS the Search of Consistency a Myth?”, y WÄLDE, THOMAS, “The Impact of the Publication of Awards”, en *The Present in International Arbitration*, Emmanuel GAILLARD y Yas BANIFATEMI Editors, *IAI Series on International Arbitration No. 5* (2008).

LA ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI: ¿CORREGIR LAS SENTENCIAS O CORREGIR LAS TENDENCIAS?

JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*)

TIAGO DUARTE (**)

SUMARIO: *1. El sistema de anulación de sentencias como expresión de un modelo más integrado de la comunidad jurídica internacional. 2. Riesgos de politización y ventaja de adaptación a los procesos evolutivos de la opinión pública internacional y de la balanza de poderes. 3. Las raíces del modelo de anulación de sentencias CIADI. 4. La concretización del modelo de anulación de sentencias CIADI. 5. La jurisprudencia en materia de anulación de sentencias CIADI. 6. Los casos paradigmáticos de las sentencias de anulación Patrick Mitchell vs. Congo y MHS vs. Malasia. 7. La tercera generación de sentencias de anulación: ¿El modelo pendular? 8. Conclusión.*



1. EL SISTEMA DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS COMO EXPRESIÓN DE UN MODELO MÁS INTEGRADO DE LA COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

Uno de los elementos que definen a una comunidad con cohesión jurídico-política es la existencia de una instancia jurisdiccional con capacidad de crear una tendencia para la previsibilidad de las deci-

siones, en particular, a través de un tribunal superior que tenga la competencia final en el proceso de decisión de litigios.

En efecto, incluso en comunidades con grados de integración menos densos (como son los Estados Federales o como sucede con la Unión Europea), existe esa instancia jurisdiccional última. En contraposición, en el marco de los arbitrajes comerciales internacionales no existe una estructura que pueda desempeñar dicha función, lo que lleva

(*) Fundador de la sociedad de abogados PLMJ y líder de su Departamento de Arbitraje. Fue miembro del Consejo Superior de la Magistratura (1997-2001) y Presidente del Colegio de Abogados (2002-2005). Es profesor asociado invitado en la nueva *School of Business and Economics* (Resolución de Litigios y Derecho de los Negocios) y Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad *Nova de Lisboa* (posgrado de Arbitraje). Es miembro del Panel de Árbitros y de Conciliadores del CIADI, así como miembro de la CCI (Cámara de Comercio Internacional). Tiene una actividad bastante intensa como árbitro, sobre todo en América del Sur.

(**) Profesor doctorado en Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad *Nova de Lisboa*, donde imparte Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Teoría del Proceso. Fue aceptado como *Visiting Fellow* de la Universidad de Cambridge, en el *Lauterpacht Centre for International Law* y en el *Wolfson College*, donde realizará un Post-Doc sobre el arbitraje del CIADI. Aparte de su actividad universitaria y como árbitro, es además socio de la Sociedad de Abogados PLMJ, e integra los departamentos de Derecho Público y de Arbitraje.

a que el papel de creación de la cohesión jurídica quede sólo en manos de la doctrina jurídica internacional y, en alguna medida, a efectos de revisión de las sentencias que, por ejemplo, realiza la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Este último modelo, que prescinde de un tribunal superior destinado y dedicado a promover la uniformización de la jurisprudencia, tiene fragilidades naturales. En efecto, en ese modelo, cada Tribunal Arbitral decide de forma definitiva y ejecutoria, estando apenas limitado por los riesgos de que la sentencia pueda ser *set aside* por un tribunal judicial nacional (conforme a la jurisdicción de la sede del Tribunal Arbitral) o le sea negado el *enforcement* en uno de los países donde existan activos pertenecientes a la parte que haya sido condenada, si fuera ese el caso.

De cualquier modo, es importante no olvidar la tendencia consolidada para un análisis limitado por parte de los tribunales judiciales nacionales (algo que, por ejemplo, la Convención de Nueva York favorece), lo que lleva a que, también por este hecho, estos no estén en condiciones de crear y consolidar un verdadero sistema jurídico-comercial internacional uniformizado.

Si el modelo de la *international commercial arbitration* ya prescindía (y prescindía) de un tribunal superior con vocación de uniformizar la jurisprudencia, reconociéndose al mismo tiempo un papel limitado a las jurisdicciones nacionales, en lo que respecta a los poderes de anulación de las sentencias, es importante subrayar que la ambición implícita en la Convención de Washington fue (y es) mucho mayor, lo que explica también, en parte, la enorme adhesión por parte de los más variados Estados.

Para contextualizar el momento de

su aparición, es importante recordar el inicio de los años 60 como un periodo de gran optimismo en cuanto a los efectos positivos del desarrollo —*el desarrollo es el nuevo nombre de la Paz*, afirmaba el Papa Pablo VI en la Encíclica “*Populorum Progressio*”, en 1967— sin olvidar el hecho de que los EE.UU. estaban, por esas fechas, bajo la influencia del activismo de John KENNEDY y de las políticas sociales implementadas por Lyndon JOHNSON.

Ese optimismo existencial, en un periodo de fuertes procesos de descolonización, de explosión de las nacionalidades y de la relevancia mundial dada a la ONU, generó una atmósfera propicia al refuerzo de la comunidad internacional. En ese contexto, el sistema de resolución de litigios implementado por la Convención de Washington era, así, una clara expresión de un (nuevo) orden jurídico internacional, en el que al final, la existencia de los Tribunales Arbitrales internacionales, asociados progresivamente a tratados bilaterales o multilaterales de inversión, funcionaba como un paso de la pura política y de la lógica de la correlación de fuerzas hacia una lógica (más) pacífica asociada a la resolución de litigios de forma simultáneamente jurídica e internacional.

Y, como es evidente, la existencia de instrumentos adecuados de resolución de litigios globalizados entre inversores y Estados soberanos, asociada a la vinculación de las decisiones de los respectivos Tribunales Arbitrales era vista por sí sola, en la época, como un mecanismo disuasivo de la falta de respeto de los respectivos compromisos libremente asumidos por Estados responsables que libremente se vinculaban por leyes, por tratados o por contratos.

En ese contexto, la posibilidad de anulación de sentencias arbitrales a través de Comités *ad hoc*, también ellos arbitrales y formados por árbitros elegidos por el Presi-

dente del Banco Mundial, con el apoyo del respectivo Secretariado del CIADI, de entre los miembros del listado proporcionado por los países signatarios de la Convención de Washington, se inserta en este proceso optimista, aunque cauteloso. Pudiéndose decir lo mismo del rechazo de la aplicación de la Convención de Nueva York, que aleja así, en el contexto internacionalizado de la Convención de Washington, a las jurisdicciones nacionales del proceso deliberativo e incluso ejecutivo de las sentencias CIADI.

De hecho, en el modelo de la Convención de Washington se consigue, por un lado, la posibilidad de anular las sentencias arbitrales, como ocurre tradicionalmente en el ámbito de los arbitrajes tradicionales, pero por otro lado, se evita contaminar ese proceso con el recurso a jurisdicciones nacionales. De esta manera, todo el sistema se mantiene inmune a esas jurisdicciones, a favor de una única jurisdicción internacional y globalizada. Por eso se puede afirmar con rigor, que el sistema CIADI estaba ya en 1965, y continúa estándolo hoy en día, un paso por delante en el proceso de consolidación de un verdadero orden jurídico internacional.

La evolución posterior del sistema y el paso de los años tuvieron, sin embargo, efectos complejos que, en gran medida, alteraron la intención que estaba en el ADN de la Convención de Washington. Así, la creciente globalización e internacionalización de las economías, mucho más allá de lo previsible en los años 60, potenciada por las nuevas tecnologías,

por el desarrollo de nuevos focos de poder internacional y por el propio proceso de democratización en el mundo, así como la concurrencia de otros factores que no será posible detallar en este texto, crearon nuevas oportunidades y retos, de los que, por cierto, el menor de ellos no fue el crecimiento exponencial de los procesos CIADI y la creciente tendencia de algunos Estados –por buenas o malas razones– para cuestionar el sistema CIADI¹ o los resultados de su aplicación.

2. RIESGOS DE POLITIZACIÓN Y VENTAJA DE ADAPTACIÓN A LOS PROCESOS EVOLUTIVOS DE LA OPINIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL Y DE LA BALANZA DE PODERES

La existencia de una instancia de anulación, en la que los que deciden son elegidos por una entidad independiente² es en sí mismo un elemento definidor del sistema de resolución de litigios del CIADI. Esta entidad, por su propia naturaleza y vocación, tiene que ser especialmente sensible a los equilibrios de poder en la comunidad internacional y está naturalmente interesada en que el sistema funcione de manera eficaz y equilibrada.

La opción por este modelo de resolución de litigios prevé, ciertamente, la valoración del refuerzo de la legitimidad de las decisiones, permitiendo de esta forma aumentar las probabilidades de que la Comunidad Internacional y las partes en litigio acepten las decisiones, en especial aquella

¹ Según la información oficial disponible en *ICSID Caseload Statistics*, que puede consultarse en www.icsid.worldbank.org, en los primeros 30 años de vigencia de la Convención de Washington se registraron 35 casos. Se destaca que sólo en el año 2007 se registraron 37 casos, dado que de los 331 casos registrados el 31 de diciembre de 2010, 262 se registraron en los últimos 10 años (de 2000 a 2010).

² Como refieren REED, Lucy, Jan PAULSSON y Nigel BLACKABY en *Guide to ICSID Arbitration*, 2ª edición, 2011, págs. 174-5, el CIADI ha hecho *serial appointments to ad hoc committees from a small pool of highly experienced arbitrators* con el objetivo programático –en propias palabras del CIADI– de *promote coherence in the application of the Convention and the Rules*.

que, habiendo sido vencida en el procedimiento, sea consecuentemente condenada a pagar la indemnización arbitrada.

Es notorio que la frontera entre el Derecho y la Política, sobre todo en el marco internacional, es especialmente fluida, no estando siempre claro donde acaba un orden normativo y empieza el otro, así como también se sabe, además de eso y también a causa de eso, que la respectiva línea divisoria varía en función de cada coyuntura histórico-política.

Nada de esto pretende sugerir que el sistema CIADI no sea un sistema jurídico de resolución de litigios, y todavía menos se puede interpretar lo que aquí se escribe como una crítica a la elección de los miembros de los Comités *ad hoc*, o como una especie de insinuación de que existen prejuicios o intenciones políticas subyacentes a las respectivas elecciones y a las respectivas decisiones.

Por el contrario, la cautela que se ha tenido en la elección de árbitros muy cualificados y con gran experiencia internacional para integrar los Comités *ad hoc* hace que sus miembros estén con antenas especialmente enfocadas en la realidad internacional y genuinamente interesados en contribuir a la solidificación del sistema CIADI, que, como cualquier sistema, puede morir víctima de errores y de fragilidades internas y no sólo (o no tanto) a causa de ataques u obstáculos externos.

3. LAS RAÍCES DEL MODELO DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI

Los creadores de cualquier modelo de resolución de litigios se ven siempre con-

frontados con la necesidad de equilibrar, de determinada forma, dos valores igualmente importantes, pero difíciles de conciliar.

El primero de esos valores es el relativo a la finalidad de las sentencias y a la importancia que esa misma finalidad representa, a nivel de su eficacia.

El segundo se relaciona con la justicia de las decisiones y la capacidad del sistema de corregir errores y fallos que las sentencias iniciales puedan tener, evitando así la pérdida de credibilidad del sistema de resolución de litigios. Naturalmente que las partes desavenidas buscarán más el sistema cuanto mejores garantías ofrezca, garantías de justicia y de *fairness* en cuanto a sus decisiones³.

Ahora bien, la Convención de Washington, como modelo institucionalizado de resolución de litigios relativos a inversiones internacionales, no fue indiferente en esta elección, habiendo optado, entre los dos valores anteriormente identificados, por valorar la definitividad de las sentencias. La solución elegida rechazó un sistema de revisión de sentencias, a favor de un sistema innovador de mera anulación de las mismas con fundamentos limitados, a través del recurso a árbitros internacionales especialmente designados a tal efecto, sin intervención de las partes.

En efecto, a pesar de no haber registro de prolongados debates por parte de los *drafters* de la Convención de Washington sobre el rechazo de un modelo de revisión de sentencias, lo cierto es que se desprende con claridad de los artículos 52 y 53 de la Convención de Washington la inexistencia de un sistema de reanálisis del mérito de las decisiones arbitrales, previéndose solamen-

³ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 903.

te la posibilidad excepcional de anulación de las mismas, según un conjunto limitado y taxativo de fundamentos previstos expresamente en la Convención de Washington⁴.

La “balanza” de la Convención de Washington acabó así por valorizar la rapidez y la definitividad de las decisiones arbitrales, evitando la posibilidad de que éstas fueran objeto de recurso en cuanto al mérito. El mismo tipo de opción por la rapidez y por la eficacia estuvo igualmente presente en el modelo creado por la Convención en cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias⁵, considerando estas dos características como formando parte de los elementos distintivos del modelo de arbitraje CIADI frente a otros modelos de arbitraje internacional.

En realidad, en los términos del artículo 53 de la Convención, “*el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio*”. Del mismo modo, en el artículo 52 de la referida Convención, se prevé que “*cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado*

en el laudo los motivos en que se funde”.

Son, así, estos y sólo estos los motivos que pueden llevar a un Comité *ad hoc*, especialmente designado al efecto por parte del presidente del Banco Mundial, a anular, total o parcialmente, una sentencia arbitral. Y, en los términos del N° 6 del mismo artículo 52 de la Convención, “*si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a decisión de un nuevo Tribunal (...)*”.

Todavía en relación con el carácter excepcional de la anulación de sentencias, cabe destacar que los autores de la Convención de Washington decidieron incluso –para las dos situaciones en las que la tentación de convertir una anulación en una puerta abierta a la revisión, por ser más amplios los criterios de anulación– añadir que la anulación sólo será posible si existe un manifiesto abuso de poder del Tribunal o la inobservancia grave de una regla de proceso fundamental, acentuando de esta forma la excepcionalidad y gravedad de los errores en cuestión⁶.

Si el punto de partida de la Convención de Washington, en lo que respecta a la posibilidad de anulación de las sentencias arbitrales, es entonces el de su excepcionalidad en el contexto de un conjunto restrictivo de causas en las que se puede basar la respectiva anulación, es importante referir, asimismo, que esa percepción ha sido cíclicamente repetida (aunque a veces no prac-

⁴ SCHREUER Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 931 y siguientes.

⁵ Sobre esta materia, véase, entre otros, DUARTE, Tiago, “O reconhecimento e a Execução de Sentenças ICSID / CIADI: Portugal à espera da primeira vez”. En: *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. II, 2008, págs. 767 y siguientes. Del mismo autor, véase también, sobre el tema de los arbitrajes CIADI, “O consentimento nas Arbitragens Internacionais (ICSID)”. En: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, 2010, pág. 545 y siguientes y “Treaty Claims, Contract Claims e Umbrella Clauses na Arbitragem Internacional de Protecção de Investimentos”. En: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, 2011, 259 y siguientes.

⁶ Para un análisis más detallado del significado de *manifest*, ya sea como sinónimo de “obvio”, ya sea como sinónimo de “grave”, SCHREUER Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 938. Según el Comité *ad*

ticada) por los diversos Comités *ad hoc*, como justificación para no anular sentencias arbitrales, a pesar de considerar que las mismas no se encuentran exentas de errores y fallos⁷.

4. LA CONCRETIZACIÓN DEL MODELO DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI

Así, se puede leer en la decisión del Comité *ad hoc* relativo al caso *MTD vs. Chile* lo siguiente: *the role of an ad hoc committee in the ICSID system is a limited one. It cannot substitute its determination on the merits for that of the tribunal. Nor can it direct a tribunal on a resubmission how it should resolve substantive issues in dispute. All it can do is annul the decision of the tribunal: it can extinguish a res judicata but on a question of merits it cannot create a new one. A mores interventionist approach by committees on the merits of disputes would risk a renewed cycle of tribunal and annulment proceedings of the kind observed in Klöckner and Amco.*

En los mismos términos, en el caso *Lucchetti vs. Perú* se puede leer igualmente: *It is no part of the Committee's functions to review the decision itself which the tribunal arrived at, still less to substitute its own*

views for those of the tribunal, but merely to pass judgment on whether the manner in which the tribunal carried out its functions met the requirements of the ICSID Convention.

El mismo Comité *ad hoc* añadió todavía que: *treaty interpretation is not an exact science, and it is frequently the case that there is more than one possible interpretation of a disputed provision, sometimes even several. It is not part of the committee's function (...) to purport to substitute its own view for that arrived at by the tribunal. (...) the committee is not charged with the task of determining whether one interpretation is "better" than another; or indeed which among several interpretations might be considered the "best" one. The committee is concerned solely with the process by which the tribunal moved from its premise to its conclusion.*

Del mismo modo, como refiere Christoph SCHREUER: *commentators concur that art. 52(1) does not provide for annulment on the basis of "error de facto or law no matter how egregious". Despite this self-professed restraint, early decisions on annulment in Klöckner I and Amco I have been criticized severely for crossing the line between annulment and appeal by re-*

hoc del caso Wena Hotels vs. Egipto, the excess of power must be self evident rather than the product of elaborate interpretations one way or the other. When the latter happens the excess of power is no longer manifest. De manera diferente, en el caso Vivendi vs. Argentina, el abuso de poder fue considerado manifiesto, en el sentido de grave, aunque no fuera aparente. Finalmente, el Comité ad hoc del caso Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos consideró que los dos significados tendrían que estar presentes, para dar lugar a anulación.

⁷ Es importante referir que esta tendencia, para que estos Tribunales procedan de hecho a una revisión de la sentencia, identificando y acentuando los errores que la misma padece, aunque evitando proceder a la anulación de la referida sentencia teniendo en cuenta el hecho de que el art. 52 de la Convención no lo permite, ha sido responsable de la creación de la convicción de que el sistema de anulación de sentencias no evita que determinados Estados sean condenados a pagar elevadas indemnizaciones, a pesar de que el Comité *ad hoc* haya dejado claro que la referida sentencia condenatoria no aplicó correctamente el Derecho a los hechos, no siendo por eso, una sentencia justa. Se trata de una práctica que expresa una tal vez comprensible sensación de impotencia, que se aproxima de lo que SCHREUER Christoph H., *Global Arbitration Review*, 29 de marzo de 2011, recientemente apellidó de *gratuitous advice common to Supreme Courts Justices*, pero que es perniciosa para el futuro del sistema CIADI. A este respecto, véanse por ejemplo las Decisiones de Anulación de los casos *CMS vs. Argentina* y *Vivendi II vs. Argentina*.

*examining aspects of the cases before them that lay outside the narrow confines of annulment*⁸.

Si esta era la intención original de la Convención, la verdad es que no se puede decir que la jurisprudencia de los diversos Comités *ad hoc*, creados mientras tanto, sea totalmente coherente y esté de acuerdo con los límites inicialmente previstos en la Convención de Washington, considerando muchos autores que así se contribuye a acentuar la fragmentación y la inconsistencia de la jurisprudencia CIADI y, consecuentemente, para erosionar su legitimidad social como sistema de resolución alternativa de litigios internacionales⁹.

En efecto, como se verá a continuación, la realidad ha ido demostrando que las sentencias de anulación (cuyos Comités *ad hoc* no los eligen las partes) han evolucionado a lo largo del tiempo de forma pendular, más incluso que de modo errático. Ahora bien, aunque se pueden aceptar las palabras del Comité *ad hoc* del caso *MINE vs. Guinea*, cuando refiere que: *a pure statistical approach, for which there is in any event no significant basis at the present time, is wholly inappropriate as a measure of ICSID's effectiveness*¹⁰, lo cierto es que el análisis de los últimos 25 años de sentencias de anulación permite empezar a detectar ciertas tendencias.

Así, en ese análisis no se puede desvalorizar: (i) el modo de seleccionar a los

miembros de los Comités *ad hoc*, (ii) el hecho de que la gran mayoría de las decisiones arbitrales CIADI son favorables a los inversores y (iii) las anunciadas y ya parcialmente concretizadas denuncias de la Convención por algunos Estados, todo ello hechos que podrán llevar a favorecer el desarrollo de un sutil modelo pendular de *checks and balances* entre las decisiones arbitrales y las decisiones de anulación, que, al final del día, permita el equilibrio y la propia salvación de los arbitrajes CIADI, evitando de esta forma que más Estados se sientan obligados a denunciar la referida Convención (o resistentes a adherir a la misma, como es el caso de Brasil), por dudar de su ventaja sobre los respectivos intereses.

5. LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ANULACIÓN DE SENTENCIAS CIADI

A pesar de su consagración inicial en la Convención de Washington, la posibilidad de solicitar la anulación de sentencias, prevista en el art. 52 de la citada Convención, estuvo dormida durante 19 años¹¹, hasta el primer proceso de anulación relativo al caso *Klöckner vs. Camerún*¹², al que le siguió el caso *Amco vs. Indonesia*¹³.

Ambos Comités *ad hoc* determinaron la anulación de las respectivas sentencias, lo que en opinión de muchos debilitó el sistema creado, llevando a que hubiera incluso quien considerara que, tras ambas anulaciones, el arbitraje CIADI habría perdido su

⁸ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, págs. 902 y 903.

⁹ En sentido crítico, pero presentando alternativas, KIM, Dohyun, "The annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system". En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, págs. 242 y siguientes.

¹⁰ Sentencia de Anulación *MINE vs. Guinea*, del 22 de diciembre de 1989.

¹¹ En este sentido, DUGAN, Christoph F., Don WALLACE Jr., Noah D. RUBINS y Borzu SABAH, *Investor-State Arbitration*, 2008, pág. 631.

¹² Decisión de Anulación del 3 de mayo de 1985.

¹³ Decisión de Anulación del 16 de mayo de 1986.

“*appeal*”, como modelo de arbitraje generador de sentencias efectivas y finales¹⁴.

A este respecto, y como refiere Christoph SCHREUER: *the decisions annulling awards in Klöckner I e Amco I attracted severe criticism. It has been argued that the two ad hoc committees exceeded their authority by re-examining the merits of the cases, thereby transgressing the line between annulment and appeal*¹⁵. Cabe destacar que los propios Comités *ad hoc* posteriores se encargaron de, conscientemente, alejarse de las premisas asumidas por los Comités *ad hoc* que anularon las decisiones *Klöckner I* y *Amco I*.

Lo cierto es que, con el paso del tiempo, ya se han articulado hasta el momento cerca de treinta decisiones sobre pedidos de anulación de sentencias CIADI, en un conjunto de más de ciento veinte decisiones arbitrales, lo que significa que una cuarta parte de las sentencias CIADI fueron objeto de procedimientos de anulación, a pesar de que sólo once sentencias hayan sido efectivamente anuladas (total o parcialmente)¹⁶. Por eso, empieza a ser difícil aceptar, hoy en día, que el recurso a la anulación de sentencias

continúe siendo un *extraordinary remedy for unusual and important cases*¹⁷.

En efecto, como refiere Irmgard MARBOE, bien al contrario, el número de anulaciones empieza a demostrar que: *annulment today appears to have developed into a widely used remedy for losing parties that are unsatisfied with the result. Respondent States perhaps consider it as a political necessity to show that everything has been tried to combat unfavourable awards and to avoid payment of large amounts of damages*¹⁸.

El primer autor que procedió a un análisis panorámico de las diversas decisiones de anulación, agrupando las referidas decisiones por generaciones, fue Christoph SCHREUER, que, en un texto¹⁹ célebre, se refiere, en 2004, a la existencia de tres generaciones de sentencias: la primera generación corresponde a una opción más activista, la segunda a una opción más defensiva y la tercera a una opción más equilibrada por parte de los respectivos Comités *ad hoc*.

Por nuestra parte, y teniendo en cuen-

¹⁴ D.A. REDFERN, “ICSID – Losing its Appeal?”. En: *International Arbitration*, n.º 3, pág. 98, 1987. Para un breve resumen de los motivos de ambas Decisiones de Anulación, KIM, Dohyun, “The annulment committee’s role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system”. En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 261 y siguientes.

¹⁵ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 912.

¹⁶ Para un análisis actualizado de las más recientes decisiones de los Comités *ad hoc*, FERNANDEZ-ARMESTO, Juan, “Different systems for the annulment of investment awards”, (development of the presentation made at the 27th AAA/ICC/ICSID Joint Colloquium on International Arbitration), November 2010 y JOHNSON, Lise, “Annulment of ICSID Awards: Recent Developments”. En: *IV annual forum for developing country investment negotiators, background papers*, October 2010. Las 11 decisiones anuladas hasta el momento (abril de 2011) son las siguientes: *Klöckner I vs. Camerún*, del 3 de mayo de 1985, *Amco I vs. Indonesia*, del 16 de mayo de 1986, *MINE vs. Guinea*, del 22 de diciembre de 1989, *Vivendi I vs. Argentina*, del 3 de julio de 2002, *Patrick Mitchell vs. Congo*, del 1 de noviembre de 2006, *CMS vs. Argentina*, del 25 de septiembre de 2007, *MHS vs. Malasia*, del 16 de abril de 2009, *Helnan vs. Egipto*, del 14 de junio de 2010, *Sempra vs. Argentina*, del 29 de junio de 2010, *Enron vs. Argentina*, del 30 de julio de 2010 y *Fraport vs. Filipinas*, del 23 de diciembre de 2010.

¹⁷ SCHREUER, Christoph H., “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”. En: *Annulment of ICSID Awards*, 2004, pág. 17.

¹⁸ MARBOE, Irmgard, “ICSID annulment decisions: three generations revisited”. En: *International Investment Law for 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, pág. 203.

¹⁹ SCHREUER, Christoph H., *Three Generations of ICSID Annulment Proceedings, Annulment of ICSID Awards*, 2004.

ta los más recientes desarrollos de la jurisprudencia arbitral en materia de decisiones sobre la anulación de sentencias CIADI ocurridos entre el 2009 y el inicio de 2011, creemos que es posible intentar, hoy en día, otra organización generacional de las respectivas sentencias de anulación²⁰.

Así, siguiendo a Christoph SCHREUER, se defiende la existencia de una primera generación de sentencias de anulación compuesta por las decisiones de anulación de los casos *Klöckner y Amco*, en los que, como se ha visto, y según el entendimiento de la generalidad de la doctrina, el modelo de (mera) anulación no se hubiera todavía interiorizado²¹.

A esta primera generación de sentencias le siguió una segunda generación de decisiones de anulación, en la que se nota una cierta inhibición por parte de los Comités *ad hoc* al anular las sentencias arbitrales, teniendo en cuenta los límites previstos en el artículo 52 de la Convención y las críticas recibidas por las anteriores sentencias *Klöckner I y Amco I*.

En efecto, y pronunciándose sobre las sentencias de anulación de aquello a lo que llamaríamos la segunda generación, Christina KNAHR refiere que *recent annulment committees seem to be aware of the potential risk of exceeding their competence and acting like an appellate court. Thus they have restrained themselves and cautiously exercised their powers. They have consistently emphasized the fact that they are not courts*

*of appeal and have acted in conformity of this assessment*²².

Esta segunda generación de anulaciones (que, en el fondo, abarca la segunda y la tercera generaciones descritas por Christoph SCHREUER), incluye todas las sentencias de anulación después de las sentencias de anulación de los casos *Klöckner I* y de *Amco I*, hasta la sentencia *MHS vs. Malasia* (y exceptuando la sentencia *Mitchell vs. Congo* que, desde nuestro punto de vista, anticipa ya la tercera generación de sentencias de anulación).

De esta manera, forman parte de esta segunda generación de sentencias de anulación las relativas a los casos *MINE vs. Guinea*, *Klöckner II vs. Camerún*, *Amco II vs. Indonesia*, *Wena Hotels vs. Egipto*, *Vivendi vs. Argentina*, *CDC vs. Seychelles*, *RFCC vs. Marruecos*, *Repsol vs. Petroecuador*, *MTD vs. Chile*, *Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos*, *Lucchetti vs. Perú* y *CMS vs. Argentina*, que, con sus fuertes críticas a la sentencia arbitral objeto de apreciación, indicaba ya el inicio de una nueva generación de sentencias de anulación.

Según estos Comités *ad hoc*, y tal como refirió expresamente el Comité *ad hoc* del caso *CDC vs. Seychelles*: *there has been an evolution in the ICSID annulment case law and scholarship away from Klöckner I and Amco Asia I that has culminated, in our view correctly, in ad hoc Committees reviewing arbitral proceedings only to the extent of ensuring their fundamental fair-*

²⁰ NAIR, Promod y Claudia LUDWIG, abogados de Herbert Smith LLP, defendieron recientemente en "ICSID annulment awards: the fourth generation?". En: *Global Arbitration Review*, volume 5, issue 5, October 2010, la tesis de que se puede hablar de una cuarta generación de procesos de anulación.

²¹ *Klöckner vs. Camerún*, Decisión de Anulación del 3 de mayo de 1985 y *Amco vs. Indonesia*, Decisión de Anulación del 16 de mayo de 1986.

²² KNAHR, Christina, "Annulment and its role in the context of conflicting awards". En: WAIBEL, Michael, Asha KAUSHAL, Kyo-Hwa Liz CHUNG and Claire BALCHIN, *The Backlash against Investment Arbitration - perceptions and reality*, 2010, pág. 163, se refiere a las sentencias de anulación *MTD vs. Chile*, *CMS vs. Argentina* y *Lucchetti vs. Perú*, todas ellas de 2007.

ness, eschewing any temptation to “second guess” their substantive result.

Es en esta segunda generación de sentencias de anulación donde los Comités *ad hoc* empiezan también a defender la doctrina de que la anulación de las sentencias no tiene que ser una consecuencia automática siempre que se cumpla uno de los presupuestos de anulación previstos en la Convención de Washington, sino que cada Comité *ad hoc* debe comprobar si la anulación surge como la solución más adecuada para el caso, introduciéndose así inevitablemente un juicio de discrecionalidad y de adecuación en cuanto a la opción de la decisión de anulación²³.

A este respecto, se puede leer en la decisión del Comité *ad hoc* del caso *CDC vs. Seychelles*, que, *the ad hoc committees operating during the last two decades have considered that a Committee has discretion to determine not to annul an Award even where a ground for annulment under article 52(1) is found to exist*²⁴.

Es, asimismo, en el contexto de las sentencias de anulación de la segunda generación donde se empiezan a encontrar cada vez más críticas en cuanto al acierto y a la justicia material de las sentencias arbitrales, procediéndose de esta forma, –la sentencia *CMS vs. Argentina* es paradigmática de eso– a una revisión de hecho del contenido de las sentencias, aunque sin culminar con la respectiva anulación.

En este sentido, son bien elocuentes las palabras del Comité *ad hoc* en el caso de

CMS vs. Argentina cuando considera que, *notwithstanding the identified errors and lacunas in the award, it is the case in the end that the tribunal applied article XI of the treaty. Although applying it cryptically and defectively, it applied it. There is accordingly no manifest excess of powers.*

En el mismo sentido, el referido Comité *ad hoc* escribió además que: *the award contained manifest errors of law. It suffered from lacunae and elisions. All this has been identified and underlined by the committee. However the committee is conscious that it exercises its jurisdiction under a narrow and limited mandate conferred by article 52 of the ICSID convention. The scope of this mandate allows annulment as an option only when certain specific conditions exist (...) the committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the tribunal.*

De esta forma, la sentencia de anulación del caso *CMS vs. Argentina* (apenas supuso una anulación parcial sin gran relevancia) es, así, juntamente con la anterior sentencia de anulación *Mitchell vs. Congo* y la subsiguiente sentencia de anulación *MHS vs. Malasia*, muy demostrativa de que algo estaba cambiando en el sistema CIADI en materia de decisiones de anulación de sentencias.

En efecto, en cuanto la sentencia *CMS vs. Argentina* mantiene la sentencia (procediendo sólo, como se ha referido, a una anulación parcial de la misma) a pesar de que considera que la misma cometió gra-

²³ Se ha admitido, por ejemplo, que el Comité *ad hoc* que considere que una sentencia no está debidamente fundamentada la pueda modificar, completando su fundamentación, en lugar de proceder a su anulación. En el caso *Vivendi II vs. Argentina*, se puede leer que, *if the committee deems it necessary, it may further explain, clarify or supplement the reasoning given by the Tribunal rather than annul the decision*. En este sentido, SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention, a Commentary*, 2009, pág. 914.

²⁴ *CDC vs. Seychelles*, Decisión de Anulación del 29 de junio de 2005.

ves errores de Derecho²⁵, las sentencias de anulación de los casos *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia* se pronuncian ambas sobre la *vexata quaestio* del concepto de inversión en lo que respecta a la jurisdicción del CIADI, haciéndolo en términos tan contradictorios entre sí, que la sentencia que decidió el caso *MHS vs. Malasia* fue anulada por haber adoptado el concepto de inversión defendido por el Comité *ad hoc* que anuló la sentencia *Mitchell vs. Congo*²⁶.

Ante esta situación, y como bien refiere Dohyun KIM: *the ongoing confusion as to the role of the annulment mechanism and the resulting inconsistent decisions of annulment committees jeopardize the legitimacy of the ICSID arbitration system as a judicialized body capable of shaping prospective state and individual behavior*²⁷.

La tercera generación de sentencias de anulación manifiesta, así, sus primeras señales con las sentencias *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, habiéndose prolongado a través de nueva oleada de decisiones surgidas entre 2009 y 2011, periodo en el que, en menos de dos años, se decidieron doce sentencias de anulación y se anularon cinco sentencias arbitrales²⁸.

Por ser, al mismo tiempo, precursoras de la tercera generación de sentencias de anulación (en cuanto al análisis que proce-

den en lo que respecta a las opciones tomadas por el Tribunal Arbitral ante el concepto de inversión, a efectos de la jurisdicción CIADI) y contradictorias entre ellas, se juzga oportuno volver a ver brevemente ambas sentencias de anulación, sin dejar de tener en cuenta el hecho de que una de ellas anuló la sentencia a favor del Estado y la otra anuló la sentencia a favor del inversor.

6. LOS CASOS PARADIGMÁTICOS DE LAS SENTENCIAS DE ANULACIÓN *PATRICK MITCHELL VS. CONGO Y MHS VS. MALASIA*

El caso *Patrick Mitchell vs. Congo* tenía en su base el asalto y cierre violento, por fuerzas militares, de un bufete de abogados, ubicado en la República del Congo, dirigido por un abogado norteamericano. El Tribunal Arbitral CIADI consideró que se estaba ante una situación de expropiación protegida por un *Bilateral Investment Treaty (BIT)*, ya que existía una inversión en el Congo, por parte del citado ciudadano norteamericano, y que dicha inversión (la apertura y mantenimiento del bufete de abogados) era relevante conforme a las normas internacionales aplicables.

Esta sentencia surgió contra la tendencia de las sentencias de anulación de segunda generación y constituyó, a nuestro

²⁵ Después de analizar aquello a lo que se llamó *errors of law*, el Comité *ad hoc* concluyó que, *the two errors made by the Tribunal could have had a decisive impact on the operative part of the award. (...) If the Committee was acting as a court of appeal, it would have to reconsider the Award on this ground.* Llegado aquí, el Comité *ad hoc* volvió a sentir la necesidad de recordar, *once more*, *that it has only a limited jurisdiction under article 52 of the ICSID Convention. In the circumstances the Committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the Tribunal.*

²⁶ Eso mismo queda, además patente en el voto particular de uno de los miembros del Comité *ad hoc* que anuló la sentencia del caso *MHS vs. Malasia*.

²⁷ KIM, Dohyun, "The annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system". En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 246.

²⁸ Entre 2009 y abril de 2011 se decidieron, por parte de los respectivos Comités de Anulación, los casos *MHS vs. Malasia*, *Azurix vs. Argentina*, *MCI vs. Ecuador*, *Rumeli vs. Kazajistán*, *Compagnie Transgabonais vs. Gabón*, *Helnan vs. Egipto*, *Sempra vs. Argentina*, *Enron vs. Argentina*, *Vivendi II vs. Argentina*, *Fraport vs. Filipinas*, *Sociedad Eduardo Vieira vs. Chile* y *Duke Energy vs. Chile*.

parecer, un presagio del surgimiento de una tercera generación de sentencias de anulación, habiendo sido considerada por Ben HAMIDA como esbozando el modelo de anulación *back to the starting point*²⁹.

Téngase en cuenta, además, que el propio Comité *ad hoc* que anuló la sentencia, por la supuesta falta de contribución de la “inversión” al desarrollo económico y social del Congo, tuvo —el mismo— dificultad al definir el referido criterio, refiriendo que: *ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host state, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad but also variable depending on the case.*

En sentido igualmente crítico, también Irmgard MARBOE³⁰ consideró que: *the interpretations (of the concept of investment) by the annulment tribunal and the ad hoc committee are both tenable. This does not mean, however, that the latter may replace the former’s view on the issue by its own in the course of an annulment procedure. Para esta autora, this approach was not in line with ICSID annulment decisions of the “third generation”*³¹.

Finalmente, el Comité *ad hoc* que

anuló la sentencia *Mitchell vs. Congo* consideró que la sentencia arbitral no había fundamentado adecuadamente el motivo por el cual se estaba en este caso ante una inversión relevante conforme a la Convención de Washington.

Sucede que la generalidad de la jurisprudencia arbitral, antes y después del caso *Mitchell vs. Congo*, continúa considerando, siguiendo lo que afirmó el Comité *ad hoc* del caso *Mine vs. Guinea* (recordado después por el Comité *ad hoc* del caso *CMS vs. Argentina*) que *the requirement to state reasons is satisfied as long as the award enables one to follow how the tribunal proceeded from point A to point B and eventually to its conclusion, even if it made an error of fact or of law. The minimum requirement is in particular not satisfied by either contradictory or frivolous reasons. (...) the adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review (...)*³².

Del mismo modo, también el Comité *ad hoc* del caso *Wena Hotels* ya había considerado (siendo también recordado después por el Comité *ad hoc* del caso *CMS vs. Argentina*) que: *the purpose of this particular ground of annulment (falta de fundamentación) is not to have the award reversed on its merits. It is to allow the parties to understand the Tribunal’s decision. If the award does not meet the minimal requirement as*

²⁹ BEN HAMIDA, Walid, “Two nebulous ICSID Features: The notion of investment and the scope of annulment control – ad hoc committee’s decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo”. En: *Journal of International Arbitration*, vol. 24, June 2007, number 3, pág. 300. Según SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention – a Commentary*, 2009, pág. 915, *Mitchell v. DR Congo stands apart from an otherwise consistent line of cases in which ad hoc committees have refrained from substituting their own view of the “correct” decision for that of the tribunal.* No deja de ser interesante que Meg Kinnear, Secretaria General del CIADI, haya afirmado recientemente (*Global Arbitration Review*, 12 de abril de 2011), como resultado de las más recientes Decisiones de Anulación, que *we are not seeing a repeat of the Klöckner era.*

³⁰ MARBOE, Irmgard, “ICSID annulment decisions: three generations revisited”. En: BINDER, Christina, Úrsula KRIEBAUM, August REINISCH y Stephan WITTICH, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, pág. 209.

³¹ La autora utiliza la división en generaciones presentada por Christoph SCHREUER. Cabe recordar que, a nuestro parecer, la tercera generación de sentencias, en la terminología de Christoph SCHREUER, debe ser absorbida por la segunda generación de sentencias.

³² *CMS vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 25 de septiembre de 2007.

*to the reasons given by the tribunal, it does not necessarily need to be resubmitted to a new tribunal. If the ad hoc committee so concludes, on the basis of the knowledge it has received upon the dispute, the reasons supporting the tribunal's conclusions can be explained by the ad hoc committee itself*³³.

Ahora bien, de la lectura de la sentencia del Comité *ad hoc* que anuló el caso *Mitchell vs. Congo* queda claro que no se trata verdaderamente de *failure to state the reasons*, ni tampoco de *manifest excess of powers*, sino simplemente de una discrepancia por parte del Comité *ad hoc* en cuanto a los elementos necesarios en lo que respecta a la definición del concepto de inversión conforme a la aplicación de la Convención de Washington.

Sucede que, aun estando en causa una cuestión relacionada con la jurisdicción del CIADI, es importante señalar el modo mucho más cauteloso presentado por el Comité *ad hoc* del caso *Enron vs. Argentina* cuando consideró, años más tarde, que: *the committee agrees with the Azurix Annulment Decision that even in cases where it is claimed that the Tribunal lacked jurisdiction, the ad hoc committee will annul the decision only where the tribunal has manifestly exceeded its power: in cases where there is any uncertainty or doubt as to whether or not a tribunal has jurisdiction, that question falls to be settled by the tribunal itself in exercise of its compétence-compétence under article 41(1) of the ICSID Convention, and article 52(1)(b) does not provide a mechanism for the de novo consideration of, or an appeal against, a decision of a tribunal under article 41(1) after the tribunal has given its award*³⁴.

De manera diferente, en el segundo

caso, que dio origen a la sentencia *MHS vs. Malasia*, en el que se trataba de un litigio en torno a la ejecución de un contrato, celebrado entre las autoridades de Malasia y una entidad privada especializada en arqueología subacuática, relativo a la recuperación del contenido de un barco que se había hundido frente a la costa de Malasia y que contenía un importante acervo de antigüedades de porcelana. La base del litigio se basaba en el hecho de que, supuestamente, Malasia había incumplido los términos del contrato en lo concerniente al pago de la remuneración acordada con el inversor.

Al contrario de lo que pasó en el caso *Mitchell vs. Congo*, en el que la existencia de un bufete de abogados fue considerada una inversión al amparo de la Convención de Washington y del respectivo BIT existente entre El Congo y los EE.UU., el árbitro único que decidió el caso *MHS vs. Malasia* acabó por decidir que no estaban verdaderamente ante una “inversión”, ya fuera por su naturaleza, ya fuera por su dimensión, en los términos y a los efectos de la Convención de Washington.

Teniendo en cuenta, desde luego, el hecho de que la Convención de Washington no define el concepto de inversión y de que esa es una discusión doctrinal y jurisprudencial todavía lejos de estar acabada, en ambos casos, *the defeated party asked for the annulment of the award*.

Lo más sorprendente fue el hecho de que, aunque se esté ante una cuestión en la que la opción por la aceptación o por la negación de la jurisdicción CIADI depende de la interpretación de los criterios relativos al concepto de inversión y no de la aplicación de una o de otra legislación, ambos Comités *ad hoc* entendieron poder anular las senten-

³³ *CMS vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 25 de septiembre de 2007.

³⁴ *Enron vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 30 de julio de 2010.

cias (por motivos contrarios, como se verá), debido a *manifest excess of powers* (y en el caso *Mitchell vs. Congo, also by failure to state reasons*).

Más que saber si la contribución al desarrollo económico y social del Estado es o no un criterio relevante para efectos de la definición de inversión a la luz de la Convención de Washington, o de saber si los criterios del llamado “*Salini Test*”³⁵ son criterios ejemplificativos o cumulativos, lo que se destaca del análisis de estos dos casos es el hecho de que ambos Comités *ad hoc* se enzarzaron en ese análisis —a pesar de ser Comités *ad hoc* y no tribunales arbitrales— y el hecho de haber llegado a soluciones radicalmente opuestas, basadas en una idea de “justicia” material y en la búsqueda de un equilibrio entre Estado e inversor.

En efecto, de la lectura de las líneas (y entrelíneas) de ambas decisiones parece resultar que las referidas decisiones de los Comités *ad hoc* fueron del fin (de la decisión considerada justa) al principio (la búsqueda de los motivos procedimentales y formales que justificaran la solución justa), en un proceso jurídicamente invertido y naturalmente peligroso, por susceptible de instrumentalizar las formas y los procesos frente a una idea *apriorística* de justicia del caso concreto.

Así, parece que se puede decir que, en el fondo, en el caso *Mitchell vs. Congo*, la anulación ocurrió porque el Comité *ad hoc* entendió que no se trataba realmente de

una “inversión” productiva para el Congo, desde luego por no haberse probado que la asignación de los activos y del rendimiento generado hubiera contribuido al desarrollo económico de aquel país, lo que sería patente, por ejemplo, por el hecho de que el abogado en cuestión mantuviera, para efectos fiscales, su actividad en los EE.UU. y no en el Congo.

En el caso *MHS vs. Malasia*, la anulación ocurrió porque el Comité *ad hoc* consideró que el Árbitro Único no había llegado a analizar el concepto de inversión a la luz del BIT aplicable, limitándose a apreciar la cuestión en función de lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención de Washington y de lo que a propósito de esta norma se ha venido diciendo por cierta doctrina y jurisprudencia. También aquí parece que se puede decir que, en el fondo, la opinión *a priori* del Comité *ad hoc* fue relevante para la anulación de la sentencia, en el sentido de que sería injusto que el incumplimiento contractual por parte de Malasia, independientemente del valor económico en cuestión, quedase inmune a la intervención arbitral, cuanto y más que el BIT aplicable no preveía otra alternativa al arbitraje CIADI para resolver los litigios internacionales entre las partes.

7. LA TERCERA GENERACIÓN DE SENTENCIAS DE ANULACIÓN: ¿EL MODELO PENDULAR?

La tercera generación de sentencias de anulación está constituida por las sentencias

³⁵ El llamado “*Salini Test*” surgió tras la sentencia del caso *Salini vs. Marruecos*, del 23 de julio de 2001, en la que el Tribunal hizo uso (en la secuencia de lo que ya venía apuntando la doctrina) de un conjunto de criterios como forma de determinar si determinada inversión cumplía el concepto de inversión relevante para permitir la jurisdicción de un tribunal CIADI. Así, el tribunal arbitral consideró los siguientes criterios: *contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction*. El Tribunal añadió todavía *the contribution to the economic development of the host state of the investment*. Las divergencias que todavía hoy perduran en la doctrina y en la jurisprudencia no se basan tanto en los criterios relevantes, sino en la naturaleza de los mismos. Así, se discute si estos criterios son ejemplificativos o taxativos y si hay que cumplir todos para que exista una inversión que permita un arbitraje CIADI. Sobre esta cuestión, SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2009, pág. 129 y siguientes.

surgidas entre 2009 y 2011, en las que se incluyen, además de la sentencia *Mitchell vs. Congo*, las sentencias *MHS vs. Malasia*, *Azurix vs. Argentina*, *MCI vs. Ecuador*, *Rumeli vs. Kazajistán*, *Compagnie Transgabonais vs. Gabón*, *Helnan Hotels vs. Egipto*, *Sempre vs. Argentina*, *Enron vs. Argentina*, *Vivendi II vs. Argentina*, *Sociedad Eduardo Vieira vs. Chile*, *Fraport vs. Filipinas* y *Duke Energy vs. Perú*.

Esta tercera generación de sentencias de anulación, que alterna decisiones de anulación con decisiones de no anulación, que se dividen unas y otras entre decisiones a favor y en contra de los inversores, podrá tener como característica no ya un mayor o menor activismo de los Comités *ad hoc* en lo que respecta a la amplitud de los criterios de anulación previstos en la Convención de Washington, sino antes su utilización (tal vez inconsciente) como forma de buscar y obtener equilibrios a escala global, a través de la corrección de casos juzgados más llamativos, entre sentencias a favor de inversores y sentencias a favor de Estados, intentando, de esta forma, reforzar la legitimidad del sistema y alejar la percepción de que la generalidad de las decisiones CIADI acaban por beneficiar siempre a los inversores, desconsiderando las razones de los Estados y las limitaciones que condicionan su acción.

Para obtener estos equilibrios, parece que importa, así, más el resultado final de la sentencia (en beneficio del Estado o del inversor) y menos el hecho de estar ante una decisión de anulación o de no anulación, lo que es patente ante la comparación de las sentencias *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, ya que, *in casu*, siendo ambas sen-

tencias en el sentido de la anulación, acaban por beneficiar en un caso a un Estado (*Congo*) y en el otro a un inversor (*MHS*).

A este respecto, y como señal de que los Comités *ad hoc* pueden estar desempeñando —de una forma no oficial y no escrita— un papel que les trasciende, como guardianes del propio sistema del CIADI como sistema legítimo y equilibrado de resolución de litigios internacionales, véanse por ejemplo, las palabras del Comité *ad hoc* del caso *Vivendi II vs. Argentina*, cuando refiere que el propósito del Comité *ad hoc* es *protect the integrity of the system, habiendo añadido que la protección de la integridad de la ICSID process as a whole (...) is the clear and undisputed underlying concern of article 52 of the ICSID Convention (...) i.e. all grounds invoked for annulment (...) have to be addressed in the light of this paramount policy consideration*³⁶.

Este Comité *ad hoc* consideró, asimismo, en la secuencia de lo que ya habían destacado anteriores Comités *ad hoc*, que la anulación de las sentencias no es una inevitabilidad siempre que el Comité *ad hoc* se encuentre con una causa de anulación, defendiendo antes una *measure of discretion under article 52(3) in ordering annulment or in refusing to do so (parag. 252)*³⁷.

En sentido próximo, señalando la importancia de las decisiones de los Comités *ad hoc* en relación con la supervivencia del sistema CIADI, se puede leer en la reciente decisión del Comité *ad hoc* del caso *Duke Energy vs. Perú* (1 de marzo de 2011) que, *the ad hoc committee agrees with the submission made by Peru that article 52 is to*

³⁶ En este sentido, JOHNSON, Lise, "Annulment of ICSID Awards: Recent Developments". En: *IV annual Forum for developing country investment negotiators, background papers*, October 2010, pág. 4.

³⁷ JOHNSON, Lise, "Annulment of ICSID Awards: Recent Developments". En: *IV annual Forum for developing country investment negotiators, background papers*, October 2010, pág. 4. Invocando esta misma discrecionalidad, también el Comité *ad hoc* en el caso *Sempre vs. Argentina* y *Rumeli vs. Kazajistán*.

*be read and applied on its terms in order to maintain the balance struck by the state parties to the ICSID Convention*³⁸.

Finalmente, también el Comité *ad hoc* del caso *Enron vs. Argentina* consideró que: *although there is no doctrine of binding precedent in the ICSID arbitration system, the Committee considers that in the longer term there should develop a “jurisprudence constante” in relation to annulment proceedings*³⁹.

En efecto, al contrario de lo pretendido por la Convención de Washington, lo cierto es que, sobre todo, el criterio del *manifesto abuso de poder del tribunal* ha servido de puerta deslizante que se puede ir abriendo o cerrando, en una especie de vasos comunicantes, alternando entre decisiones a favor de inversores y decisiones a favor de Estados, en la búsqueda de una percepción de equilibrio de medio y largo plazo⁴⁰ que no contribuye, a pesar de todo, a la sensación de certeza y de coherencia que se espera de un modelo de arbitraje⁴¹.

8. CONCLUSIÓN

Esta peculiar evolución de las sentencias de los Comités *ad hoc* confirma, de

forma clara, que el proceso de sentencias CIADI está —como el mismo sistema CIA-DI— situado en una zona en la que chocan “placas tectónicas” y donde, por eso, es probable que ocurran “temblores de tierra”.

Según algunos especialistas en esa materia, existe alguna utilidad sistémica en la que la energía potencialmente destructiva sea liberada de forma más o menos permanente, evitándose así la acumulación excesiva que sólo se pueda resolver a través de una perturbación de elevado grado en la “escala de Richter”.

Naturalmente que es comprensible que, desde el punto de vista del confort y de la seguridad de aquellos que sufren las consecuencias de los pequeños “temblores de tierra”—sobre todo si fuera posible prever que ningún gran “temblor de tierra” exista en el espacio de su vida— es siempre preferible que no exista ningún temblor de tierra (por muy pequeño que sea) que el hecho de que existan algunos, aunque sean de pequeña magnitud.

Sin embargo, como no es posible asegurar que no ocurra una fortísima conmoción en cualquier momento, parece adecuado pensar que la liberación más o menos

³⁸ Como refiere KIM, Dohyun, “The annulment committee’s role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system”. En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 246, many scholars have argued that the lack of consistency in the investment law jurisprudence generated by ICSID arbitral tribunal is a key factor that has contributed to the perceived legitimacy deficit in the ICSID system.

³⁹ *Enron vs. Argentina*, Decisión de Anulación del 30 de julio de 2010.

⁴⁰ Dohyun KIM, *The annulment committee’s role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system*, *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 261, alerta sobre el hecho de *notwithstanding the intent of the Convention’s drafters, potential exists for annulment committees to exploit the vagueness of the Convention’s text and sneak in substantive review*.

⁴¹ Otro de los factores que ha causado alguna inconsistencia en el modelo de anulación, tal como se encuentra previsto en la Convención de Washington, deriva del hecho de que los árbitros de los Comités *ad hoc* pertenezcan a la “tribu” de los árbitros que normalmente se escogen como árbitros o como abogados en otros arbitrajes CIADI, en los que, de esta forma, les gusta plantear sus propias opiniones cuanto a la precisión de la decisión que están apreciando. A este respecto, véase por ejemplo, lo que pasó con el Comité *ad hoc CMS vs. Argentina*, en que el mismo refiere, desde el inicio, que *the present arbitration was the first of a long series relating to the Argentine crisis 2001-2002. Accordingly the Committee will seek to clarify certain points of substance on which, in its view, the Tribunal made manifest errors of law. It remains to be seen, however, whether as a consequence the award should be annulled*.

regular de energía, funcionando como válvula de escape, puede tener un valor sistémico, constituyendo, por eso, una buena (o por lo menos razonable y aceptable) solución natural.

Los autores de este trabajo no son, evidentemente, especialistas en temblores de tierra y, por eso, traen a colación este tema únicamente para ilustrar simbólicamente lo que se puede decir del sistema CIADI en general y del subsistema de anulabilidad de sentencias arbitrales a través de decisiones de Comités *ad hoc*, en especial.

Para contrastar la bondad y los riesgos de las decisiones de los Comités *ad hoc*, la cuestión central no es, así, tanto la de saber si no sería mejor que las sentencias arbitrales tuvieran valor definitivo, ni tampoco la de saber si no sería mejor que –al haber un sistema de anulación de sentencias– las decisiones de los Comités *ad hoc* fueran siempre luminosas y cristalinas e indiscutiblemente mejores que las sentencias anuladas, sino la de analizar la importancia de los Comités *ad hoc* para el mantenimiento del sistema CIADI.

Así, tal como en relación con el ejemplo paradigmático de los pequeños temblores de tierra, la cuestión correcta es la que resulta de saber si el sistema CIADI –construido él mismo sobre la principal “falla tectónica” de la comunidad internacional resultante de la posibilidad de condenar a estados soberanos por la práctica de actos soberanos– sobreviviría si no tuviera el mecanismo, por cierto falible, del artículo 52 de la Convención.

Llegados hasta aquí, surge inmediatamente una segunda pregunta: ¿será que, para los objetivos estructurales de la resolución pacífica de litigios entre Estados e inversores internacionales, es preferible correr

el riesgo de que un Comité *ad hoc* anule una buena o correcta sentencia (o, por lo menos, que anule una sentencia que no se podía anular por falta de fundamentos suficientes para tanto) yendo más allá de sus poderes o, por el contrario, correr el riesgo de que una sentencia incorrecta, en la que manifiestamente no se decidió respetando las reglas explícitas e implícitas de la Convención de Washington, no pueda ser anulada y se consolide en el orden jurídico internacional sin condiciones de pacificar el litigio?

La respuesta a estas cuestiones no es, naturalmente sencilla ni fácil, sobre todo si se mantiene la negativa de un sistema de revisión de sentencias a favor de un sistema más limitado de mera anulación. Para conseguir una respuesta comprensiva no es ni siquiera adecuado usar el paradigma del arbitraje comercial. En efecto, en el arbitraje comercial existen sistemas de anulación –aunque más limitados que los previstos en los arbitrajes CIADI en cuanto a los fundamentos– y sistemas de revisión y confirmación de sentencias arbitrales, por el poder judicial estatal, como está previsto y regulado por la Convención de Nueva York.

O sea, el régimen común de arbitrajes comerciales internacionales se beneficia de un sistema preparado para corregir errores y fallos, pero las posibilidades de alterar las decisiones arbitrales es muy limitada y casi sólo restringida a casos de violación del orden público internacional.

Ahora bien, dicho de modo diferente, un sistema de arbitrajes que, en la mayoría de los casos ha condenado a Estados y en el que no existe el mecanismo de revisión o de anulación de sentencias por parte de los tribunales de esos mismos Estados, naturalmente que debe tener también una válvula de seguridad propia.

De hecho, la admisión del sistema de

anulación tiende a funcionar sobre todo y objetivamente como una válvula de seguridad para los Estados, dado que la iniciativa de los procesos arbitrales generalmente está centrada en empresas y particulares, y no admitiéndose como probable que la generalidad de los casos se haya formado por pretensiones frívolas, inconsistentes o no sustanciales, es más probable que los Estados esperen que en los procesos arbitrales ocurra lo contrario.

Ahora bien, la inexistencia de un sistema de anulación (además de la ya referida inexistencia de procedimientos de revisión y confirmación para *exequatur*) colocaría en manos del Tribunal Arbitral, y sin límites, un poder supranacional que probablemente era en 1965 (y todavía hoy) excesivo para el margen de elasticidad del sistema político internacional.

Pero, por otro lado, es posible afirmar que los tribunales arbitrales –aunque surgiendo a través de un sistema de elección de árbitros que «íguala» al Estado y al particular de otro Estado– son expresión de opciones tomadas por los Estados (y por los inversores), ya que directamente eligen a uno de los árbitros e indirectamente pueden contribuir en la elección del otro, el Presidente del Tribunal.

Por el contrario, los Comités *ad hoc* son elegidos por el Presidente del Banco Mundial (aunque con el decisivo *input* del Secretariado del CIADI, de quien recientemente, se dijo que no debería ser el 4º árbitro del Tribunal⁴²), que es una entidad de la comunidad internacional y que por eso obedece a una lógica propia y supranacional.

Eso permite llegar a dos conclusiones: el Comité *ad hoc* es expresión de un grado de densidad concreta más elevada de la comunidad internacional y –todo lo demás siendo igual– es menos sensible al Estado y al inversor concreto que está presente en el litigio, pero más atento en principio al conjunto de los Estados que forman la comunidad internacional y que originan el sistema del Banco Mundial en general y del CIADI en particular⁴³.

Por este motivo, si es verdad que, en la práctica, los Comités *ad hoc* pueden funcionar como una válvula de seguridad que favorece a los Estados, por permitir así que decisiones que les afectan sean reanalizadas y *eventualmente* anuladas, lo que realmente pretende proteger el régimen de anulación es el propio sistema CIADI, evitando que en situaciones límite se consoliden en el orden jurídico internacional decisiones que comprobadamente no lo merezcan.

Mucho más que la protección del sistema de Estados, es la lógica del sistema CIADI que da la razón de ser al sistema de anulación y es en función de eso que se debe apreciar, analizar y eventualmente criticar, por lo menos en los casos concretos.

Así, y sin poner en cuestión este propósito, pero intentando ir más allá del casuismo de las decisiones de los Comités *ad hoc*, al que se asocia la acumulación de decisiones abusivas y contradictorias, no es de extrañar que existan voces que defienden la alteración de la Convención de Washington, en el sentido de que se cree un *permanent investment court* o de que se busquen otras soluciones de recurso de las decisiones arbi-

⁴² Voto particular de Jan Hendrik Dalhuisen en la decisión del Comité *ad hoc* del caso *Vivendi II vs. Argentina*, del 10 de agosto de 2010.

⁴³ En el mismo sentido, y como refiere THOMAS, Christopher, “Investment treaty jurisprudence: fragmented or consistent?”. En: *Global Arbitration Review*, 7 de abril de 2011, analizando el caso *Saipem v Bangladesh*, it is stressed that the tribunals have a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby meet the legitimate expectations of the community of states and investors.

trales que van más allá del actual modelo de anulación de sentencias por parte de Comités *ad hoc*⁴⁴.

Sin embargo, del deseo de revisar la Convención de Washington puede decirse (como se dice de la revisión de la Convención de Nueva York, defendida entre otros por VAN DEN BERG) que sería seguramente la apertura de una Caja de Pandora, sin que nada lleve a admitir que el resultado final (que tendría que merecer el acuerdo unánime de todos los Estados—parte de la Convención de Washington) fuera más favorable a los objetivos nucleares del sistema que a la realidad actual.

Por nuestra parte, entendemos que la perfección formal y la lógica immanente de un sistema de normas aplicadas —que fácilmente se reconoce como positiva— no puede transformarse en un fin en sí mismo, y en especial cuando estamos confrontados con la aplicación de normas que chocan con factores y sistemas complejos y con gran autonomía.

El sistema CIADI está situado en una zona de fractura, en la que chocan consideraciones jurídicas, económicas, políticas y geoestratégicas. Querer que ese sistema sea inmune a las contradicciones y controversias que de ellas resultan —transformándolo en un fin en sí mismo y en una especie de expresión de la supremacía del rigor jurídico— podría hacer más mal que bien.

En realidad, se admite que el sistema de anulación de sentencias arbitrales CIADI —hasta por la pendularidad que ha revelado— pueda acabar por funcionar, en la práctica, con un equilibrio razonable, en la tentativa de optimizar los intereses, factores y tensiones en presencia, dado que, como es deseable en un sistema jurídico, se espera que pueda conseguir normalizar tendencias, sin, a pesar de todo, conseguir destruirlas.

En ese proceso de normalización, se cree que una cierta pendularidad —que es diferente de la aceptación de soluciones abusivas, basadas en una especie de prejuicio sobre la justicia del caso concreto, como parece que sucedió en el caso *Mitchell vs. Congo*— puede ser positiva.

No se niega, sin embargo, que la realidad demuestra que, algunas veces, los Comités *ad hoc* fueron demasiado lejos (asumiéndose un derecho/deber de entrar en el análisis del mérito de las sentencias, sustituyendo la apreciación y las precomprensiones del tribunal por la apreciación y las precomprensiones del Comité *ad hoc*) y otras veces se quedaron lejos de lo que sería razonable o incluso adecuado (no valorizando elementos que, incluso en una interpretación conservadora y estricta de sus poderes, podrían haber ponderado).

Como es evidente, desde un punto de vista estrictamente jurídico y asépticamente separado del mundo real, muchas de las sen-

⁴⁴ En este sentido, VAN HARTE, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007, pág. 180 y siguientes. En el mismo sentido, defendiendo la creación de un ICSID Appeals Body, KALNINA, Ieva y Domenico DI PIETRO, "The scope of ICSID Review: Remarks on selected problematic issues of ICSID Decisions". En: BINDER, Christina, Úrsula KRIEBAUM, August REINISCH y Stephan WITTICH, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, pág. 238) refieren que, *the two main problems with the current annulment system which most proposals for a more efficient mechanism seek to minimize relate to the system's legitimacy lacuna, most (but not exclusively) due to the lack of merits review, and the inherence of case law emerging under investment treaties*. Defendiendo un conjunto de soluciones alternativas que permitan aumentar la consistencia y la legitimidad social de las sentencias CIADI, KIM, Dohyun, "The annulment committee's role in multiplying inconsistency in ICSID arbitration: the need to move away from annulment-based system". En: *New York University Law Review*, vol. 86, April 2011, pág. 276. Véase también el ya citado texto de NAIR, Promod y Claudia LUDWIG, "ICSID annulment awards: the fourth generation?". En: *Global Arbitration Review*, volume 5, issue 5, October 2010, que favorecen soluciones del género del WTO's appellate body.

tencias de anulación merecen censura. Es el caso, por ejemplo, de las anulaciones *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, en las que los Comités *ad hoc*, en nuestra opinión, excedieron los apretados límites del artículo 52 de la Convención. Pero si analizamos las tendencias más que las sentencias, bien se puede llegar a la conclusión de que el resultado final alcanzado a lo largo de más de 25 años de sentencias de anulación ha podido haber contribuido bien, con todas las imperfecciones, al refuerzo del sistema CIADI y a su aceptabilidad más generalizada por la comunidad internacional, que hoy tal vez ya no verá el sistema como “amigo” de los inversores y “enemigo” de los Estados.

Así, volviendo a las sentencias *Mitchell vs. Congo* y *MHS vs. Malasia*, se comprueba que, aunque se pueda decir que en ambos casos los respectivos Comités *ad hoc* se permitieron exceder los límites previstos en el artículo 52 de la Convención de Washington, también es verdad que, desde el punto de vista de la lógica del sistema CIADI, como subsistema de la comunidad internacional, es posible encontrar razones que justifiquen una cierta comprensión relativamente a la razón de ser de ambas decisiones de anulación.

En efecto, y recordando lo que se ha dicho de los movimientos de las “placas tectónicas”, no parece que deba olvidarse, como ya se dijo, el hecho de que en la sentencia de anulación de la decisión desfavorable a la República del Congo pueda haber estado presente el hecho de que la inversión del bufete de abogados fuera construido de tal modo que, en la práctica, el rendimiento obtenido de la propia actividad, que no era objeto de reinversión, no era tributado en ese país, sino en los EE.UU., convirtiendo la actividad concreta mucho más próxima a la lógica de las fechorías precoloniales que


a las inversiones post coloniales, materia políticamente muy sensible para la mayoría de los países africanos, cuya memoria de explotación sin reglas continúa todavía muy viva.

Por otro lado, en lo que respecta a la anulación de la decisión arbitral favorable a Malasia, seguramente que habrá pesado el hecho de que la misma (al haber negado la jurisdicción CIADI) pueda abrir el camino a situaciones de abuso, en las que los Estados se pudieran permitir violar contratos que firmaron libremente, obligando a los perjudicados a recurrir a la justicia estatal, cuando, en el origen del negocio, que tenía un elevado grado de riesgo asumido por parte del inversor, ambos hayan admitido la posibilidad de recurso al arbitraje internacional.

Ante este doble análisis (jurídico y político) se comprueba que ambas sentencias se encuentran en una encrucijada de intereses y de valores que llevan a cuestionar cuál es el papel del sistema de anulación de sentencias CIADI y cuáles son los valores que deben privilegiar los Comités *ad hoc* en el momento de apreciar las sentencias objeto de pedido de anulación.

En efecto, si a los árbitros, elegidos por el propio CIADI, se les pidiera que ayudaran a provocar “pequeños temblores de tierra” que evitaran la posibilidad de un gran “terremoto”, sirviendo de esta forma a los intereses de la comunidad internacional y en concreto a los intereses que le piden concretizar también al Banco Mundial, entonces sería más fácil aceptar dichas sentencias de anulación. Si, por el contrario, se valoriza un análisis estrictamente jurídico y en una visión micro y ya no macro de la resolución de litigios entre Estados e inversores, entonces las referidas sentencias serán objeto de grandes críticas.

Sucede que, saber si la sucesión de pequeños “temblores de tierra” no provocará, sin embargo, una inseguridad y una desconfianza sobre las virtudes de este sistema que, por sí solo pueda atraer y no repeler un gran

“terremoto”, es algo que dependerá mucho del modo como la política y el derecho se sepan casar en el futuro. Es que, también aquí, es preciso ir escribiendo Derecho, aunque sea con renglones torcidos. 

LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI EN ARBITRAJES DE CONTRATOS Y TRATADOS: ¿EXISTEN DIFERENCIAS? (*)

GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER (**)

SUMARIO: *1. No, la revisión no es diferente porque el proceso de anulación es el mismo. 1.1. Alcance de la revisión. 1.2. Causales de anulación. 1.2.1. Constitución incorrecta y corrupción. 1.2.2. Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. 1.2.3. Falta de expresión de los motivos en que se funda. 1.2.4. Extralimitación manifiesta de facultades. 1.3. Normas de procedimiento para la anulación. 2. Sí, la revisión es diferente en lo concerniente a jurisdicción y derecho aplicable. 2.1. Jurisdicción. 2.1.1. Extralimitación manifiesta y jurisdicción. 2.1.2. Mayor tecnicismo en cuestiones jurisdiccionales en los arbitrajes de tratado. 2.1.3. El rol reducido de la intención de las partes. 2.2. Derecho aplicable. 2.2.1. Extralimitación manifiesta de facultades. 2.2.2. El mayor rol del Derecho internacional. 3. Tal vez el proceso de revisión debería ser distinto para tomar en cuenta el interés público. 3.1. Transparencia. 3.1.1. La participación de grupos de interés público como partes o como amici curiae. 3.1.2. Arbitrajes de tratados versus arbitrajes de contratos. 3.2. Consistencia de las decisiones.*



La pregunta que los organizadores de la Convención del Instituto Internacional de Arbitraje y la Sociedad Americana de Derecho Internacional me han solicitado que aborde este tema expresado en el título de esta contribución: ¿Es la revisión del Comité *ad hoc* diferente si el arbitraje que genera la solicitud de anulación se basa en un tratado

de inversión¹ o en un contrato de inversión? La respuesta tiene tres partes: Sí, no, tal vez. No, porque el proceso de anulación es el mismo: las mismas causales de anulación, el mismo alcance de revisión, el mismo procedimiento. Sí, porque cuestiones distintas requieren un estándar distinto de revisión. Tal vez, porque intereses y objetivos dife-

(*) Esta contribución es la traducción de un artículo publicado en Emmanuel GAILLARD y Yas BANIFATEMI (Eds.), *Annulment of ICSID Awards*, IAI Series N°1, Juris Publishing 2004, pp. 189-221, bajo el título: *Annulment of ICSID Awards in Contracts and Treaty Arbitrations: Are there Differences?* La autora agradece la asistencia de Greta RIOS y Gustavo LABORDE con la traducción.

(**) Profesora, Universidad de Ginebra; socia, Estudio Lévy Kaufmann-Kohler.

¹ En este artículo, no abordaré específicamente el arbitraje basado en leyes nacionales de inversión. En su mayoría, las consideraciones relacionadas con arbitrajes basados en tratados de inversión se aplican también a aquéllos basados en legislaciones de inversión. Existen diferencias en lo concerniente a la interpretación de las normas legislativas que establecen la jurisdicción del CIADI y en el área de determinación del Derecho aplicable al fondo del caso.

rentes en disputas procedentes de tratados podrían requerir cambios estructurales en el mecanismo de arbitraje tradicional.

Este artículo aborda primero la parte del “no” (sección 1), que está dividida en tres sub-respuestas: el alcance de la revisión (subsección 1.1), las causales de anulación (subsección 1.2) y las normas de procedimiento (subsección 1.3). A continuación se discute la parte del “sí” (sección 2), en donde se abordan las dos áreas en las que pueden surgir dificultades, *i.e.*, jurisdicción (subsección 2.1) y derecho aplicable (subsección 2.2). Finalmente, el artículo concluye con la parte del “tal vez” (sección 3), en donde se examina la necesidad de transparencia del proceso (subsección 3.1) y de consistencia en las decisiones (subsección 3.2).

1. NO, LA REVISIÓN NO ES DIFERENTE PORQUE EL PROCESO DE ANULACIÓN ES EL MISMO

1.1. Alcance de la revisión

De acuerdo con el artículo 53 del Convenio CIADI, el proceso de anulación no es una apelación². No implica una revisión del fondo, ya sea de los hechos o el Derecho, y está limitada a las causales enumeradas en el artículo 52(1) del Convenio CIADI. Está además bien establecido que la interpretación de las causales de anulación no deberá ser ni amplia ni restrictiva, sino simplemente razonable³. De la misma forma, no existe presunción alguna, sea a favor o en contra de la anulación.

Más aún, de acuerdo con *MINE*, que fue un arbitraje de contrato, por un lado, y *Wena* y *Vivendi*, que fueron arbitrajes de tratados, por el otro, es claro ahora que el Comité *ad hoc* goza de cierta discreción al decidir si anular o no un laudo⁴. La anulación debería limitarse a casos de violación sustancial. El test de anulación no es un examen pormenorizado de discrepancia técnica

² Sobre la anulación de laudos bajo el Convenio CIADI, ver principalmente Christoph H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001 pp. 881 ss.; ver también Andrea GIARDINA, “ICSID: A Self-Contained Non-National Review System”, en R. B. LILlich/Ch. BROWER [Eds], *International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity, 1994*; Philippe PINSOLLE, “The Annulment of ICSID Arbitral Awards”, *Journal of World Investment* 199[...]. p. 243; Ibrahim F.I. SHIHATA/Antonio PARRA, “The Experience of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes”, *14 ICSID Rev. – FILJ (1999)* 299, 338-341. Para comentarios sobre decisiones anteriores de anulación, Alan REDFERN, “ICSID – Losing its Appeal?”, *8 Arb. Int.* 98 (1987); W. Michael REISMAN, “The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration”, *Duke L.J.* 739 (1989) (conocido como “Breakdown”); Aron BROCHES, “Observations on the Finality of ICSID Awards”, *6 ICSID Rev. – FILJ* 321 (1991); David D. CARON, “Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal”, *7 ICSID Rev. – FILJ* 21 (1992); W. Michael REISMAN, “Repairing ICSID’s Control System: Some Comments on Aron Broches’ “Observations on the Finality of ICSID Awards””, *7 ICSID Rev. – FILJ* (1996) 196 (conocido como “Repairing”); Jan PAULSSON, “ICSID’s Achievements and Prospects”, *6 ICSID Rev. – FILJ* 380, 386-394 (1991). Para comentarios sobre todas las decisiones de anulación, ver la crónica anual de Emmanuel GAILLARD en el *Journal du droit international, intitulada Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Chronique des sentences arbitrales*. Sobre la anulación de laudos basados en tratados de inversión, ver en particular David WILLIAMS, “International Commercial Arbitration and Globalization – Review and Recourse against Awards Rendered under Investment Treaties”, *Journal of World Investment* 2003 p. 251; Emmanuel GAILLARD, “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements”, *Rev. Arb.* 2003 no.3, p. 853.

³ En particular, Decisión sobre Anulación, 22 de diciembre de 1989, *Maritime International Nominees Establishment v. Guinea*, *4 ICSID Reports* 61, # 4.05 (conocido como *MINE*); Decisión sobre Anulación, 28 de enero de 2002, *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, *41 ILM* 933 (2002), #18 (conocido como *Wena*); Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, *41 ILM* 1135 (2002), # 62 (conocido como *Vivendi*).

⁴ *MINE* ## 4.09 – 4.10; *Vivendi* # 66 (“[...] parece establecido que un Comité *ad hoc* tiene un cierto grado de discreción respecto a la anulación de un laudo, aún cuando se encuentra un error que lo haría anulable.”; *Wena* # 58 (respecto al quebrantamiento de una norma de procedimiento), #83 (respecto a la falta de expresión de motivos).

automática⁵.

1.2. Causales de anulación

Las mismas causales de anulación, que aparecen listadas de manera exhaustiva en el artículo 52 del Convenio CIADI, rigen tanto los arbitrajes contractuales como los de tratados.

1.2.1. Constitución incorrecta y corrupción

Las causales de constitución incorrecta (artículo 52(1)(a)) y corrupción (artículo 52 (1)(c)) nunca han sido invocadas en la historia del CIADI⁶. Si alguna vez lo fueran, no habría necesidad de presentar aquí un análisis detallado para mostrar cómo su aplicación no sería diferente en procedimientos de anulación de un laudo derivado de un tratado y de uno derivado de un contrato.

1.2.2. Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento

Por su parte, la causal de quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, establecida en el artículo 52 (1)(d), ha sido invocada en cada una de las siete decisiones de anulación que han sido emitidas hasta ahora⁷. Su función es garantizar a las partes el derecho al debido proceso. La protección del debido proceso en el arbitraje no

varía dependiendo de la base de la jurisdicción del tribunal arbitral. En otras palabras, la revisión bajo esta causal es la misma, se trate de un laudo derivado de un arbitraje de tratado o de un contrato.

Un vistazo a las decisiones *ad hoc* en *MINE*, un arbitraje contractual, y *Wena*, un arbitraje de tratado, confirma esta observación. Citando a *MINE*, el Comité en *Wena* sostuvo que la causal establecida en el artículo 52(1)(d) solamente se satisface cuando la violación lleva al tribunal a un resultado sustancialmente distinto del que hubiera prevalecido de otro modo:

“Para que se trate de un quebrantamiento “grave” de una norma fundamental de procedimiento, la violación de esa norma deberá haber llevado al Tribunal a un resultado sustancialmente diferente de aquél al que hubiera llevado de haberse respetado esa norma. En las palabras del Comité ad hoc en MINE: “el quebrantamiento deberá ser sustancial y de una magnitud tal que prive a una parte del beneficio o la protección que tal norma pretendía otorgarle”⁸.

1.2.3. Falta de expresión de los motivos en que se funda

La falta de expresión de motivos, enu-

⁵ Para una crítica del examen “pormenorizado” y el enfoque de la discrepancia técnica adoptadas en *Klöckner I*, ver REISMAN, “Breakdown”, citado en la nota 2, p. 789, e *id.*, “Repairing”, citado en la nota 2, p. 203 ff.

⁶ Christoph H. SCHREUER, “The Generations of ICSID Annulment Proceedings”, in Emmanuel GAILLARD y Yas BANIFATEMI, *Annulment of ICSID Awards*, IAI Series N°1, 2004, p.22.

⁷ *Loc. cit.* Las decisiones sobre anulaciones dictadas al momento en que se publicó este artículo originalmente son: *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, 3 de mayo de 1985, 2 ICSID Reports 95 (conocido como *Klöckner I*); *Klöckner II*, decisión no publicada; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, 16 de mayo de 1986, 1 ICSID Reports 509 (conocida como *Amco I*); *Amco II*, decisión no publicada; así como las enlistadas en la nota al pie 3.

⁸ “In order to be a “serious” departure from a fundamental rule of procedure, the violation of such rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had such rule been observed. In the words of the ad hoc Committee’s Decision in the matter of *MINE*, “the departure must be substantial and be such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide.” *Wena* # 58 citando a *MINE* # 5.05.

merada en el artículo 52(1)(e) y relacionada con el artículo 48(3), ha sido igualmente invocada con frecuencia. Aquí de nuevo, el requisito de razonamiento es idéntico para arbitrajes contractuales y de tratados. A los fines del artículo 52(1)(e), es irrelevante si los motivos son correctos o convincentes; de otra manera, el Comité *ad hoc* se vería obligado a llevar a cabo una revisión del fondo del caso. El requisito se cumple siempre y cuando el lector sea capaz de seguir el razonamiento del tribunal, aun cuando éste haya cometido errores de hecho o de Derecho.

Estos estándares se establecieron en *MINE*, fueron citados en *Wena* en detalle, y reiterados en *Vivendi* en menos palabras:

*“[...]el requisito de que un laudo esté motivado implica que éste debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal en cuestiones de hecho y de derecho. Implica eso y solamente eso. Que el razonamiento sea adecuado no es un estándar apropiado de revisión bajo el párrafo 1(e), ya que esta consideración casi inevitablemente llevará al comité ad hoc a examinar la sustancia de la decisión del tribunal, pasando por alto la exclusión del recurso de apelación contenida en el artículo 53 del Convenio”*⁹.

Aunque concurren en estos estándares generales, los Comités en *Wena* y *Vivendi* tienen, al parecer, vistas divergentes sobre cómo implementarlos. De acuerdo con *Vivendi*, los motivos pueden estar expresados

“de manera sucinta o amplia” y la anulación solamente puede ocurrir en un caso evidente, *i.e.*, cuando la falta de expresión de motivos torna “la decisión carente de fundamento expreso en un punto particular” y ese punto es “necesario para la decisión del tribunal”¹⁰.

Wena es menos exigente. Establece que los motivos pueden ser implícitos “siempre que éstos puedan ser razonablemente inferidos de los términos utilizados en la decisión”. Más aún, si el laudo carece de motivos, “el remedio no necesariamente consiste en la anulación del laudo”. El Comité *ad hoc* puede expresar los motivos siempre que se encuentre en condiciones de hacerlo sobre la base de su conocimiento de la disputa¹¹.

Aún está por verse cómo los Comités *ad hoc* futuros van a lidiar con esta diferencia. Se postula que el enfoque adoptado en *Wena* es preferible. Como notó el Comité en *Wena*, el propósito de la obligación de expresar los motivos es que las partes tienen el derecho de entender la manera de razonar del Tribunal¹², entender porqué éste encuentra que tienen o no la razón. Tal propósito se cumple si el Tribunal expresa los motivos a partir del contexto del laudo y del expediente. Reenviar el laudo al Tribunal sólo produciría el mismo resultado a un precio mayor y después de un período más largo de tiempo.

1.2.4. Extralimitación manifiesta de facultades

Esta causal tiene que ver con la jurisdicción y el derecho aplicable. Un Tribunal

⁹ “[...] the requirement that an award has to be motivated implies that it must enable the reader to follow the reasoning of the Tribunal on points of fact and law. It implies that, and only that. The adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review under paragraph 1(e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal’s decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by article 53 of the Convention.” *MINE* # 5.08; *Wena* # 77; *Vivendi* 64.

¹⁰ *Vivendi* ## 64-65.

¹¹ *Wena* ## 81-83.

¹² *Loc. Cit.*

puede extralimitar sus facultades de manera manifiesta cuando ejerce jurisdicción donde no la tiene, no la ejerce en caso de tenerla, o no aplica el Derecho apropiado al fondo de la disputa¹³.

Aunque es invocada con menos frecuencia que las dos anteriores, esta causal fue utilizada en los primeros procedimientos de anulación de laudos contractuales, así como en *Wena y Vivendi*¹⁴. Su aplicación en la práctica demuestra ciertas diferencias entre el arbitraje contractual y el de tratados. Éstas serán revisadas posteriormente en la “parte del sí”.

1.3. Normas de procedimiento para la anulación

Las normas de procedimiento que rigen el procedimiento de anulación son las mismas, independientemente de cuál sea la base de la jurisdicción del Centro. Están contenidas en el artículo 52 del Convenio, así como en el Capítulo VII de las Reglas de Arbitraje.

Por ejemplo, tanto en *MINE* como en *Vivendi* se dispuso la anulación parcial de los laudos¹⁵. En *Vivendi* se especificó que la demandada no podía presentar una “reconvencción” para la anulación total cuando la demandante había solicitado solamente la anulación parcial, sino que le correspondía al Comité *ad hoc* determinar el alcance de

la anulación. El motivo por el que el Comité tiene el poder de decidir el alcance de la anulación es simplemente que ciertas causales de anulación afectan al laudo en su totalidad, mientras que otras sólo afectan ciertas partes de éste¹⁶. Este razonamiento, obviamente, se aplica también a arbitrajes contractuales¹⁷.

Para dar otro ejemplo, se podría citar la admisión en *Wena* de nuevos argumentos en favor de la anulación que no estaban incluidos en la petición inicial de anulación, pero que se encontraban dentro del alcance de las causales interpuestas al comienzo¹⁸. Basándose en la interpretación de la Regla 50(1)(c), no se vislumbra ninguna razón por la cual esta regla no se aplicaría a anulaciones en el área de arbitrajes contractuales.

A pesar de esta falta de diferencias en las reglas que rigen el procedimiento de anulación, existen dos aspectos particulares del proceso en donde las especificidades del arbitraje de inversión podrían requerir reglas distintas. Ambas son abordadas en la “parte del tal vez” de esta contribución.

2. SÍ, LA REVISIÓN ES DIFERENTE EN LO CONCERNIENTE A JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE

Las diferencias surgen, en primer lugar, debido a que la base de jurisdicción es

¹³ SCHREUER, citado en la nota 2, p. 932.

¹⁴ La ausencia de jurisdicción se alegó en *Amco I, Wena and Vivendi*. El no ejercicio de jurisdicción existente se discutió en *Vivendi*. La falta de aplicación de la legislación aplicable se abordó en *Klöckner I, Amco I, MINE, Wena y Vivendi*. Ver también SCHREUER, citado en la nota 6.

¹⁵ *MINE* ## 4.07 y 8.01; *Vivendi* ## 67-70 y 109. Ver también Carlos Ignacio SUAREZ ANZORENA, *Vivendi v. Argentina: On the Admissibility of Requests for Partial Annulment and the Ground of a Manifest Excess of Powers*, en Emmanuel GAILLARD/Yas BANIFATEMI (Eds.), *Annulment of ICSID Awards, IAI Series n°1*, Juris Publishing 2004, pp. 123-175.

¹⁶ *Vivendi* # 68.

¹⁷ El Comité en *Vivendi* subrayó que su conclusión “se veía reflejada en las diferencias de lenguaje entre los artículos 52(1) y 52(3)”, y que “se encontraba también sustentada en los trabajos preparatorios del Convenio CIADI”. (# 69).

¹⁸ *Wena* # 19.

diferente: disposición en un tratado *versus* cláusula de arbitraje. En segundo lugar, surgen diferencias debido a que la fuente primaria de derecho para la demanda no es la misma: un tratado *versus* un contrato y el derecho elegido por las partes. En otras palabras, hay diferencias en lo referente tanto a la jurisdicción como al derecho aplicable. Estas diferencias plantean cuestiones diferentes a los árbitros contractuales y de tratados. Como consecuencia, también tienen un impacto en la revisión que realizan los Comités *ad hoc* de ciertas cuestiones sobre la jurisdicción y el derecho aplicable en el contexto de las causales de anulación por extralimitación manifiesta de facultades.

2.1. Jurisdicción

Las diferencias que surgen respecto a la base de la jurisdicción tienen que ver con un mayor tecnicismo (párrafo 2.1.2), y con el rol reducido de la intención de las partes (párrafo 2.1.3). Antes de abordar estos dos temas, una cuestión preliminar debe ser resuelta: ¿Qué es la extralimitación manifiesta en el marco de la jurisdicción?

2.1.1. Extralimitación manifiesta y jurisdicción

Dos decisiones *ad hoc* lidian con solicitudes de anulación por falta de jurisdicción: *Klöckner I*, un arbitraje contractual, y *Vivendi*, un arbitraje de tratado. En *Klöckner I* se interpretó un acuerdo específico que preveía un arbitraje ante la CCI. Esta decisión criticó al Tribunal Arbitral por ha-

ber confirmado la jurisdicción; sin embargo, confirmó el laudo debido a que lo que el Tribunal había determinado era “sostenible y no arbitrario”, por lo que “no constituye la extralimitación manifiesta de facultades que por sí misma justificaría la anulación de acuerdo con el artículo 52(1)(b)”¹⁹.

En contraste, *Vivendi* interpretó la disposición de un tratado, coincidiendo con la posición del Tribunal²⁰. Por lo tanto, en este caso el procedimiento no llegó a la etapa donde se debía analizar que la extralimitación debiera ser “manifiesta”. Tomando esto en cuenta, es de todos modos llamativo que la decisión no mencione en absoluto una restricción como la que fue aplicada por el Comité en *Klöckner*. Un comentario del Comité parecería de hecho indicar lo contrario²¹. Por ende, se podría aventurar a decir que el Comité en *Vivendi* no tenía en cuenta la restricción de “extralimitación manifiesta”.

Regresando a nuestra cuestión: ¿Son diferentes los estándares de revisión? A la luz de estas dos decisiones, aparentemente lo son. Se postula, sin embargo, que no deberían serlo. Cualquiera sea la base de la jurisdicción, un tratado o un contrato, el requisito de la extralimitación manifiesta parece ser inadecuado en el contexto de la determinación de jurisdicción²². Un Tribunal tiene o no tiene jurisdicción; no hay un punto intermedio. En otras palabras, cualquier ejercicio de la facultad jurisdiccional constituye una extralimitación manifiesta de facultades cuando no se tiene jurisdicción.

¹⁹ *Klöckner I* ## 4 ff., 52.

²⁰ *Vivendi* ## 72 ff. A raíz de esto, el Comité anuló una parte del laudo, no debido a que el Tribunal careciera de jurisdicción, sino porque no había ejercido la jurisdicción que se le había adecuadamente conferido.

²¹ En el contexto del argumento de que existía contradicción entre las razones del Tribunal sobre jurisdicción y el fondo del caso, el Comité sostuvo lo siguiente: “Pero Argentina también alegó que, en todo caso, el Tribunal carecía de jurisdicción. De ser esto cierto, el Tribunal incurrió en una extralimitación manifiesta de facultades al considerar el fondo [...]” (*Vivendi* # 72).

²² Para una discusión sobre los argumentos y citas, ver SCHREUER, citado en la nota 2, p. 935.

2.1.2. Mayor tecnicismo en cuestiones jurisdiccionales en los arbitrajes de tratado

En comparación con el arbitraje contractual, la jurisdicción en arbitraje de tratados incluye temas de mayor complejidad y tecnicismo. Como se ve en los ejemplos siguientes, el mayor tecnicismo está ligado principalmente a la difícil coexistencia de mecanismos de resolución de disputas en tratados y contratos. Al igual que en los arbitrajes contractuales, una determinación de jurisdicción implicará un examen de los requisitos de inversionista, inversión y consentimiento²³. Además, para determinar la jurisdicción en demandas basadas en tratados generalmente se debe distinguir entre reclamos derivados de contratos y de tratados, así como entre los mecanismos de solución de disputas de ambos. Podría incluso requerir un análisis de requisitos tales como la opción de “bifurcación de caminos”, la renuncia a recursos, el agotamiento de recursos locales, o la cláusula de la nación más favorecida aplicada a disposiciones de resolución de disputas²⁴.

Los Comités *ad hoc* en *Wena* y *Vivendi* marcaron muy claramente la línea entre reclamos de contratos y de tratados. En suma, el Tribunal en *Vivendi* se negó a considerar ciertas demandas del inversionista en razón de que involucraban aspectos relacionados con el cumplimiento del contrato. El contrato, un acuerdo de concesión entre el inversionista y la Provincia de Tucumán, Argentina, contenía una cláusula de selección de

foro exclusiva en favor de las cortes administrativas locales. El inversionista no había recurrido a las Cortes de Tucumán, sino que había preferido someter la disputa a arbitraje del CIADI, de acuerdo con el Tratado de Inversión entre Argentina y Francia.

El Tribunal sostuvo que el inversionista habría debido iniciar el proceso ante las cortes locales, puesto que sus demandas surgían “casi exclusivamente de supuestas acciones de la Provincia de Tucumán relacionadas directamente con su desempeño bajo el Contrato de Concesión”²⁵. El Tribunal enfatizó que su decisión no equivalía a imponer un requisito de agotamiento de los recursos locales de acuerdo con el Tratado Bilateral de Inversión, lo que hubiera sido contrario al texto del tratado. Más bien, estaba obligado a respetar la imposibilidad de separar las violaciones del contrato y del tratado sin interpretar previamente el contrato de concesión. Sin embargo, de acuerdo con el contrato, tal interpretación era competencia de las cortes locales. Por lo tanto, el inversionista sólo podía entablar una demanda de arbitraje del CIADI en caso de denegación de justicia ante las cortes locales²⁶.

El Comité *ad hoc* no adoptó esta línea de razonamiento. Por el contrario, trazó una distinción entre las diferentes causas de acción, bajo el tratado y el contrato, así como de los respectivos sistemas de resolución de disputas, arbitraje del CIADI y cortes locales. Enfatizó que un Estado “puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa”²⁷. Como resultado, anuló esa parte del laudo.

²³ Artículo 25 del Convenio CIADI.

²⁴ FRANCISCO ORREGO VICUÑA, *Bilateral Investment Treaties and the Most-Favored-Nation Clause: Implications for Arbitration in the Light of a Recent ICSID Case*, en G. KAUFMANN-KOHLER/B. STUCKI (Eds), *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series No. 19, 2002, p. 133; EMILIO A. MAFFEZZINI v. *The Kingdom of Spain*, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de enero de 2000, 40 I.L.M 1129 (2001).

²⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. Argentine Republic*, Laudo, 21 de noviembre de 2000, 40 ILM 426, 429 (2001), citado en la decisión *ad hoc* # 11.

²⁶ Laudo, citado en la nota anterior, # 80.

²⁷ *Vivendi* # 95

Pero, ¿qué hay de la “imposibilidad” de separar los dos tipos de reclamos y la necesidad de interpretar el contrato en los arbitrajes de tratados? ¿Acaso no era esto un obstáculo para la jurisdicción del CIA-DI? No, dijo el Comité *ad hoc*. Primero, el Tratado Bilateral de Inversión expresamente disponía que los árbitros podrían aplicar los términos de un “acuerdo especial” a una “inversión regulada por” un acuerdo tal, por lo menos en tanto fuera necesario para determinar si existía una violación del Tratado²⁸. Segundo, aun en ausencia de tal disposición, una cláusula de foro exclusivo en el contrato (a falta de un requisito de agotamiento de los recursos locales) no puede privar a un inversionista de presentar sus demandas derivadas del Tratado en el foro competente bajo el Tratado.

Otras varias decisiones del CIADI han abordado la interacción entre cláusulas de resolución de disputas en tratados de inversión y contratos de inversión. La cuestión es si hay jurisdicción bajo el tratado de inversión, aun cuando hubiere una cláusula en favor de las cortes locales en el contrato subyacente. Esta cuestión se presentó en el caso *Salini v. Marruecos*²⁹. El Tribunal confirmó que tenía jurisdicción sobre reclamos basados en una alegada violación del Tratado (incluyendo los que coincidían con reclamos por violación del contrato), independientemente de la cláusula en favor de las cortes locales del Estado huésped en el contrato de inversión. Lo hizo basándose en el razonamiento de que

las cortes así “elegidas” en el contrato “no son una opción”, *i.e.* su jurisdicción sobre contratos administrativos es obligatoria de conformidad con las leyes nacionales³⁰. En otras palabras, la cláusula de selección de foro es sólo una reiteración de una norma existente de jurisdicción obligatoria, no una elección real. Como tal, no precluye la jurisdicción basada en tratados.

Si bien el resultado de esta decisión es consistente con la distinción entre los mecanismos de resolución de disputas de los contratos y aquellos de los tratados, los motivos no lo son. Aun cuando se recurre a las cortes locales como resultado de una verdadera elección, *i.e.*, éstas no tienen jurisdicción obligatoria preexistente, el árbitro de tratado tiene jurisdicción sobre los reclamos basados en el tratado (si éstos coinciden con los reclamos bajo el contrato es irrelevante a estos efectos)³¹. Esto es evidente a la luz de la decisión *ad hoc* en *Vivendi*. Deriva además del *obiter dicta* en *Wena*. También es aparente en la reciente decisión sobre jurisdicción en *CMS v. Argentina*, donde el Tribunal sostuvo en términos inequívocos que “las cláusulas en la Licencia o sus Términos, que refieren ciertos tipos de disputas a las cortes locales de la República Argentina, no precluyen el ejercicio de jurisdicción por un tribunal del CIADI bajo el Tratado entre Estados Unidos y Argentina, ya que los objetos de estos instrumentos son distintos”³². Asimismo, el primer laudo emitido bajo el Tratado de la Asociación de Naciones del Sureste

²⁸ *Vivendi* # 110, haciendo referencia al artículo 10 del Tratado Bilateral de Inversión entre Argentina y Francia, reimpresso en 40 *ILM* 450-451 (2001).

²⁹ *Salini Costruttori Spa and Italstrade Spa v. Kingdom of Morocco*, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, 42 *ILM* 609 (2003) (conocido como *Salini*); *Lanco v. Argentine Republic*, Decisión del 23 de julio de 2001, 40 *I.L.M.* 457 (2001); ver también *Robert Azinian y otros v. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 1 de noviembre de 1999, #83, disponible en el sitio web del CIADI.

³⁰ *Salini* # 27.

³¹ De la misma opinión son Emmanuel GAILLARD/Yas BANIFATEMI, Nota Introductoria a *Salini*, 42 *ILM* 606, 608 (2003)

³² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de julio de 2003

Asiático aplica la misma regla³³.

Así pues, al parecer, la jurisdicción concurrente está bien establecida en la jurisprudencia. Aun cuando es legalmente incuestionable, es dudoso que ésta sea la mejor solución en la práctica. Implica una duplicación de esfuerzos con un desperdicio de recursos inevitable. Incluye además el riesgo de decisiones contradictorias. Como principio general, es preferible concentrar la resolución de disputas en un solo foro³⁴.

Algunos tratados intentan lograr esta concentración al requerir a la parte demandante que renuncie a cualquier otro recurso cuando solicita un arbitraje, o incluyendo una opción de “bifurcación de caminos”. Por ejemplo, el TLCAN requiere que los inversionistas renuncien a los recursos locales para poder proceder con un arbitraje³⁵. El tribunal en *Waste Management* desechó la demanda en razón de que el inversionista no había hecho una renuncia clara e irrevocable de recursos³⁶. De la misma forma, otros tratados establecen una “bifurcación de caminos”, *i.e.*, establecen que al buscar compensación en las cortes locales, el inversionista realiza una elección irrevocable y por tanto renuncia a su derecho de recurrir a los métodos de solución de disputas previstos en el tratado³⁷.

En los casos en que existe, la jurisdicción concurrente acarrea el riesgo de doble compensación en procedimientos paralelos así como de decisiones contradictorias. El primero de éstos riesgos fue abordado por el Comité en *Wena*, en el contexto de extralimitación manifiesta de facultades por falta de aplicación del derecho apropiado. En *Wena*, había habido un proceso local egipcio de arbitraje basado en acuerdos de arrendamiento que eran obligatorios tanto para el inversionista como para una entidad estatal egipcia, seguido de un arbitraje del CIADI basado en el Tratado de Inversión concluido entre Egipto y el Reino Unido.

El Comité distinguió entre los arrendamientos que eran de naturaleza comercial y el Tratado de Inversión que abordaba asuntos de naturaleza gubernamental, a saber, el estándar de protección acordado por el Estado a los inversionistas extranjeros. Estos dos instrumentos dieron pie a dos tipos de disputas, regidas potencialmente por diferentes conjuntos de normas, y sujetas a diferentes mecanismos de resolución de disputas³⁸. Los acuerdos de arrendamiento constituían la inversión, lo que tornaba aplicable el Tratado Bilateral de Inversión. Sin embargo, esta conexión no implicaba un “amalgamamiento de los diferentes instrumentos legales y métodos de resolución de controversias”, de modo que “las funciones

³³ *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, Laudo, 31 de marzo de 2003, 42 I.L.M 540 (2003).

³⁴ SCHREUER, citado en la nota 2, p. 359 con relación a *Klöckner*, en donde la jurisdicción concurrente fue el resultado de la intención de las partes, en contraste con una situación en donde se involucra un contrato y un tratado de inversión. Ver también Emmanuel GAILLARD, *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Chronique des sentences arbitrales, Journal du droit international* 2003, p. 161, 237.

³⁵ Artículo 1121.

³⁶ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, Laudo, 2 de junio de 2000, 15 ICSID Rev. – FILJ 214 (2000); Sobre el tema, en particular Axelle LEMAIRE, *Le nouveau visage de l'arbitrage entre état et investisseur étranger: le chapitre 11 de l'ALENA*, *Rev. Arb.* 2001 45, 68; Henri C. ALVAREZ, *Arbitration under the North American Free Trade Agreement*, 16 *Arb. Int.* 2000 pp. 393, 403. Contrario a *Waste Management*, otras decisiones sostuvieron que iniciar un arbitraje de inversión equivalía a una renuncia tácita a otros recursos (en particular *Ethyl. Corp. v. Government of Canada*, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, disponible en www.naftaclaims.org).

³⁷ Discutido e.g. en *Vivendi*, citado en la nota 3, # 103.

³⁸ *Wena* # 31.

públicas y privadas de estos instrumentos se mantendrán por tanto separadas y distintas³⁹.

Aun cuando las dos categorías de disputas son distintas, el propósito último es común, *i.e.*, la compensación del inversionista por sus pérdidas. Es aquí “donde la relación entre una disputa y la otra se vuelve relevante”⁴⁰. Si se otorgara compensación parcial en un procedimiento, esto debe ser tomado en cuenta en el otro “en el afán de prevenir una suerte de doble compensación a favor del inversionista”⁴¹.

El segundo riesgo inherente de la jurisdicción concurrente es el de obtener decisiones contradictorias. Este riesgo fue abordado en particular en *Azinian v. México*, un caso del TLCAN conducido bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁴². En esencia, una ciudad en México había otorgado una concesión de recolección de basura a un grupo de inversionistas estadounidenses. El contrato de concesión estaba regido por el derecho mexicano y sujeto a la jurisdicción de las cortes locales. Algunos meses después, la ciudad canceló la concesión debido a presuntas declaraciones falsas de los inversionistas. Éstos últimos recurrieron a las cortes locales para impugnar la cancelación, las cuales confirmaron la cancelación de la concesión. Los inversionistas iniciaron seguidamente un proceso de arbitraje TLCAN contra el

Gobierno de México. Si bien el Tribunal desestimó la demanda debido a que la cancelación de la concesión no constituía una violación al Tratado, remarcó que no estaba vinculado por el fallo de la corte local en los siguientes términos:

*“[...]un tribunal internacional llamado a pronunciarse sobre el cumplimiento de un Estado con un tratado internacional no se encuentra paralizado por el hecho de que las cortes nacionales han aprobado la conducta de los funcionarios públicos pertinentes”*⁴³.

En suma, estos ejemplos relativos a la jurisdicción en arbitrajes de tratados muestran la naturaleza particularmente compleja y técnica de estos asuntos. Éstos requieren de un análisis legal riguroso; no de estándares imprecisos y nociones vagas tales como la extralimitación manifiesta de facultades. Si los requisitos jurisdiccionales no son abordados de manera rigurosa, existe el riesgo de que la actual hostilidad en contra del arbitraje de inversión aumente y de que los estados desilusionados retiren su consentimiento a éste⁴⁴, lo que sería un desarrollo desafortunado que ciertamente podría evitarse a través de un entendimiento adecuado de los estándares relevantes.

2.1.3. El rol reducido de la intención de las partes

³⁹ *Wena* # 33.

⁴⁰ *Wena* # 49.

⁴¹ *Loc.cit.* El mismo razonamiento, *i.e.*, que la coexistencia de procedimientos separados es una cuestión a tomar en cuenta al calcular los daños, se emplea en *Tradex Hellas SA v. Republic of Albania*, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de diciembre de 1996, 14 ICSID Review – FILJ 161 (1999).

⁴² Citado en la nota 29.

⁴³ *Azinian* # 98: “[...]an international tribunal called upon to rule on a Government’s compliance with an international treaty is not paralyzed by the fact that the national courts have approved the relevant conduct of public officials.” En el tema de la preponderancia de las decisiones de tribunales internacionales por sobre aquellas de las cortes locales, especialmente en la etapa de la ejecución, ver GAILLARD, citado en la nota 34, pp. 237-238.

⁴⁴ Ver por ejemplo a Nigel BLACKABY, *Public Interest and Treaty Arbitration*, en G. KAUFMANN-KOHLER/B. STUCKI (Eds), citado en la nota 24, pp. 145-146; William W. PARK, *NAFTA Chapter 11: Capital Exporters as Host States*, op. cit. pp. 9, 24-25.

Existe otra consideración en favor de la conclusión a la que se acaba de llegar, relacionada al papel que juega la intención de las partes en la creación de jurisdicción.

La jurisdicción basada en un acuerdo de arbitraje específico es, por su propia naturaleza, específica. Se amolda para abordar las necesidades específicas de una inversión particular, *e.g.*, al proporcionar ciertas definiciones de inversionista o de inversión, o al delimitar el alcance y la naturaleza de la disputa sometida a arbitraje. Más allá de las cuestiones reguladas por el Convenio CIADI, la intención de las partes al concluir un acuerdo de arbitraje será interpretada en base a las normas de derecho privado sobre la interpretación de contratos. Éstas darán cabida a elementos subjetivos y dejarán un cierto margen de apreciación a los árbitros.

En contraste, la jurisdicción sobre demandas derivadas de tratados se define en abstracto para un número indefinido de futuras inversiones. Es natural que prevalezcan criterios más objetivos en este caso. Las disposiciones pertinentes serán interpretadas según las normas de interpretación de tratados, las cuales requieren ante todo considerar el objeto y propósito del tratado⁴⁵. Esto significa que la intención de las partes en la disputa, o por lo menos la de una de éstas, no es relevante. Significa además que la misma cláusula de resolución de disputas (o disposiciones con contenido idéntico) puede aplicarse una y otra vez – una frecuencia potencial que requiere de decisiones consistentes. Esta característica adicional será

analizada en breve.

2.2. Derecho aplicable

Hay consenso general en que la falta de aplicación del derecho apropiado bajo el artículo 42(1) del Convenio CIADI puede constituir una extralimitación manifiesta de facultades y llevar por lo tanto a la anulación del laudo. También está bien establecido que la falta de aplicación del Derecho apropiado no equivale a un error en la aplicación del Derecho⁴⁶.

El artículo 42(1) del Convenio CIADI establece que el Tribunal Arbitral deberá aplicar las normas de Derecho elegidas por las partes. En ausencia de una elección, deberá aplicar el Derecho del Estado huésped⁴⁷ “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

La falta de aplicación del Derecho apropiado fue invocada como causal de anulación en *Klöchner I* y en *Amco I*. En ambos casos, las partes no habían acordado el Derecho aplicable, el que se determinó de acuerdo con la segunda parte del artículo 42(1). Se aceptó que la sanción para una violación del artículo 42(1) estaba contenida en el artículo 52⁴⁸. La causal se interpretó de forma amplia y los laudos fueron anulados. Esta misma causal se invocó en *MINE*, donde las partes habían acordado aplicar el Derecho del Estado huésped, así como en *Wena*, en donde el Tribunal Arbitral resolvió la disputa esencialmente a través de la aplicación del Tratado Bilateral de Inversión

⁴⁵ Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴⁶ *Wena* # 22. Para una discusión sobre decisiones anteriores en este respecto, ver SCHREUER, citado en la nota 2, pp. 943 ff.

⁴⁷ La versión en español del artículo 42(1) del Convenio CIADI se refiere a la “legislación” del Estado que es parte de la diferencia; sin embargo, el término “Derecho” parecería más adecuado. En efecto, la versión en inglés del artículo 42(1) se refiere a “law”, mientras que la versión en francés se refiere a “droit.” Si bien los tres textos del Convenio CIADI son “igualmente auténticos” (artículo 75, *in fine*), se postula, por una cuestión de consistencia, que la versión en español del artículo 42 debería referirse a “Derecho”, y no a la más restringida noción de “legislación.”

⁴⁸ Esta proposición ha sido cuestionada (ver SCHREUER, citado en la nota 2, p. 945)

pertinente. En ambos casos, la anulación fue denegada. Finalmente, la causal también fue invocada en *Vivendi*, pero no tuvo incidencia en la decisión⁴⁹.

La comparación entre *Amco I* y *Klöckner I*, por un lado, y *Wena*, por el otro, esclarece ciertas diferencias con respecto al papel que juega el Derecho internacional, las cuales tienen relevancia para la revisión del Comité *ad hoc*. Antes de examinar esas diferencias, se abordará una vez más el tema de la extralimitación manifiesta.

2.2.1. Extralimitación manifiesta de facultades

En sus análisis sobre la aplicación del Derecho por parte del Tribunal, los Comités *ad hoc* en *Amco I* y *Klöckner I* parecieron haber pasado por alto que tal exceso, *i.e.*, en este contexto la falta de aplicación del Derecho designado según el artículo 42, tendría que ser manifiesto para que pudiera generar la anulación⁵⁰.

En contraste, en *Wena* se insistió sobre el requisito de que la extralimitación fuera manifiesta en los siguientes términos:

*“La extralimitación manifiesta de facultades debe ser auto-evidente, y no el producto de interpretaciones elaboradas en un sentido u otro. Cuando lo anterior sucede, la extralimitación deja de ser manifiesta”*⁵¹.

Tal insistencia parece estar justificada en este contexto. Ciertamente, la naturaleza

de “manifiesta” de la extralimitación de facultades está justificada aquí. No así en el área de jurisdicción. A falta de tal requisito, la revisión del Comité hubiera resultado casi inevitablemente en un nuevo examen del fondo del caso. Al igual que en el área de jurisdicción, los estándares de revisión no son diferentes dependiendo de la base de jurisdicción; las diferencias yacen en otro lado.

2.2.2. El mayor rol del Derecho internacional

Las diferencias surgen porque son distintas fuentes de Derecho las que rigen la disputa en arbitrajes de contrato y de tratado. Las disputas que se derivan de contratos de inversión caben perfectamente en el marco del artículo 42. Esto no es ninguna sorpresa, dado que tal disposición fue diseñada teniendo en cuenta precisamente este tipo de disputa. No puede decirse lo mismo sobre las disputas derivadas de un tratado, ya que éstas están sujetas esencialmente a las normas del Derecho internacional; al propio tratado en primera instancia y principalmente⁵².

De aquí necesariamente surge la pregunta del papel que juega el Derecho internacional en relación con el fondo de las disputas en la práctica del CIADI. Una ojeada a la decisión *ad hoc* en *Wena* resulta de interés al tratar de dar respuesta a esta cuestión. El Comité *ad hoc* en *Wena* primero examinó si las partes habían elegido el Derecho aplicable de conformidad con la primera oración del artículo 42(1). Para responder a la pregunta, el Tribunal recurrió a la distinción

⁴⁹ SCHREUER, citado en la nota 6.

⁵⁰ *Klöckner I* # 79 ; *Amco I* ## 57 ff.

⁵¹ “The excess of power must be self-evident rather than the product of elaborate interpretations one way or another. When the latter happens the excess is no longer manifest”. *Wena* # 25. De la misma forma, aunque no tan claro, *MINE* ## 6.31-6.43.

⁵² El artículo 1131 (1) del TLCAN apoya esta observación, puesto que el Tribunal Arbitral debe resolver la disputa “de acuerdo con el Tratado [TLCAN] y las reglas de derecho internacional aplicables”. En contraste con el artículo 42, no hay mención alguna al derecho elegido por las partes o al derecho del Estado huésped.

entre tratado y contrato. En los contratos de arrendamiento entre un inversionista y una entidad estatal egipcia, las partes habían acordado la aplicación del derecho egipcio. Sin embargo, los arrendamientos no eran la materia del arbitraje CIADI, que versaba sobre reclamos contra el Estado bajo el Tratado Bilateral de Inversión pertinente. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 42(1), no existía una elección del Derecho aplicable, y el Comité procedió a determinar cuál era el Derecho aplicable bajo la segunda oración del artículo.

El Tribunal había aplicado la ley del tratado. ¿Era esto admisible? ¿Cuál era la interacción entre el Derecho nacional y el internacional? El Comité se percató de la existencia de puntos de vista divergentes sobre el rol del Derecho internacional en este contexto, ya sea restrictivo o expansivo. No le dio preferencia a una perspectiva por sobre la otra. Más bien sostuvo:

“Pareciera no haber una sola respuesta a cuál de estos puntos de vista es el correcto. Las circunstancias de cada caso pueden justificar una solución o la otra. No obstante, no es tarea de este Comité elaborar conclusiones precisas en esta materia, sino sólo decidir si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades con respecto al artículo 42(1) del Convenio CIADI. Más aún, el uso de la palabra ‘pudieren’ [y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables]

en la segunda oración de esta disposición indica que el Convenio no traza una distinción clara del alcance respectivo del derecho internacional y el doméstico, y, consecuentemente, esto tiene el efecto de conferir al tribunal un cierto margen o facultad de interpretación. [...] Lo que es claro es que el sentido y significado de las negociaciones que llevaron a la segunda oración del artículo 42(1) permite que ambos órdenes legales jueguen un papel. El derecho del estado huésped puede, de hecho, ser aplicada junto con el derecho internacional si estuviese justificado. Asimismo, el derecho internacional puede ser aplicado en sí mismo si la norma apropiada se encuentra en este otro ámbito”⁵³.

Habiendo establecido estos parámetros, el Comité prosiguió con el examen del Derecho aplicado en el laudo impugnado. Enfatizó que, en virtud de la Constitución egipcia, los tratados internacionales que son ratificados se incorporan al derecho nacional. Como resultado, el Tribunal no había aplicado “normas ajenas al ordenamiento jurídico doméstico” del Estado huésped ni normas “en derogación de la ley y políticas egipcias”⁵⁴. Por lo tanto, el Comité sostuvo que, al aplicar el Tratado de Inversión, el Tribunal no había excedido sus facultades. No queda del todo claro si llegó a esta conclusión porque el Tratado era parte del derecho egipcio o porque el artículo 42(1) autorizaba la aplicación del Derecho internacional bajo

⁵³ “There seems not to be a single answer as to which of these approaches is correct. The circumstances of each case may justify one or another solution. However, it is not this Committee’s task to elaborate precise conclusions on this matter, but only to decide whether the Tribunal manifestly exceeded its power with respect to Article 42(1) of the ICSID Convention. Further the use of the word “may” [and such rules of international law as may be applicable] in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on the Tribunal a certain margin or power for interpretation. [...] What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host state can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit.” Wena ## 39-40.

⁵⁴ Wena ## 44-45.

las circunstancias del caso. Ciertamente, la distinción es puramente académica en este contexto. No lo sería, sin embargo, en un ordenamiento jurídico dualista en el que el Tratado aún no hubiera sido incorporado al derecho doméstico.

El Comité también analizó quejas específicas sobre el Derecho aplicado en el laudo, una de las cuales resulta particularmente relevante a nuestros propósitos. El Tribunal había concedido interés compuesto haciendo referencia al Derecho internacional y a la práctica internacional, mientras que el Tratado Bilateral de Inversión guardaba silencio en cuestiones de interés y el derecho egipcio limitaba la concesión de interés. Cuando el Tratado guarda silencio, ¿los árbitros debían recurrir al derecho del Estado huésped o estaban facultados a basarse en el Derecho internacional y en la práctica del CIADI? El Comité encontró la respuesta en el propio Tratado; específicamente, en la disposición que definía una “compensación pronta, adecuada y efectiva” como el valor de mercado de los activos inmediatamente antes de la expropiación. Esta definición requería que la compensación no fuese erosionada con el paso del tiempo. Al otorgar interés compuesto de acuerdo con la práctica comercial internacional, el Tribunal no había hecho más que seguir la letra del Tratado.

Con excepción de las afirmaciones generales al inicio de la discusión, la decisión es esencialmente cautelosa en lo que se refiere a la implementación del rol del Derecho internacional: no hay una objeción con-

tra la aplicación del Tratado ya que éste es parte del derecho doméstico; tampoco hay una objeción contra la aplicación del Derecho y la práctica internacionales relativos al interés, puesto que éstos implementan las normas establecidas en el Tratado (que forma parte del derecho doméstico).

¿Qué aporta *Wena* a la práctica del CIADI? Con relación a las situaciones en las cuales un Tribunal del CIADI podría aplicar el Derecho internacional de acuerdo con el artículo 42(1), *Wena* confirma el entendimiento que surge de la historia del Convenio CIADI. Otros autores ya han analizado en detalle esa historia⁵⁵. Es suficiente recordar aquí los resultados de tal análisis. El artículo 42 permite la aplicación del derecho internacional en las siguientes circunstancias:

- i. las partes han elegido el Derecho internacional (artículo 42(1) primera oración);
- ii. el Derecho local requiere la aplicación del Derecho internacional (artículo 42(1) segunda oración, inicio);
- iii. la materia de la disputa está regulada directamente por el Derecho internacional (artículo 42(1), final);
- iv. para llenar un vacío en el derecho nacional aplicable (artículo 42(1) final; la así llamada función complementaria o supletoria)
- v. para corregir las consecuencias de un derecho nacional que viola el derecho internacional (artículo

⁵⁵ W. Michael REISMAN, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold*, 15 ICSID Rev. – FILJ 362, en particular 379 (2000), citando entre otras fuentes al Dr. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and the Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure*, en *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke* 12,16-17 (Pieter SANDERS ed., 1967): “La historia de la disposición no deja dudas, en mi opinión, de que el Tribunal puede aplicar el Derecho internacional (i) cuando el derecho doméstico así lo requiera, (ii) cuando la materia está directamente regulada por el Derecho internacional (un caso que, en la práctica, no es fácil de distinguir de (i)), y (iii) cuando el derecho doméstico o las acciones emprendidas bajo éste resulten violatorias del Derecho internacional”, Ibrahim F.I. SHIHATA/ Antonio PARRA, *Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention*, 9 ICSID Rev. – FILJ 183, 190 ff. (1994).

42(1) final; función correctiva).

En los arbitrajes de inversión, la materia de fondo se encuentra primordialmente regida por el Tratado de Inversión. Ya sea que se trate de la situación descrita en los incisos (ii) o (iii) referidos anteriormente, el Tribunal aplicará el Tratado (y no tomará en cuenta el Derecho nacional fuera del Tratado) sin correr el riesgo de no aplicar el Derecho apropiado bajo el artículo 42(1). Y en caso de que el Tratado no contenga una norma expresa sobre una cuestión particular, el Tribunal podrá hacer cumplir los propósitos del Tratado haciendo referencia al Derecho internacional antes que al doméstico, *i.e.*, sigue actuando dentro del alcance de la situación (iii) descrita arriba. Para llegar a esta conclusión, no hace falta argumentar a favor de una aplicación más expansiva del Derecho internacional que la prevista inicialmente⁵⁶.

La contribución de *Wena* más bien se relaciona con el alcance de la revisión del Comité *ad hoc*. Ciertamente, el Comité adopta una visión restrictiva sobre la anulación por falta de aplicación del Derecho apropiado. Reafirma que existe un margen de discreción en la valoración del árbitro sobre la interacción del Derecho internacional y el doméstico. Al mismo tiempo, insiste en que la extralimitación debe ser manifiesta o “auto-evidente”. En conjunto, estos dos factores llevan a que las anulaciones por esta causal sean poco probables. Éste es sin duda un logro bienvenido. Está en línea con los propósitos del Convenio, que excluye una revisión del fondo del asunto.

La visión restrictiva que emerge de *Wena*, ¿se aplica exclusivamente a arbitrajes

de tratados o cubre también laudos emitidos sobre la base de contratos? Las cuestiones abordadas en *Wena* eran propias de arbitrajes de tratados puesto que dependían de la aplicación del Tratado, su estatus legal y sus objetivos. En los arbitrajes contractuales, generalmente habrá una elección de Derecho aplicable bajo la primera oración del artículo 42(1). En tal caso, el Derecho internacional sólo entrará en escena para llenar vacíos o para corregir el resultado de la aplicación del Derecho doméstico. En ausencia de una elección, no existe *a priori* una razón legítima para no recurrir al Derecho doméstico del Estado huésped. Será suficiente que la intervención del Derecho internacional esté circunscripta a las funciones supletorias y correctivas.

En resumen, la determinación del Derecho aplicable surge en escenarios diferentes y plantea cuestiones distintas en arbitrajes de tratado y de contrato. En ambos casos, la revisión estará limitada por el requisito de que la extralimitación sea “manifiesta”. En los arbitrajes de tratado, estará también limitada por la discreción que gozan los árbitros para valorar la interacción del Derecho internacional y nacional en las circunstancias específicas que se les presentan.

3. TAL VEZ EL PROCESO DE REVISIÓN DEBERÍA SER DISTINTO PARA TOMAR EN CUENTA EL INTERÉS PÚBLICO

El arbitraje de inversión puede involucrar asuntos sensibles de interés público⁵⁷. Éste determina la legalidad de acciones regulatorias y administrativas de los Estados, con un impacto político y económico potencialmente altos. Si bien les concede a

⁵⁶ Sobre este tema, ver también Emmanuel GAILLARD, *The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, en Emmanuel GAILLARD/Yas BANIFATEMI, ver nota al pie 15, pp. 223-241.

⁵⁷ BLACKABY, citado en la nota 44; Dora Marta GRUNER, *Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform*, 41 *Colum.J. Transn'l L.* 923 (2003).

los inversionistas un acceso adecuado a la justicia, es al mismo tiempo un instrumento de buena gobernabilidad⁵⁸. Y sin embargo utiliza un método de resolución de controversias diseñado para disputas comerciales que carecen de tales características.

Algunos creen que el arbitraje no es apropiado para resolver disputas de inversión⁵⁹, o que la resolución de controversias de inversión se encuentra en un estado de transición entre el arbitraje comercial internacional y una forma de control cuasi judicial internacional de la conducta regulatoria de los Estados que aún se encuentra en desarrollo⁶⁰. El hecho es que, en la actualidad, el arbitraje se ofrece en un vasto número de tratados de inversión y que las partes lo utilizan cada vez más con mayor frecuencia. La cuestión inmediata en la práctica es entonces cómo reconciliar la naturaleza pública de las disputas de inversión con la naturaleza tradicionalmente privada del arbitraje. Puesto de otra forma, la pregunta es cómo dar cabida al componente de interés público en el arbitraje de inversión.

A nivel del control de los laudos, existen dos aspectos de interés público que podrían requerir adaptaciones de los mecanismos tradicionales de arbitraje: la demanda de transparencia en el proceso y la necesidad de consistencia en las decisiones.

3.1. Transparencia

3.1.1. La participación de grupos de interés público como partes o como amici curiae

Cada vez más, los grupos de interés público demandan tener una voz en los arbitrajes que podrían afectar los intereses que promueven. Esta expectativa se relaciona principalmente con el proceso arbitral como tal, pero también podría aparecer en la etapa de anulación. ¿Se puede dar cabida a estos intereses? De ser así, ¿bajo qué forma procesal?

Varios Tribunales han abordado estas cuestiones⁶¹, en particular dos Tribunales del TLCAN operando bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Las siguientes tres reglas surgen de sus decisiones.

Primero, el Tribunal no tiene la facultad de permitir la participación de terceros como *partes* en el arbitraje. Sin el consentimiento de todos los involucrados, el tribunal no tiene jurisdicción sobre estos terceros. De la misma forma, ya que no cuentan con la calidad de partes, tales terceros no pueden asistir a la audiencias orales, ya que éstas son privadas como resultado de la aplicación del artículo 25(4) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Segundo, las facultades procesales conferidas al Tribunal de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la

⁵⁸ Thomas WÄLDE/Todd WEILER, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct to Economic Regulation*, en G. KAUFMANN-KHOLER/B. STUCKI (Eds), *Investment Treaties Regulation and Arbitration*, ASA Special Series No. 19, 2002, pp. 159,168.

⁵⁹ Brigitte STERN, *International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System*, en el *7th Geneva Global Arbitration Forum*, J. Int. Arb. 1999, pp. 118, 128.

⁶⁰ Thomas WÄLDE/Todd WEILER, citado en la nota 57, p. 220.

⁶¹ *Methanex Corp. v. United States of America*, Decisión del Tribunal sobre las Peticiones de Terceras Partes para Intervenir como «Amici Curiae», 15 de enero de 2001, disponible en www.naftaclaims.org; ver también *16 Mealey's Int'l Arb. Rep. no. 1* (2001) p. 6; *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, Decisión del Tribunal sobre las Peticiones de Intervención y Participación como *Amici Curiae*, 17 de octubre de 2001, disponible en naftaclaims.org; ver también *Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia*, Carta del Presidente del Tribunal, enero 2003, disponible en www.earthjustice.org

CNUDMI autorizan a los árbitros a aceptar escritos *amicus curiae* de terceros⁶². Esta prerrogativa se limita a contribuciones escritas y es discreción del tribunal decidir qué peso se les atribuirá.

Tercero, el tribunal tiene discreción para aceptar o no escritos de *amicus curiae*, y determinar, si los acepta, bajo qué condiciones. En ejercicio de este poder discrecional, el tribunal tomará en cuenta las circunstancias particulares del arbitraje, incluido el riesgo de trato injusto que la carga adicional de afrontar estos escritos podría generarle a una de las partes⁶³, la importancia del carácter público de los asuntos en cuestión, el interés genuino de los peticionarios en estas cuestiones, la probabilidad de que la contribución sea de ayuda al Tribunal, así como el valor de un proceso más transparente⁶⁴. En *Methanex*, el Tribunal sopesó estos factores y declaró que estaba dispuesto a recibir una presentación de una asociación privada para la protección del ambiente en los siguientes términos:

“Sin duda existe un interés público en este arbitraje. Los asuntos sustantivos abarcan cuestiones que van mucho más allá de las que comúnmente se plantean en arbitrajes transnacionales entre entidades privadas. Esto no es meramente porque una de las partes de la disputa se trata de

un Estado Contratante [...] El interés público en este arbitraje surge del tema mismo [...]. Hay además un argumento más amplio [...]: el procedimiento arbitral del Capítulo 11 podría resultar beneficiado si fuese percibido como más abierto y transparente o, por el contrario, dañado si pareciera indebidamente confidencial”⁶⁵.

Estas decisiones lidiaban con el arbitraje en sí. El mismo reclamo por transparencia puede expresarse en el contexto de la anulación de un laudo. En los procedimientos judiciales para anular el laudo *Metalclad* del TLCAN, la Corte Suprema de British Columbia respondió a esta solicitud permitiendo que una ONG filmara las audiencias en su totalidad y luego las publicara en internet⁶⁶.

Como demuestran estos casos, el arbitraje ha encontrado algunas formas para adaptarse a la necesidad de transparencia en las disputas de inversión. Queda abierta, sin embargo, la cuestión de si éstas serán suficientes en el largo plazo para satisfacer las legítimas expectativas del público por obtener más información.

Los fallos que permitieron escritos de *amicus curiae* se decidieron bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en

⁶² Esto no se aplica a los Estados Miembros del TLCAN que no son parte del arbitraje, a los cuales el Tratado autoriza a hacer presentaciones “sobre cuestiones de interpretación del Tratado” (artículo 1128).

⁶³ La posición de las ONG generalmente apoyará al Estado demandado y, por lo tanto, podría representar una carga adicional para la parte demandante, especialmente si presenta argumentos que el Estado no esgrimió. (*Methanex*, citado en la nota 59, # 50; Patrick DUMBERRY, *The Admissibility of Amicus Curiae Briefs in NAFTA Chapter 11 Proceedings: Some Remarks on the Methanex Case, a Precedent Likely to be Followed by Other NAFTA Arbitral Tribunals*, *ASA Bull.* 2001 pp. 74, 85.).

⁶⁴ *UPS*, citado en la nota 59, ## 69-70; *Methanex*, citado en la nota 59, ## 36-37, 48 ff.

⁶⁵ “*There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between private parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a Contracting State [...] The public interest in this arbitration arises out of its subject matter [...]. There is also a broader argument [...] : the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open and transparent, or conversely harmed if seen as unduly secretive.*” *Methanex*, citado en la nota 59, # 49.

⁶⁶ Emmanuel GAILLARD, *Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements CIADI – Chronique des sentences arbitrales*, *Journal du droit international*, 2002, p. 189,195

particular el artículo 15(1). ¿Habría sido diferente el resultado si se hubiese aplicado el Convenio CIADI? La respuesta es “no” – el Convenio contiene disposiciones similares a las del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y, por ende, el mismo análisis prevalecería. Un tribunal del CIADI no tiene facultades para añadir partes a una disputa. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 44, posee facultades procesales similares a las otorgadas por el artículo 15(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El carácter privado de las audiencias orales⁶⁷ no es obstáculo para la admisión de presentaciones escritas y no existen otras disposiciones que impidan la admisión de escritos de *amicus curiae*. Las mismas reglas se aplican al procedimiento de anulación⁶⁸.

Se puede razonablemente debatir si la presentación de escritos de *amicus curiae* tiene sentido en la etapa de anulación, ya que la revisión no incluye una reevaluación del fondo del asunto⁶⁹. Con esta salvedad, el Comité *ad hoc* del CIADI podría en principio asumir la facultad de decidir si acepta o no tales escritos.

3.1.2. Arbitrajes de tratados versus arbitrajes de contratos

Estas observaciones se aplican principalmente a los arbitrajes de tratados. No son, sin embargo, totalmente ajenas a los arbitrajes de contratos, que con frecuencia involucran cierto grado de interés público. Pareciera no haber una clara distinción entre arbitrajes de contrato y de tratado en términos de la presencia o ausencia de asuntos de interés público. Es más bien una cuestión de

la intensidad e inmediatez del interés público en juego. De este modo, como regla, los escritos de *amicus curiae* podrían ser aceptados tanto en arbitrajes de contrato como de tratado, sujetos siempre a la discreción del tribunal, que tomará en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

3.2. Consistencia de las decisiones

Con el auge del arbitraje de inversión, cada vez habrán más y más laudos que aborden los mismos temas; en ocasiones, lidiarán con las mismas medidas adoptadas por el mismo Estado bajo la misma legislación. La Ley de Emergencia Argentina, que impuso reducciones de tarifas y otras restricciones en todos los servicios públicos regulados, es el ejemplo perfecto.

Se trata de un escenario nuevo⁷⁰. Es nuevo porque en los arbitrajes de contrato clásicos, las demandas surgen de una sola medida, adoptada en conexión con una inversión específica. Es nuevo también porque, en las crisis financieras anteriores, o bien no había tantos Tratados Bilaterales de Inversión disponibles, o bien había menos demandas de los inversionistas.

En este nuevo escenario, no se puede excluir la posibilidad de que diferentes paneles lleguen a conclusiones diferentes, aun cuando se refieran al mismo Tratado Bilateral de Inversión y a la misma medida estatal. Tales inconsistencias actúan en detrimento del desarrollo uniforme del Derecho. Existe el riesgo de que las decisiones inconsistentes desacrediten el sistema. Como resultado, tanto los Estados, como los inversionistas

⁶⁷ Artículo 32(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

⁶⁸ Como resultado de la referencia contenida en el artículo 52(4) del Convenio CIADI y el artículo 53 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

⁶⁹ UPS, citado en la nota 59, consideró que las presentaciones de terceros sólo podían abordar el fondo de la disputa, y no cuestiones de jurisdicción u otras cuestiones de procedimiento. (#71).

⁷⁰ Sobre este tema, ver en particular BLACKABY, citado en la nota 44, pp. 153-154.

y el público en general podrían perder confianza en el mecanismo de resolución de disputas. Es cierto que el riesgo es menor en arbitrajes de inversión del CIADI que en otros. Esto se debe a que el CIADI tiene un mecanismo propio de anulación, mientras que los otros sistemas dependen de los procedimientos de anulación ante las cortes nacionales. La Ley Federal de Comercio de los Estados Unidos de 2002 aborda expresamente esta preocupación por la consistencia. Establece la protección de los inversionistas como objetivo de negociación de los Estados Unidos por medio de la “instauración de un órgano de apelación o un mecanismo similar para dar coherencia en la interpretación de las disposiciones de inversión en acuerdos de comercio”⁷¹.

Aun cuando el riesgo de inconsistencia es menor en los arbitrajes del CIADI, no es insignificante. Bajo las normas existentes, los Comités *ad hoc* no pueden corregir interpretaciones inconsistentes de normas idénticas en los Tratados. Incluso asumiendo un error en la aplicación del Derecho, esto no constituye una extralimitación manifiesta de facultades en el sentido del artículo 52 del Convenio. Y aun cuando los Comités *ad hoc* estuvieran facultados para corregir interpretaciones divergentes, nada asegura que las propias decisiones *ad hoc* fuesen consistentes. En efecto, la composi-

ción de los Comités es variable⁷² y el principio de *stare decisis* no se aplica.

¿Cómo se podría evitar entonces el riesgo de decisiones inconsistentes? Se podrían adoptar medidas en la etapa de anulación o, preferentemente en la opinión de la autora, en la etapa del arbitraje mismo. En la etapa de anulación, se podría pensar en extender las causales de revisión para que se incluyera una apelación sobre cuestiones de Derecho, posiblemente junto con la creación de un órgano permanente de anulación. Se han presentado propuestas de esta naturaleza⁷³, especialmente en el contexto del TLCAN.

La desventaja es el probable aumento en las solicitudes de anulación, con la consecuente pérdida de eficiencia, tanto en términos de costos como de tiempo requerido para arribar a una decisión final. Existe un equilibrio delicado entre la búsqueda de la finalidad y la búsqueda de la calidad⁷⁴. Ese equilibrio podría ser perturbado de abrirse aún más la puerta a las anulaciones.

Otra posible solución consistiría en introducir un mecanismo de consulta en la etapa del procedimiento arbitral. Todo Tribunal del CIADI podría solicitar orientación sobre cuestiones de Derecho a un órgano consultivo permanente⁷⁵. Un

⁷¹ Sección 2102(b)(3)(G)(iv) 19 USC 3801; sobre este tema, Barton LEGUM, *The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act of 2002 (Section 2102(b)(3)(G) of the US Trade Act)*, en Emmanuel GAILLARD/Yas BANIFATEMI, ver nota al pie 15, pp. 289-296.

⁷² Incluso si hay intentos por seleccionar a los miembros del Comité de un círculo limitado (ver PAULSSON, citado en la nota 2, p. 391).


⁷³ Para una apelación sobre cuestiones de Derecho, e.g., BLACKBAY citado en la nota 44, p. 156. Para un sistema internacional permanente de apelación en arbitrajes de inversión, análogo al Órgano de Apelación de la OMC, WALDE/WEILER, citado en la nota 56, p. 172. Para una discusión general sobre la reforma del mecanismo de control en los arbitrajes bajo el Capítulo 11 del TLCAN, donde el problema es más agudo en razón del involucramiento de las cortes nacionales, Jack J. COE, *Taking Stock with NAFTA in its Tenth Year*, publicación en VANDERBILT J. *Transn'l L.* (2003).

⁷⁴ PAULSSON, citado en la nota 2, p. 391.

⁷⁵ La función de un órgano independiente con jurisdicción interpretativa difiere considerablemente de la establecida en el artículo 1131(2) del TLCAN, según el cual los Estados miembros del Tratado pueden emitir interpretaciones

modelo a seguir podría ser el procedimiento descrito en el artículo 234 (anteriormente 177) del Tratado de la Comunidad Económica Europea, de acuerdo con el cual las cortes locales de los Estados Miembros pueden solicitar decisiones interpretativas a la Corte Europea de Justicia sobre cuestiones de Derecho europeo. De estar correctamente diseñado, tal mecanismo podría asegurar

consistencia en las decisiones sin las desventajas de un procedimiento de apelación completo.

Sí, no, tal vez – la respuesta tiene múltiples partes. La parte del “tal vez” es una reflexión sobre una evolución en curso, que será obviamente la materia central de los avances en los años venideros. 

conjuntas del tratado. Se postula aquí que el mecanismo de consulta propuesto cumpliría con la definición de “mecanismo similar” en la Sección 2101 (b)(3)(G)(iv) de la Ley Federal de Comercio de Estados Unidos.

LA PROLIFERACIÓN DE LA NULIDAD DE LOS LAUDOS: UNA FALLA DEL CIADI QUE SÍ PUEDE SER CORREGIDA

ANDRÉS A. MEZGRAVIS (*)

CAROLINA GONZÁLEZ (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Evolución y distintas generaciones de laudos. 3. ¿De regreso a la primera generación? 4. Los Jueces parecieran comprender mejor la distinción entre apelación y nulidad. 5. Críticas al sistema y soluciones sugeridas. 6. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

Se sostiene que por razones psicológicas y hasta sociales, los recursos han existido en casi todas las épocas de la humanidad. La necesidad de sentir confianza en que una injusticia podría ser reparada, es lo que en definitiva pareciera justificar la consagración de los recursos. Esta necesidad a su vez plantea discusiones doctrinales desde muy antiguo respecto a si debe haber una, dos o más instancias¹.

Sin embargo, una de las principales ventajas que más se ha resaltado del Convenio CIADI, es que la eficacia y ejecución de los laudos arbitrales que se dictan conforme a éste es mucho más efectiva que cualquier otra convención internacional. Bajo el Con-

venio CIADI, no existe causal alguna que se pueda alegar para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo. Adicionalmente, el cumplimiento forzoso del laudo se puede solicitar en cualquiera de los 146 Estados que hasta ahora lo han ratificado como si se tratase de una sentencia judicial dictada por un tribunal judicial perteneciente al Estado en que se solicita dicho cumplimiento².

Un laudo arbitral CIADI no puede ser revisado ni anulado por tribunal judicial alguno. De manera que aunque la sede principal del CIADI está en Washington, ni las cortes judiciales estadounidenses ni ninguna otra, tienen injerencia en el arbitraje CIADI.

Conforme al artículo 53 del Convenio CIADI, el laudo no puede ser objeto de ape-

(*) Socio Coordinador de Mezgravis & Asociados, Profesor de Pregrado y Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, en el curso de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos.

(**) Asociada Senior de Mezgravis & Asociados. LL.M en Estudios Generales de la Universidad de Nueva York.

¹ MEZGRAVIS, Andrés. *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial. Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 13, Caracas, pp. 205-272.

² De acuerdo a la página oficial del CIADI, al 27 de diciembre de 2010, 157 Estados han firmado el Convenio, pero sólo 146 lo han ratificado.

lación³. Y el recurso de nulidad solamente puede ser conocido por Comités o Comisiones *ad hoc*⁴, designadas por el CIADI. Son estas Comisiones las únicas que pueden suspender temporalmente la ejecución del laudo mientras resuelven dicho recurso⁵.

El recurso de nulidad previsto en el artículo 52 del Convenio establece causales taxativas muy restringidas. Esto obedece a que dicho recurso fue diseñado por sus redactores como un mecanismo de carácter extraordinario a ser utilizado solamente en casos de vicios inusuales y muy significativos⁶.

Ahora bien, no a todo arbitraje de inversiones le resultan aplicables las mencionadas reglas. Por ejemplo, a los arbitrajes de inversiones administrados bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o aquellos administrados bajo las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (denominados arbitrajes no CIADI), le son

aplicables las reglas domésticas de procedimiento de impugnación de la sede del arbitraje. En consecuencia, será la *lex arbitri* la que determine los lapsos para intentar el recurso de nulidad, las distintas causales, los efectos en caso de que se declare la nulidad e incluso si cabe recurso de apelación de la decisión de nulidad dictada por un tribunal de primera instancia⁷.

Siempre ha existido cierta reserva, y hasta se ha visto como una debilidad frente al arbitraje CIADI, que en los arbitrajes de inversiones no CIADI intervienen los tribunales judiciales locales. Ello fundamentalmente porque las causales para intentar el recurso de nulidad de un laudo no CIADI pueden ser, no solamente más numerosas sino también más amplias. Generalmente la *lex arbitri*, a diferencia del Convenio CIADI, casi siempre contempla al “orden público” como causal de nulidad, lo cual configura una especie de caja de pandora puesto que podría abarcar distintas materias de acuerdo al país de que se trate⁸. Todo esto

³ Artículo 53(1) del Convenio señala: “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio...”. MEZGRAVIS, Andrés. “El amparo constitucional y el arbitraje”. En: *Revista Derecho Administrativo*, N° 6, Mayo-Agosto, Editorial Sherwood, Caracas, 1999, p. 255 y ss. El Convenio establece la posibilidad de intentar los siguientes recursos: (i) recurso de interpretación o aclaración, previsto en el artículo 50; (ii) recurso de revisión previsto en el artículo 51 y (iii) recurso de nulidad previsto en el artículo 52. En el caso de los dos primeros, deben ser conocidos, en la medida de lo posible, por los propios Tribunales que dictaron el laudo o unos Tribunales distintos conformados para tales efectos. En el caso del recurso de nulidad lo conocen Comisiones *ad hoc*.

⁴ El Convenio, en su artículo 52 emplea el término “Comisión” mientras que las Reglas 52, 53, 54 y 55 de las Reglas de Arbitraje utilizan “Comité *ad hoc*”. En la práctica se utiliza Comité y pensamos que es así, porque deriva de la traducción de la palabra inglesa “committee”. No obstante, en vista de que el Convenio, en sus disposiciones finales, señala que ha sido realizado en los idiomas “español, francés e inglés, cuyos tres textos son igualmente auténticos”, y en vista de la prevalencia del Convenio sobre las Reglas, emplearemos el vocablo “Comisión”.

⁵ Ver artículo 52(5) del Convenio. Adicionalmente, los Tribunales Arbitrales, en el caso de los recursos de interpretación o aclaración y recurso de revisión también ostentan la facultad de suspensión del laudo. Véanse artículos 50(2) y 51(4) del Convenio, respectivamente.

⁶ SCHREUER, Christoph. “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”. En: *Annulment of ICSID Awards. IAI Series on international arbitration n° 1*, Julio de 2004, p.17.

⁷ BERNARDINI, Piero. “ICSID versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration”. En: *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Roma, 2011, p. 26.

⁸ Generalmente, la *lex arbitri* resulta ser la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, mejor conocida como Convención de Nueva York o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ambos instrumentos prevén el orden público como causal para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo en el caso de la Convención y como causal de nulidad en el caso de la Ley Modelo. Véanse artículos V(2)(b) y 34, respectivamente. La Convención de Nueva York entró en vigor el 7 de junio de 1959 y ha sido ratificada por 145 países mientras que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

hace pensar que un laudo no CIADI, en teoría, correría más riesgos de ser anulado que un laudo CIADI.

Sorprendentemente, y como explicaremos más adelante, han sido precisamente los arbitrajes administrados bajo mecanismos no CIADI los que parecieran estar dando mayor firmeza y solidez a los laudos arbitrales en materia de inversiones.

A pesar de las grandes ventajas del arbitraje CIADI, recientes declaratorias de nulidad decretadas por Comisiones *ad hoc* designadas por el propio CIADI parecieran estar dando al traste con las ideas visionarias de sus redactores. Interpretaciones extensivas de las causales de nulidad previstas en el Convenio parecieran estar haciendo del recurso de nulidad una especie de recurso de apelación, al punto que algunos se plantean la conveniencia de consagrar este último recurso ante un órgano permanente del propio CIADI⁹.

Todo esto conlleva a que surja la interrogante de si estamos en presencia de una falla del sistema. Si el Convenio amerita algún tipo de reforma, o simplemente se está en presencia de otra generación de laudos minoritarios de nulidad que, no por razones de fallas del sistema, sino por simple casualidad se han acumulado en un momento determinado. Pareciera que llegó el momento de poner los pies sobre la tierra. Cuatro

oleadas de nulidades a lo largo de la historia del CIADI, y dos de ellas en los últimos 10 años luce como mucha “casualidad”.

2. EVOLUCIÓN Y DISTINTAS GENERACIONES DE LAUDOS

El profesor SCHREUER¹⁰ en un análisis exhaustivo de las decisiones de las Comisiones *ad hoc* CIADI en materia de nulidad distingue tres generaciones de laudos. Recientemente, hay quienes piensan que podríamos estar en presencia de una cuarta generación¹¹.

La primera generación (1985-1986) estaría representada por los primeros dos casos en que fue declarada la nulidad de laudos CIADI. Nos referimos a los laudos dictados en *Klockner c. Camerún y Amco Asia c. Indonesia* a mediados de los ochenta¹². En *Klockner* la solicitud de nulidad fue intentada por el inversionista mientras que en *Amco* fue intentada por el Estado demandado. En el primer caso, el laudo fue anulado en su totalidad mientras que en el segundo la nulidad fue parcial. En ambos casos, las Comisiones *ad hoc* basaron su decisión en la extralimitación manifiesta de las facultades conferidas a los Tribunales, vale decir, en el artículo 52 (1) (b) de la Convención.

En *Klockner*, la Comisión *ad hoc* en un análisis preliminar estableció una presunción de validez de los laudos. Estableció

fue aprobada en 1985 y enmendada en 2006 y sobre la cual más de 65 países han basado su legislación interna. Ver igualmente, MEZGRAVIS, Andrés. “El Orden Público y la Arbitrabilidad como Causales de Denegación del Laudo”. En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, “Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras”*, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2009, pp.1-35.

⁹ Ver capítulo cinco en donde se discute los exponentes a favor y en contra de tal propuesta.

¹⁰ SCHREUER, Christoph. “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”, *ob cit supra*, nota 6 pp. 17-20. Schreuer at p. 17.

¹¹ Véase NAIR, Promod y LUDWIG, Claudia. “ICSID Annulment Awards: the fourth generation?” En: *Global Arbitration Review*, Vol 5, Issue 5, Octubre de 2010.

¹² *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo de 1985 y *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 16 de mayo de 1986.

que en caso de duda aplicaría el principio “*in favorem validitatis sententiae*”¹³. Semejante principio estaría acorde con la naturaleza del recurso de nulidad como mecanismo de carácter extraordinario dentro del marco de la Convención.

No obstante lo anterior, la Comisión, al interpretar el lenguaje del artículo 52(3) de la Convención¹⁴, concluyó que las Comisiones *ad hoc* están “obligadas” a anular un laudo cuando se detecte cualquier vicio de nulidad. Con ello, la Comisión parte de una “regla” de aplicación automática o “*hair trigger*” que no toma en cuenta los hechos específicos del caso y, menos aún, si tal “discrepancia técnica” ha causado algún perjuicio a alguna de las partes, o si ha sido determinante en la decisión del Tribunal Arbitral¹⁵. Posteriormente, al examinar las causales de nulidad previstas en el artículo 52(1) de la Convención, la Comisión estableció que no solamente estaba facultada para revisar el laudo única y exclusivamente de cara a éstas sino que su facultad de revisión también se extendía al cumplimiento por parte del laudo objeto de revisión de todas las demás normas previstas por la Convención¹⁶.

Finalmente, y a pesar de resaltar que su misión era la revisión particular de las causales específicas establecidas en el artículo 52(1), y no la “corrección” del laudo, la Comisión revisó el mérito o fondo de la con-

troversia e incluso pareció sugerir que sus disposiciones podrían incluso ser utilizadas por futuros Tribunales Arbitrales. Como puede observarse, esta Comisión transformó así su limitada facultad revisora en una verdadera apelación¹⁷.

Por su parte, en el caso *Amco* (posterior a *Klockner*), la Comisión *ad hoc* adoptó la presunción *in favorem validitatis sententiae*, pero rechazó la posición formalista de nulidad automática en caso de detectarse una causal de nulidad. La Comisión concluyó que debía tomarse en cuenta la “sustancialidad” de la violación alegada en el resultado de la controversia¹⁸. En otras palabras, la Comisión optó por una facultad revisora de carácter discrecional que operaría dependiendo de la importancia y gravedad del vicio alegado. Si bien dicha posición representó un avance respecto de la nulidad automática formulada en *Klockner*, la determinación del carácter “sustancial” o no de una violación implicaba necesariamente una revisión del laudo en búsqueda de la respuesta “correcta”. Esta visión trae inexorablemente como consecuencia un examen de los hechos o del mérito de la controversia que fue precisamente lo que la Comisión hizo en este último caso¹⁹.

Las críticas a ambas Comisiones no se hicieron esperar. Distintos autores criticaron dichas decisiones por reexaminar el mérito de la controversia confundiendo así la natu-

¹³ *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, *supra*, parás. 113 y 119-120.

¹⁴ Señala el artículo 52(3) de la Convención en su versión en inglés: “*the Committee shall have the authority to annul the award ...*” mientras que en castellano reza “Esta Comisión **tendrá facultad** para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo...” Resaltado nuestro.

¹⁵ *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, *supra*, nota 12, par. 179.

¹⁶ *Idem*, parás. 58-59.

¹⁷ *Id.*, par. 82.

¹⁸ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, *supra*, nota 12, parás. 104, 114, 118 y 120.

¹⁹ REISMAN, W. Michael. “The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration”. En: *Duke Law Journal*, Volumen 1989, Número 4, 1989, pp. 776-778.

raleza del recurso de nulidad con una apelación no prevista en la Convención²⁰.

La segunda generación (1989-1992), estaría representada por tres casos: *MINE c. Guinea*²¹, *Klockner c. Camerún II* y *Amco Asia c. Indonesia IP*²². En estos casos se puede observar que las Comisiones fueron más cautelosas a la hora de revisar los laudos. En el primero de los casos el laudo fue anulado parcialmente, mientras que en los dos últimos la solicitud de nulidad fue desestimada.

En *MINE c. Guinea*, el Estado solicitó la nulidad parcial del laudo en base a su supuesta falta de motivación (artículo 52(1) (e)). La Comisión *ad hoc* comenzó por aclarar que el propio artículo 52(1) resalta el carácter “limitado” del recurso de nulidad y concluyó que la “suficiencia” del razonamiento utilizado por el Tribunal Arbitral no es el “estándar” apropiado para revisar un laudo, ya que “inevitablemente” conduciría

a un examen de las razones esenciales o fundamentales que llevaron al Tribunal a tomar la decisión, lo cual transformaría el recurso de nulidad en una apelación²³. No obstante lo anterior, la Comisión anuló la parte del laudo referente a los daños. A criterio de la Comisión, el Tribunal Arbitral había omitido pronunciarse respecto de algunos argumentos propuestos por Guinea y tal omisión habría afectado la sección del laudo atinente a los daños²⁴.

Estas tres decisiones sirvieron para aliviar por casi una década las inquietudes y preocupaciones generadas por las decisiones de nulidad de la primera generación de laudos.

La tercera generación (2002 y hasta septiembre de 2009), si bien comprende once decisiones sobre solicitudes de nulidad²⁵, estaría representada por tres casos emblemáticos: *Wena Hotels c.*

²⁰ SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta, REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Segunda Edición, 2009, p. 912, parás. 29-30, particularmente, notas 63 y 70 en donde se mencionan algunos autores en contra y otros a favor. En contra, ver, entre otros, Michael REISMAN, *ob cit, supra*; Christopher CURTIS, *International Investment Disputes - res judicata Effect of Partially Annulled ICSID Award*, pp. 110 y ss.; Emmanuel GAILLARD, *Amco v. Indonesia: Introductory Note*, pp. 1439-1440 y Jan PAULSSON, *ICSID's Achievements and Prospects*, pp.388 y ss. A favor, ver, entre otros, David CARON, *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process* y Ahmed SADEK EL-KOSHERI, *ICSID Arbitration and Developing Countries*.

²¹ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 22 de diciembre de 1989.

²² *Klockner Industrie-Anlagen GmbH v. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de mayo de 1990 y *Amco Asia Corporation y otros v. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 17 de diciembre de 1992. Ambos casos, luego de ser anulados, fueron sometidos nuevamente a arbitraje tal y como permite el artículo 52(6) del Convenio y los laudos posteriores también fueron sometidos a recursos de nulidad. Ambas decisiones habían permanecido confidenciales hasta hace poco. Ver SCHREUER, Christoph, MALINTOPPI, Loretta, REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary, ob cit supra*, nota 20, p. 907, par.26.

²³ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea, supra*, nota 21, parás. 4.04 y 5.09.

²⁴ En dicho caso el inversionista sometió nuevamente a arbitraje la porción del laudo anulada y las partes alcanzaron un acuerdo antes de que fuese dictada una decisión. Ver GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje de Inversión*. Editorial Porrúa, 2009, p. 61.

²⁵ Excluyendo los tres casos emblemáticos citados *infra* serían: (1) *CDC Group plc c. República Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, 17 de diciembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 29 de junio de 2005; (2) *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/6, 22 de diciembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 18 de enero de 2006 que no ha sido publicada; (3) *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. Perú*, también conocido como *Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Indalsa Perú, S.A. c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, 7 de febrero de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 5 de septiembre de 2007; (4) *Malaysian Historical Salvors, SDN, BDH c. Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10. Decisión sobre Jurisdicción, 17 de mayo de 2007. Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 16 de abril de 2009; (5) *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, 25 de mayo de 2004.

*Egipto*²⁶, *Vivendi c. Argentina*²⁷ y *CMS c. Argentina*²⁸ siendo la solicitud de nulidad desestimada en el primero y parcialmente acogida en el segundo y tercer caso.

En *Wena c. Egipto*, el Estado solicitó la nulidad por extralimitación en las facultades del Tribunal, quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y omisión en la expresión de los motivos. La Comisión *ad hoc* desestimó todas las peticiones de Egipto. Respecto de la supuesta extralimitación en las facultades del Tribunal Arbitral, la Comisión citó los casos dictados en *Klockner I*, *Amco I* y *MINE* y aclara que la falta de aplicación del Derecho aplicable puede constituir una extralimitación en las facultades del Tribunal en cuyo caso el laudo sería susceptible de anulación, pero que tal falta debe distinguirse de los “errores *in iudicando*” que implican un reevaluación del mérito de la controversia lo cual convertiría a la nulidad en una apelación²⁹.

Posteriormente, al examinar la supuesta omisión en la expresión de los motivos, la Comisión, citando el caso *MINE* fue enfática al señalar que tal causal no permite la revisión de las razones que fundamentaron las decisiones del Tribunal de cara a determinar

si fueron “apropiadas o no”, “convincentes o no”³⁰. Adicionalmente, la Comisión aclaró que, incluso en el caso de identificarse algún tipo de inmotivación en el laudo, la consecuencia automática no sería la nulidad de éste (contrario a lo establecido en *Klockner I*). A criterio de dicha Comisión, la Convención le confiere cierto nivel de discreción a las Comisiones *ad hoc* en la decisión de anular o no un laudo, concluyendo que no existe falta de motivación si las razones del Tribunal se pueden explicar o inferir³¹. Como puede observarse, esta decisión parece adoptar un enfoque más conservador que las anteriores.

En *Vivendi I*, el inversionista solicitó la nulidad parcial del laudo en base a tres causales: extralimitación en las facultades del Tribunal, quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y omisión en la expresión de los motivos. La Comisión *ad hoc* anuló parcialmente el laudo declarando con lugar la extralimitación manifiesta del Tribunal en sus atribuciones al no examinar en cuanto al fondo las reclamaciones provinciales bajo el TBI entre Argentina y EEUU³². Al examinar la función del recurso de nulidad dentro del Convenio, la Comisión reiteró el carácter “discrecional” que le

Decisión sobre Solicitud de Anulación, 21 de marzo de 2007; (6) *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, 9 de febrero de 2004 el cual no está publicado. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1° de noviembre de 2006; (7) *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI No. ARB/2/7, Decisión sobre Jurisdicción, 7 de julio de 2004. Decisión sobre Solicitud de Nulidad de Nulidad, 5 de junio de 2007 y (8) *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10, 20 de febrero de 2004. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 8 de enero de 2007.

²⁶ *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, 8 de diciembre de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de febrero de 2002.

²⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, 21 de noviembre de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio de 2002.

²⁸ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, 12 de mayo de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación, 25 de septiembre de 2007.

²⁹ *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, *supra*, nota 26, pará. 22.

³⁰ *Id.* pará. 79.

³¹ *Id.* parás. 81-83.

³² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal c. República Argentina*, *supra*, nota 27, pará. 119. En este caso el inversionista alegó la violación de ciertas disposiciones del TBI entre Argentina y EE.UU. tanto por autoridades federales como por autoridades provinciales.

confiere el artículo 52(3) del Convenio a las Comisiones *ad hoc* y la necesidad de examinar lo significativo del error respecto a los derechos de las partes³³.

En *CMS c. Argentina*, el Estado solicitó la nulidad del laudo en base a dos causales: extralimitación manifiesta en las atribuciones del Tribunal y en la omisión en la expresión de los motivos. La Comisión anuló parcialmente el laudo, al considerar que el Tribunal omitió expresar los motivos por los cuales arribó a la conclusión de que *CMS* podía exigir las obligaciones de Argentina para con la compañía a la que le había sido otorgada la licencia de la cual *CMS* era accionista³⁴. Sin embargo, la Comisión *ad hoc* mantuvo intacto las otras disposiciones del laudo reiterando el criterio sostenido en *Vivendi I* respecto del carácter discrecional de la facultad conferida por el artículo 52(3) a las Comisiones *ad hoc* y del rechazo a la nulidad automática en caso de detección de errores³⁵.

Aparte de los casos emblemáticos, las decisiones en general de esta tercera generación fueron aplaudidas por muchos. Representarían el alcance de un supuesto “equilibrio”³⁶ y el establecimiento de una serie de principios que pueden resumirse de la siguiente manera:

- (i) El carácter limitado de las facultades conferidas a las Comisiones *ad hoc* en la revisión de los laudos;
- (ii) la discrecionalidad y no obliga-

- toriedad que confiere el artículo 52(3) del Convenio en caso de que la Comisión *ad hoc* advierta la existencia de una causal de nulidad;
- (iii) la imposibilidad de las Comisiones *ad hoc* de corregir los errores de Derecho;
- (iv) en el contexto de la omisión de la expresión de los motivos, las Comisiones *ad hoc* pueden inferir o reconstruir las razones de que fundamentan las decisiones de los Tribunales incluso si éstos han cometido algún tipo de omisión, y
- (v) la importancia de examinar la trascendencia del error en relación con los derechos de las partes involucradas.

En fin, la tercera generación de casos aboga por la nulidad únicamente en casos de vicios “serios e importantes”³⁷.

3. ¿DE REGRESO A LA PRIMERA GENERACIÓN?

Lamentablemente, la madurez alcanzada con la tercera generación de laudos, pareciera haberse desvanecido en los últimos dos años (a partir de septiembre 2009-2010). En efecto, en este corto periodo, que también estuvo precedido por las denuncias del Convenio CIADI por parte de Bolivia y Ecuador³⁸, se dictaron diez decisiones sobre nulidad de laudos CIADI. Esto representa un número bastante significativo si se considera que antes del año 2009 y desde la

³³ *Id.*, par. 66 citando *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, *supra* nota 21, entre otros.

³⁴ *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina*, *supra* nota 28, par. 96-97.

³⁵ *Id.*, par. 158.

³⁶ Ver SCHREUER, Christoph. “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”, *supra* nota 6, pp. 18-20.

³⁷ *Id.* p. 19.

³⁸ Mayo de 2007, y julio de 2009 respectivamente. A estas denuncias también se unen en esa misma época las amenazas de Venezuela de denunciar el Convenio CIADI.

vigencia del Convenio (1966)³⁹ tan solo se habían dictado en total dieciséis decisiones sobre nulidad⁴⁰.

Las diez decisiones dictadas en orden cronológico ascendente serían: *Azurix c. Argentina*⁴¹, *MCI c. Ecuador*⁴², *Rumeli Telekom c. Kazakstán*⁴³, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais*

*c. República Gabonesa*⁴⁴, *Helnan International Hotels c. Egipto*⁴⁵, *Sempre c. Argentina*⁴⁶, *Enron c. Argentina*⁴⁷, *Vivendi c. Argentina*⁴⁸, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile*⁴⁹ y *Fraport c. Filipinas*⁵⁰. Sólo una de ellas no ha sido publicada⁵¹.

De las nueve decisiones publicadas se evidencia que en cinco ha sido el Estado

³⁹ El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países.

⁴⁰ Estas cifras están basadas en información disponible de la página oficial del CIADI y de una revisión de las distintas decisiones sobre nulidad. No incluyen aquellos casos en los cuales se registraron solicitudes de nulidad, pero se desistió de las mismas antes de que las Comisiones tomaran una decisión lo que representaría, de acuerdo a cifras oficiales, cinco casos. Las dieciséis decisiones, de las cuales no todas han sido publicadas, serían las siguientes: (1) *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de mayo de 1985; (2) *Klockner Industrie-Anlagen GmbH c. República Unida de Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 17 de mayo de 1990; (3) *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI Case No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 16 de mayo de 1986; (4) *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 22 de diciembre de 1989; (5) *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Anulación, 17 de diciembre de 1992; (6) *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de febrero de 2002; (7) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 3 de julio de 2002; (8) *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión de Anulación, 29 de junio de 2005; (9) *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1° de noviembre de 2006; (10) *Consortium RFCC c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/6, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 18 de enero de 2006 (no está publicada); (11) *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/01/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 8 de enero de 2007; (12) *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007; (13) *Hussein Nauman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 5 de junio de 2007; (14) *Industria Nacional de Alimentos e Indaisa Perú, S.A. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 5 de septiembre de 2007; (15) *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 25 de septiembre de 2007; (16) *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaysia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación y Opinión Disidente, 16 de abril de 2009.

⁴¹ *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1° de septiembre de 2009.

⁴² *MCI Power Group LC and New Turbine Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Decisión de Anulación, 19 de octubre de 2009.

⁴³ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión de Anulación, 25 de marzo de 2010.

⁴⁴ *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República Gabonesa*, Caso CIADI No. ARB/04/5, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 11 de mayo de 2010.

⁴⁵ *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 14 de junio de 2010.

⁴⁶ *Sempre Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI Case No. ARB/02/16, 29 de junio de 2010.

⁴⁷ *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, 30 de julio de 2010.

⁴⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, 10 de agosto de 2010.

⁴⁹ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Chile*, Caso CIADI No. ARB/04/7, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 10 de diciembre de 2010.

⁵⁰ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 23 de diciembre de 2010.

⁵¹ *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. República Gabonesa*, supra nota 44.

demandado quien ha solicitado la nulidad⁵².

Ahora bien, han sido cuatro de estas nueve decisiones las que han generado diversos comentarios respecto de la posible existencia de una cuarta generación de laudos⁵³. Un quinto caso, *Fraport c. Filipinas*, decidido recientemente, también podría incluirse dentro de ese grupo⁵⁴. Por nuestra parte, pensamos que más que estar entrando a una cuarta generación de laudos, estamos de regreso a la primera. En efecto, nuevamente, se observa una tendencia de interpretar extensivamente las causales de nulidad al punto que las Comisiones *ad hoc* parecieran estar cruzando nuevamente el umbral entre nulidad y apelación declarando la nulidad de laudos que parecieran ser más “injustos” que “inválidos”⁵⁵.

En *Helnan*, la Comisión *ad hoc* anuló parcialmente la parte del laudo que le exigía al inversionista agotar primero todos los recursos locales. La Comisión consideró que dicha exigencia era una extralimitación

manifiesta de las facultades del Tribunal Arbitral. De todas maneras, esta anulación parcial no tuvo ningún impacto en la decisión del Tribunal acerca del mérito de la controversia, ya que el previo agotamiento de recursos locales no fue fundamental en la decisión del Tribunal quien desestimó en su totalidad las alegaciones de supuestas violaciones del TBI propuestas por el inversionista. Dicha decisión ha sido severamente criticada por algunos⁵⁶, por considerar que se trataba más bien de una errónea aplicación del derecho y no de una falta de aplicación de éste⁵⁷.

Ahora bien, las decisiones de nulidad que sin lugar a dudas han generado más polémica han sido las dictadas en los casos *Sempra* y *Enron*. Estas nulidades liberaron a Argentina de tener que pagar más de US\$ 200 millones en daños⁵⁸.

En ambos casos, las Comisiones *ad hoc* anularon los laudos total o parcialmente basándose en la extralimitación manifiesta

⁵² En los cuatro casos que involucraban a Argentina y en *Rumeli*. En *MCI, Helnan, Sociedad Anónima Eduardo Vieira y Fraport* fue el inversionista quien hizo lo propio. En *Azurix y Vivendi*, las Comisiones *ad hoc* rechazaron la petición de Argentina mientras que en *Sempra* y *Enron* los laudos fueron anulados totalmente o en su mayoría y, por último, en *Rumeli*, la solicitud de Kazakstán fue rechazada. En *MCI y Sociedad Anónima Eduardo Vieira* las Comisiones *ad hoc* rechazaron las peticiones del inversionista mientras que en *Helnan* fueron acogidas parcialmente y en *Fraport* totalmente.

⁵³ *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, *supra* nota 45; *Sempra Energy International c. República Argentina*, *supra* nota 46; *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, *supra* nota 47 y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, *supra* nota 48.

⁵⁴ NAIR, Promod y LUDWIG, Claudia. “ICSID Annulment Awards: the fourth generation? *Ob. Cit.*, *supra* nota 11. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, *supra* nota 50 fue decidido el 23 de diciembre de 2010 luego de la publicación mencionada.

⁵⁵ Ese pareciera ser el caso en *Helnan, Sempra y Enron*. Por el contrario, en *Vivendi*, la Comisión no anuló el laudo a pesar de haber encontrado graves irregularidades en lo que respecta a la constitución del Tribunal, particularmente, criticó la actitud de uno de los árbitros por no haber revelado que formaba parte de la Junta Directiva de un banco suizo quien resultó ser el principal accionista del demandante.

⁵⁶ NAIR, Promod y LUDWIG, Claudia. “ICSID Annulment Awards: the fourth generation? *Ob. Cit.*, *supra* nota 11.

⁵⁷ *Helnan International Hotels A/S v. República Árabe de Egipto*, *supra* nota 45, paras. 41-57. A pesar de que la Comisión cita los documentos concernientes a la preparación del Convenio para señalar que sólo la “falta de aplicación del derecho aplicable” mas no así su “errónea aplicación” fue aceptado por los Estados Contratantes como extralimitación manifiesta de las facultades, la Comisión termina por aplicar un principio opuesto al desestimar los razonamientos del Tribunal por considerarlos erróneos e incluso critica que el mismo se haya basado en el caso *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, 16 de septiembre de 2003, e incluso procede a distinguirlo del caso bajo estudio.

⁵⁸ Resulta pertinente resaltar que conforme al artículo 52(6) del Convenio, en caso de nulidad de un laudo, cualquiera de las partes puede solicitar que un nuevo Tribunal Arbitral decida sobre la controversia y esta decisión también

de las atribuciones de los Tribunales Arbitrales⁵⁹. Lo particular de estos casos es que revisten gran similitud⁶⁰. De hecho, en ambos casos los Tribunales condenaron a Argentina en base a los mismos razonamientos⁶¹.

Incluso, ambos comparten el haber sido anulados, ya que ambas Comisiones *ad hoc* consideraron que se trataba de errores de Derecho tan graves que constituían una verdadera falta de aplicación de éste. Lo resaltante es que los razonamientos de ambas Comisiones son opuestos⁶².

Lo criticable de *Sempra* y *Enron* es el alto grado con que ambas Comisiones *ad hoc* se involucraron en el análisis del mérito de los laudos impugnados y las revaloraciones de los hechos que realizaron⁶³. Estas Comisiones llegan al extremo de pretender “educar” a reconocidos árbitros internacionales acerca de cómo debe aplicarse el Derecho a los hechos concretos. Esta conducta, sin duda alguna, y con independencia de los errores de juzgamiento que la Comisión pudo ciertamente haber advertido, traspasa las fronteras del recurso de nulidad y constituye una violación del Convenio CIADI

que prohíbe expresamente el recurso de apelación (artículo 53(1)). Se olvida que ese tipo de posturas, más que enriquecer la jurisprudencia, lo que hace es alentar a la parte perdedora a solicitar la nulidad como otra instancia más del proceso.

En *Vivendi*, por el contrario, la Comisión *ad hoc*, a pesar de haber advertido una causal de nulidad, vale decir, la constitución incorrecta del Tribunal, decidió no anular. En criterio de la Comisión el hecho de que uno de los árbitros no reveló un posible conflicto de interés, no afectó la imparcialidad del Tribunal Arbitral. Concluyó la Comisión que no habiendo sido afectada la imparcialidad del Tribunal Arbitral sería injusto para los demandantes declarar la nulidad del laudo⁶⁴.

En *Fraport*, caso complicado, de reciente decisión y muy polémico al punto que incluso contó con un voto salvado del Tribunal⁶⁵, la Comisión *ad hoc* decidió anular el laudo al haber advertido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento⁶⁶. En criterio de la Comisión el Tribunal debió reabrir el procedimiento y permitir la presentación de comentarios de ambas par-

sería susceptible de recurso de nulidad. Este ha sido precisamente el caso, ya que de acuerdo a la página oficial del CIADI, la solicitud de nueva presentación de arbitraje fue registrada el 18 de octubre de 2010 para el caso *Enron* y en fecha 12 de noviembre de 2010 en el caso de *Sempra*.

⁵⁹ *Sempra Energy International c. República Argentina*, supra nota 46, parás. 207-219 y *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, supra nota 47, parás. 228 y ss.

⁶⁰ Al menos por cuatro razones: (i) en ambos se trata de los efectos que tuvieron sobre las inversiones de los demandantes las medidas de emergencia tomadas por Argentina durante la crisis; (ii) que tales medidas representaban violaciones del TBI con E.E.U.U., (iii) en ambos la defensa postulada por Argentina fue la misma, vale decir, estado de necesidad y (iv) que tales medidas estaban permitidas por el artículo XI del TBI.

⁶¹ Ambos tribunales concluyeron que el artículo XI del TBI no definía el estado de necesidad y aplicaron por lo tanto el Derecho consuetudinario internacional.

⁶² Mientras que en *Sempra*, la Comisión consideró un error grave el haber equiparado las disposiciones del artículo XI con las disposiciones del Derecho consuetudinario internacional, en *Enron*, la Comisión no se opuso a tal equiparación, pero consideró un error grave la manera en como el Tribunal había valorado ciertas pruebas. Véanse parás. 194-204 y 355-373, respectivamente.

⁶³ En *Enron*, la Comisión incluso criticó abiertamente la valoración de ciertas pruebas por parte del Tribunal. *Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, parás. 374-376.

⁶⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, supra nota 48, parás. 238-241.

⁶⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, Voto Disidente de Bernardo Cremades.

⁶⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, supra nota 50, parás. 235-247.

tes luego de la introducción de cierta prueba complementaria por parte del demandado. Según la Comisión, dicha “nueva” prueba constituyó el basamento de la decisión del Tribunal en el sentido de negar su jurisdicción *ratione materiae* lo que a su juicio configuró una violación del Derecho a ser escuchado que tenía el demandante⁶⁷. Pensamos que esta conducta traspasa las fronteras del recurso de nulidad, ya que no basta con que exista una violación del Derecho a la defensa, sino que tal violación ha de ser “grave”, es decir, ha de tratarse de un *quebrantamiento grave del procedimiento*. De lo contrario toda infracción de una norma, incluso de mero trámite, implicaría la violación del derecho de defensa y con ello un motivo de nulidad.

Independientemente de lo injusta que pueda parecer la decisión del Tribunal, y de que puedan compartirse algunos criterios expresados en el voto disidente, tales vicios podrían lucir suficientes para revocar en una apelación un laudo injusto. Pero mal se puede convenir en la utilización del recurso de nulidad por parte de la Comisión como si se tratase de un recurso de apelación.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que más que estar frente a una cuarta generación de laudos, podríamos estar en presencia de un retroceso a la primera. Si la tendencia expresada en los casos *Sempra* y *Enron* se mantiene, ello, en nuestro criterio, podría poner en tela de juicio la efectividad del CIADI como medio eficiente y efectivo de resolución de disputas y quizás la progresiva migración de sus usuarios hacia otros mecanismos⁶⁸.

4. LOS JUECES PARECIERAN COMPRENDER MEJOR LA DISTINCIÓN ENTRE APELACIÓN Y NULIDAD

Tanto en el arbitraje de inversiones como en el arbitraje comercial, el recurso de nulidad se prevé no para atacar una decisión arbitral *injusta*, sino *nula*⁶⁹. Tal y como han reconocido algunas Comisiones *ad hoc*, su función no consiste en establecer si el criterio utilizado por el Tribunal Arbitral, y el peso dado por éste a diversos elementos probatorios, fueron “correctos” o “incorrectos”⁷⁰.

Además, se sabe que la interpretación de los tratados no es una ciencia exacta, y es frecuente que una norma en disputa admita más de una interpretación y en algunos casos varias interpretaciones. No forma parte de las funciones de la Comisión tratar de sustituir el criterio adoptado por el Tribunal por su propia opinión. A las Comisiones *ad hoc* no se les encomienda la tarea de establecer si una interpretación es “mejor” que otra, ni, en realidad, cuál de varias interpretaciones posibles puede considerarse “la mejor”⁷¹.

Muchas Comisiones *ad hoc* olvidan que el requisito previsto en el artículo 52(1) (b) del Convenio CIADI no consiste exclusivamente en que el Tribunal se haya excedido en sus poderes, sino en que esa extralimitación sea “manifiesta.”

A pesar de que casi la totalidad de las Comisiones *ad hoc* han resaltado la diferencia entre el recurso de nulidad y el

⁶⁷ *Idem*, parás. 244 y 246.

⁶⁸ Debemos tener presente, que a diferencia de los Estados Contratantes, los inversionistas no necesitan denunciar la Convención de manera que su retiro puede ser silencioso.

⁶⁹ MEZGRAVIS, Andrés. *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial*, *supra* nota 1.

⁷⁰ *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. c. Perú*, también conocido como *Industria Nacional de Alimentos, A.S. e Indalsa Perú, S.A. c. Perú*, *supra* nota 40, pará 112.

⁷¹ *Idem*.

de apelación⁷², la práctica pareciera indicar en los últimos años que muchas Comisiones reconocen esa distinción mas no lo aplican.

Paradójicamente los arbitraje de inversiones no CIADI parecieran estar arrojando mejores resultados. Tal y como expresamos en la parte introductoria, el recurso de nulidad contra los laudos arbitrales dictados en los arbitrajes de inversiones no CIADI deben ser conocidos por los tribunales judiciales de la sede del arbitraje. Generalmente, estos recursos de nulidad suelen estar regulados por la Convención de Nueva York⁷³ o por legislaciones internas que han adoptado la Ley Modelo CNUDMI⁷⁴. Las causales de nulidad en estos casos son más numerosas, y lo que es más grave, tanto la Convención de NY como las legislaciones que siguen la Ley Modelo CNUDMI, contemplan al *orden público* como causal de nulidad.

De manera que, a primera vista, podría pensarse que los laudos dictados en arbitrajes de inversiones no CIADI tienen más riesgos de ser anulados. Aunado a todo esto se suma el hecho de que en algunas jurisdicciones los tribunales judiciales son percibidos como instancias hostiles hacia el arbitraje.

Sorprendentemente, los jueces parecieran estar entendiendo mejor que muchas Comisiones *ad hoc* la diferencia entre nulidad y apelación. Al menos así lo demuestran los resultados actuales. Para arribar a esta conclusión hemos analizado un universo de veinticuatro decisiones judiciales sobre solicitudes de nulidad emanadas de arbitrajes de inversiones realizados en los últimos diez años bajo mecanismos distintos del CIA-DI⁷⁵.

De las veinticuatro decisiones⁷⁶, dos

⁷² Entre otras, *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, *supra* nota 40, para.54; *Sempra Energy International c. República Argentina*, *supra* nota 46, para. 73 y *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakstán*, *supra* nota 43, paras. 70 y 72. Para un análisis exhaustivo de la diferencia entre nulidad y apelación en el marco del Convenio véase CARON, David. *Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process*, 7 *ICSID Review, FILJ* 21, 1992.

⁷³ Actualmente, 145 países son parte de este tratado. Ver *supra* nota 8.

⁷⁴ Actualmente, aproximadamente 65 países han basado su legislación interna en este instrumento. Ver *supra* nota 8.

⁷⁵ Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, Reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Reglas de la Cámara de Comercio Internacional e incluso arbitrajes *ad hoc*.

⁷⁶ En orden cronológico ascendente: (1) *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No.ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Suprema de Columbia Británica, 2 de mayo de 2001, Decisión Suplementaria, 31 de octubre de 2001; (2) *Saar Papier Vertriebs GmbH c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo dictado en 1995, pero no publicado, Decisión sobre Solicitud de Anulación por el Tribunal Federal de Suiza, 20 de septiembre de 2000, Segunda Decisión sobre Solicitud de Anulación, 1º de marzo de 2002; (3) *Swembalt AB, Sweden c. Letonia*, CNUDMI, 23 de octubre de 2000. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Marítima y Comercial de Copenhague, 7 de enero de 2003; (4) *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, CNUDMI, 14 de marzo de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Suecia, 15 de mayo de 2003; (5) *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, 30 de diciembre de 2002. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Federal de Canadá, 13 de enero de 2004; (6) *Feldman c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, 16 de diciembre de 2002, Decisión acerca de la Solicitud de Rectificación e Interpretación, 13 de junio de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Suprema de Ontario, 3 de diciembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Ontario, 11 de enero de 2005; (7) *Sedelmayer c. Federación Rusa*, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, 7 de julio de 1998. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de la Ciudad de Estocolmo, 18 de diciembre de 2002. Decisión por la Corte de Apelaciones de Suecia, 15 de junio de 2005; (8) *Nagel c. República Checa*, Cámara de Comercio de Estocolmo Caso 49/2002, 9 de septiembre de 2003. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Suecia, 26 de agosto de 2005; (9) *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Memorando de Opinión de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 31 de octubre de 2005; (10) *France Telecom c. Líbano*, CNUDMI, 22 de febrero de

se encuentran aún pendiente de decisión⁷⁷ y, de las veintidós restantes, sólo en un caso fue anulado parcialmente el laudo⁷⁸. Esto representaría un 5% si se excluyen dos decisiones en donde el recurso de nulidad fue desestimado por extemporáneo. Representa apenas un 4.5% si incluimos estos dos últimos casos⁷⁹.

En cambio, si tomamos en cuenta las cifras oficiales del CIADI⁸⁰, en los últimos diez años, se han registrado veintiséis solicitudes de nulidad de las cuales cinco fueron discontinuadas y veintinueve fueron

decididas. De las veintinueve solicitudes sobre nulidad decididas, trece fueron rechazadas, y ocho anularon laudos total o parcialmente. Esto significa que en los últimos 10 años, 38% de los recursos de nulidad fueron decididos a favor del recurrente. En resumen, mientras en los arbitrajes de inversiones no CIADI menos del 5% de los recursos de nulidad es declarado con lugar, en los arbitrajes CIADI casi el 40 % de los recursos de nulidad son declarados con lugar. Estas cifras llaman a una profunda reflexión.

Desde nuestra perspectiva, estas cifras

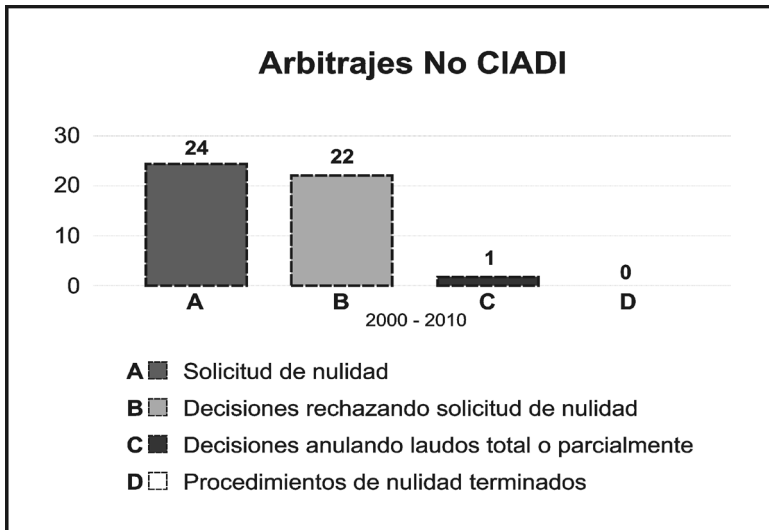
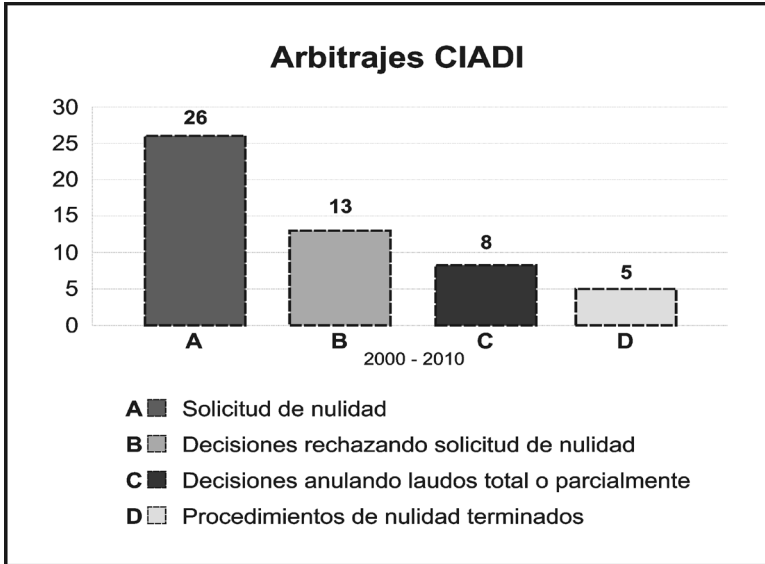
2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación por el Tribunal Federal de Suiza, 10 de noviembre de 2005; (11) *Sa-luka Investments BV c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006. Decisión sobre Solicitud de Anulación del Tribunal Federal de Suiza, 7 de septiembre de 2006; (12) *Eureko B.V. c. República de Polonia, Ad Hoc*, 19 de agosto de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Primera Instancia de Bruselas, 23 de noviembre de 2006; (13) *Petrobart Limited c. República del Kirguistán*, Arb. No. 126/2003, Cámara de Comercio de Estocolmo, 29 de marzo de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Apelaciones de Suecia, 19 de enero de 2007; (14) *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, 26 de enero de 2006. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 14 de febrero de 2007; (15) *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Corte Internacional de Arbitraje de Londres Caso No. UN3467, 1° de julio de 2004. Decisión sobre Solicitud de Anulación por el Alto Tribunal de Justicia, 9 de septiembre de 2005. Decisión sobre Solicitud de Anulación de la Corte de Apelaciones, 4 de julio de 2007; (16) *European Media Ventures SA c. República Checa*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de mayo de 2007 que permanece confidencial. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Bancada de la Reina de Inglaterra, 5 de diciembre de 2007. Laudo, 8 de julio de 2007 y permanece confidencial; (17) *Bayview Irrigation District et al. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1, Decisión sobre Anulación de la Corte de Ontario, 5 de mayo de 2008; (18) *Pren Nreka c. República Checa*, CNUDMI, febrero de 2007, pero permanece confidencial. Decisión sobre Recurso de Anulación de la Corte de Apelaciones de París, 25 de septiembre de 2008; (19) *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, 18 de septiembre de 2009. Decisión sobre Solicitud de Anulación de la Corte Superior de Ontario, 26 de agosto de 2010; (20) *Región de Kaliningrado c. Lituania*, CCI, 28 de enero de 2009 y permanece confidencial. Decisión sobre Recurso de Anulación de la Corte de Apelaciones de París, 18 de noviembre de 2010; (21) *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Cámara de Comercio de Estocolmo Caso No. Arb. V079/2005, 12 de septiembre de 2007. Decisión sobre Solicitud de Anulación por la Corte Suprema de Suecia, 12 de noviembre de 2010; (22) *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) c. República del Ecuador*, CNUDMI, Corte Permanente de Arbitraje Caso No. 34877, Laudo Parcial, 30 de marzo de 2010. Solicitud de Nulidad presentada por Ecuador ante la Corte de Distrito de La Haya, 2010, pendiente de decisión; (23) *BG Group Plc c. República Argentina*, CNUDMI, 24 de diciembre de 2007. Memorando de Opinión de la Corte de Distrito, 7 de junio de 2010. Memorando de Opinión de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 21 de enero de 2011; y (24) *National Grid plc c. República Argentina*, CNUDMI, 3 de noviembre de 2008. Decisión de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, 7 de junio de 2010. Decisión de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 11 de marzo de 2011.

⁷⁷ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) c. República del Ecuador, supra* y *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa, supra*.

⁷⁸ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, supra* nota 76. En este caso la corte consideró que el tribunal arbitral se extralimitó en sus facultades al fundamentar la violación del trato justo y equitativo prevista en el artículo 1105 del TLCAN en exigencias de transparencia, ya que a criterio de la corte, tales requisitos no forman parte de dicho artículo ni del Capítulo 11 y se encuentran más bien regulados por el Capítulo 18 del Tratado. Adicionalmente, la corte consideró que tal determinación había incidido en la estimación de los daños por lo que invitó a las partes a un recálculo de los mismos.

⁷⁹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América, supra* nota 76 y *National Grid plc v República Argentina, supra* nota 76.

⁸⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Cargas de Casos del Ciadi - Estadísticas. Edición 2011-1, p. 15.



evidenciarían que los jueces parecen comprender mejor que los propios árbitros que integran las Comisiones *ad hoc* el propósito y sentido del recurso de nulidad.

A pesar de que casi la totalidad de las Comisiones *ad hoc* han resaltado la diferencia entre el recurso de nulidad y el de apelación, la práctica pareciera indicar que algunas Comisiones lo reconocen mas no lo

aplican mientras que los jueces, parecieran no sólo reconocerlo sino también aplicarlo.

5. CRÍTICAS AL SISTEMA Y SOLUCIONES SUGERIDAS

A finales del año 2004, el Secretariado del CIADI circuló un ensayo con propuestas de reformas al sistema donde se discutía la posibilidad de establecer un mecanismo

de apelación. Dicho ensayo esbozaba las posibles características que tal mecanismo de apelación tendría en caso de implementarse⁸¹.

Entre las razones aducidas para su establecimiento, se citaron las siguientes:

- i. Para mediados de 2005, (sic)⁸² aproximadamente veinte países⁸³, la mayoría de ellos parte de la Convención, habían suscrito distintos TBI en donde se estableció un mecanismo de apelación⁸⁴;
- ii. Ayudaría a promover “coherencia y consistencia” aunque se aclara que las inconsistencias significativas no parecen ser una característica general de la jurisprudencia CIADI⁸⁵;
- iii. La potencialidad de inconsisten-

cias en la jurisprudencia aumentaría dado el incremento de casos⁸⁶; y

- iv. La creación de un sólo mecanismo administrado por el CIADI que abarque los distintos mecanismos de arbitraje aumentaría la eficacia y eficiencia en aras a preservar la coherencia y consistencia⁸⁷.

Quienes apoyan esta propuesta reiteran la necesidad de asegurar la consistencia en la jurisprudencia CIADI, citan distintos casos como ejemplos de inconsistencias y sostienen que la apelación permitiría lograr la exactitud en las decisiones y dotar al sistema de una mayor legitimidad⁹⁰.

Ahora bien, semejante propuesta requeriría la enmienda de la Convención, puesto que su artículo 53 prohíbe expresamente el recurso de apelación. Esa aspira-

⁸¹ Secretariado del CIADI. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 de octubre de 2004, pp. 14-16, paras. 20-23 y su Anexo pp. 1 y ss.

⁸² Asumimos que la referencia al año 2005 es un error material, puesto que la fecha del ensayo es de Octubre de 2004.

⁸³ Aunque el ensayo del CIADI no lo menciona, uno de esos países sería EE.UU., quien de acuerdo a algunos autores, lo ha introducido en los TBI celebrados con Chile y Singapur y en el Tratado de Libre Comercio para América Central y República Dominicana. En este sentido, véase BISHOP, Doak. “The Case for an Appellate Panel and its Scope of Review”. En: *TDM*, Volume 2, Issue N° 2, April 2005, pp.8-9.

⁸⁴ Secretariado del CIADI. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, *supra* nota 80, p. 14, para. 20.

⁸⁵ *Id.*, pp. 14-15, par. 21.

⁸⁶ *Id.*, p. 15, par. 22.

⁸⁷ *Id.*, pp. 15-16, par. 23.

⁸⁸ Ver entre otros, BISHOP, Doak. “The Case for an Appellate Panel and its Scope of Review”, *ob. cit supra* nota 83. Para un análisis exhaustivo respecto del debate acerca del establecimiento de un mecanismo de apelaciones dentro del marco de la Convención, ver TAMS, Christian J. *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. Essays in Transnational Economic Law N° 57*, junio de 2006.

⁸⁹ TAMS, Christian J., *ob cit supra*, pp. 20-22.

⁹⁰ A favor de la creación de un mecanismo de apelaciones, véanse, BISHOP, Doak, *ob. cit supra* nota 83 quien a pesar de afirmar categóricamente que el sistema no se encuentra “roto” y funciona “bien”, afirma que hay indicaciones de una “falta de confianza” en la “sostenibilidad” del sistema y que por eso se necesitaría tal mecanismo, pero en todo caso, rechaza la idea de que sirva para sustituir la visión de los Tribunales respecto de la fijación de los hechos y LEGUM, Barton. “Visualizing an Appellate System”, *ob. cit. supra* nota 83, p.67, quien propone un órgano de apelaciones no permanente basado en una lista como la que posee el CIADI actualmente, rechazando la idea del carácter permanente de sus miembros. Por su parte, BLACKBAY, Nigel. “Testing the Procedural Limits of the Treaty System: The Argentinean Experience”, *ob. cit. supra* nota 83, p.19 señala que para evitar las inconsistencias en el actual sistema podría conferirse al CIADI un poder de acumulación de procesos que no implicaría crear un meca-

ción resulta poco viable y es casi una ilusión si se considera que las enmiendas requieren de la aceptación o ratificación de *todos* los Estados Contratantes⁹¹. Adicionalmente, la propuesta del Secretariado no fue acogida por la mayoría de los miembros del Consejo Administrativo quienes la calificaron de “prematura”⁹².

Desde nuestra perspectiva, el sistema de nulidad del CIADI está muy bien concebido. Somos de la opinión que el establecimiento del mecanismo de apelación lejos de mejorar el sistema, agravaría el problema. Aumentaría no sólo el tiempo en la resolución de las controversias sino también los costos. Esto último porque se pasaría de un mecanismo de impugnación extraordinario y excepcional, a un mecanismo de uso ordi-

nario en el que la tentación de revisar nuevamente los hechos y revalorizar las pruebas sería una tentación muy grande⁹³.

En fin, se estaría atentando contra uno de los rasgos característicos y naturales del arbitraje como lo es ser un proceso de única instancia. Por más diferencias que existan entre el arbitraje de inversión y el comercial, algo que sí tienen en común es que ambos son arbitrajes. Los redactores del Convenio CIADI quisieron prohibir expresamente la posibilidad de apelación para conservar ese rasgo natural y común del arbitraje⁹⁴. Además qué garantías hay de que un Comité de Apelaciones no se equivoque.

Los posibles correctivos, en nuestra opinión, apuntan hacia otra dirección.

nismo de apelaciones. Otra solución más radical, según este autor, sería la creación de un órgano de apelación permanente cuyos miembros estén integrados por eminentes jueces y que exista un balance entre la cantidad de miembros de países exportadores e importadores de capital. En contra de consagrar el recurso de apelación, véanse, GILL, Judith. “Inconsistent Decisions: An Issue to be Addressed or a Fact of Life?” *ob. cit. supra* nota 83, pp. 12-15 quien señala que las decisiones inconsistentes forman parte del sistema y son una “realidad” y se opone a la creación de un mecanismo de apelaciones pues considera que las disputas relativas a las inversiones es un área de reciente creación y debe dejarse que el sistema evolucione; TAWIL, Guido. “An International Appellate System: Progress or Pitfall?” *ob. cit. supra* nota 83, p.71 señala que una de las mayores preocupaciones es que tal mecanismo le reste atractivo al CIADI, ya que aumentaría el tiempo de resolución de los casos y los costos y podría convertirse en un obstáculo para países e inversionistas de pocos recursos. Igualmente en contra WALDE, Thomas. “Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO, Authoritative Treaty Interpretation or Mandatory Consolidation?” *ob. cit. supra* nota 83, p. 74, señala que tal mecanismo contribuiría a la creación de un desequilibrio a favor de inversionistas y Estados con grandes recursos en desmedro de sus pares de menos recursos y advierte que nadie hasta el momento ha realizado una evaluación seria de estos riesgos.

⁹¹ Conforme a los artículos 65 y 66(1) de la Convención, para que tenga lugar una enmienda se requiere: (i) que sea propuesta por algún Estado Contratante, (ii) su aprobación por las 2/3 partes de los miembros que integran el Consejo Administrativo y (iii) ratificación, aceptación o aprobación de todos los Estados Contratantes. Ahora bien, respecto de la discusión acerca de la posible efectividad y vigencia de las enmiendas entre Estados que hayan manifestado su ratificación, aceptación o aprobación, la doctrina autorizada pareciera descartarlo. En este sentido, ver SCHREUER, Christoph H., MALINTOPPI, Loretta, REINISCH, August y SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 1265, para. 4, particularmente, nota 2 en donde se señala que el artículo 40 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la eficacia de las enmiendas sólo entre los Estados que las hayan adoptado. Pero esta regla no se aplicaría si el tratado de que se trate dispone otra cosa y este pareciera ser el caso del artículo 66(1) de la Convención.

⁹² Secretariado del CIADI. *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, 12 de mayo de 2005, p. 4, para. 4. Resulta importante señalar que los miembros del Consejo Administrativo lo conforman los Estados Contratantes del Convenio.

⁹³ Ver TAWIL, Guido. “An International Appellate System: Progress or Pitfall?”, *ob. cit. supra* nota 83, pp.70-71. quien señala que para la realización de inversiones se requiere de decisiones “rápidas” y de “confianza”. En lo que respecta al riesgo de un incremento de las solicitudes si se establece un mecanismo de apelaciones, ver TAMS, Christian J., *ob. Cit. supra*, nota 88, p. 16, particularmente nota 68.

⁹⁴ TAWIL, Id., p.70 quien, al hablar del artículo 53 del Convenio y de su exclusión de la apelación, señala que “el arbitraje de inversiones está entre el derecho internacional público y el derecho comercial” citando a BROCHES, quien fue el promotor del Convenio y se desempeñaba como Consejero General del Banco Mundial en el momento de su redacción.

Concretamente, debemos preguntarnos si el mecanismo concebido para designar a las personas idóneas para aplicar el sistema de nulidad del CIADI puede ser mejorado. Consideramos que la respuesta es un sí categórico.

Pensamos que lo que requiere el sistema son unos pequeños, pero profundos ajustes que perfectamente pueden realizar quienes lo utilizan, vale decir, (i) las partes, (ii) las Comisiones *ad hoc* y (iii) el Presidente del Consejo Administrativo a la hora de designar los integrantes de las Comisiones. Lo más interesante es que los ajustes a los que nos referimos, incluyendo el último que quizá es el más importante, pueden ser realizados sin necesidad de reformar el Convenio CIADI.

(i) En lo que respecta a las partes y a sus abogados, resulta de vital importancia comprender a cabalidad que por encima del laudo justo y perfecto (aspiración un tanto utópica) está el respeto de las reglas de juego pactadas. Y los pactos que realizan los Estados, por más intereses públicos que involucren, deben ser tan vinculantes como los que realizan los inversores. Todos sabemos que la conducta humana, incluyendo la administración de justicia, no es infalible. Tenemos la impresión que poco se ha destacado que las partes cuando se someten a un arbitraje saben que están asumiendo cierto riesgo al pactar un proceso, que por su propia naturaleza, es generalmente de una sola instancia. Pero ese riesgo no lo asumen las partes en vano. Lo asumen en función de otros beneficios

que a cambio obtienen como escogencia del tribunal, imparcialidad, celeridad, atracción de inversiones, etc. Al inclinarse por estos beneficios, las partes implícitamente están aceptando tolerar cierto margen de error propio de cualquier proceso legal de única o última instancia. Esas son las reglas de juego. Aunque no son perfectas, si libre y soberanamente fueron pactadas, entonces obligatoriamente deben ser respetadas. Y aunque el resultado sea adverso o incluso equivocado, no se debe olvidar que las propias partes tienen un grado de contribución en ese resultado. Tienen cierta responsabilidad porque han participado, o han tenido el derecho de participar, en la selección del Tribunal Arbitral (cuestión que no ocurre en la vía judicial), han escogido a los abogados encargados de persuadir al Tribunal Arbitral y hasta han escogido someterse a determinada instancia arbitral en lugar de alguna otra jurisdicción. De manera que una parte del arbitraje mal puede pretender despojarse de esa responsabilidad *in eligendo* al conocer un resultado que le es adverso⁹⁵.

Especial atención nos merece la actitud de ciertos funcionarios públicos que representan los intereses de los Estados demandados. Hemos tenido la oportunidad de escuchar a algunos de ellos en el marco de conferencias internacionales sobre la materia y nos resulta muy curiosa su manera de concebir la defensa de sus representados.

Para muchos de ellos, la defensa de los intereses del Estado pasa por el agotamiento de “todos los recursos legales”, entre ellos,

⁹⁵ Al igual que ocurre cuando se lanza una moneda para dirimir una divergencia, lo importante es que se cumplan las reglas de juego. Mal puede decir alguien después de lanzar la moneda que el resultado no es justo. Y aunque no lo sea, el respeto de las reglas de juego debe estar por encima de la mayor o menor justicia alcanzada. Si se cumplieron las reglas acordadas para dirimir la disputa entonces el resultado debe respetarse. Una Comisión *ad hoc* en este caso debería limitarse a examinar si hubo o no algún tipo de irregularidad en el lanzamiento de la moneda, pero no a determinar cuál de las pretensiones de las partes es más justa y a quién le asiste la razón. Cuando la Comisión asume este último rol, desvirtúa lo más esencial del mecanismo pactado, y por ende a la justicia misma, aunque en su nombre se pretenda justificar semejante proceder.

la nulidad. Parecieran estar convencidos que de esa forma se liberan de toda sospecha y responsabilidad administrativa o incluso criminal.

Tal conducta, aunque claramente comprensible, nos parece sumamente criticable. Estamos convencidos que el papel de un funcionario público debe ser la preservación de los intereses patrimoniales del Estado. De manera que los recursos temerarios intentados con el propósito de protección personal del funcionario público suponen, a nuestro juicio, una malversación de fondos del Estado. Comprendemos el riesgo de quienes suponen que es un “deber” agotar todos los recursos, pero creemos que ese riesgo fácilmente puede evitarse con dictámenes previos de reconocidas firmas de abogados (nacionales o internacionales) respecto de la viabilidad o no, en el caso concreto, del recurso de nulidad⁹⁶.

(ii) Respecto de las Comisiones *ad hoc*, las recomendaciones ya están más que dichas y analizadas por reconocidos autores y árbitros, pero el reto es cómo lograr que los árbitros que integran las Comisiones comprendan que deben:

- i. Interpretar con carácter taxativo las causales previstas en el artículo 52(1) del Convenio y desechar toda forma de interpretación extensiva;
- ii. No sólo reconocer sino también aplicar las diferencias existentes entre la nulidad y la apelación;

- iii. Comprender que el recurso de nulidad es un mecanismo de carácter extraordinario que sólo debe aplicarse en casos que necesariamente así lo ameriten;
- iv. Entender que la nulidad no fue concebida para examinar los méritos de la controversia;
- v. Estar conscientes que no son tribunales superiores infalibles que deben educar a tribunales inferiores en la aplicación del Derecho internacional; y
- vi. Evaluar el impacto que sus decisiones tendrán, incentivando o no, los recursos de nulidad y por ende afectando la confianza del sistema.

La respuesta pareciera ser obvia: si se cuenta con mejores árbitros que integren las Comisiones, tendremos mejores laudos que resuelvan los recursos de nulidad.

(iii) En nuestro criterio, si algo merece una profunda revisión es la *conformación y uso* de la lista de árbitros que utiliza el Presidente del Consejo. Dos cambios serían necesarios, pero ninguno de ellos implicaría una reforma del Convenio CIADI, que como antes indicamos resulta casi imposible de realizar: 1) Establecer un mejor control de quiénes conforman la lista, y 2) Reglamentar el uso de la lista por parte del Presidente del Consejo.

Aunque la conformación de la lista es algo que debe ser revisado, no somos muy optimistas en cuanto a que ello pueda

⁹⁶ Un claro ejemplo de malversación de fondos del Estado sería el caso de arbitraje ante el CIADI en donde el inversionista reclama US\$ 100 millones en daños y el Estado es condenado al pago sólo de US\$ 2 millones, vale decir, el 2% de lo reclamado. Aunque el Procurador General del Estado está satisfecho con el resultado se ve forzado, para cuidar las apariencias de haber agotado todos los recursos, de intentar la nulidad del laudo. Este recurso no solamente será declarado sin lugar sino que adicionalmente implicará el pago de los honorarios de sus propios abogados (que podrían superar o estar muy cerca de la cifra de la propia la condena sobre todo si ha sido contratada un Firma Internacional) más una muy posible condenatoria en costas. Al final pareciera que poco importa duplicar lo que tendrá que pagar el Estado con tal de preservar las apariencias. ¿Acaso no sería más beneficioso para el Estado obtener distintos dictámenes de Firmas especializadas y con base a ellos decidir qué es lo más conveniente para el Estado sin que ello suponga algún tipo de sospecha?.

ser fácilmente logrado. Sin embargo, la reglamentación del uso de la lista por parte del Presidente del Consejo Administrativo sería un cambio sustancial, de muy alto impacto y relativamente muy fácil de implementar. Veamos a continuación ambos cambios.

1) Conformación de la lista: Como se sabe la lista de árbitros está conformada sólo por diez (10) candidatos que designa el Presidente del Consejo Administrativo y el resto de sus integrantes son escogidos discrecionalmente por los Estados, quienes tienen derecho a nombrar hasta cuatro miembros⁹⁷. A nuestro parecer, no todos sus integrantes son reconocidos árbitros internacionales, ni están en dicha lista todos aquéllos que sí lo son. Precisamente, esa discrecionalidad, mal o irresponsablemente utilizada por algunos Estados, es lo que trae como resultado una lista nada homogénea⁹⁸.

Sobre el particular, pensamos que la Secretaría del CIADI podría ejercer un rol más activo en la vigilancia del cumplimiento del artículo 14 y recordarle permanentemente a los Estados Contratantes que las personas por ellos designadas deben “tener reconocida competencia en el campo del Derecho” e “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”.

Lo anterior, supone recomendar el

nombramiento de personas que tengan amplios conocimientos del Derecho internacional y el arbitraje, así como el posible descarte de aquéllas personas que ostenten cargos públicos o diplomáticos en los gobiernos que los designan. Esto último por múltiples razones obvias que resulta innecesario explicar. Pero esas mismas múltiples razones hace que luzca un tanto utópico que todos los Estados cumplan responsablemente con designar sólo a personas con las cualidades necesarias.

2) Reglamentación del uso de la lista: En la constitución de las Comisiones *ad hoc* la responsabilidad no recae en las partes, ni siquiera en los Estados, sino en el propio CIADI, concretamente en el Presidente del Consejo Administrativo⁹⁹.

Es por ello que pensamos que quizás la mejor solución sea un cambio en la metodología que actualmente se utiliza en la designación de los miembros de las Comisiones *ad hoc* por un sistema de listas que reúna las siguientes condiciones:

- i. El Presidente del Consejo será el director del proceso de elección, pero las propias partes asumen el rol protagónico.
- ii. El Presidente del Consejo le otorga a las partes un derecho de reducción de candidatos de la lista origi-

⁹⁷ Dispone la Convención en su artículo 13: “(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado. (2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad” y en lo que respecta a las credenciales de los integrantes de la Lista, el artículo 14 señala: “(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros. (2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica”. (Resaltado nuestro).

⁹⁸ TAWIL, Guido. “An International Appellate System: Progress or Pitfall?”, *ob. cit. supra* nota 83, p. 71. El artículo 13(1) del Convenio confiere la potestad a los Estados Contratantes de designar hasta cuatro personas para la Lista de Árbitros.

⁹⁹ Señala el artículo 52(3) de la Convención: “(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros”. El Presidente del Consejo Administrativo es el Presidente del Banco Mundial.

nal del CIADI para que sea de esta lista reducida de donde se elijan o designen los miembros de las Comisiones.

- iii. Los árbitros serán nombrados con el concurso de la voluntad de ambas partes y no de manera individual con el interés de una sola de ellas.

Las bondades del sistema de listas en la elección de los Tribunales Arbitrales han sido destacadas por la doctrina más calificada¹⁰⁰. Hay autores que creen que tomará algo de tiempo y que requiere de un enorme esfuerzo educativo implementar dicho sistema, porque las partes siguen teniendo la percepción de que les asiste el derecho de nombrar a “su” árbitro¹⁰¹. Sin embargo, esta dificultad no estaría presente en los supuestos del recurso de nulidad ante el CIADI, porque las partes no estarían renunciando a derecho, idea o percepción alguna, porque en realidad le corresponde al Presidente del Consejo designar a los miembros de la Comisión.

La metodología que proponemos, y que no dudamos que puede ser mejorada, funcionaría de la siguiente manera:

- a) El Presidente del Consejo Administrativo enviaría a cada parte, a través del Secretario General¹⁰², la lista general de árbitros del CIADI y las invitaría a realizar una reducción discrecional de hasta un 45%

de sus integrantes¹⁰³.

- b) Las partes enviarían al Presidente, a través del Secretario General, sus respectivas listas reducidas. El Presidente procedería entonces a fusionar ambas listas en una sola y enviaría a cada parte, lo antes posible, la nueva lista reducida.
- c) Una vez recibida la lista reducida, cada parte procedería a elaborar una lista contentiva de hasta un máximo de diez posibles árbitros que no tengan la nacionalidad de alguna de las partes, que sean independientes e imparciales y que tengan experiencia previa como árbitros en arbitrajes CIADI.
- d) Las partes enviarían sus listas de hasta diez candidatos al Secretario General, quien las comunicaría inmediatamente al Presidente.
- e) Considerando la previa reducción realizada por las partes, varios resultados podrían producirse: i) que haya más de tres coincidencias; ii) que haya tres coincidencias; iii) que haya menos de tres coincidencias; iv) que no haya coincidencia alguna y v) que las partes no designen candidatos.
 - i) Si hay más de tres coincidencias, las partes en un plazo muy corto podrían escoger, entre las

¹⁰⁰ PAULSSON, Jan. *Are Unilateral Appointments Defensible?* Kluwer Arb. Blog, Abril 2, 2009. Disponible en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/04/02/are-unilateral-appointmentsdefensible/> more-537. En este mismo sentido y para un análisis de los inconvenientes que tiene el sistema de nombramiento unilateral véase VAN DEN BERG, Albert. "Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration". En: *Libro Homenaje al Profesor Michael REISMAN*, 2010, par. 834.

¹⁰¹ DERAIS, Yves. "The Deliberations of the Arbitral Tribunal—"Retour au délibéré arbitral." En: *The Resolution of the Dispute—from the Hearing to the Award, ASA Special Series No. 29*, 17, Markus Wirth ed. 2007.

¹⁰² En ninguna parte de la Convención ni de las Reglas de Arbitraje se prohíbe al Presidente realizar consultas a las partes respecto de las designaciones por lo que sería perfectamente factible y legítimo hacerlo.

¹⁰³ Pensamos que el rango de reducción no podría ser del 50%, vale decir, la mitad pues existiría la posibilidad, aunque ínfima, que se diera el caso de reducción de todos los miembros de la lista. Ahora bien, el rango indicado podría ser perfectamente un poco menor, o un poco mayor pero siempre menor a 50%.

coincidencias, los tres miembros de la Comisión, y en su defecto, dicha selección la haría el Presidente del Consejo. Nótese que cualquier candidato que escoja el Presidente del Consejo contará con el respaldo previo de las partes.

- ii) Si hay tres coincidencias, lo que configuraría el escenario ideal, los tres árbitros conformarían la Comisión, y entre ellos mismos designarían cuál de ellos sería el Presidente del Tribunal, y en su defecto, lo designaría el Presidente del Consejo.
- iii) Si hay dos coincidencias dichos árbitros integrarían la Comisión, y el Presidente del Tribunal será aquel candidato que obtenga mayor número de puntos conforme a la siguiente votación: Se fusionan en una sola las dos listas de diez candidatos escogidos por las partes. Éstas por separado asignarán una puntuación a cada uno de los candidatos y el de mayor votación será el Presidente. De existir una sola coincidencia, dicho árbitro sería el Presidente de la Comisión *ad hoc* y los otros dos árbitros podrían ser designados así: cada parte escogerá un árbitro de la lista de diez postulados por la parte contraria. Nótese que en este caso los árbitros son designados con el concurso de la voluntad de ambas partes, pues un árbitro no resultaría electo si no es primero incluido en la lista de los diez candidatos por


una de las partes, pero tampoco resultaría electo si la parte contraria no lo escoge de dicha lista. En definitiva, el árbitro se sentiría escogido por ambas partes.

- iv) Si no hay coincidencias los primeros dos árbitros serán nombrados conforme al procedimiento indicado anteriormente donde cada parte escoge un candidato de la lista de candidatos de la parte contraria, y el Presidente sería designado conforme a lo indicado en el numeral (iii). Nuevamente cada uno de los árbitros es designado con el concurso de la voluntad de ambas partes.
- v) En caso de que una parte no designe a sus candidatos o haya empate en el número de puntuación de uno o varios candidatos para ocupar el cargo de Presidente del Tribunal, el Presidente del Consejo Administrativo procedería entonces a su designación. Nótese que estos casos serían excepcionales y por ende también la participación directa del Presidente del Consejo sería muy limitada.

Estamos convencidos que esta metodología permite una lista depurada en donde las partes tienen control casi total. Lo más importante, cada árbitro será designado por ambas partes y no por la voluntad o interés de una sola de ellas, ni unilateralmente por el Presidente del Consejo. Y precisamente por ello, esta metodología liberaría al Presidente del Consejo, y por ende al CIADI, de una pesada responsabilidad¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Como coordinador de la Comisión redactora del Reglamento tuvimos oportunidad de incluir una metodología similar a la aquí propuesta en el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Caracas y hasta la fecha ha arrojado resultados muy positivos. Ver artículo 22.3 y ss. de dicho Reglamento.

6. CONCLUSIONES

- A. El recurso de nulidad previsto en el Convenio CIADI fue concebido por sus redactores como un mecanismo de carácter extraordinario para atacar decisiones arbitrales *nulas*, no decisiones arbitrales *injustas*.
- B. La justicia arbitral, como toda justicia humana, no es infalible. Pretender laudos perfectos a través del recurso de apelación más que una utopía es una ilusión que parte de una premisa errada al suponer que las decisiones de nulidad sí serán infalibles.
- C. Las Comisiones *ad hoc* no fueron concebidas para actuar como tribunales superiores que eduquen a tribunales inferiores acerca de la correcta aplicación del Derecho internacional.
- D. Los jueces parecieran estar entendiendo mejor que algunas Comisiones la distinción entre la apelación y la nulidad. Al menos así pareciera evidenciarlo la práctica.
- E. Las partes que se someten a un arbitraje que por naturaleza es de una sola instancia saben o deben saber que están asumiendo un riesgo. El que estén dispuestas a tolerar cierto margen de error propio de la justicia “humana” no lo hacen en vano sino en función de otros beneficios tales como, imparcialidad, independencia, celeridad, atracción de inversiones, etc.
- F. Las partes también asumen cierta responsabilidad *in eligendo* al escoger a los árbitros, abogados y hasta el propio proceso arbitral. Mal pueden pretender despojarse de esa responsabilidad al conocer un resultado adverso.
- G. Los funcionarios públicos no están obligados a agotar todos los recursos legales sino a preservar los intereses de los Estados demandados. En consecuencia, los recursos temerarios interpuestos para protección personal del funcionario suponen una malversación de fondos que puede ser evitada con dictámenes previos de reconocidas firmas de abogados.
- H. Es necesario un rol más activo de parte del Secretariado en la vigilancia y cumplimiento de las distintas credenciales que exige la Convención para las personas designadas a la lista de árbitros por parte de los Estados Contratantes.
- I. El establecimiento de un sistema de lista con derecho a reducción de las partes en la designación de los miembros de las Comisiones *ad hoc* aumentaría las probabilidades de designación de las personas más idóneas. Además, le daría a las partes un rol protagónico reduciéndole esta pesada carga al Presidente del Consejo. Y lo más importante, no se requiere reformar el Convenio CIADI. 

ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS RESPECTO A LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS CIADI

ANTONIA MAGDALENO CARMONA (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 1.1. Cuestiones generales. 2. Aspectos problemáticos de la anulación de laudos CIADI. 2.1. Regulación normativa. 2.2. Motivos concretos de anulación: Evolución jurisprudencial. 3. Consideraciones finales.*



1. INTRODUCCIÓN

El denominado Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo CIADI), es una institución creada por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de mayo de 1965 (el Convenio).

Nos encontramos ante una institución vinculada al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, perteneciente al Banco Mundial.

La finalidad del CIADI se regula en el artículo uno del Convenio, de forma que su objetivo se centra en facilitar la sumisión de las diferencias relativas a las inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este convenio.

Precisamente, esa fue la finalidad

esbozada en los primeros informes datados de 1965, en los que se consideraba que la constitución de esta institución, destinada a favorecer las disputas entre los nacionales de terceros países y los Estados Contratantes, agilizaría el flujo de capitales privados provenientes del extranjero.

No obstante, el profuso crecimiento de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (APPRI), y el número de arbitrajes de inversión suscitados ante el CIADI, han ocasionado que nos preguntemos si esa finalidad inicial de flujo de capitales extranjeros no ha quedado desvirtuada.

1.1. Cuestiones generales

Como punto de partida, cabe afirmar que el CIADI tiene la consideración de organización internacional autónoma, de forma que goza de personalidad jurídica internacional y, por ende, de los privilegios e inmunidades inherentes a cualquier organización internacional, es decir, goza de *status*.

(*) Abogado. Árbitro. Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Socia Directora de Antonia Magdaleno Abogados, Valencia, España.

En cuanto a la composición del CIA-DI, éste está formado por un Consejo Administrativo y un Secretariado, que está compuesto por un Secretario General que es, además de representante legal del mismo, el responsable administrativo del CIADI y quien ostenta la condición de federatario público de la institución.

Desde un punto de vista arbitral, el CIADI actúa como una institución que se limita a administrar los procedimientos de resolución de conflictos, interviniendo en el desarrollo de los mismos, especialmente en su fase más primigenia, y con carácter previo a la designación de los árbitros que hayan de resolver la controversia.

Nos encontramos ante un órgano permanente, que nada tiene que ver con los Tribunales Arbitrales constituidos con la finalidad de solucionar el arbitraje, y que se ha convertido en la sede natural de resolución de conflictos derivados de inversiones extranjeras.

2. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA ANULACIÓN DE LOS LAUDOS CIADI

Como punto de partida, cabe afirmar, que la característica esencial de todo laudo dictado en un procedimiento CIADI, a diferencia de otros sistemas arbitrales, radica en la obligación que tienen todos los Estados Contratantes de reconocer automáticamente todo laudo CIADI, es decir, el contenido de la resolución se adecua a la misma naturaleza jurídica que tendría una sentencia judicial firme dictada por un órgano jurisdiccional nacional.

Tal y como preceptúa el artículo 53 del Convenio, los laudos CIADI son obligatorios para las partes, sin perjuicio de la acción de anulación que cabe frente a los

mismos, si bien dicha acción no responde, al menos desde el punto de vista del Derecho español a un recurso en sentido estricto, sino que se trata de una acción revocatoria tendente a solicitar la anulación de un laudo.

Por todo lo anterior, podemos señalar que nos encontramos ante un arbitraje deslocalizado por cuanto no existe un control o revisión por parte de juzgados o tribunales nacionales.

2.1. Regulación normativa

La acción de anulación del laudo CIA-DI, se regula en el artículo 52 del Convenio, y señala que cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación de la resolución arbitral mediante escrito dirigido al Secretario General.

Lógicamente, el carácter deslocalizado de la resolución arbitral y la imposibilidad de revisión por parte de los tribunales nacionales hacen que el Convenio regule este mecanismo. Ahora bien, esta acción de anulación tiene un carácter tasado y las causas de revocación responden a un esquema de *numerus clausus*.

En cuanto a los plazos de interposición de la acción de anulación, debemos señalar que se prevén dos, a saber:

- (i) El de ciento veinte días (120) a contar desde la fecha en la que se dictó el laudo.
- (ii) El de tres años (3) si la causa alegada se centrara en un supuesto de corrupción por algún miembro del Tribunal Arbitral.

Como hemos avanzado, la acción de anulación deberá dirigirse al Secretario General, el cual más allá del plazo para su interposición, no controla *prima facie* los motivos de anulación.

Una vez recibido el escrito, por parte del Secretario se da traslado al Presidente del Consejo Administrativo a los efectos de que designe una Comisión *ad hoc* de tres árbitros (designados de entre la lista que mantiene la institución).

Aunque parezca obvio, los tres árbitros designados para conocer de la acción de anulación no deben haber participado en el dictado del laudo a anular.

Otro aspecto a considerar respecto a la anulación del laudo, radica en la posibilidad de suspender con efectos cautelares la ejecución del mismo, siempre y cuando esto se solicite con la propia demanda de anulación.

Por último, y antes de abordar las concretas cuestiones a plantear en la anulación del laudo, conviene advertir sobre los efectos de ésta, en función de si la misma es o no total, toda vez que la resolución que resuelva la acción sólo puede confirmar o anular el laudo, pero nunca modificarlo.

- Si la anulación fuera total, el convenio arbitral sigue vigente y las partes podrán volver a someter la controversia a arbitraje, debiendo designarse un Tribunal Arbitral distinto al inicialmente nombrado.
- Si la anulación fuera parcial, podrá, además, acordar el mantenimiento de la suspensión del laudo sobre la parte no anulada.

Además, conviene señalar que si el laudo resulta anulado, el nuevo Tribunal se verá afectado por los pronunciamientos de nulidad aducidos por la Comisión *ad hoc*, pero no así sobre los argumentos jurídicos o fácticos de la resolución donde se acuerde la nulidad del laudo.

En esencia, la anulación está únicamente destinada a salvaguardar la legiti-

dad del proceso de decisión, de forma que no puede proceder a la corrección sustantiva del fallo.

No obstante lo anterior, conviene advertir que la evolución jurisprudencial derivada de las acciones de anulación ha seguido un proceso constante, en función de los tiempos en los que los laudos fueron dictados. Así, inicialmente, la primera etapa (arbitrajes *Klockner I* y *Amco I*), se caracterizaron por convertir la anulación en una apelación en sentido estricto, lo que generó críticas referidas a que esta actuación había desnaturalizado el arbitraje CIADI.

Posteriormente, las resoluciones dictadas en los arbitrajes *Klockner II* y *Amco II*, adoptaron una posición más rigorista que lograron aplacar las críticas a las primeras anulaciones.

En la actualidad, las resoluciones dictadas en *Vivendi* y *Wena*, mantuvieron la posición de la segunda etapa, hasta el punto de que sólo era posible proceder a la anulación cuando verdaderamente existieran motivos graves y serios que lo justificaran, es decir, en palabras de la propia Comisión *ad hoc* de *Vivendi*, se afirmó:

“The committee (...) must guard against the annulment of awards for trivial clause.”

2.2. Motivos concretos de anulación: Evolución jurisprudencial

Tal y como hemos avanzado anteriormente, las causas de anulación están expresamente tasadas, de forma que no se extienden a otras distintas de las previstas, extremo que han confirmado las resoluciones dictadas en las Comisiones *ad hoc Klockner I*, *MINE* y *Wena*.

Lógicamente, el hecho de que las causas de anulación se encuentren limitadas, no

quiere decir que las partes tengan que basar su acción en una concreta, sino que es posible, incluso deseable, que se aleguen varias infracciones del artículo 52 del Convenio.

Expuestas de forma somera unas primeras pinceladas, procederemos a continuación a detallar las concretas causas de anulación y la interpretación jurisprudencial creada en relación a cada concreto motivo.

(i) *Que el Tribunal se hubiere constituido correctamente*

En esencia, este motivo de anulación estaba inicialmente previsto para aquellos casos en los que: (i) no hubiera existido acuerdo entre las partes; (ii) que se hayan quebrado los requisitos de nacionalidad previstos en el Convenio, o (iii) que existan cualesquiera otros motivos que impidan a los árbitros actuar.

De entrada, debemos afirmar que el momento procesal oportuno para alegar la causa de anulación por indebida formación del Tribunal, es aquel en el que la parte tenga conocimiento del mismo, aunque el procedimiento siga adelante y se dicte el laudo.

Lo que pretende tal motivo, es evitar que esta causa de anulación se alegue de forma arbitraria e inconsistente. De hecho, la propia regla de arbitraje 27, señala que la parte que conozca del motivo de denuncia deberá hacerlo en el mismo momento en el que conozca tal extremo, so pena de considerar que ha decidido renunciar a su derecho.

En la práctica, es bastante inusual que concurra este motivo de anulación, toda vez que el Secretario supervisa de forma concienzuda todo el proceso de designación del

Tribunal Arbitral.

Asimismo, los artículos 38 y 39 del Convenio regulan las normas relativas a la nacionalidad de los árbitros, excluyendo a los nacionales del Estado receptor de la inversión.

Por último, y por lo que respecta a la cualidad de los árbitros, el artículo 14 señala que éstos deberán de gozar de reconocido prestigio y competencia en el mundo del Derecho, las finanzas o la industria.

Como decimos, este motivo de anulación es bastante infrecuente en tanto y en cuanto, la designación de los árbitros viene motivada por una actuación del Secretariado de la institución que dificulta la concurrencia de este motivo de anulación.

(ii) *Que el Tribunal se hubiere extralimitado en sus facultades*

Forma parte de la idiosincrasia del arbitraje que la competencia y jurisdicción del Tribunal Arbitral viene dada por la voluntad de las partes de someter sus diferencias a éste. Por tanto, podemos afirmar que la sumisión a arbitraje es la que marca los límites jurisdiccionales de aquél.

Desde un punto de vista jurisprudencial, y por lo que afecta a los laudos CIADI, las Comisiones *ad hoc*, han resuelto las acciones de anulación en base a dos motivos esenciales. De una parte, la falta, exceso o no ejercicio de la jurisdicción por parte del Tribunal y, de otra, por la no aplicación de la ley aplicable.

a) Exceso en la jurisdicción por parte del Tribunal Arbitral

La doctrina¹ ha señalado que para que

¹ SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, pp. 932-933.

pueda entenderse que se produce un exceso por parte del Tribunal Arbitral, éste debe ser manifiesto, entendido como la existencia de una extralimitación considerada sin un mayor análisis, es decir, se produce extralimitación no en función de la gravedad de esa superación, sino en base a la facilidad con que puede ser advertida.

Partiendo de esta tesis, SCHREUER propone dos tipos de estudios al respecto:

- Aproximación escalonada: La Comisión *ad hoc* determina, en primer lugar, si ha existido extralimitación para, una vez comprobada dicha certeza, determinar si la misma es o no manifiesta o clara.
- Aproximación *prima facie*: La Comisión *ad hoc*, realiza un análisis sumario para determinar si esa extralimitación fue lo suficientemente manifiesta.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de las Comisiones *ad hoc*, debemos señalar que no ha existido una uniformidad de criterios, sino que los mismos han ido evolucionando. Así en *Klockner I*, la Comisión *ad hoc* apostó por esa aproximación escalonada, de forma que una vez analizado el laudo, acordó que la actuación había sido adecuada y, por tanto, que no había concurrido extralimitación.

Dicho criterio de aproximación escalonada, fue mantenido en *Vivendi*, centrándose exclusivamente en las consecuencias de la extralimitación, más que en el juicio cognoscitivo del Tribunal Arbitral.

Sin embargo, en otros casos, como por ejemplo *Wena*, la Comisión *ad hoc* decidió

recurrir a esa aproximación *prima facie* desde el punto de vista del conocimiento que tuvo el Tribunal Arbitral, para determinar si existió o no una extralimitación.

Por último, y para concluir, debemos señalar que en *Vivendi* el criterio seguido por la Comisión fue, no el del carácter evidente, sino el de las consecuencias de la extralimitación, de forma que si éstas son claras, entonces se considera que el carácter es manifiesto.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que este criterio es el que debería imperar, toda vez que deben ser las consecuencias las que determinen esta causa de anulación, de forma que la aproximación escalonada debe ser la aplicable al caso.

b) Falta de jurisdicción

El artículo 25 de la Convención, establece los requisitos jurisdiccionales que debe cumplir el tribunal CIADI, el cual encuentra refuerzo en la propia cláusula arbitral establecida en el convenio.

Desde el punto de vista interpretativo, debemos afirmar que esta falta de jurisdicción no sólo se refiere a una carencia de competencia totalmente absoluta, sino que puede extenderse a aquellos supuestos en los que el Tribunal Arbitral, aun siendo competente para conocer de la cuestión, se extralimita en el ejercicio de sus facultades².

De hecho, cierto sector doctrinal³, considera que la falta de ejercicio de la jurisdicción puede suponer una extralimitación de sus facultades, extremo que por lo demás fue abordado por la Comisión *ad hoc Vivendi* frente a Argentina, la cual señaló:

² *Klockner v. Cameroon*. 2 ICSID Reports 98.

³ SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, pp. 937-939.

“It is settled, and neither party disputes, that an ICSID Tribunal commits an excess of Powers not Only if it exercises jurisdiction which it does not have under the relevant agreement or treaty and the ICSID Convention, read together, but also if it mails to exercise a jurisdiction which it possesses under those instrument.”

Precisamente, esta misma Comisión estableció que esta falta de ejercicio de la jurisdicción puede llevar aparejada la anulación del laudo.

En dicho arbitraje, el laudo inicial señaló que el Tribunal Arbitral gozaba de competencia respecto a la solicitud de arbitraje del inversor en una determinada provincia de Argentina. No obstante, el Tribunal Arbitral falló que no procedía estimar la demanda sometida a su jurisdicción y se inhibió a favor de los juzgados locales.

Planteadas la correspondiente acción de anulación, la Comisión *ad hoc* resolvió que el Tribunal Arbitral se había excedido en sus funciones, al no haberse pronunciado sobre la reclamación del inversor a pesar de gozar de jurisdicción para ello.

Desde un punto de vista procedimental, las excepciones de jurisdicción deberán presentarse ante el Secretario General del CIADI, a más tardar antes de que transcurra el plazo para contestar a la demanda, salvo que la parte no haya tenido conocimiento de los hechos en los que se funda la excepción, de forma que ésta deberá formularse tan pronto como los conozca, so pena de entenderse que ha dejado precluir el trámite para realizarlo.

En esencia, de lo que se trata es que las partes no esperen al resultado del arbitraje para plantear este tipo de objeciones, con el fin de desnaturalizar la acción de anulación basada en este criterio.

c) Falta de aplicación del Derecho

Una de las causas de anulación aparejada a este motivo se centra en la falta de aplicación del Derecho aplicable a la controversia. Así, el artículo 42 del Convenio, prevé que:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de Derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables.”

Literalmente, la no aplicación de la ley aplicable no aparece como tal referida en el artículo 52 de la Convención. No obstante, y teniendo en cuenta que las normas sobre el Derecho aplicable forman parte esencial de los convenios arbitrales, desde las primeras Comisiones *ad hoc* (vid *Klockner* y *Amco*) se ha venido considerando que la falta de aplicación del Derecho aplicable implica una extralimitación de las facultades del Tribunal Arbitral.

Dicho criterio ha sido mantenido posteriormente en *Mine*.

Otro aspecto sobre el que conviene pronunciarse, es sobre la distinción entre la falta de aplicación del Derecho y la incorrecta aplicación del mismo. Tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente, se viene manteniendo que la incorrecta aplicación del Derecho no supone una causa de anulación del laudo. De hecho, este criterio fue aplicado en las Comisiones *ad hoc Amco I*, *Mine*, *Wena* y más primigeniamente en *Klockner I*.

No obstante, esta causa de anulación tuvo distinta interpretación en los casos de *Klockner I* y *Amco I*, donde las Comisio-

nes *ad hoc* llevaron a cabo una interpretación extensa de esta causa de anulación y procedieron a revisar en qué términos había sido aplicada la ley, extremo que causó un gran debate doctrinal en tanto en cuanto se consideró que la labor desarrollada por las Comisiones se había extralimitado. Precisamente, y en respuesta a dichas críticas, tanto las Comisiones *ad hoc Mine* y *Wena* aplicaron de forma más restrictiva esta causa de anulación.

Por lo demás, conviene advertir que donde se han desarrollado más discrepancias ha sido en torno a la forma de aplicar el Derecho en los términos del artículo 42 de la Convención. En este sentido, el Tribunal Arbitral debe primero establecer si ha existido una determinación en cuanto al Derecho aplicable, es decir, si se aplica el contrato de inversión extranjera o el propio APPRI.

Los Tribunales Arbitrales han llevado a cabo una labor interpretativa consistente en determinar si ha existido o no una determinación implícita del Derecho aplicable por las partes, bien revisando el contrato, bien por el APPRI, o bien por la propia actividad desarrollada por éstas. En caso de que no exista una indicación clara sobre el derecho aplicable, el Tribunal Arbitral debe aplicar la fórmula subsidiaria prevista en el artículo 42.

Ahora bien, lo que parece sencillo, se complica de forma considerable en función de qué Derecho resulta de aplicación, es decir, el del Estado o el Derecho internacional.

Jurisprudencialmente, las Comisiones *ad hoc* han ido evolucionando de forma que se ha pasado de considerar que en ausencia de acuerdo se aplica en primer lugar el Derecho local, y subsidiariamente el Derecho

internacional, al otorgarle un papel menos preponderante a éste último.

Inicialmente, la Comisión *ad hoc Klockner I* consideró al Derecho internacional como un elemento complementario de cara a resolver la controversia, es decir, sólo en aquellos casos en los que el Derecho local fuera insuficiente o se opusiera al Derecho internacional es cuando había que darle preponderancia a éste.

El mismo criterio fue seguido en *Amco I*. Sin embargo, en la Comisión *ad hoc Wena*, se produjo una mutación sobre la preponderancia del Derecho internacional sobre el local de tal forma que se consideró que en el caso de Egipto, pese a haber vulnerado el APPRI, éste debía de primar como norma de Derecho internacional en detrimento del Derecho local.

Esta misma Comisión, llevo a cabo una labor interpretativa del artículo 42 del Convenio, de forma que consideró que la conjunción copulativa y, debía ser sustituida por la disyuntiva o, y dejó a criterio del Tribunal la preponderancia de uno u otro derecho.

Tras el agrio debate doctrinal abierto a la vista de dicha interpretación, determinados autores⁴ han señalado que el artículo 42 debe aplicarse de la siguiente forma:

- Voluntad de las partes.
- Si la legislación del Estado parte en la disputa así lo prevé, se aplicará el Derecho internacional.
- Si la materia es directamente regulada por el Derecho internacional.
- Para cubrir los vacíos de la legisla-

⁴ Michael REISMANN, *The regime for lacunae in the ICSID choice of law provision and the questions of its threshold*.

ción local.

- Para corregir o enmendar el Derecho local en los casos en el que este es contrario al Derecho internacional.

Para concluir con este punto, conviene hacer una somera referencia a la posibilidad de, si las partes lo han decidido, resolver la controversia conforme a la equidad. En este caso, algunos autores⁵ han señalado que la Comisión deberá examinar la intención del laudo en busca de referencias a la equidad o conceptos similares para determinar si un determinado procedimiento puede o no ser resuelto conforme a la equidad.

(iii) Que hubiera existido corrupción en algún miembro del Tribunal

Partiendo de la casi imposible concurrencia de este motivo, cabe preguntarse si una declaración incorrecta o falsa de los árbitros en el momento de su aceptación puede ser motivo para considerar que ha existido corrupción en el Tribunal.

En la práctica, y partiendo de la necesidad de adaptación de esta causa, podría plantearse la posibilidad de adecuarla a un motivo de recusación, de forma que habría que proceder a revisar los tres grados previstos en las normas de la IBA.

(iv) Que hubiere un quebrantamiento grave de las normas de procedimiento

El punto de partida de este motivo de anulación se centra en el hecho de que las causas deben ser graves y fundamentales, es decir, no basta cualquier infracción para considerar que el laudo puede ser motivo de anulación. Este fue el criterio seguido en *Mine*, que determinó que el quebrantamiento

sería grave si éste era sustancial y privaba a la parte afectada del beneficio o protección que la norma le proporcionaba.

Yendo más allá, la Comisión *ad hoc Wena*, señaló que para considerar que ha existido un quebrantamiento grave de las normas del procedimiento se requería que el resultado al que se habría llegado hubiera sido totalmente distinto al alcanzado en la laudo. Ejemplo de ello, lo encontramos en *Vivendi*, que consideró que el requisito de la audiencia de las partes constituye una norma esencial del procedimiento.

Además, conviene hacer referencia a otras infracciones de normas esenciales del procedimiento apreciadas por la jurisprudencia de las Comisiones *ad hoc*. En concreto las siguientes:

- Falta de imparcialidad. En este caso, tanto la Comisión *Amco I* como *Klockner I* han señalado que el motivo de anulación basado en la falta de imparcialidad supone una carga de la prueba considerable para la parte que la alega, de forma que las posibilidades de éxito se reducen.
- Falta de audiencia. Se trata del único motivo de anulación que en base a este supuesto se ha tenido en consideración por las Comisiones, en concreto por *Amco*.
- Infracción sobre las normas que regulan la prueba. En este sentido, y conforme al artículo 34 del Convenio, el Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la prueba, de forma que éste goza de autonomía para pronunciarse sobre las mismas.

⁵ SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 962.

(v) *Que no se hubiera expresado en el laudo los motivos en los que se funde la decisión*

El artículo 48 del Convenio, prevé que el laudo contendrá una declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y el mismo deberá ser motivado.

En la práctica, este motivo ha tenido acogida en las Comisiones *Vivendi* y *Wena*. En concreto, veremos dentro de esta causa de anulación algunos motivos específicos:


- Ausencia de motivos. Esta causa se centra fundamentalmente en la falta de pronunciamiento por parte del Tribunal de algunas de las pretensiones deducidas en el arbitraje, es decir, nos encontramos ante una especie de incongruencia omisiva, que ha tenido refrendo en *Klockner I*. No obstante, en casos como *Amco I* y *Mine* las Comisiones *ad hoc* han venido al completar el razonamiento del Tribunal de cara a evitar la anulación del laudo.
- Motivos insuficientes o inadecuados. Jurisprudencialmente, se ha venido manteniendo, por ejemplo en la Comisión de *Wena*, que el Tribunal Arbitral no está obligado a señalar expresamente las causas en las que basa su decisión, siempre y cuando las mismas puedan estar implícitas en el fallo.
- Falta de pronunciamiento sobre las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal. En este punto, conviene advertir que *Wena* ha señalado que la falta de pronunciamiento sobre una de las pretensiones esgrimidas por las partes es

causa de anulación. No obstante, este criterio fue interpretado de forma restrictiva por las Comisiones *Amco I* y *Mine*, que establecieron que sólo procede la anulación del laudo por este motivo cuando las pretensiones sobre las que no se ha pronunciado el Tribunal resultan relevantes o esenciales.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como se ha puesto de manifiesto hasta ahora, debemos señalar que las Comisiones *ad hoc* no han seguido en muchos casos las mismas consideraciones a la hora de decidir sobre si procede o no anular el laudo. En esencia, y partiendo del hecho de que estas Comisiones son *ad hoc* con miembros distintos en cada caso, dejan abierta la interpretación del artículo 52 del Convenio, de forma que es muy difícil pronunciarse sobre una aplicación genérica de las causas de anulación.

Igualmente, es importante destacar que la anulación del laudo se entronca en dos soluciones distintas, de una parte basada en la eficacia del procedimiento y de otra en la justicia del mismo, principios que al igual que las causas de anulación han tenido una preponderancia concreta en función de la Comisión *ad hoc*, siendo que las últimas *Vivendi* y *Wena* han apostado por el criterio de la eficiencia.

Para terminar, debemos afirmar que en tanto y en cuanto la finalidad del laudo es la de vincular a las partes, sería recomendable aplicar los criterios de anulación sólo en aquellos casos en los que la quiebra de los principios esenciales del Derecho se produzca de forma clara, pues de lo contrario el mecanismo CIADI dejará de ser apetecible para el inversor extranjero. 

EL RECURSO DE ANULACIÓN EN EL CIADI Y EL ESTADO DE NECESIDAD EN LOS CASOS ARGENTINOS

OSVALDO J. MARZORATI (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Los casos de Anulación CMS, Azurix, Sempra y Enron. 2.1. CMS. 2.2. Azurix. 2.3. Sempra. 2.4. Enron. 3. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

Dos decisiones de Comités *ad hoc* constituidos conforme al procedimiento del CIADI que han tenido estado público y significativa repercusión, por haber decretado la anulación de sendos laudos dictados previamente por Tribunales del CIADI, han motivado este trabajo¹.

Es conocido el mecanismo del CIADI respecto de la concesión de recursos contra laudos emanados de Tribunales constituidos bajo sus reglas, pero bueno es recordarlo. En efecto, el procedimiento del CIADI básicamente consiste en autorizar en forma taxativa ciertos recursos habituales en todo laudo, como el de aclaratoria y otros contemplados en los artículos 50 (interpretación) y 51 (revisión), pero el más importante es el de anulación, que no comprende el re-

curso de apelación, ceñido a cinco causales muy especiales y decidido conforme a un Comité *ad hoc* designado por el CIADI, por vía de su Presidente, en forma discrecional, compuesto por tres juristas versados en Derecho internacional. La substanciación de ese recurso, sustituye el recurso de nulidad contemplado normalmente en las legislaciones internas o sedes locales, de modo que si el Comité *ad hoc* anula el laudo, el litigante hasta ahí victorioso debe relitigar el caso, en cuanto al fondo del asunto o si el mismo es rechazado o la nulidad es parcial e irrelevante en cuanto al resultado económico, puede ejecutarlo en cualquier país donde el demandado tenga activos, ya que el artículo 54 dispone que todos los países miembros reconocen el laudo emanado del tribunal como obligatorio y ejecutarán sus disposiciones pecuniarias como una sentencia final de una corte local.

(*) Profesor de Derecho de los Negocios Internacionales. Universidad Torcuato Di Tella. Árbitro Internacional, autor de los siguientes libros: Derecho de los Negocios Internacionales, Sistemas de Distribución Comercial, Joint Ventures, Compraventa Comercial Internacional. Socio Senior de Allende & Brea. Director de la Revista La Ley. Co-editor de International Business Lawyer (IBL).

¹ Se trata de las decisiones de los Comités *ad hoc* en los casos *CMS, Sempra y Enron Credit Recovery*, estos dos últimos recaídos y dados a conocer el 29 de junio y el 30 de julio de 2010 respectivamente. ARB/01/8, ARB/02/16 y ARB/01/3 respectivamente, luego de haber perdido el pedido de anulación del caso *Azurix vs. Argentine Republic (Annulment)* ICSID ARB/01/12.

Entrando en tema, el artículo 52 (1) de la Convención del CIADI dispone lo que ha sido calificado como una lista taxativa de causales de anulación de un laudo², a saber:

Cualquier parte puede requerir la anulación de un laudo por medio de una solicitud por escrito dirigida al Secretario General con fundamento en una o más de las siguientes causas:

- (a) Que el Tribunal no estaba debidamente constituido.
- (b) Que el Tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades (poderes).
- (c) Que existió corrupción de parte de un miembro del Tribunal.
- (d) Que hubo un serio apartamiento de una regla fundamental de procedimiento; o
- (e) Que el laudo omitió dar razones o fundamentos en los que se funda la decisión.

En el repertorio de los casos de CIADI no ha existido ningún caso de corrupción. En general los más usados son el (b) el (d) y el (e), Argentina trató infructuosamente de utilizar el (a), pero le fue denegado³.

Los casos de anulación en el procedimiento del CIADI se distribuyen según SCHREUER⁴, en tres categorías que evolucio-

naron hasta dejar sentado que el Tribunal *ad hoc* nombrado por el Presidente del CIADI, no es un Tribunal de apelación que revisa el mérito sino un Tribunal cuya única función es anular total o parcialmente un laudo, criterio que está firme en la actualidad, no discutiendo los argumentos o razones de fondo en virtud de los cuales se basó el Tribunal, ni en esa forma conocer el grado de apelación del fondo del asunto.

En definitiva, es dable afirmar que en el procedimiento del CIADI el recurso de nulidad ha quedado como un recurso excepcional para corregir graves fallas de procedimiento. Esto ha sido saludado como un progreso que ha sido particularmente apto y atento a la proliferación de tratados de inversión⁵, ya que en los primeros casos los Comités habían incursionado en el fondo del asunto.

Sin duda que la decisión *Vivendi*, que bueno es recordar ganó la República Argentina en épocas del Presidente de la Rúa, ayudó a precisar los conceptos, fijando claramente que existía en los reclamos contra la República Argentina argumentos que hacían a la relación de la empresa local constituida para operar una concesión, es decir, una causa contractual regida por el Derecho local, y argumentos que hacían al Derecho del inversor que se regían por el Derecho internacional, sea de origen consuetudinario o basados en tratado.

Esto generaba dos tipos de posiciones según la óptica local o la óptica internacio-

² Decisión de CMS del 25 de septiembre de 2007, donde el Comité de revisión sentó la premisa que la lista de causales es taxativa. Conf. SCHREUER, Christopher. En: *Annulment of ICSID awards. Three generations of ICSID annulment proceedings*, p. 20.

³ Caso CMS sobre anulación decisión ver *ut supra* nota 2. Es el único caso en el que existe decisión sobre este punto. También en el caso *Azurix*, el Comité *ad hoc* rechazó el planteo de Argentina relacionado con la Constitución, artículo 52(1)(a).

⁴ El autor incluye en los casos de anulación más primitivos y muy criticados a *Klockner* y *Amco I*, donde se discutió el mérito en la anulación, lo que está vedado a un Tribunal *ad hoc*, criterio corregido en *Mine* y en *Klockner II* y *Amco II* y finalmente incluye en el 2002 a *Vivendi* y *Wena*. *Op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁵ Conf. SCHWARTZ, Eric, al comentar *Wena vs Egypt. Finality at what cost*. *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

nal. En la primera se había pactado que toda divergencia entre la sociedad concesionaria y el Estado concedente debía resolverse ante los tribunales locales, mientras que en la óptica del inversor primaban los derechos a acudir a foros internacionales, con fundamento en los tratados que protegían la violación de principios internacionales, de donde se sigue que una misma reclamación puede infringir una norma internacional pero no necesariamente una norma local, y viceversa, una norma local puede estar infringida pero no necesariamente ello importa una violación de un derecho protegido por normas internacionales.

Esto quedó claramente establecido y ha sido reiterado constantemente en los razonamientos de diferentes tribunales que han decidido tanto en temas argentinos como en casos foráneos. La segunda consecuencia de *Vivendi* es que luego de afirmar la jurisdicción del CIADI y establecer la diferencia entre causales comerciales bajo el contrato o causales comerciales bajo el tratado que habilitan la jurisdicción internacional con prescindencia de las normas locales, el Tribunal llegó a un “*impasse*” que derrumbó su trabajo intelectual. Cometió el peor de los pecados de un magistrado: se negó a fallar, bajo el pretexto de que las causales contractuales y las causales internacionales estaban tan íntimamente ligadas que lo inhabilitaban a pronunciarse sobre la procedencia del daño y su cuantía.

Es necesario poner en contexto esta afirmación recordando que el Tribunal de *Vivendi* asumió su jurisdicción con el claro objetivo de decidir una contienda, pero al fallar si bien estableció la existencia de incumplimientos que afectaban al inversor extranjero declinó hacerlo, a sabiendas, sobre la base de afirmar que le resultaba imposible deslindar que acciones de la Provincia de Tucumán habían sido tomadas en ejerci-

cio de su poder soberano y que acciones de la misma habían sido tomadas como parte de un Contrato de Concesión y en ejercicio de sus derechos, lo que provocó que el Comité *ad hoc* convocado por el Presidente del CIADI con miembros independientes que no habían tomado parte en el litigio recurrido debió decidir si procedía o no la anulación con fundamento en el mentado artículo 52 del Tratado de Washington. El Comité consideró tanto el recurso de nulidad deducido por el actor como los pedidos de rectificación interpuestos por nuestro país, los que desechó. Sin embargo, hizo lugar a la nulidad parcial del laudo utilizando la causal de exceso de poder manifiesto, es decir la causal del artículo 52(1)(b) determinando que, incluso el ejercicio de derechos contractuales, puede involucrar la violación de derechos bajo Tratados internacionales, bajo un Tratado de Inversión, en el caso, el de Francia con Argentina.

Es interesante destacar que el Comité analizó los diferentes agravios de la República Argentina y sólo admitió el de un grueso error de procedimiento, aunque lo maquilló como un manifiesto exceso de poder, al no decidir una petición de condena solicitada por *Vivendi* contra la República Argentina.

En otras palabras el Comité dejó atrás la diferencia entre actos soberanos y actos comerciales y decidió que los Tratados tienen otro *standard* de Derecho internacional y en la medida que el *standard* está dañado y el derecho de un inversor se ve afectado, existe cuestión suficiente bajo el Tratado con prescindencia del origen comercial de la disputa.

Vivendi anteriormente “*General des Eaux*” en definitiva, como bien señaló un autor extranjero, se decidió por el Comité *ad hoc* sobre la causal del inciso 52(1)(b)

con el argumento de que el Tribunal declinó ejercer sus poderes para decidir la cuestión a él confiada, configurando un manifiesto exceso de poder⁶, ya que habiendo aceptado su jurisdicción por el caso su decisión fue no decidir o como se expresó declinar tomar una decisión. Un autor argentino si bien estuvo de acuerdo que la decisión fue correcta en cuanto al resultado, criticó acerbamente la metodología usada por el Comité⁷, ya que a su juicio la causal correcta era un serio apartamiento de una regla fundamental de procedimiento y no la invocada en el fallo que estaba sustentada en la autoridad del Prof. SCHREUER cuando interpretó que la causal se aplicaba cuando un tribunal se arrogaba una jurisdicción que no poseía o cuando teniendo jurisdicción declinaba ejercerla.

Otro asunto en el que el Comité *ad hoc* decidió diferentemente es que cualquier incumplimiento del BIT por el Gobierno de Tucumán eran atribuibles a la República Argentina bajo las reglas de responsabilidad del Estado independientemente de lo que dispongan las reglas municipales, si el incumplimiento está contemplado en el BIT o en las reglas del Derecho internacional.

Luego del fallo de anulación de *Vivendi*, la parte actora, que a su vez era otra compañía de la misma nacionalidad, decidió iniciar el caso nuevamente, por lo que se constituyó un nuevo Tribunal que dictó el laudo respectivo, el que fue objeto de un nuevo pedido de anulación, que fue descar-

tado (*Vivendi 3*) y el punto más importante presentado por Argentina, consistente en que el tribunal no había aplicado la ley aplicable correcta, fue desechado, sosteniendo el Comité que el Tribunal había efectuado un adecuado balance entre las obligaciones internacionales y aquéllas sujetas a la ley argentina. Allí se ratifica que la utilización del recurso de nulidad en el procedimiento del CIADI sólo se basa en cuestiones de procedimiento que coartan el ejercicio regular del derecho de defensa, pero no impiden que un nuevo Tribunal vuelva a conocer del caso y llegue a la misma decisión o a otra condena, observando las reglas del debido proceso, tal cual éste ha sido normado en el Tratado y aplicado por los Comités *ad hoc*. Dado las diferencias con otros procedimientos resulta de aquí en más necesario conocer profundamente el alcance de las causales de nulidad para evitar nuevas y costosas derrotas, que sin duda provocarán un cuestionamiento de los honorarios profesionales cuando haya que relitigar el caso.

En rigor el tema de la causal de exceso de poder manifiesto, parece significar algo así que la causal es tan evidente, que no necesita demostración, lo que ha provocado que tal causal debe soslayarse en los casos de falta o exceso en la jurisdicción, ya que en definitiva o el tribunal tiene jurisdicción o no la tiene, no existe una solución intermedia, por ende la causal de falta de jurisdicción debe ser manifiesta, y en el tema de la jurisdicción no es de aplicación fácil, ya que el Tribunal tiene o no tiene jurisdicción bajo

⁶ Conf. ALEXANDROV, Stanimir. *The Vivendi annulment decision and the lesson for future ICSID arbitrations*, pp. 114 a 120. Este autor señala también que *Vivendi* sirvió para precisar el carácter excepcional e importante de las causales de nulidad descartando usar las mismas para subsanar simples errores como en la causal de no dar razones suficientes (causal e), señalando que "la falla en no decidir constituía un serio incumplimiento de una regla fundamental de procedimiento".

⁷ En contra vease SUAREZ ANZORENA, Carlos I. *Vivendi v. Argentina o la admisibilidad de un pedido de anulación parcial bajo la causal de exceso manifiesto de poder*. *Op. cit.* pp. 123 y ss., donde criticó acerbamente el uso de la causal de exceso de poder manifiesto, por entender que en realidad el argumento principal se basa en que existe un manifiesto exceso de poder cuando el Tribunal no ejerce su jurisdicción, citando a SCHREUER como única fuente de esa afirmación y considerando que en realidad al usar ese argumento utilizó un inexplicable atajo dado que asumió que al declinar su jurisdicción el Tribunal incurrió en un exceso manifiesto de poder, por entender que esta causal no se configura al declinar decidir el fondo del asunto.

las reglas de Derecho internacional o los tratados, por lo que la palabra manifiesta es un exceso ritual, que no tiene demasiado asidero, al menos en el caso de la jurisdicción, ya que al presentar la demanda el Secretario tiene que observar antes de su Registro, que el Estado demandado haya prestado su consentimiento anticipado, sea éste expreso o mediante la firma de un acuerdo bilateral de inversión.

Otro tema que llevó cierta discusión y crítica, es la materia de la ley aplicable. Por ejemplo en el caso *Mine vs Guinea*⁸. Para 94-96 el fracaso de aplicar la ley apropiada por un error sin consecuencias no fue aceptado como una causal válida para anular el laudo, lo mismo sucedió en *Wena vs Egipto*⁹. Sin embargo, en *Klöckner vs Cameroon* el Comité *ad hoc* sentó la doctrina que el exceso de poder se configura por la no aplicación de la ley aplicable pactada, pero asimismo dejó sentado que la interpretación equivocada de esa ley no es causal de anulación¹⁰.

2. LOS CASOS DE ANULACIÓN *CMS, AZURIX, SEMPRA Y ENRON*

Entre los años 2007 al 2010 los Comités *ad hoc* constituidos por el Presidente del CIADI decidieron estos cuatro casos de los

cuales Argentina logró la anulación substancial de dos de ellos, *Enron* y *Sempra* y perdió el caso *CMS* y el de *Azurix*. Adelantamos que los dos últimos fueron dictados con anterioridad a aquellos en los que tuvo éxito, y que el éxito o el fracaso radicó en diferentes puntos de vista e interpretación de las mismas causales.

Nos proponemos analizar a continuación cada uno de ellos dejando constancia que en *CMS*, la República Argentina solicitó la nulidad total por las causales de extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal y omisión de los motivos en los que se fundó para fallar, artículo 52(1)(b) y (e) del Convenio CIADI.

2.1. *CMS*

El Comité entendió que en el laudo atacado se habían dado razones suficientes justificando el rechazo, de la mayor parte de los agravios esgrimidos por la República Argentina, por ese motivo aunque la interpretación de las razones fuera discutible, no le correspondía merituar los argumentos de hecho y de Derecho porque su función no era la de Tribunal de apelación sino Tribunal de anulación que debía pronunciarse si se había extralimitado en sus facultades u omitido razonamientos necesarios o razones para considerar el tema, dado que aun en caso

⁸ Allí aunque con menos fuerza se afirmó que el exceso de poder debe ser auto evidente, mas que el producto de una elaborada interpretación. Cuando esto ocurre el exceso deja de ser manifiesto. Ver *Wena vs Egypt*. Feb. 5 2002. al respecto recuerda E. GAILLARD que en sus primeros fallos de anulación el tema de la ley internacional aplicable a los casos de ICSID debía aplicarse si las partes la habían pactado o en el caso del art. 42 (1) en el que por falta de elección de las partes, el Tribunal o debía aplicar y tales reglas de Derecho internacional que puedan ser aplicables, con lo que el rol del derecho internacional resulta subsidiario, lo cual no es de aplicación cuando se trata de arbitrajes de inversión, pero sí es válida en arbitrajes contractuales. GAILLARD. *Op. cit.*, p. 212, distinguiendo 5 supuestos, 1) las partes la eligieron, 2) la ley internacional se aplica por remisión de la ley nacional, 3) la materia es regulada directamente por la ley internacional, 4) para cubrir una laguna u omisión de una ley nacional (función complementaria) o 5) para corregir una ley nacional que vulnera una norma internacional (función correctiva).

⁹ En *Wena vs Egipto* el fracaso de aplicar una ley inapropiada bajo el art 42.1 de la convención de Icsid puede constituir un manifiesto exceso de poder y conducir a una anulación, pero el error en la aplicación de la ley apropiada no conduce a la anulación. SCHREUER, citado por KAUFMANN KOHLER, Gabrielle. *Annulment of ICSID awards in contract and treaty arbitration*, p. 207b en *Annulment of ICSID awards*. Coordinación de GAILLARD, Emanuelle. Ed. 2004. Iuris Publishing Inc.

¹⁰ *Klöckner vs Cameroon*. Decisión del *Ad hoc Committee*. Mayo 3 de 1985, 2 ICSID Reports.119. Ver SCHREUER. C *Op. cit. Applicable law*, p. 556.

de que el Tribunal hubiera cometido errores de Derecho, éstos no eran susceptibles de ser reparados por el procedimiento de nulidad, por lo que desechó casi todas las causales con excepción de una sólo (la cláusula paraguas en la que anuló lo decidido por el Tribunal).

Dado que un argumento importante de la Argentina se basó en la falta de responsabilidad o de ilicitud de sus actos atento el estado de necesidad, nos dedicaremos en primer lugar a su análisis bajo el artículo 27 sobre responsabilidad del Estado de la CDI, que el Tribunal entendió no estaba configurado¹¹.

Es interesante destacar que el mismo Comité *ad hoc* entendió que el Tribunal incurrió en un manifiesto error de Derecho, pero aunque el Tribunal lo rechazó por considerar que Argentina no había acreditado los requisitos allí contenidos, debió haber examinado la posibilidad de indemnización bajo el TBI, si las medidas adoptadas por Argentina hubiesen estado comprendidas en el artículo XI del Tratado entre EE.UU. y Argentina, dado que si el artículo XI fuese aplicable, excluye la operación de las normas sustantivas del TBI y, por ende, mientras dure la crisis, no se puede pagar la indemnización allí prevista.

Luego de hacer semejante afirmación,

el Tribunal entendió que no se había acreditado que las medidas salvaguardasen un interés esencial de un peligro grave e inminente y tampoco que afectaban un interés esencial del Estado o de la comunidad internacional en su conjunto y por último admitió que la crisis fue grave, pero no llevó a un total colapso económico y social y que el Tratado prevalecía sobre la invocación del estado de necesidad, añadiendo que las políticas gubernamentales contribuyeron a la crisis, por lo que lo descartó y tampoco consideró que el artículo XI del Tratado entre EE.UU. y Argentina¹² fuera discrecional, descartando, a la luz de lo analizado previamente su configuración, afirmando que la cuestión descansaba en el grado de gravedad que debe alcanzar una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad, tema que ya había contemplado y descartado al analizar el artículo 25 citado y aunque señaló que ninguna norma de la costumbre internacional excluye una crisis económica aguda, es decir, admitió que era una causal separada, entendió que no estaba configurada y el Comité señaló que carecía de jurisdicción para determinar si el Tribunal incurrió en un error de hecho o de Derecho, pero que había razonado el caso y dado sus propias razones que no podía revisar.

Sin embargo, a pesar de ese razonamiento el Comité revisor sostuvo que “cuales quiera puedan haber sido los errores en que el Tribunal incurrió en esta materia, no

¹¹ El artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Ilícitos, preparados por la Comisión de Derecho Internacional, regula el Derecho consuetudinario en materia de estado de necesidad al disponer:

1) Ningún Estado puede invocar el Estado de necesidad como causa de exclusión de 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 una 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.

¹² El Tratado vigente entre ambos países en su artículo XI establece “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”.

se extralimitó manifiestamente en sus facultades ni omitió razonamiento en la parte del Laudo concerniente al artículo XI del TBI y al estado de necesidad bajo el Derecho internacional consuetudinario¹³, con lo que el argumento, a mi juicio más importante, esgrimido por la Argentina fue desechado y dio paso a una indemnización, basada sobre el valor justo de mercado y el método de flujo de caja descontado que arrojó la obligación de pago de U\$S 133.000.000 y la transferencia de las acciones previo pago de un monto adicional de U\$S 2.148.100, hoy firmes, luego de la notificación de la decisión sobre anulación.

El Tribunal había fijado esa indemnización en función de considerar que el estándar del trato justo y equitativo, que no está calificado en el TBI, pero está vigente en todos los TBI firmados por el país, había sido vulnerado, por las acciones atribuibles a la República Argentina.

En este sentido el Comité recordó que el “tribunal evaluó la legalidad de todas las medidas tomadas por la Argentina, cuestionadas a la luz de las circunstancias, sin transformar” el artículo II (2) (a), en una norma de responsabilidad objetiva, declarando nuevamente que para el Comité es suficiente declarar que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades¹⁴.

En cambio, al analizar la denegatoria del Tribunal a considerar que Argentina había infringido la cláusula paraguas del TBI, contenida en el artículo II(2) (c) por entender que Argentina: “no había cumplido los compromisos que hubiera contraído con respecto las inversiones,” por cuanto había contravenido las obligaciones legales pertinentes a la inversión, vulnerando la violación de los estándares de protección estipulados en el Tratado, y se remitió a lo resuelto al decidir la competencia del Tribunal para declararse con jurisdicción sobre el caso.

Por ese motivo el Comité *ad hoc* señaló que el laudo exhibe una omisión importante que impide al lector seguir el razonamiento en ese respecto, decidiendo que la conclusión del Tribunal sobre la vulneración de la cláusula paraguas debe ser anulada por omisión en la expresión de motivos¹⁵. Asimismo, el Comité decidió que la nulidad parcial no acarrea la nulidad del laudo, según lo dispuesto en el artículo 52(3) del Convenio del CIADI, facultando al Comité declarar la nulidad total o parcial del laudo¹⁶.

Finalmente, no deja de sorprender que el Comité se haya tomado el trabajo de afirmar que habiendo identificado una serie de errores y defectos al examinar el laudo, en cuanto “éste contiene evidentes errores de derecho, vacíos y omisiones, todos los cua-

¹³ El párrafo 150 de la Decisión en el caso arb. 01_08 (Procedimiento de Anulación) es concluyente.

¹⁴ Conf. Par. 85 donde el Comité enfatizó que “carece de jurisdicción para reconsiderar la evaluación de los hechos que el Tribunal ha realizado y para controlar la interpretación que el Tribunal ha dado al artículo ii(2)(a)”.

¹⁵ Nota del autor: Es curioso que en este caso el Comité al decidir la anulación analizó en detalle la falta de razonamiento del Tribunal señalando que “los compromisos que hubiera contraído deben surgir de obligaciones legales contenidas en el TBI, pero no requisitos generales, ya que las obligaciones consensuales no se contraen *erga omnes*, sino con respecto a personas determinadas (entre deudor y acreedor), y puntualizando que las violaciones de los derechos de la sociedad en la que el inversionista es accionista no esta vinculado por las obligaciones de la sociedad en cuanto a las controversias y que en definitiva no resultaba nada claro la forma en que el Tribunal concluyo que CMS podía exigir las obligaciones de la Argentina para con TGN, como sociedad permissionaria, de la que CMS era accionista, por lo que el Comité consideró que no era necesario decidir si se había extralimitado manifiestamente”. En realidad este párrafo es superfluo, ya que el párrafo anterior, párrafo 96, había llegado a la conclusión de que la decisión del Tribunal debía ser anulada por omisión en la expresión de motivos.

¹⁶ Es interesante destacar que existe una polémica sobre si las partes pueden pedir la nulidad parcial o solo pueden pedir la nulidad total del laudo, bien entendido que en ausencia de una causal esgrimida por la recurrente el Comité

les han sido identificados y destacado por el Comité. Sin embargo el Comité está consciente de que ejerce su jurisdicción bajo el limitado mandato que le confiere el art. 52 del Convenio del CIADI. El alcance de este mandato permite la anulación como una alternativa sólo cuando se cumplen determinadas condiciones”. “En esas circunstancias el Comité no puede reemplazar la apreciación de los hechos y el derecho realizada por el tribunal por la suya”.

Entiendo que esta frase es totalmente superflua y no le hace honor al Tribunal, si debió haber utilizado el aforismo: *dura lex sed lex*, se hubiera evitado una especie de autoconfesión que permite la especulación de que sobre el fondo no está de acuerdo con el razonamiento del Tribunal, pero admite que nada puede hacer para enmendarlo.

No se entiende bien esta suerte de auto disculpa del Tribunal, que permite toda clase de conjeturas innecesarias. Para la vencida no es consuelo, sino crítica, para el sistema CIADI encierra acaso una crítica al mismo, y para la actora hará más difícil la ejecución del laudo en jurisdicciones en donde la inmunidad de ejecución del Estado facilitará encontrar argumentos para neutralizarla. En definitiva un Tribunal como es el Comité, debe aplicar la ley y no condenar a la parte sembrando la duda que, si hubiera tenido otras facultades, hubiera considerado otros argumentos. A mi juicio eso debilita la decisión y es un ejemplo de lo que no se debe hacer. No es de descartar que los dos últimos casos que evaluaremos estuvieron

influidos, sin expresarlo, con semejantes admisiones.

En *CMS*, en definitiva, el Comité no se apartó de la doctrina sentada en una larga serie de casos¹⁷, de no entrar a analizar el mérito de la sentencia, por carecer de competencia para ello, ciñéndose a los aspectos de procedimiento.

2.2. *Azurix*

El 1 de septiembre de 2009 se notificó el fallo citado en el que la República había pedido la nulidad por todas las causales del artículo 52(1) menos la de corrupción del Tribunal. El Comité *ad hoc* nombrado por el Presidente del CIADI rechazó la totalidad de los argumentos esgrimidos por la República Argentina y la condenó en costas.

El primer argumento sobre falta de constitución del Tribunal se basó sobre la impugnación del Dr. RIGO SUREDA y su previa recusación por integrar como asesor un estudio jurídico que tenía un posible conflicto de interés en el tema *Azurix*.

El Comité *ad hoc* señaló que el Convenio CIADI no contiene disposiciones que especifiquen cuando un tribunal esta constituido correctamente o no a los efectos de la primera causal de anulabilidad.

A ese efecto, el Comité señala que la Argentina afirmó que se habría violado una disposición del artículo 57 del Convenio CIADI sobre carencia manifiesta de calida-

carece ex officio de la facultad de considerar una causal no pedida, limitándose su jurisdicción a lo pedido por las partes, artículo 52.1, mientras que el artículo 52.3 establece que el Comité *ad hoc* puede anular un laudo en todo o en parte. A favor del derecho amplio de una parte de pedir la nulidad parcial esta el principio que quien puede lo más puede lo menos, y la circunstancia que al menos en dos casos *Mine vs Guinea* el Comité *ad hoc* convocado no objetó tal práctica. En rigor puede pedirse la nulidad dejando constancia que el Comité tiene facultades si le place de anular *in totum* o solo sobre la parte del agravio, con lo que la objeción se debilita.

¹⁷ Ver reseña de los casos decididos entre 2005 y 2007 (*MTD, Soufraki, Lucchetti y CMS*). Ver CRIVELLARO, Antonio. *Annulment of ICSID awards: back to the first generation* (trabajo a ser publicado por la Universidad de Tel-Aviv).

des que prevé el artículo 14 del Convenio CIADI. El Comité considero que el artículo invocado por la Argentina no se funda en las causales sobre constitución del tribunal y por ende mal puede este estar incorrectamente constituido, y si la propuesta de recusación fue rechazada luego de haber dictado el laudo las partes no tienen la facultad de recusar a los miembros del Tribunal de novo.

Tampoco puede el Comité decidir si la decisión de rechazar la recusación fue incorrecta porque ello sería equivalente a conceder una apelación al respecto que no está contemplada, con lo que se rechazó la primera causal. Por otra parte, señaló que el artículo 14.1 establece que las personas designadas para figurar en las listas de árbitros deberán inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio y concluyo que la Argentina no probó que el Dr. RIGO SUREDA estaba incurso en esa causal.

Luego el Comité *ad hoc* trajo diferentes citas de procedimientos arbitrales anteriores para ir rechazando los diferentes planteos de la Argentina. Así el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fue aclarado en que se refiere a la manera en que el Tribunal procedió no al contenido de su decisión.

En cuanto a la gravedad del quebrantamiento la violación de la norma debe haber hecho que el Tribunal arribe a un resultado distinto al que hubiera arribado si hubiera observado la norma y además el quebrantamiento debe ser sustancial, en cuanto debe

privar a la parte del beneficio que la norma intentaba proporcionar, citando al caso *Wena vs. Egipto* en cuanto a la gravedad y al caso *Mine vs. Guinea* en cuanto a que la norma violada debe ser fundamental.

En cuanto a la expresión de la falta de motivos en los que se funda el laudo, nuevamente el Comité se refirió al caso *Mine*¹⁸.

El Comité también cito a *Vivendi* y a *CMS*, en este punto señalando que aunque a fundamentación del laudo ciertamente pudo haber sido mas clara, un lector atento puede seguir el razonamiento implícito del Tribunal¹⁹.

En cuanto a reclamaciones derivadas el Comité ratificó que la interpretación del Tribunal sosteniendo que a la luz del significado del término inversión, artículo 1.1(B) del TBI, las disposiciones del TBI contempla las reclamaciones indirectas, es decir aquellas que no son hechas por las sociedades constituidas por los inversores para operar una concesión o ejecutar un contrato sino a los inversores mismos, sean minoritarias como en el caso *CMS* o poseedores del 90% de la inversión como en el caso de *Azurix*.

Argentina alegó que *Azurix* no tenía *ius standi* para efectuar el reclamo de acuerdo con la normativa CIADI del artículo 25(2)(b) que habilitaba a la sociedad constituida por el inversor para hacerlo y sostuvo que el Tribunal se excedió en sus facultades en forma manifiesta al negar que el Derecho argentino fuera aplicable para resolver la

¹⁸ Decisión sobre *Mine* (Anulación), 5.05.506. "El laudo debe estar fundado" implica que el mismo debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre puntos de hecho y de Derecho. Y ello se consigue toda vez que el laudo permita al lector seguir en camino mediante el cual el Tribunal pasó del punto A al punto B y finalmente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de Derecho, agregando siempre que las razones que dé un Tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con cuestiones tratadas, la exactitud de las mismas no es pertinente.

¹⁹ Decisión sobre Anulación *Azurix* párr. 55 y 56.

controversia conforme lo legisla el artículo 42(1) del CIADI.

Ambos puntos fueron resueltos por la negativa por el Comité con fundamento que la definición de inversor y de inversión del CIADI eran suficientemente amplias y además porque usando la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entendió que el Tribunal se había ajustado al artículo 31 de dicho Tratado y que no existía necesidad de apelar a ningún medio complementario previsto en el artículo 32 por entender que no se había configurado un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable o que la interpretación del Tribunal deje ambiguo u oscuro el sentido²⁰, concluyendo que el caso *Barcelona Traction* citado por Argentina no era de aplicación por corresponder a un caso de protección diplomática, que no era aplicable a casos surgidos bajo tratados de protección a las inversiones que justamente fueron utilizados para evitar el recurrir al uso de la protección diplomática.

En cuanto a la aplicación de la legislación Argentina señaló el Comité que en la interpretación de un tratado se debe aplicar el Tratado CIADI, el TBI, y el Derecho consuetudinario internacional y que bajo los mismo la determinación del Tribunal que Argentina no brindo un trato justo y equitativo a la inversión, estaba tratada, descartó la aplicación del Derecho nacional y destacó con relación a esa causal de anulación, que

la función del Comité se limita a determinar si el Tribunal aplicó el Derecho aplicable correcto y no si el Tribunal aplicó correctamente el Derecho aplicable²¹.

También el Comité rechazó que no existió el quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento como causal de anulación y que tampoco hubo una omisión de la expresión de los motivos en que se fundó el laudo como causal de anulación, basada en el artículo 51(1)(e) del Convenio CIADI, señalando que en el Convenio CIADI, ninguna norma de procedimiento, tales como la imparcialidad del árbitro o el trato igualitario de las partes otorgan a las partes un derecho de obtener pruebas que en se encuentren en poder de la contraria y que en el CIADI el principio general es quien alega debe probar (por lo que el *discovery* como tal no tiene cabida en ese sistema), citando el caso *Noble Ventures* que aclaró que el artículo 43(a) del Convenio CIADI y la regla 34(2)(a) no contemplan la aplicación de formas o procedimientos nacionales sobre solicitudes de prueba²².

Sin embargo, el Comité admite a título de hipótesis que era razonablemente probable que en caso de que se hubiese aportado al procedimiento los documentos solicitados por Argentina, estos hubieran justificado un resultado sustancialmente diferente, y rechazó que se hubiera privado a la Argentina de una prueba fundamental. Con lo que

²⁰ El artículo 31 del Tratado de Viena del 23 de mayo 1969, 1155 UNTS 331, dispone que un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin. Teniendo en cuenta además del texto, su preámbulo y anexos todo acuerdo a que se refiera el Tratado o todo acuerdo ulterior y dando a los términos un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. El artículo 32 permite acudir a medios de interpretación complementarios, como los trabajos preparatorios para confirmar el sentido resultante o cuando la interpretación llegada fuera oscura o absurda o irrazonable.

²¹ Laudo de Anulación, párr. 176/77, en donde el Comité rechazó la causal de anulación invocada por Argentina de aplicar el Derecho aplicable en virtud del artículo 42 del Convenio del CIADI.

²² Es interesante destacar que en el párrafo 217 el Comité observó que las normas fundamentales de procedimiento no imponen a los Tribunales un régimen determinado relativo a la producción y revelación de documentos y tampoco otorgan un derecho particular a las partes a obligar a la contraria a producir pruebas, señalando que un Tribunal puede en forma discrecional rechazar que se ordene la presentación de documentos y en última instancia determinar que no se ha probado el hecho alegado.

la totalidad de las causales invocadas por Argentina fueron rechazadas.

Finalmente, Argentina planteó la anulación del laudo en virtud del artículo 52(1) (b) sobre la base de que además el Tribunal excedió manifiestamente sus atribuciones al determinar el estándar de indemnización aplicable, por cuanto al entender que no hubo expropiación determinó por sí y ante sí el estándar de indemnización apropiado. Al respecto, cabe señalar que *Azurix* reclamó la totalidad del canon pagado, más de US\$ 438.000.000 y que el Tribunal le concedió solo US\$ 60.000.000 por entender que ese fue lo que una parte razonable hubiera pagado por obtener la concesión y a ello le sumo la cantidad de capital invertido en la empresa, que ascendió a US\$ 105.240.753 reduciendo el pedido original en US\$ 7 Millones aproximadamente.

El Comité señaló que el Tribunal tenía facultades para fijar la indemnización y que debía atender al TBI para fijarla y que si este no la fijaba debía estarse a los principios generales del Derecho internacional, señalando que aún si el Tribunal se equivocara este sería un caso de aplicación incorrecta del Derecho, que no constituye una causal de anulación, y por lo tanto el Comité entendió que el Tribunal no ejerció un estándar discrecional sino que ejerció su discrecionalidad en virtud del Derecho internacional consuetudinario y por ende la determinación de una indemnización basada en el valor real de la concesión²³.

En definitiva, la totalidad de los argumentos fueron rechazados y las costas del centro fueron impuestas a Argentina, incluyendo los honorarios y gastos de los miem-

bros del Comité, dejando a salvo que cada parte absorbía sus propios gastos.

2.3. *Sempra*

En este caso la disputa entre *Sempra Energy International* y la *República Argentina* se centró como en todos los restantes casos en la crisis financiera del 2001, que motivaron la pesificación de las obligaciones contraídas en dólares, la eliminación del régimen de paridad del 1 a 1 entre el dólar y el peso, y las tarifas en dólares y su indexación fueron suspendidas y posteriormente eliminadas, instituyéndose un nuevo régimen para administrar las concesiones de servicios públicos en los que *Sempra* había invertido en las dos compañías que operaban el servicio de Distribución de Gas alcanzando al 43.09% de *Sodigas Pampeana* y *Sodigas Sur*, que eran las sociedades controlantes de *Camuzzi Gas Pampeana* y *Camuzzi Gas del Sur*, concesionarias del sistema de distribución de gas.

Sempra entendió que sus derechos como inversor estaban afectados bajo el TBI entre USA y Argentina, el Centro aceptó tener jurisdicción para entender en el caso y luego de substanciarse el proceso dispuso el Tribunal que Argentina había infringido el estándar del tratamiento justo y equitativo y la cláusula paraguas y le adjudicó daños, por entender que las causales invocadas por *Sempra* habían sido probadas con relación a que las causales de suspensión de la tarifas por el PPI americano desde julio 1 de 2000 y luego permanentemente habían sido verificadas, que la pesificación había conculcado el derecho de *Sempra* de calcular sus tarifas en dólares y ese derecho había sido infringido, que las cláusulas contractuales prohi-

²³ En definitiva, el Comité decidió que haya estado el Tribunal equivocado o no en la aplicación del estándar de indemnización el Tribunal no omitió en aplicar el derecho aplicable y por ende no existió error anulable en virtud del artículo 52(1)(b), párrafo 366 que abundo en destacar que aunque hubiera habido una contradicción en el razonamiento del Tribunal igualmente esa contradicción benefició al reclamante.

biendo la congelación de las tarifas habían sido también conculcadas, lo que fue aceptado por el Tribunal, y que la promesa de dar subsidios en dólares no había sido cumplida lo que fue aceptado por el Tribunal a diciembre 31 de 2001.

El Tribunal concluyó que todas esas medidas importaban la vulneración de los derechos a un trato justo y equitativo y a la cláusula paraguas. Argentina por su parte presentó su pedido de anulación discutiendo el derecho o *ius standi de Sempra Energy* para peticionar ante el CIADI, alegando que el Tribunal no estaba debidamente constituido, 52(1)(a) del CIADI, que el Tribunal había excedido manifiestamente sus facultades, artículo 52(1)(b) del CIADI así como el inciso (d) (serio apartamiento de una regla fundamental del procedimiento) y el (d) del mismo artículo o sea la omisión de dar razones sobre las que se fundó²⁴.

El primer asunto al que se abocó el Comité es a abordar el tema del *ius standi de Sempra* y la jurisdicción del Tribunal. Al respecto, recuerda que se determinó que un accionista no controlante es un inversor bajo los términos del TBI, llegando a la misma conclusión que en el caso *CMS*, y que *Sempra* no estaba deduciendo una acción derivada en representación de las Licenciatarias, sino una acción en defensa de sus propios derechos conforme al TBI. Por último, rechazó la alegación Argentina de que el reclamo de un accionista pertenece a la compañía de la que forma parte, es decir, a la Licenciataria (aunque sea indirectamente, como en este caso) y que no existía una situación de probable doble indemnización

recordando que existía numerosa jurisprudencia sobre el mismo tema.²⁵ En todos los casos mencionados precedentemente la Argentina perdió la decisión sobre jurisdicción por los mismos argumentos, a pesar de la diversidad de Tribunales constituidos siguiendo el imperativo de no dejar ninguna defensa sin alegar a pesar de haber sido refutada en todas las oportunidades por la misma argumentación, sobre la base de que no existen precedentes mandatorios y que cada caso puede ser interpretado diferentemente.

El Comité entendió que *Sempra* tenía derecho a efectuar un reclamo ante el CIADI y señaló que el Caso *Barcelona Traction* (CIJ 1970) confirmando el principio del reconocimiento bajo la ley internacional de la personalidad jurídica de las sociedades conforme al derecho local era irrelevante en el contexto de un TBI, ya que el término inversor no existe en el Derecho consuetudinario y si existe dentro del contexto de un TBI, concluyendo que el Tribunal no se excedió manifiestamente en sus facultades ni omitió expresar razones para fundar su decisión sobre este punto²⁶.

Pero la decisión más valiosa y la discusión más enjundiosa en este caso fue al considerar la defensa Argentina sobre la emergencia y el estado de necesidad. Al respecto, el Tribunal entendió que habiendo determinado que Argentina no pudo demostrar que los requerimientos para poder alegar el estado de necesidad habían sido cumplidos decidió no efectuar una revisión judicial del artículo XI del BIT (situación de emergencia) fuera de declarar que ese artí-

²⁴ *Sempra Energy*, Laudo Anulatorio párrafos 41 a 43 y párrafos 44 a 73 del mismo Laudo Anulatorio.

²⁵ Arb. -04-01 *Total SA vs. Argentina, Enron vs. Argentina* ARB-01-3, *CMS Arb. -01-8, AES Corp. v. Argentina* Arb. -01-17, *LG/E Energy Corp v Argentina* ARB-02-1. Igualmente se citó a los casos *Lanco Azurix, Continental Casualty, Camuzzi International v. Argentina, Siemens y Vivendi (Aguas de Aconquija)* y *El Paso Energy International Company v. Argentina* ICSID caso Arb. 03-15 *Decision on jurisdiction*.

²⁶ *Sempra*, Decisión sobre Anulación párr. 103 y 104 de la decisión.

culo no es *self judging* o de auto aplicación por Argentina, por considerar que el artículo XI del BIT es inseparable de la definición de estado de necesidad bajo la ley consuetudinaria internacional.

Argentina alegó que el artículo XI regula una situación diferente del estado de necesidad bajo la ley internacional en cuanto a su esfera de aplicación, su naturaleza, su contenido y sus efectos y que la defensa sobre el estado de necesidad era subsidiaria a la defensa del artículo XI del TBI, conforme al principio que si este artículo es de aplicación las obligaciones sustantivas establecidas por el BIT no se aplican, mientras que el estado de necesidad es una regla secundaria que releva al Estado de responsabilidad por actos ilícitos si se acreditan ciertas circunstancias concretas.

Finalmente, señaló la Argentina que el artículo XI no tiene los estrictos o concretos requerimientos que ameritan la existencia de un estado de necesidad según el artículo 25. Por último los efectos son diferentes, ya que si se aplica el artículo XI no se debe por el Estado ninguna compensación, mientras que la verificación del estado de necesidad no precluye la compensación por cualquier pérdida material causada durante ese estado bajo el artículo 27 del CDI²⁷.

Finalmente, la República Argentina argumentó que por un error manifiesto de aplicación de la ley (al poner en pie de igualdad al artículo XI con el artículo 27 del CDI) por un manifiesto exceso de facultades en su aplicación y por omisión de dar razones respecto de su aplicabilidad el laudo debe ser anulado. Argentina sostuvo que solo Argentina en el supuesto del artículo XI es juez exclusivo de que medidas deben ser

tomadas en ese contexto²⁸.

A riesgo de hacer mas fatigosa la lectura debo dejar constancia que *Sempra* refutó todos los argumentos y apoyó la tesisura del Tribunal en cuanto este señaló que el artículo XI no es *self judging*, alegando que tampoco lo dejó de aplicar u omitió dar razones para ello por cuanto interpretó que al no definir el artículo XI los parámetros o condiciones necesarias para su aplicación debió (el Tribunal) buscar en el Derecho consuetudinario los elementos para su aplicación y que la recta interpretación es que el artículo XI no prevé un tratamiento menor al que provee el Derecho consuetudinario internacional, por lo que no existió ninguna de las causales esgrimidas por Argentina para respaldar la existencia de un estado de necesidad de conformidad con el derecho consuetudinario internacional.

El Comité centró su decisión sobre la aplicación del artículo XI del TBI y como veremos a continuación anulo el fallo íntegramente con fundamento en un manifiesto exceso de facultades al no aplicar el artículo XI del TBI. Asimismo, dejó constancia que igual abordaría las otras defensas para diríamos redondear el tema, pero no porque fuera necesario. Esta parte del fallo es la más interesante porque vuelve sobre un tema ya tratado en CMS y arroja una nueva perspectiva, que hasta esa fecha no estaba totalmente clara.

El Comité declaró y decidió la anulación del laudo luego de efectuar las siguientes consideraciones:

El Comité afirma que como, reconoce Argentina, un serio error de Derecho no es

²⁷ El artículo 27(b) del CDI establece el derecho a solicitar una compensación al Estado por parte del requirente por cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

²⁸ Defensa Argentina en recurso de nulidad de *Sempra*, párr. 127 de la Decisión de Anulación.

una causal válida para decretar la anulación de un laudo bajo el artículo 52(1) de la Convención, pero un serio error de Derecho puede constituir un manifiesto exceso de facultades, que sí constituye una causal válida. El Comité decidió que no era necesario trazar una línea cuando un error manifiesto de Derecho puede constituir una causal bajo el artículo 52(1), ya que con respecto al artículo XI el Tribunal omitió aplicar la ley aplicable y por ende incurrió en un manifiesto exceso de poder, lo que precluye la cuestión de un error manifiesto en la aplicación de la ley.

También el Comité se hizo cargo de que el Tribunal trató la cuestión del estado de necesidad siguiendo la presentación de Argentina que discutió primero el artículo 25 de los artículos del ILC, que presentan razonablemente el estado de la cuestión del Derecho consuetudinario internacional y razonó que las condiciones para la aplicación del estado de necesidad no habían sido satisfechas, luego procedió a decidir que el artículo XI no era *self judging* y Argentina no era la única legitimada que podía decidir si las condiciones impuestas eran correctas y concluyó que al no sentar el artículo XI las condiciones de su aplicación o el estándar a aplicar, debía aplicarse para definir esas condiciones el Derecho consuetudinario internacional, por ende en ese aspecto no había omitido dar razones en su fundamentación.

En tercer lugar las razones que dió Argentina para considerar el artículo XI como *self judging* pertenecen al mérito, por lo que no corresponde al Comité opinar sobre el mérito, ya que el error de Derecho en la

aplicación de la ley no constituye una causal de anulación sino de apelación, recordando a los casos *Mine* y *Amco*²⁹, descartando nuevamente los argumentos esgrimidos por la República Argentina. En virtud de ello el Comité consideró que Tribunal no omitió dar razones para fundar que el artículo XI no es *self judging*, una conclusión que el Tribunal estaba habilitado a efectuar.

El Comité señala que el artículo XI no especifica quien es el juez de las medidas a tomar o si las medidas tomadas son necesarias para uno o más propósitos, o sea que el Estado que las toma es por sí mismo el único juez de su necesidad, señalando que el tribunal en su razonamiento no distingue la cuestión previa sobre si el análisis del artículo XI precluye la consideración de la aplicación de las normas sobre estado de necesidad previstas en el artículo 25 ya citado en este trabajo.

Asimismo, el Comité destaca que Tribunal entiende que el artículo XI del TBI es *inseparable* del estándar consuetudinario respecto de la definición de necesidad, ya que es en el Derecho consuetudinario donde los elementos han sido definidos. Por eso concluye el Tribunal que el artículo XI no es *self judging* y que la revisión judicial o su invocación no deben ser tomadas de buena fe como se dijo en el caso *LG&E*³⁰, sino que se impone un control sustantivo relacionado con si las condiciones definidas por el Derecho consuetudinario han sido cumplidas y en vista de que no lo fueron bajo el artículo 25 y por ende no son conducentes para efectuar una revisión judicial del artículo XI, que no establece condiciones diferentes

²⁹ En *Mine*, el Comité *ad hoc* determinó que la falta de aplicación de la ley debe distinguirse de su errónea aplicación, que aunque manifiestamente injustificada, no habilita una causal de anulación. En *Amco*, se reiteró que la falta de aplicación de la ley aplicable constituye una causal de nulidad bajo el artículo 52(1)(b), pero que la errónea interpretación de la ley es una causa de apelación.

³⁰ (*LG&E*). Decisión sobre responsabilidad del 3/10/2006. La Ley Online AR/JUR/6886/2006. El laudo del 25 de julio de 2007 condena a Argentina a pagar US\$ 57.400.000 y el recurso de nulidad está suspendido desde el 24/XII/2008 y sigue suspendido en 2010 (mayo).

del derecho internacional consuetudinario.

Por ello resulta claro que el tribunal no creyó necesario o siquiera facultado para considerar la aplicación del artículo XI, ignorando por ello el argumento de que el artículo XI difiere materialmente del artículo 25, como puede ser apreciado de una simple comparación de sus textos (ver notas 11 y 12) llegando a la conclusión de que el artículo 25 no ofrece una guía para la interpretación del artículo XI, por el hecho de que ciertas palabras o expresiones son iguales o similares.

De allí el Comité afirma que el artículo 25 reglamenta la invocación por parte de un Estado de una necesidad para precluir la ilicitud de un acto que no guarda conformidad con una obligación internacional del Estado y que por ende tal acto por ser incompatible es ilícito, mientras que el artículo XI precluye ciertas medidas del Estado cuando es aplicable y por ende tales medidas no son incompatibles con las obligaciones del Estado y por ende no son ilícitas, lo que significa un caso totalmente diferente, ya que el artículo XI elimina o precluye la ilicitud del acto, mientras que el estado de necesidad (solo si cumple ciertas condiciones) puede evitar la ilicitud del acto, sin perjuicio de la compensación debida, bajo el artículo 27.

En virtud de ese razonamiento el Comité decidió que³¹ el Tribunal omitió en aplicar la ley aplicable y encontró que el párrafo 388 del razonamiento del Tribunal dio prioridad al artículo 25 del ICL sobre el artículo XI del Tratado como fuente primaria de su rechazo y tipificó un error fundamen-

tal en identificar o decidir que el artículo XI (*Lex specialis*) constituía y debió haber sido la ley aplicable, concluyendo que tal omisión o decisión constituyó un exceso de poder en el sentido del artículo 52(1)(c) la Convención del CIADI.

Pero aun así, argumentó el Comité, debe determinarse si el error fue manifiesto y para ello debe recurrir a muchos precedentes que en lo substancial permiten precisar que manifiesto debe ser claramente evidente u obvio sin que haya que hacer un análisis sofisticado del texto del laudo, citando a SCHREUER en ese sentido³². Y en definitiva reiterando que la razón para anular el laudo es que el artículo XI *no fue aplicado, no que fue aplicado de una manera determinada*, ni que ello estuviera afectado por los artículos II y X del TBI (MFN trato de la nación más favorecida o trato nacional o la no derogación), consideró acreditado que la decisión fue manifiesta.

Por ende el privar a la Argentina de hacer uso de su derecho de preclusión contenido en el artículo XI del TBI configuró un caso de de manifiesto exceso de poder en el Tribunal y el laudo fue anulado íntegramente.

El fallo constituyo una victoria para la Argentina ya que el Comité, en definitiva hizo suyos los razonamientos introducidos por su defensa, pero lo que el Comité si bien articuló adecuadamente las razones para anular el fallo, quedó en deuda intelectual con la comunidad académica y en deuda práctica con los profesionales al no precisar cuales son las condiciones o el estándar a

³¹ El párr. 388 de la decisión del tribunal dice textualmente que el Tribunal determinó que la crisis invocada no reunía los extremos del art. 25 contemplado en los artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado y que por ende la consideración de la necesidad o emergencia no es conducente para la preclusión de un caso de ilicitud y por ende no es necesario efectuar una revisión judicial bajo el Art. XI, ya que dicho artículo no impone condiciones diferentes de la ley consuetudinaria para eximir de responsabilidad a un Estado por sus actos ilícitos.

³² El tribunal mencionó también en nota al pie el caso *Wena Hotel Limited v. Egypt* para sostener que evidente es lo que puede ser advertido claramente y que no necesita de un análisis elaborado al respecto (párr. 211 a 213 de la decisión sobre anulabilidad).

aplicar al invocar el artículo XI del TBI, si bien dejó en claro que el artículo XI no es discrecional o *self judging* para el país que lo aplica.

Aún más, dado que un fallo ha sido anulado por no considerar, aunque fue considerado, el artículo XI, pero no sus condiciones por la simple razón de que éstas no existen en el articulado del artículo XI. Se crea cierta incertidumbre sobre que el próximo Tribunal que deba laudar deberá efectuar un análisis del artículo XI sustantivo para evitar la nulidad de su laudo, determinando estándares que en principio deben recoger principios del mismo TBI, si los hubiera y una vez que llegó a la conclusión que ninguna de las medidas tomadas precluye la operación de lo dispuesto en el Tratado, es decir, el incumplimiento de sus obligaciones, recién entonces podrá pasar a analizar el estado de necesidad bajo el artículo 25, que presumiblemente será alegado por la Argentina en ese orden, para guardar la observancia del razonamiento del Comité al fundar la decisión de anulación de *Sempra*.

En cuanto a esta última, luego de rumiar si relitiga el caso, ya que lo había ganado en cuanto al fondo, decidió como en *Vivendi* a presentar una nueva demanda³³, a pesar de que existe una incertidumbre sobre si las medidas que Argentina tomó de 2001 hasta la fecha precluyen la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones bajo el mismo TBI, lo que haría ineficaz todo el Tratado por detallado que fuese en tales supuestos, máxime

teniendo en cuenta que el estado de emergencia ha sido prorrogado sucesivamente durante todos estos años y aún está vigente, aunque por razones aparentemente distintas de la crisis del 2002, con la salvedad del caso *Continental* o de *LGE*, que fijó un término a la crisis Argentina³⁴, descartando que la crisis continúe cuando el país logró un crecimiento superior a la media luego de 2003.

2.4. *Enron*

Este caso fue registrado como *Enron Creditors Recovery Ponderosa Assets I.P. v. Argentine Republic* y su laudo contrario a la República Argentina fue notificado en mayo 22 de 2007. El país dedujo su recurso de nulidad o solicitud de anulación en febrero 21 de 2008 y el Tribunal de apelación dispuso el caso y lo notificó a las partes el 30 de julio de 2010.

La solicitud de anulación buscó la nulidad del laudo sobre la base del artículo 52(1) en cuanto a que el Tribunal manifiestamente excedió sus poderes, en que existió un serio apartamiento de una regla fundamental de procedimiento y en que el laudo omitió en precisar las razones en los que se fundó.

Asimismo, la República Argentina solicitó una espera que fue concedida para no pagar el laudo hasta tanto se expidiera el Comité, mientras *Enron* pidió que la espera se avalara con una garantía bancaria o similar, lo que fue negado.

La inversión original fue hecha por la

³³ Finalmente, *Sempra* ha decidido relitigar el caso y presentó su demanda ante la Secretaría de ICSID en diciembre de 2010.

³⁴ Por ejemplo, en la decisión sobre responsabilidad tomada en *LG/E vs Argentina* (ver Nota 29) se estableció que el estado de necesidad concluyó con la asunción del Gobierno que presidió N. Kirchner, en el año 2003. Asimismo, en el caso *Continental Casualty Company vs. Argentina* CIADI B ARB /03/9 se decidió que no le correspondía reclamar a la actora daños mientras duró la emergencia y el Tribunal presidido por el G. Sacerdoti la dió por terminada en el año 2004, puntualizando que atento el crecimiento de la Argentina las razones que motivaron la crisis no se dan, en el plano internacional, en la actualidad. El fallo fue fechado el 5 de septiembre de 2008 y fue recurrido de nulidad por ambas partes en el 2009, estando el recurso pendiente.

actora que durante el proceso modificó su nombre razón por la cual a pedido de la República Argentina la Secretaría del CIADI recarató el expediente. Como en el caso de *CMS Gas Transmission Company*, concurren como inversionistas indirectos varias compañías.

Una de ellas, *Enron*, a través de una subsidiaria de su propiedad, EPCA, adquirió una participación del 25% de un consorcio al que le fue adjudicado el 70% de la propiedad de TGS. Cada uno de los miembros de CIESA adquirió indirectamente el 17,5% del interés en TGS, aunque posteriormente hubo algunos ajustes de participación que no hacen al caso.

Si bien el Enargas le otorgó un reajuste de tarifas por el periodo 1997-2002, lo cierto que los ajustes de tarifas por aplicación del índice del PPI no se pusieron en vigencia y fueron postergados del 1 de julio de 2000 hasta el 30 de junio de 2002, con el compromiso del gobierno que a la finalización del periodo de suspensión los déficits que se originaran en esos acuerdos serían recobrados. Si bien hubo discrepancia entre las partes si el consentimiento fue forzado por presiones, en agosto de 2000 el *Ombudsman* de la Argentina obtuvo una orden suspendiendo estos acuerdos y el Enargas dictó una resolución por la que ordenó la suspensión de todo ajuste y rechazó los pedidos en trámite.

El resto del caso es básicamente igual a los hechos del caso *CMS*, ya que la crisis económica motivó el dictado de la ley 25.561, Ley de Emergencia, que eliminó el derecho de calcular las tarifas en dólares a la

tasa de uno a uno, autorizó al gobierno a devaluar la moneda y pocos días más tarde el peso cotizaba a 1,40 por unidad de dólar. Un mes más tarde el precio libre de mercado reguló las diferencias de valor entre las monedas y el PPI quedó abolido definitivamente.

El Gobierno inició un proceso de renegociación de las tarifas de gas pero no se llegó a ningún acuerdo con las compañías distribuidoras o transportistas de gas, lo que generó a los actores el reclamo de que no pudieron conseguir financiamiento internacional y que se produjo una pérdida de ingresos y una reducción del valor del negocio regulado, llámese distribución de gas frente a un incremento del sector de gas natural licuado que no era regulado y que permitía a TGS exportar su producción, teniendo costos pesificados pero precios en dólares de exportación, lo que originaba en los inversores diferentes perjuicios que vulneraban sus derechos bajo el Tratado con los EE.UU.³⁵

La Argentina negó los reclamos afirmando que el licenciataria solo tenía derecho a una tarifa justa y razonable y que su cálculo en dólares sólo podía durar en la medida que la ley de convertibilidad estaba en vigencia.

Asimismo, Argentina afirmó que el Gobierno debe velar por los derechos de los consumidores en la regulación de un servicio público nacional como el transporte de gas que está en el ámbito de la discrecionalidad del gobierno afirmando que la responsabilidad de Argentina estaba excluida tanto por normas consuetudinarias internacionales que hacen al estado de necesidad o por

³⁵ Esos derechos estaban garantizados bajo el Tratado por la cláusula paraguas. artículo II(2)(c) del TBI, se había conculcado el derecho a recibir un justo equitativo tratamiento de la inversión, artículo II(2)(a) del TBI, los inversores tenían derecho a disfrutar de una protección total y seguridad bajo ese mismo artículo y ninguna parte de ningún modo debía afectar por medidas arbitrarias o discriminatorias el gerenciamiento, la operación y el mantenimiento o el uso adquisición, expansión o disposición de sus inversiones.

disposiciones del TBI que gobernaban el estado de necesidad. El Tribunal finalmente decidió que Argentina había incumplido sus obligaciones de acordar a los reclamantes un trato justo y equitativo garantizado en el artículo 22(2)(a) del TBI y de observar las obligaciones celebradas con relación a la garantía del artículo II(2)(c) del TBI, otorgando al reclamante una indemnización de US\$ 106,2 millones de dólares.

Como vemos, la República Argentina identificó ciertas causales que justificaban la nulidad del laudo relativas a la jurisdicción del Tribunal y a la falta de ley aplicable, así como al cálculo de los daños que estaban amparados en las causales del artículo 52 (1)(b)(d) y (e). El Tribunal declaró que no era un Tribunal de apelación para resolver el mérito de la causa y que su misión era determinar si el laudo debía ser anulado por una o más de las causales expresadas, todo lo cual ha sido largamente tratado en este trabajo y no merece acotarse con los fundamentos expresados, ya que se encuentran previamente transcritos y el Comité no ha innovado en la materia.

Sin embargo, el Comité recalcó que aceptaba la decisión en *Azurix*, en base a la cual aun en caso de que no tuviera jurisdicción, el Comité solo anularía la decisión si el Tribunal hubiera manifiestamente excedido sus poderes, aludiendo también a que en caso de que hubiera alguna duda sobre si el Tribunal tenía jurisdicción, tal tema en ejercicio de la facultad de *Kompetenz Kompetenz* le correspondía decidir solo al tribunal y no podía ser traída a consideración del Comité para su consideración, luego de que el

Tribunal hubiera expedido su laudo³⁶.

También el Tribunal recordó que el serio apartamiento de una regla del procedimiento tenía que ver con la manera que el Tribunal procedía y no con su contenido. Nada de esto es nuevo, pero si el Comité precisó que el pedido de anulación de Argentina en lo referente a que el tribunal había omitido dar razones por la cuales se habilitaba el reclamo de derechos que no le pertenecían a los reclamantes sino a *TGS* y que todas las interferencias alegadas por la reclamante se originaban en derechos conferidos a la Concesionaria y no a los reclamantes por lo que el Tribunal se había manifiestamente excedido en sus poderes³⁷.

Al respecto el Comité dictaminó que el artículo 25(2)(b) de la Convención del CIADI no era aplicable porque *TGS* no era parte en el arbitraje y su invocación por Argentina era irrelevante.

También rechazó por irrelevante la afirmación de Argentina de que el Tribunal en su laudo había omitido dar razones, ya que en realidad el Tribunal se refirió a razones dadas en un proceso anterior entre las mismas partes, y que lo precedieron, señalando que no existe una fórmula rígida para dar razones y el Tribunal es libre de relacionar otras razones dadas en otros expedientes y hacerlas suyas sin tener que reformularlas siempre que estén claramente identificadas, por lo que rechazó las alegaciones argentinas sobre jurisdicción y sobre los derechos del inversor indirecto que no constituían, ni constituyen nada nuevo que no se haya ya comentado en otros precedentes en este trabajo.

³⁶ *Enron*. Decisión sobre Anulación, párr. 63 y 72 y ss. *Azurix*. *Idem*.

³⁷ *Enron*. Decisión sobre Anulación, párr. 98 a 111, en los que rechazó los argumentos de Argentina por entender que el Tribunal no había dado razones frívolas y poco importaban si eran convincente o no, ya que su mérito correspondía a un Tribunal de apelación.

En definitiva, el Tribunal entendió que los derechos de los reclamantes no solo se confinaban a sus derechos en tanto accionistas de *TGS*, ya que *TGS* era meramente un vehículo a través del cual las inversiones en la privatización de la industria del gas fueron efectuadas y que fueron consideradas en la primera decisión sobre jurisdicción y en la segunda decisión sobre jurisdicción que la precedieron.

Por todo ello el Comité concluyó que el Tribunal no se excedió manifiestamente en sus poderes al determinar que los reclamantes tenían *ius standi* para demandar y rechazó también esa causal de anulación.

En realidad las restantes causales que involucraron la pertinencia de la declaración del Sr. Perkins no interesan a este trabajo porque la admisibilidad de su declaración no le corresponde al Comité resolver sino al Tribunal. También resultó irrelevante que y no constituye un serio apartamiento de una regla fundamental del procedimiento que la Argentina no tuviese tiempo suficiente para alegar sobre lo que ocurrió en la reunión para transar el caso, después de que la discusión sobre el mérito ya había concluido porque el caso en realidad no se transó y esa discusión era irrelevante para cambiar el procedimiento y la Argentina no articuló ningún argumento porque el cierre de los procedimientos importaba un serio apartamiento de una regla del procedimiento.

También el Comité rechazó las alegaciones de Argentina sobre que debió aplicarse la ley argentina y por ende estando sujeto el reclamo al régimen del CIADI, al del TBI y al Derecho internacional consuetudinario la ley aplicable era la internacional, agregando que la invocación equivocada de la

ley internacional, como en el caso *Azurix* no constituía una causal de anulación³⁸.

De la misma manera el Comité convalidó la decisión del Tribunal rechazando la teoría de la imprevisión y del estado de emergencia por considerar que el Tribunal rechazó ambos conceptos y que el error en el rechazo no era una causal de anulación, porque había considerado ambos supuestos en los párrafos 213 al 217 y 218 a 225 del laudo. Interesante resulta destacar que el Comité entendió que el estado de emergencia según el Tribunal no era aplicable porque no se había cumplido el requisito de la temporalidad en su aplicación ya que el mismo había sido renovado muchas veces, tornándose en un rasgo permanente de la economía argentina, a pesar de que la crisis había concluido en lo esencial cierto tiempo atrás. Y por otra parte la existencia de emergencia sólo convalidaba una postergación de los derechos y no una efectiva mutación de los mismos, por lo que la configuración de la validez de las medidas de emergencia no aparecía convalidada, por otra parte el Tribunal había dado razones suficientes y además había contemplado la aplicación de la ley argentina en ese respecto.

El Tribunal también encontró que no se había otorgado un tratamiento justo y equitativo y lo despachó con el argumento de que Argentina no probó que hubo un manifiesto exceso de poderes en la decisión, sino en todo caso si hubiera habido un erróneo aplicación del TBI esto no constituye una causal de anulación, porque la ley aplicable es la correcta³⁹.

A continuación el Comité discutió la aplicación de la ley paraguas citando que en el caso *CMS* el Comité anuló la decisión del tribunal, pero aquí destacó que la

³⁸ Párr. 225 a 265.

³⁹ Decisión sobre Anulabilidad, párr. 315.

interpretación de la *umbrella clause* se refiere a cualquier obligación con independencia de su naturaleza y en el párrafo 325 y sgs. de la decisión sobre anulabilidad se señaló por el Tribunal que a través de la Ley del Gas y sus normas complementarias, Argentina asumió obligaciones con relación a inversiones, respecto de las cuales los inversores descansaron y llevaron adelante su inversión, pero que una década más tarde la tarifa de gas en dólares que tanto lo había seducido fue desmantelada (párrafos 264 a 267 del laudo), y el Comité estableció que al desmantelar ese régimen argentina violó las obligaciones que había contraído con los inversores. Finalmente alegó que el estándar de anulación no es determinar si la argumentación del Tribunal es correcta o convincente, sino determinar si el razonamiento va del punto 1. al 2. y luego a su conclusión, lo que el Comité encuentra que realmente es así, por lo que rechazó igualmente el pedido de anulación de Argentina sobre la *umbrella clause*.

Lo importante de esta decisión es que basándose en repetidas oportunidades en el precedente *Azurix* para rechazar las diversas alegaciones de Argentina sin embargo se apartó de dicho precedente al considerar la defensa de estado de necesidad y de emergencia a la luz de lo dispuesto en el artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos y el artículo XI del BIT entre los Estados Unidos y la Argentina, que motivó la anulación en *Sempra* pero por motivos diferentes a los que hemos descripto en la anulación del laudo de *Sempra*, sobre la base de los mismos textos que hemos transcripto al analizar el tema *CMS*⁴⁰.

Al respecto, el Comité señala que el tribunal encontró que el artículo XI del TBI no es discrecional o *self judging* y el Tri-

bunal examinó la cuestión sustantiva de si los recaudos de tal disposición que transcribimos en la nota una vez más habían sido cumplidas para precluir la aplicación de responsabilidad por ilícitos, pero el Tribunal entendió que esta disposición, el artículo XI, no era aplicable por la misma razón que Argentina no podía descansar en el principio de necesidad bajo la ley internacional consuetudinaria.

Al respecto es interesante destacar que Argentina criticó que el Tribunal no dió razones para establecer porqué el artículo XI no estableció condiciones diferentes de los requisitos establecidos por la ley internacional consuetudinaria tal cual lo expresa el artículo 25 de los artículos de ILC.

Por último, Argentina alegó que el artículo 4.3 del TBI estableció una solución especial para situaciones excepcionales en que las obligaciones generales no son de aplicación, ya que dicho artículo en casos de emergencia nacional obliga a dar la otra parte un tratamiento no menos favorable que el dado a sus propios nacionales o a nacionales de un tercer estado, constituyendo su única obligación no ser discriminatorio, pero no reparar las pérdidas, señalando que el Tribunal sumariamente rechazó su aplicación y por último el Tribunal no decidió que la crisis económica no había comprometido la existencia del Estado y por ende el artículo 25 no era aplicable.

Es decir que hasta este análisis el Comité había rechazado la totalidad de los argumentos en base a los cuales la Argentina había articulado su pedido de nulidad del laudo en aproximadamente 140 páginas; sin embargo, en las 16 páginas siguientes el Comité anuló el laudo. A continuación listaremos las razones del Comité, a saber:

⁴⁰ Ver notas 1 y 12 *ut supra* respectivamente.

El Comité comenzó por analizar las razones del Tribunal para rechazar que la crisis había amenazado la propia existencia del Estado y su independencia, señalando que cuestiones de estabilización política fueron resueltas y que no existía evidencia convincente que los efectos estuvieran fuera de control y no fueran manejables, dado que la evidencia probó que el Gobierno de la Argentina continuó existiendo y funcionó y manejó la crisis. El Comité consideró que el requerimiento que los intereses esenciales de la Argentina habían sido satisfechos y las medidas tomadas habían preservado esos intereses de un grave e inminente peligro.

En segundo lugar, el Tribunal no encontró que las medidas tomadas por Argentina fueran el único camino para salvaguardar ese interés esencial, por entender que siempre había muchos caminos para corregir eventos críticos y es difícil justificar que ninguno de ellos estaba disponible para el caso argentino. Al respecto, el Comité entendió que el Tribunal en el párrafo 300 del laudo había expresado que según los expertos había otros caminos que incluso había tomado la República Oriental del Uruguay.

El experto al que se refiere es el profesor Sebastian EDWARDS, quien en su informe al Tribunal señala que alternativas hubieran estado disponibles para la Argentina, a la fecha de adopción de la ley de Emergencia. El profesor EDWARDS quien puntualiza que la alternativa a la ley de emergencia debió haber sido una devaluación del peso, sin pesificación de los contratos expresados en dólares, que junto con otras medidas mencionadas en los párrafos 20 y 108 del informe del experto relacionadas con programas para asistir a los deudores que se habían endeudado en dólares frente a probables problemas financieros.

Al respecto, el Comité entiende que este razonamiento del Tribunal no contempla ciertas cuestiones que son esenciales, por

ejemplo, si el requisito del único camino estaba alcanzado, o que no hubiera otras medidas alternativas que el Estado pudo haber tomado que no involucrasen una infracción a la ley internacional similar o más grave.

Otra cuestión que no fue abordada por el Tribunal, destaca el Comité es la relativa efectividad de las medidas a adoptar. Por ejemplo, una medida puede ser 90% efectiva y 90% probable mientras otra solo 60% efectiva y 50% probable pero la primera es inconsistente con obligaciones internacionales del estado pero la segunda no. Se preguntó al Comité cuál era la única medida disponible.

Otra consideración que el Tribunal no tuvo en cuenta según el Comité es: ¿quién decide cuál es la alternativa relevante y de acuerdo con cuál *test*? El Comité contesta que no es responsabilidad del Comité proveer respuestas a estos puntos, pero sí era necesario para el Tribunal asumir algunos supuestos para decidir el requisito del único camino del artículo 25 de los artículos aplicables del ILC.

De todas maneras el problema relevante es que el Tribunal debe aplicar la ley apropiada y la lectura del laudo claramente sugiere que el Tribunal aceptó la prueba del informe EDWARDS sobre la opinión del profesor Nouriel ROUBINI, para sostener que había otras opciones disponibles para tratar la crisis y decidir si había o no un único camino, pero al hacerlo el Tribunal se valió de un informe económico.

Por ello, el Comité entendió que el Tribunal no aplicó el artículo 25(1)(a) del ILC o la costumbre consuetudinaria, sino en cambio aplicó la opinión de un experto sobre una cuestión económica, lo que constituye una omisión en aplicar la ley aplicable, que valida la anulación bajo el artículo 52(1)(b) de la Convención del CIADI.

La cuestión siguiente considerada por el Tribunal es si las medidas adoptadas por Argentina seriamente afectan un interés esencial del Estado o de Estados respecto de los cuales existe una obligación o de la comunidad internacional como un todo, haciendo mención de que los intereses de la comunidad no parecen estar afectados pero agregando que el Tribunal consideró discutir a continuación si existía una afectación del interés esencial del Estado hacia el cual existe la obligación, pero luego el Tribunal afirma en ese contexto deben tomarse en consideración los intereses de las entidades privadas que son las beneficiarias últimas de esas obligaciones como lo explica un caso inglés de OEPIC, pero el Comité concluyó que la lectura del caso no parece tener relación con los artículos de ILC o ésta es muy oscura.

En definitiva, el Comité opinó que el Tribunal nunca determinó que el requerimiento del artículo 25(1)(b) de la ILC no fue satisfecho. Aun considerando que así lo hubiera hecho, es poco claro sobre qué base lo determinó, con lo que el requerimiento de aportar razones no fue satisfecho según el art. 52.1.e de la Convención del CIADI.

Finalmente, en lo referente al estado de necesidad el Tribunal debió determinar si Argentina contribuyó a la situación de necesidad. El Tribunal decidió que ese artículo expresaba el principio general de derecho que una parte no puede tomar ventaja legal de su propia culpa o como diríamos no puede ir contra un acto propio. Siguiendo con la idea de la culpa, el Tribunal decidió que existían causas exógenas y endógenas en los factores que precipitaron la crisis.

Al determinar que los factores exógenos y los endógenos o atribuibles al propio Estado, el Comité interpreta que es aparente

que los factores endógenos surgen de lo expresado en el informe EDWARDS párrafos 32 al 38, que afirma que la Argentina se equivocó en la administración de su economía en los años precedentes y durante la crisis en razón de tomar políticas equivocadas. Pero nuevamente el Comité señala que el profesor EDWARDS habla como un experto economista y como tal no estaba abordando el principio de necesidad bajo la ley consuetudinaria internacional que resumen el artículo 25.2.b de los artículos ILC.

La conclusión es que el experto puede imaginar que la utilización de políticas económicas inapropiadas amplificaron la crisis económica, pero en estricto derecho ello no basta para afirmar que el Estado había contribuido a una situación de necesidad y por ende no aplicó el artículo 25(2)(b) o más precisamente la costumbre bajo el derecho internacional que esos artículos reflejan, lo que constituye una omisión de aplicar la ley apropiada y constituye una causal de anulación bajo el artículo 52(1)(b) del CIADI. Por último, rechazó que existió error suficiente para justificar una anulación por no aplicar el artículo 4.3 del CIADI, porque ello consistiría en decidir sobre una cuestión de interpretación que, aun equivocada, no es anulable.

Finalmente, el Comité decidió que al haber anulado la decisión del laudo respecto de que no se encontraban satisfechos los requerimientos del artículo 25, y en vista de que éstos constituían la base de la determinación que el artículo XI era inaplicable a este caso, por similares razones el Comité decidió que debía anular la determinación del Tribunal que el artículo XI del BIT no es aplicable, siendo de la opinión que no debía pronunciarse sobre la determinación del Tribunal en el sentido de que el artículo 25 del ILC y el art. XI del TBI eran asimilables⁴¹

⁴¹ En *LE&G*, el Tribunal determinó que no se había probado en forma contundente que Argentina había contribuido al Estado de necesidad y que las medidas tomadas lo fueron para protegerse de un peligro grave e inminente y en

por cuanto no le correspondía decidir si esa interpretación era la correcta, ya que la misión del Comité era determinar si el Tribunal se excedió en sus facultades u omitió dar razones para llegar a las conclusiones que llegó, sosteniendo que la decisión del Tribunal estaba teñida por errores anulables, en su proceso de razonamiento.

Una expresión que es *obiter dicta* pero que es curiosa es que en el párrafo 405 el Comité advierte que en la decisión de *CMS* el Comité *ad hoc* decidió que los recaudos del artículo XI del TBI no son los mismos que los recaudos bajo la costumbre internacional como se ha codificado en el artículo 25 de la ILC, y que ambos regulan una diferente operación y contenido, pero que esa materia no corresponde ser dilucidada por el Comité sino por el Tribunal, que es quien debe decidir sobre la interrelación entre ambos.

Como resultado de esta decisión, el Comité consideró que el laudo debe ser anulado en parte incluyendo la determinación del daño, ya que anuló la determinación sobre responsabilidad. Y siendo ambos asuntos discrecionales del Tribunal ambas cuestiones: la responsabilidad de Argentina y por ende debe caer la procedencia de la indemnización y su cuantía, dejando en pie el resto del laudo, o sea que queda firme la determinación de que la República Argentina infringió la cláusula paraguas por no cumplir con ciertas obligaciones emanadas del régimen del gas, así como todas las otras determinaciones previas ya comentadas.

Con lo expuesto resulta que el fallo fue anulado pero dejó subsistente y firme la cuestión de la vulneración de los derechos

de *Enron* bajo el TBI, por lo que anuló la consecuencia de la nulidad que es la cuantificación del daño, pero no su causalidad.

El fallo conmovió la jurisprudencia uniforme y la parte afectada ha iniciado nuevamente como en *Vivendi* un nuevo caso por el fondo del asunto relitigando el fondo del asunto.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Los Tribunales o Comités *ad hoc* que en los primeros casos que conocieron de nulidades, entraron a discutir el fondo del asunto recibiendo muchas críticas. Posteriormente evolucionaron y se abstienen de opinar sobre el mérito. Esa tendencia se respaldó en los laudos arbitrales de segunda generación *Wena y Mime* y fue confirmada en todos los laudos en que ha participado la República Argentina. Sólo graves fallas de procedimiento enunciadas en las cinco causales del artículo 52(1) de la Convención CIADI habilitan la consideración del planteo de nulidad, y la interpretación de los mismos ha sido restrictiva.
- 3.2. En los planteos argentinos, los Comités *ad hoc* hasta la fecha han descartado como causal de nulidad que un accionista indirecto y minoritario o controlante de una inversión extranjera en cabeza de una sociedad constituida bajo las leyes del país receptor de la inversión no tuviera *ius standi* para iniciar una acción personal contra el Estado, con independencia de los planteos que la entidad receptora de la inversión tuviera contra el Estado

defensa de un interés esencial. Con relación al artículo XI, consagra el estado de necesidad como exclusión de la ilicitud y por ende como eximente de responsabilidad, pero recuperada la estabilidad debe reasumir sus obligaciones. Fijó el inicio de la crisis no por la Ley de Emergencia sino al 1/XII/2001 y por ende no ató su finalización a la sanción de una ley.

Argentino, por entender que su derecho emana directamente del artículo I de los TBI, donde se define inversión y abarca cualquier tenencia directa o indirecta del reclamante que alega vulneración de sus derechos bajo un TBI, consagrando la doctrina que las causales bajo el Tratado deben ser interpretadas por la ley internacional, mientras que las causales locales entre la sociedad recipiendaria de las inversiones y el Estado pueden ser debatidas en foros locales.

- 3.3. En tercer lugar, los Comités han sostenido interpretando las causales del artículo 52, que un laudo está fundado cuando permite seguir el razonamiento del Tribunal del punto 1 al punto 2 y de allí a la decisión, con independencia de que pueda haber cometido un error de hecho o de Derecho.
- 3.4. Asimismo, los Comités *ad hoc* han establecido que cuando un accionista legitimado reclama bajo el Tratado, debe aplicarse la ley internacional y no la ley nacional, aunque ésta hubiera sido pactada entre la sociedad inversora en la que el accionista participa, con lo que las alegaciones de que los tribunales habían tenido un error de Derecho inexcusable fue descartado.
- 3.5. En quinto lugar, la invocación de una ley inapropiada por el Tribunal no constituye una causal *per se* de anulación aunque puede, en algún caso determinar, un exceso manifiesto de poder que conduce a la nulidad, pero el error de interpretación de la ley invocada o de la ley aplicable no es materia idónea para habilitar la declaración de la nulidad del laudo. Tampoco la interpretación equivocada de la ley aplicable habilita considerar la nulidad del laudo, ya que ello implicaría discutir el mérito.
- 3.6. Las defensas de estado de necesidad bajo el artículo 25 y 27 de la codificación del derecho internacional consuetudinario, por la CDI y el artículo XI del TBI, son normas internacionales que permiten invocar el estado de necesidad para anular la ilicitud de un acto pero no el primero no precluye el otorgamiento de una compensación y, en el caso del artículo XI, el estado permite suspender la aplicación de las obligaciones del BIT debiendo reanudarlas cuando se alcanza una estabilidad. El artículo XI ha recibido tratamiento diverso, en tres decisiones de anulación: *CMS, Sempra y Enron*.
- 3.7. En *CMS*, el Comité *ad hoc* rechazó las alegaciones argentinas de que había incurrido el Tribunal en el quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento y rechazó la casi totalidad de los agravios de la Argentina por considerar que atendían al mérito de la cuestión y que no le correspondía analizar los argumentos de hecho o de derecho porque su función no era Tribunal de apelación; sin embargo, en cuanto al estado de necesidad declaró que éste no estaba configurado y si bien consideró el artículo XI del TBI entendió que éste no era *selfjudging* en el sentido de que el Estado que lo declaraba era el único juez de su procedencia, y que tampoco se había configurado. El Comité sostuvo el Tribunal no se había extralimitado manifiestamente, ni omitió dar razones concerniente a ambos y rechazó su aplicación.
- 3.8. En el caso *Sempra*, el Tribunal declaró que Argentina no pudo demostrar que los requerimientos para configurar el estado de necesidad fueron cumplidos y que el artículo XI, al no exigir deter-

minados requisitos para su configuración, no lo iba a considerar por haber ya rechazado la configuración del estado de necesidad, dado que, de aplicar esos requisitos, tampoco podían ser cumplidos al no ser el artículo XI una norma discrecional para el Estado Argentino. El Comité anuló el laudo afirmando que el Tribunal no creyó necesario considerar la aplicación del artículo XI por razones equivocadas, ya que de su simple lectura surge que el artículo XI (habla de emergencia) y el artículo 25 (estado de necesidad) regulan temas diferentes y el artículo 25 no ofrece una guía para la interpretación del artículo XI por el hecho de que ciertas palabras son similares.

- 3.9. El Comité por ese motivo entendió que el Tribunal omitió en aplicar el Derecho aplicable que era el artículo XI, que no consideró, haciendo primar el Derecho internacional consuetudinario en lugar de éste, cuando debió haber considerado el artículo XI como Ley especial, lo que constituyó un error manifiesto de Derecho que causa la nulidad del laudo.
- 3.10. Finalmente, en el caso *Enron* el Comité rechazó la casi totalidad de los argumentos desarrollados por Argentina, pero en las últimas páginas al abordar el tema de la consideración del estado de necesidad por parte del Tribunal declaró que el rechazo de la verificación de las condiciones del estado de necesidad requería que el Tribunal había dado por acreditado que existían varios caminos basado en un informe de un experto económico, profesor EDWARDS, que hizo una evaluación económica, pero esa evaluación no era idónea para configurar o acreditar si existía o no, un único camino que requiere el artículo 25(1)(a) del ILC, y

tampoco era suficiente para acreditar los factores contemplados en el artículo 25(1)(b).

- 3.11. La razón dada fue que ello no era suficiente para tener por acreditado que el Estado había contribuido a un estado de necesidad, porque faltaba la determinación expresa por parte del Tribunal que el informe económico del profesor EDWARDS constituía para el Tribunal un fundamento de hecho suficiente que jurídicamente habilitaba a tener por acreditado el artículo 25(2)(b), por lo que la conclusión era anulable y de hecho anuló el laudo y seguidamente anuló la determinación de que el artículo XI del TBI era inaplicable, porque el Tribunal se había basado en el análisis del artículo 25, anuló ambas determinaciones bajo el artículo 52(1)(b) de la Convención CIADI, por que consideró que el Tribunal había omitido en aplicar la ley aplicable.
- 3.12. El resultado es que en un caso el Comité entendió que el Tribunal había dado razones para descartar la aplicación del Estado de Necesidad o de la declaración de emergencia que no le correspondía juzgar en cuanto a su mérito, por un Comité *ad hoc*, si no que éste debía verificar que había examinado el punto debate y al no encontrar un error manifiesto de exceso de poder o falta de razones, confirmó la decisión del Tribunal (caso *CMS*), mientras que en los dos casos restantes en uno lo anula por no haber considerado previamente la aplicación del artículo XI antes de considerar el estado de necesidad y en la segunda decisión hace lo contrario de lo que el Comité había decidido en el caso *CMS*, juzga el razonamiento del Tribunal y como no parece compartirlo abandona la

teoría de que el laudo no es anulable si el razonamiento es equivocado, ya que lo considera anulable por descansar su decisión sobre el informe de un experto económico, y lo anula, con lo que el tema de que no le corresponde al Comité *ad hoc* revisar las determinaciones de los hechos o del Derecho establecidas por el Tribunal anterior que hacen a la prueba *queda dejado de lado en esta decisión*, creando una incertidumbre sobre cuál es el criterio futuro sobre la doctrina aplicable.

- 3.13. Otra consecuencia que ha quedado sumida en la especulación es que, si bien el artículo XI debe ser considerado, según el Comité del caso *Sempra*, previamente a la consideración del estado de necesidad, los Comités han evitado sentar doctrina alguna sobre cuáles son las condiciones de su aplicación al decidir ambos que el mentado artículo no es una disposición *self judging* o discrecional del Estado que la dicta, con lo cual no sabemos cuáles son las condiciones que ameritan tenerlas por cumplidas. En el caso *Enron*, el Comité precisó que no le competía al Comité *ad hoc* establecer tales condiciones ya que ello hace al estudio del mérito. En este último caso, tampoco el Comité le dio precedencia o estableció que regula materias diferentes (la emergencia en el TBI y el estado de necesidad conforme al Derecho consuetudinario) según alegó la Argentina y aceptó el Comité en *Sempra*.
- 3.14. Finalmente el *test* aplicado para anular la decisión resulta poco convincente, ya que al puntualizar que el informe del profesor EDWARDS es un informe económico y no un informe jurídico, la de encuadrar dicho informe económico como sustento del supuesto del artículo 25(b)(2) del ILC (lo que


determinaba que el razonamiento del Tribunal era incompleto) y por ende estaba teñido por error anulable, muestra la debilidad del argumento. Es claro que al profesor EDWARDS solo se le podía encargar un informe económico ya que es un experto económico, debiendo el Tribunal usar ese informe y atribuirle una consecuencia jurídica, escuchando las manifestaciones de las partes, y resolviendo si existía o no un estado de necesidad. Es decir, lo que critica el Comité es que el Tribunal debió haberlas considerado para llegar a la conclusión que llegó, es decir que no estaba encuadrado jurídicamente desde el punto de vista del Derecho consuetudinario un estado de necesidad. Un Tribunal tiene como misión aplicar el Derecho y el Tribunal de hecho uso el informe EDWARDS para considerar que no estaba acreditado el estado de necesidad como lo pedía la norma. ¿Habría sido diferente la decisión si el Tribunal hubiese explicado que consideraba que no existía un solo camino y que, desde el punto de vista jurídico, la existencia de varias alternativas económicas habilitaba a desechar el planteo del estado de necesidad?

- 3.15. La doctrina aplicada anteriormente para justificar la anulación, era que el Comité debía revisar si había existido razonamiento, no discutir su contenido. Al hacer una consideración sobre el contenido descalificando que el informe fuera suficiente, para acreditar la causal que fue determinada por el Tribunal, sin más y sin precisar ninguno de los temas ni como *obiter dictum* deja perplejo respecto de cuál es el criterio para fundar la nulidad, ya que decir que el Tribunal no dió razones suficientes y que abuso sus facultades sin una explicación clara no

dice mucho, peor resulta la extraña expresión que el fallo estaba teñido de errores que determinaban su anulación. Aun más, el Comité deja en la sombra la disputa sobre si el supuesto del artículo XI del TBI tiene precedencia sobre la costumbre y en tal caso cuál es el *test* aplicable en el razonamiento para habilitar su procedencia habiéndose determinado que la declaración de emergencia no es *self judging* o si ese artículo y el artículo 25 del ILC deben tratarse conforme a los mismo recaudos del Derecho internacional consuetudinario. Dado que no hay parámetros cualquier fallo que deniegue el estado de necesidad o el de emergencia es pasible de anulación por cualquier argumento, aunque estuviera mal razonado, basado sobre el contenido de la prueba y eso es entrar al mérito, ya que no es cierto que el Tribunal no aplicó la ley aplicable, sino que interpretó —a mi juicio erróneamente— la ley aplicable y la interpretación errónea en todo caso *no* es materia que conlleva la anulación⁴².

3.16. Habrá que esperar nuevos laudos que abonen o rectifiquen este criterio, en

el ínterin el sistema de nulidades del artículo 52 queda en un estado de incertidumbre que atentarán seguramente contra futuras presentaciones ante este Centro en lo referente a cómo abordar la cuestión del estado de necesidad y el artículo XI en el Tratado con los Estados Unidos porque el artículo XI no existe ni en el Tratado con Francia ni con Italia, lo que en ciertos casos, facilitará la elección de las reglas de UNCITRAL y si tal cosa ocurre se generará un nuevo debate sobre la conveniencia de tener un Tribunal de apelación para uniformar la doctrina algo que en el pasado no pareció conveniente solventar y que atenta contra el principio arbitral de la instancia única para resolver rápidamente el caso.

3.17. Por lo pronto, tanto *Sempra* como *Enron* han presentado nuevas demandas y se han dictado nuevos casos de anulación que acompañan a *Sempra* y *Enron*⁴³. Un reciente fallo de *Duke Energy c/ Perú* que fue atacado de nulidad fue resuelto en lo principal a favor de *Duke*, pero admitiendo la nulidad parcial pedida por Perú sobre una cuestión de estabilidad fiscal⁴⁴. 

⁴² El autor citado anteriormente enfáticamente sostiene que los casos *Sempra* y *Enron* suministran una buena ilustración de las muchas desventajas de tener un Comité *ad hoc* que interviene en la substancia de lo decidido por el Tribunal, lo que ocurre por la inadmisibile e irresistible “tentación” de algunos Comités de dar una lección de Derecho no invitada, descuidando que exceden su autoridad y que ese abuso genera la iniciación de un nuevo proceso.

⁴³ *Malaysian Salvors vs Malaysia*, abril 2009, y *Helnan vs Egypt*, Junio 2010, en los cuales los Comités *ad hoc* nuevamente utilizaron la noción de un manifiesto exceso de poderes.

⁴⁴ *ICSID c. Ase* ARB/03/28, marzo de 2011.

RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDOS CIADI: ¿REFUERZA LA AUTONOMÍA DEL SISTEMA O CONTRARÍA LA CELERIDAD DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL?

YARITZA PÉREZ PACHECO (*)
ELIZABETH MÉNDEZ SALOM (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Arbitraje de inversión CIADI: Presente y futuro. 3. El arbitraje CIADI como sistema. 3.1. Características del sistema. 3.2. Requisitos para la iniciación de un procedimiento CIADI. 3.3. Finalización del procedimiento arbitral. 4. Recurso de anulación. 4.1. Causales. 4.2. Características. 4.3. Interpretación de las causales de anulación. 4.4. Nulidad total o parcial. 4.5. Solicitudes de decisiones suplementarias o rectificatorias de laudos de anulación. 5. Análisis de los laudos anulados en el 2010. 6. Consideraciones finales: Posibles correctivos.*



1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversión administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro), es hoy una garantía incluida en casi todos los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, TBIs), las legislaciones nacionales sobre inversión y en los contratos de Estado. Sin duda alguna, la necesidad de un foro neutral, despolitizado, expedito y especializado ha sido la razón para que cada vez más el arbitraje de inversión CIADI se ponga en funciona-

miento. Sin embargo, no han sido pocas las críticas en torno a este mecanismo de resolución de disputas, las cuales se han intensificado en los últimos tiempos. Entre ellas, la necesidad de un mecanismo alternativo de revisión de los laudos como resultado de los cuestionamientos al recurso de anulación ya previsto en el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (en adelante, Convenio de Washington).

En efecto, se ha incrementado expo-

(*) Abogada y Ms. Sc. en Derecho Internacional Privado y Comparado, calificación excelente, Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctora en Derecho, mención honorífica, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador-Docente, Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado (UCV). Profesora de pre y postgrado (UCV).

(**) Abogada y Ms. Sc. en Derecho Internacional Privado y Comparado, calificación excelente, Universidad Central de Venezuela (UCV).

nencialmente el número de solicitudes de anulación de laudos, tanto así que según lo expresado por Promod NAIR y Claudia LUDWIG de Herbert Smith¹, quienes citando a Christoph SCHREUER y su consideración sobre tres generaciones de decisiones anulatorias CIADI, estiman que el número de laudos anulados en el año 2010 conduce al surgimiento de una cuarta generación de jurisprudencia en materia de anulación CIADI, haciendo posible identificar cuatro grandes momentos, en lugar de tres.

La primera generación de laudos anulados se ubica entre 1985-1986, e incluye las decisiones dictadas en *Klöckner vs. Cameroon I* y *Amco Asia vs. Indonesia I*. La segunda generación comprende 1989-1992, respondiendo a las fuertes críticas formuladas sobre las previas anulaciones, los Comités fueron más cautelosos y dictaron la decisión en el caso *MINE vs. Guinea*, cuyas interpretaciones han servido de referencia para fallos posteriores. Una tercera generación representada por las decisiones dictadas en *Wena Hotels vs. Egipto*, *Vivendi vs. Argentina I* y *CMS vs. Argentina* —entre los años 2002-2009— dichos pronunciamientos fueron bienvenidos por su análisis balanceado; y, finalmente, una cuarta generación es anticipada con ocasión a cuatro laudos anulados para el verano de 2010².

Cabe destacar que en la actualidad un importante número de laudos han sido anulados total o parcialmente, lo cual pone en entredicho una de las principales ventajas del arbitraje comercial en general y del arbitraje de inversiones en particular: la celeridad en la resolución de conflictos *inter partes*. Desde que el procedimiento es iniciado hasta que se resuelve el recurso de

anulación interpuesto contra el laudo definitivo, pueden transcurrir un promedio de 6 años. Es por ello, que nos cuestionamos si el recurso de nulidad previsto en el Convenio de Washington ¿refuerza la autonomía del sistema o contraría la celeridad del arbitraje internacional?

Para este análisis hemos decidido tomar en consideración, en primer lugar, el estado actual del arbitraje de inversión CIADI de cara a una proyección hacia lo que se espera en su desarrollo; en segundo lugar, nos planteamos las características más relevantes del sistema arbitral CIADI, y de seguida entraremos al análisis de las particularidades del recurso de anulación consagrado en el Convenio de Washington para luego pasar a una revisión de los laudos anulados en el 2010. Por último, pretendemos plantear algunos posibles correctivos a este recurso.

2. ARBITRAJE DE INVERSIÓN CIADI: PRESENTE Y FUTURO

En la actualidad ha renacido cierta hostilidad de los Estados latinoamericanos frente al arbitraje, pero específicamente contra el CIADI. Entre las razones que se argumentan, podemos mencionar tres de las más preocupantes: la publicidad parcial de los litigios, la falta de confidencialidad del procedimiento y la falta de confianza en los árbitros. En este contexto, los Estados no quieren ser objeto de escándalos comunicacionales y en muchas ocasiones prefieren someter sus disputas Inversor-Estado a instituciones privadas como la CCI, como en el caso del Estado venezolano. Por su parte, Ecuador no sólo retiró su consentimiento en los casos vinculados con los recursos naturales, también anunció que revisaría y

¹ Herbert Smith: "ICSID Annulment Awards: the fourth generation?" En: *Global Arbitration Review*. Vol. 5, No 5, Febrero 2011. pp. 1. Consultada en <http://www.herbertsmith.com/>

² *Ibidem*, pp. 1-3.

reestructuraría los TBIs que tiene firmados con algunos Estados latinoamericanos como Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, también los celebrados con Alemania, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Finlandia, Holanda, Italia, Reino Unido, Rumania y Suiza³. Por otra parte, Bolivia notificó por escrito al Banco Mundial, el 2 de mayo de 2007, en su condición de depositario, la denuncia al texto del Convenio de Washington, conforme con lo dispuesto en el artículo 71. En consecuencia, Bolivia quedaría fuera de la lista de Estados parte una vez transcurridos seis meses de recibida la notificación de denuncia, esto es, a partir del 3 de noviembre de 2007⁴.

En Venezuela, también se presentan situaciones particulares en virtud de las posiciones gubernamentales ante las demandas de inversores extranjeros amparados por los TBIs en vigor. Así, ante la terminación del TBI celebrado con Países Bajos en el 2008, Venezuela, por medio de una nota de prensa dio a conocer su decisión de dar por terminado el Tratado. Entre otras cosas, Venezuela argumenta que la conocida disputa entre Petróleos de Venezuela y la empresa norteamericana *Exxon Mobil* dejó al descubierto una práctica que acumula años y que ha salvaguardado en voz baja los intereses de muchas compañías asentadas no sólo en Venezuela sino en otros países con cambios legislativos importantes, como es el caso de Bolivia⁵. Sin embargo, Venezuela continúa siendo parte del Convenio de Washington y los cambios de políticas económicas y le-

gislativas han generado nuevas demandas por parte de los inversores extranjeros que se consideran afectados en sus derechos y garantías. Sin hablar del record de expropiaciones con el que cuenta el gobierno del Presidente Hugo Rafael CHÁVEZ FRÍAS.

A pesar de todas estas situaciones, no cabe duda que hoy el arbitraje de inversión forma parte de la cultura general, en virtud de la intervención del Estado y la cercanía de los casos planteados con el ciudadano común (servicios públicos, energía, recursos naturales), con lo cual los casos están en los medios de comunicación y se debaten ante la opinión pública. Esto no es más que el reflejo del auge del arbitraje de inversión, lo cual se debe fundamentalmente a tres razones: el fenómeno de la globalización económica y la apertura de mercados; la proliferación de tratados de inversión, entre ellos los TBIs; y, las crisis económicas y los cambios legislativos y de política en los Estados receptores de inversión.

El aumento de los litigios Inversor-Estado ha generado una serie de cuestionamientos por parte de los Estados, organismos e instituciones de carácter público y privado y de la sociedad civil sobre la conveniencia de mantener un “sistema” arbitral de resolución de conflictos en materia de inversión que no reúne las condiciones mínimas necesarias para impartir justicia a la par de las jurisdicciones nacionales.

El Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable (IISD) en un estudio sobre inversiones y desarrollo sustentable, publi-

³ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, “El CIADI frente a Argentina, México, Ecuador y Bolivia. Una actualización”. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/13.pdf>, pp. 43-44

⁴ Ver Informe CIADI 2007, <http://icsid.worldbank.org>

⁵ PÁRRAGA, Marianna, “Venezuela objeta tratado de inversiones con Holanda”. En: *Terra Magazine*, Caracas, 28/04/2008, <http://www.us.terra.com/terramagazine/interna/0,,E18864-O12835610,00.html>. La controversia fue presentada ante el CIADI, y en fecha 10/06/2010 se emitió Decisión sobre Jurisdicción, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., y otras vs. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/27

cado en el año 2004, ha identificado algunas de las implicaciones y deficiencias de las reglas utilizadas en los arbitrajes Inversor-Estado, las cuales están vigentes a la luz del presente análisis. Estos aspectos están vinculados con la falta de transparencia y de participación; la selección de los árbitros; la ausencia de precedente jurisprudencial; la posibilidad de arbitrajes múltiples; y los recursos posteriores a los laudos⁶. Lo anterior ha sido plenamente admitido en el clásico arbitraje privado de naturaleza comercial entre partes contratantes, en cuyo ámbito no genera mayores cuestionamientos, pero no sucede lo mismo cuando se trata del arbitraje Inversor-Estado, amparado por tratados de inversión, ya que éste toca cuestiones importantes de política pública, como el derecho del Estado a gravar con impuestos o a reglamentar en materia de salud pública y el medio ambiente. En ese contexto, el IISD consideró que el “sistema actual es alarmantemente inadecuado, aunque muestre signos alentadores de evolución en algunos ámbitos”⁷.

Una de las manifestaciones más problemáticas en el campo del Derecho internacional de las inversiones es la creciente tendencia a múltiples reclamos contra Estados parte de tratados de inversión, con origen en un mismo hecho, por ante tribunales arbitrales distintos. Este fenómeno se explica por dos razones⁸. La primera, es que los TBIs confieren protección a un número indefini-

do de sujetos que califican como inversores extranjeros, y a la vez permiten que tales sujetos accedan a mecanismos de solución de controversias que operan sobre la base de tribunales arbitrales *ad hoc*. En este contexto, por ejemplo, una medida gubernamental de carácter general puede dar lugar a tantos arbitrajes independientes e inconexos entre sí como inversores afectados. La segunda razón, se relaciona con la tendencia jurisprudencial a admitir reclamos indirectos por parte de accionistas de sociedades afectadas por una determinada medida gubernamental, lo cual implica que incluso una medida particular que afecta a una determinada compañía puede derivar en múltiples reclamos con idéntico sustrato legal por ante tribunales arbitrales distintos e inconexos⁹.

Además, los TBIs carecen de normas sobre acumulación y, a la vez, remiten a reglas de arbitraje que tampoco regulan la materia. Ante el silencio del Convenio de Washington y su Reglamento, los tratados de inversión han ido incorporando disposiciones especiales acerca de la consolidación de procedimientos arbitrales referidos a inversiones. El primero fue el TLCAN, luego el DR-CAFTA, los TLCs de EE.UU con Chile, Singapur, Marruecos y el Perú, y en varios TBIs celebrados por Canadá y EE.UU al amparo de sus nuevos modelos de tratados de inversión. La excepción en este campo está constituida por ciertos capítulos de inversiones de los TLCs, los cuales ope-

⁶ COSBEY, Aaron et. al., “Inversiones y desarrollo sustentable. Una guía referente a la utilización actual y al futuro potencial de los acuerdos internacionales sobre inversión”. En: *International Institute for Sustainable Development*, 2004, p. 23, consultada en <http://www.iisd.org>

⁷ *Idem*

⁸ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Acumulación de arbitrajes bajo tratados bilaterales de inversión”. En: Lima Arbitration, N° 1, 2006, pp.105-108, consultada en <http://www.limaarbitration.net/limaarbitration.pdf>

⁹ Ver, por ejemplo, *CMS vs. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8 (en adelante, *CMS*); *LGE vs. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/1; *Enron and Ponderosa Assets vs. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3 (en adelante, *Enron*); *Siemens vs. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8; *Gas Natural vs. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/10; *Sempra vs. Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/02/16 (en adelante, *Sempra*); y *Gami Investments vs. México*, Caso CNUDMI / NAFTA. Todos los casos están publicados en <http://www.investmentclaims.com>

ran como una suerte de tratado de inversión dentro de un esquema más amplio¹⁰.

La manera como el CIADI ha enfrentado la existencia de procedimientos arbitrales conexos, con la finalidad de evitar laudos contradictorios y de lograr en lo posible una correcta administración de los procedimientos arbitrales, ha sido a través de la consolidación de *facto* de dos o más procedimientos vinculados mediante la designación de los mismos árbitros en dos o más paneles arbitrales¹¹. Sólo en presencia de una voluntad unánime de las partes involucradas en procesos conexos, los tribunales CIADI se han integrado para considerarlos como un solo procedimiento, caso en el cual, el tribunal emitirá una única decisión sobre jurisdicción. Pero cuando no existe esta unanimidad, no cabe duda que la respuesta que da el CIADI a esta problemática no es del todo eficiente, ya que no existe manera de imponer la constitución de un solo tribunal que elimine el riesgo de fallos contradictorios y que permita la correcta administración del arbitraje.

Uno de los principales puntos de ataque después del auge del arbitraje de inversión y el consecuente aumento de laudos arbitrales emitidos, consiste en evidenciar un alto grado de contradicción e inconsistencia entre estos laudos. Se alude a que casos similares o iguales son decididos de manera desigual. Como reacción ante estas imperfecciones se ha comenzado a considerar la conveniencia de instaurar un régimen de apelaciones que le impregne legitimidad al sistema.

Esto constituye, sin duda, otra debilidad de este medio de solución de controversias Inversor-Estado, que radica en la dificultad de revisar las decisiones de los tribunales arbitrales. Según las reglas arbitrales que se utilicen, los recursos posteriores a los laudos variarán significativamente. Por lo general, el proceso arbitral está compuesto de una única instancia, el laudo es inapelable y sólo impugnabile por muy escasos vicios procesales. Un laudo adverso significa una pérdida absoluta e irrecuperable de las expectativas que se habían puesto en el proceso, lo cual se reversa en hostilidad hacia la propia institución arbitral¹². Conforme a las reglas del CIADI, los arbitrajes se aíslan de los sistemas jurídicos nacionales y las partes sólo cuentan con el recurso de anulación del laudo final sobre la base de una de las causales taxativas previstas en el Convenio de Washington para impugnar la decisión. Por el contrario, en el caso de los arbitrajes que se rigen por el Mecanismo Complementario del CIADI, los litigantes pueden accionar contra el laudo ante los tribunales de la sede del arbitraje.

En nuestra opinión, la disparidad en la redacción de los contratos de Estado y las legislaciones internas mediante las cuales se manifiesta el consentimiento por parte del Estado de someterse al arbitraje CIADI, y en ocasiones de los propios tratados de inversión, son los factores determinantes para que hechos parecidos o iguales sean tratados de manera desigual. Esto es, se trata de circunstancias fácticas amparadas bajo derechos disímiles, lo que conduce a resultados aparentemente dispares.

¹⁰ SUÁREZ ANZORENA, I., "Acumulación de arbitrajes..." *op. cit.*, p. 108

¹¹ FERNÁNDEZ MASÍ, Enrique, "Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversión extranjera". En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 11, 2006, pp.10-12. SUÁREZ ANZORENA, I., "Acumulación de arbitrajes...", *op. cit.*, p. 113

¹² MUÑOZ SABATÉ, Luis, "Aporte psicológico para la construcción de una teoría sobre la "cultura arbitral". En: *Athina, Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, N° 3, año 2, 2007, p. 233.

Sin embargo, consideramos que los negociadores de los tratados tienen en sus manos el poder para limitar las facultades interpretativas de los árbitros, por lo cual en la renegociación de los viejos tratados de inversión y la negociación de los nuevos, debe tomarse en cuenta la experiencia que han dejado los términos amplios e imprecisos utilizados en dichos textos, los cuales han provocado una carga excesiva de trabajo a la hora de dirimir una controversia en materia de inversión.

En los últimos años, se critica que el sistema CIADI no cuente con un verdadero proceso de apelación; tras el recurso de revisión no se puede emitir un dictamen sobre errores de hecho o Derecho, ni sustituir una decisión del Tribunal. Sin embargo, este es un tema que requiere mayor discusión y se escuchan voces a favor y en contra. La creación de un órgano de apelación en el arbitraje CIADI podría ser contraproducente y sólo serviría para crear un “procedimiento burocrático arbitral” que al fin de cuentas destruiría el “espíritu del arbitraje”¹³.

3. EL ARBITRAJE CIADI COMO SISTEMA

El Convenio de Washington no sólo crea el CIADI sino que establece un sistema de arbitraje (también de conciliación) para disputas entre inversionistas extranjeros y Estados receptores¹⁴. El CIADI ejerce funciones de secretaría al servir de apoyo a los Tribunales Arbitrales que se constituyen por las partes para llevar a cabo cada procedi-

miento. Esto es, el CIADI, en sí mismo, no arbitra la disputa, dicha función le corresponde a los Tribunales Arbitrales. El sistema CIADI es el único sistema institucional de arbitraje especialmente diseñado para conocer las disputas Inversor-Estado en materia de inversión.

A partir del Convenio de Washington, los derechos de los inversionistas han dejado de estar sujetos a consideraciones políticas de los gobiernos, como ocurría en el antiguo régimen de la protección diplomática, permitiéndoles presentar demandas al margen de la opinión de sus gobiernos¹⁵. Así, el CIADI parte de dos principios básicos: el reemplazo de la jurisdicción nacional del Estado receptor de la inversión por una jurisdicción arbitral internacional especializada y la renuncia a la protección diplomática (artículo 27.1 Convenio de Washington).

3.1. Características del sistema

El sistema arbitral CIADI está fundado en la autonomía de las partes. Así, la jurisdicción del Centro, el alcance de su competencia, la verificación de la validez del acuerdo, las reglas de actuación y el Derecho aplicable al fondo de la controversia tienen su origen en el consentimiento de las partes. Aunado a ello, el Convenio de Washington ha tomado la previsión de garantizar el reconocimiento y ejecución de los laudos que se dicten en los asuntos sometidos a consideración del Centro. Por ello, puede afirmarse que el sistema CIADI es universal, con una estructura jurídica propia

¹³ CREMADES, Bernardo, “Has the proliferation of BITs gone too far? Is it now time for a multilateral investment treaty?” En: *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, N° 1, February 2004, pp. 187-214.

¹⁴ Algunos autores ponen en duda que el CIADI constituya un “sistema”. En opinión de ROSATTI el CIADI está integrado por un “mero agregado de elementos, dominado por la casualidad y carente de finalidad propia”. ROSATTI, Horacio D., “El Estado y el Arbitraje”. En: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2004, pp. 335-340.

¹⁵ *Enron*, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional) del 02/08/2004, párrafo 37. Ver texto en <http://www.worldbank.org/icsid>. WENDLANDT, Matthew, “SGS v. Philippines and the role of ICSID tribunals in Investor-State contract disputes”, *Texas International Law Journal*, vol. 43, N° 3, summer 2008, pp. 530-531.

y autónoma, voluntario, flexible y eficaz. Veamos cada una de estas características.

En cuanto a la universalidad es importante destacar que en la actualidad el Convenio de Washington ha sido ratificado por 146 Estados, con lo cual un importante número de Estados y sus nacionales pueden acceder al arbitraje CIADI¹⁶. Además, también tienen acceso al Centro aquellos Estados que no habiendo ratificado el Convenio han optado porque sus disputas en materia de inversión se ventilen ante un Tribunal Arbitral CIADI, lo cual es posible gracias a la creación del Mecanismo Complementario. Esta universalidad se hace patente con el creciente número de demandas arbitrales que hasta la fecha se han registrado ante el Centro¹⁷.

El Centro cuenta con una administración propia, no estatal, que en ejecución del Convenio de Washington dicta sus propias normas y reglamentos, con lo cual no depende de reglas de arbitraje distintas a las que emanan del propio Convenio. Así, esta estructura jurídica propia y autónoma compuesta por el Convenio de Washington; el Reglamento Administrativo y Financiero; las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (en adelante, Reglas de Iniciación); las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (en adelante, Reglas de Conciliación); las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (en adelante, Reglas de Arbitraje); y el Reglamento del Mecanismo Complementario con tres reglamentos anexos sobre: comprobación de hechos, conciliación y arbitraje.

El sistema CIADI es autónomo ya que

no está sujeto al control de otro Tribunal. Los críticos del sistema agregan que, además, es hermético e imprevisible: una vez que se ingresa a él ya no es posible salir; adicionalmente, no existe un Tribunal permanente que unifique la jurisprudencia.

A pesar de la naturaleza mixta del arbitraje CIADI en función de los sujetos intervinientes: un Estado y un nacional de otro Estado Parte, hay que distinguir las diversas formas mediante las cuales las partes se someten al mismo. Ahora bien, es importante resaltar desde este primer momento, que los Estados, por el sólo hecho de ser Estados contratantes, no tienen ninguna obligación de utilizar el mecanismo de arbitraje del CIADI, y únicamente estarán sometidos a tal exigencia imperativa cuando hayan consentido específicamente someter al Centro una determinada diferencia. La expresión de dicho consentimiento no requiere de ningún requisito, únicamente debe constar por escrito, y no se exige que tal declaración de voluntad se encuentre expresada en un mismo o único instrumento formal.

El CIADI es uno de los pocos foros internacionales al cual tienen acceso directo los particulares, ya que no tienen que hacerlo a través de sus gobiernos. Esto es, el inversionista acude al CIADI en representación propia y se le prohíbe expresamente al Estado del cual es nacional que ejerza protección diplomática o reclamo internacional. Si bien el arbitraje de inversión ha florecido como resultado de las reclamaciones presentadas por inversores extranjeros en contra de los Estados receptores de inversión, no debe perderse de vista que los Estados también tienen derecho a reclamar a los inversores extranjeros por los incumplimientos en que éstos puedan incurrir, en

¹⁶ Estatus de ratificación al 28/02/2010, <http://icsid.worldbank.org>

¹⁷ Ver, *Informe Anual CIADI 2010*, consultado en <http://icsid.worldbank.org>

sintonía con el principio de igualdad que inspira la visión original de los redactores de la Convención de Washington. Así, en los últimos decenios se ha consolidado el clásico paradigma de solución de controversias en materia de inversión según el cual se presenta un inversor que, basándose en las disposiciones de un tratado de inversión, un contrato de inversión o, con frecuencia cada vez mayor, en ambos, interpone reclamaciones contra un Estado soberano receptor de una inversión extranjera. Recientemente, se han escuchado voces a favor de la necesidad de fomentar el paradigma inverso de solución de controversias en materia de inversión, según el cual el Estado receptor presenta reclamaciones contra el inversor en virtud de las disposiciones de un tratado o del contrato, o de ambos¹⁸. Esta tesis se contrapone a la posición según la cual la reglamentación en materia de inversión extranjera y, en especial, los tratados de inversión, tienen como objetivo principal, si no exclusivamente, proteger los derechos de los inversores.

En definitiva, el acceso al procedimiento arbitral CIADI tiene como punto de partida los requerimientos jurisdiccionales consagrados en el artículo 25 del Convenio de Washington: debe tratarse de una disputa sobre inversión; la disputa debe ser entre un Estado Parte del Convenio (o cualquier subdivisión política u organismo público del Estado Parte acreditado ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Parte; y que las partes hayan consentido por escrito someter la disputa al CIADI.

El procedimiento y las reglas del sistema CIADI están diseñados para servir a las partes en conflicto. Por ello, la flexibilidad del sistema se refleja, en primer lugar, en la

forma de designación de los miembros del Tribunal Arbitral. Igualmente, en las consultas preliminares que se le hacen a las partes para que sean éstas las que decidan los aspectos fundamentales del procedimiento. Esto es, las partes pueden elegir el o los idiomas en el cual se va a llevar a cabo el procedimiento, el número y orden de los escritos de las partes, así como el plazo para presentarlos, la manera en la que habrán de prorratearse las costas del procedimiento o el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje. Además, las partes pueden acordar unas reglas procesales diferentes a las del CIADI para la tramitación del procedimiento (artículo 44 Convenio de Washington). También, las partes tienen una amplia autonomía en la elección del Derecho a ser aplicado por los árbitros para la resolución del fondo de la controversia.

Sin embargo, esta flexibilidad no significa que se deja todo en manos de las partes. El Convenio de Washington establece mecanismos subsidiarios para los supuestos en los cuales las partes no logren ponerse de acuerdo. Por ejemplo, la posibilidad de designar a los árbitros ante la falta de acuerdo de las partes (artículo 45).

Frente a la multiplicidad de mecanismos para la resolución de controversias en materia de inversión extranjera, el Convenio de Washington nos proporciona un método cuya principal característica es la eficacia del procedimiento arbitral. Esta eficacia se pretende lograr manteniendo al arbitraje libre de toda injerencia exterior. Para ello, en primer lugar, se prevé la irrevocabilidad del consentimiento de someterse al sistema arbitral CIADI. En efecto, el Convenio de Washington asegura que una vez que ambas partes han consentido someter sus diferen-

¹⁸ LABORDE, Gustavo, "The case for host state claims in investment arbitration". En: *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, N° 1, 2010, pp. 97-122

cias al procedimiento arbitral del Centro, ninguna de ellas podrá revocarlo (artículo 25.1). En segundo lugar, se consagra la exclusividad, ya que el consentimiento de las partes de someterse al Centro supone la exclusión de cualquier otro recurso, salvo que las partes acuerden otra cosa (artículo 26), es decir, esta exclusividad opera “salvo estipulación en contrario”. Por lo que, las partes pueden acordar acudir a otro mecanismo de solución de controversias distinto del arbitraje CIADI. Esta excepción tiene su fundamento en la regla del agotamiento de los recursos internos, dada la importancia que algunos Estados le conceden a esta regla, por lo cual la segunda frase del artículo señala “un Estado contratante podrá exigir el agotamiento de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”¹⁹.

Además, el carácter exclusivo del procedimiento arbitral CIADI, tiene una incidencia directa sobre la actuación de los tribunales nacionales los cuales tienen el deber de abstenerse mientras que la diferencia este sometida al CIADI por acuerdo de las partes. En consecuencia, si cualquiera de las partes acudiera a los tribunales estatales, éstos deberán rechazar el conocimiento del asunto y remitir a las partes al procedimiento arbitral del Centro. Asimismo, se entiende que el Estado ha renunciado de manera explícita al ejercicio de la protección diplomática mientras la controversia está sometida al procedimiento arbitral (artículo 27 Convenio de Washington).

En tercer lugar, otro elemento que garantiza la eficacia del sistema, lo constituye el carácter autónomo del procedimiento arbitral. El sistema CIADI es autónomo porque el laudo arbitral es obligatorio para las

partes y no puede ser revisado por ningún tribunal nacional, estando únicamente sometido a los recursos previstos por el propio Convenio de Washington (artículo 53). Además, en ausencia de recurso, los Estados se comprometen a ejecutar los laudos dictados por el CIADI “de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda” (artículo 54.1 Convenio de Washington), esto es, como si se tratara de una sentencia nacional, de lo que se deduce que los laudos dictados por Tribunales CIADI despliegan en los Estados Parte, de forma inmediata y sin necesidad de *exequátur*, el efecto de cosa juzgada y los efectos constitutivos y ejecutivos que no son impugnables ante los tribunales de los Estados Parte del Convenio, por lo que no pueden ser anulados por las autoridades judiciales.

Por otra parte, el Convenio ha ideado algunas herramientas que le permiten evitar que la renuncia de alguna de las partes al procedimiento arbitral pueda frustrarlo. Así, se prevén mecanismos para la constitución del Tribunal cuando alguna de las partes se rehúsa a nombrar árbitros u obstaculiza indebidamente su elección. También, la posibilidad de dictar el laudo aún cuando alguna de las partes esté en rebeldía o se haya ausentado del proceso.

3.2. Requisitos para la iniciación de un procedimiento CIADI

El artículo 25 del Convenio de Washington establece las bases de la jurisdicción del CIADI y la práctica arbitral nos permite extraer cuáles deben ser los parámetros a seguir por un Tribunal Arbitral. A los únicos fines de determinar su jurisdicción, deben examinarse los siguientes extremos: que la

¹⁹ FERNÁNDEZ MASÍA, E., *Tribunales nacionales...op. cit.*, pp. 97-98.

diferencia sea entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante del Convenio de Washington y que la parte demandante tenga legitimación (*ius standi*) para actuar en este proceso (jurisdicción subjetiva); que se trate de una controversia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión (jurisdicción objetiva); que las partes hayan expresado por escrito su consentimiento de someterse al arbitraje y, específicamente, al arbitraje del CIADI (criterio atributivo de jurisdicción); y que se haya dado cumplimiento de los demás requisitos exigidos, tanto por el Convenio de Washington como por el tratado de inversión (por ejemplo, un TBI), la ley del Estado receptor o el contrato de inversión, según sea el caso, para acceder a este tipo de arbitraje.

3.3. Finalización del procedimiento arbitral

En el sistema CIADI se prevén diversas formas de finalización del procedimiento arbitral: cuando las partes convinieren, antes que se dicte un laudo, en avenirse respecto de la diferencia, o en poner término al procedimiento (Regla de Arbitraje 43); cuando una de las partes solicite que se ponga término al procedimiento sin la oposición de la otra parte (Regla de Arbitraje 44); por abandono de la instancia, cuando las partes dejan de intervenir en el procedimiento durante seis meses consecutivos u otro plazo que puedan acordar (Regla de Arbitraje 45); y mediante laudo respecto al cual no se hayan ejercido recursos. Si se trata de un laudo dictado en el marco del Convenio de Washington sólo se admiten los recursos que prevé el Convenio, esto es, aclaratoria,

revisión y anulación (artículos 50 al 52). En cambio, si se dicta en el marco del Mecanismo Complementario o por un tribunal *ad hoc* se sujeta a los recursos que admita la legislación del Estado sede del Tribunal Arbitral y, cuando corresponda, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York), la cual se encuentra en vigor en más de 150 Estados.

Esto significa, el proceso de reconocimiento y ejecución del laudo varía según su origen. Si se trata de un laudo emitido por un Tribunal CIADI es aplicable el artículo 54 del Convenio de Washington que ordena la ejecución del laudo “como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal de ese Estado”, bastando al efecto que el interesado acompañe copia certificada por el Secretario General. El Estado condenado siempre podrá alegar inmunidad de ejecución, sujeto a la legislación del Estado que debe ejecutar el laudo. En cambio, cuando el laudo ha sido dictado conforme al Mecanismo Complementario²⁰ o las Reglas de la CNUDMI, la cuestión del reconocimiento y ejecución se sujeta a lo que establezca a ese respecto el Estado donde los mismos se pretenden ejecutar.

El poder de un Tribunal CIADI se extiende hasta ordenar resultados específicos. Esta conclusión se sigue de los trabajos preparatorios del Convenio de Washington así como de la práctica internacional. La capacidad para ordenar resultados específicos es un poder que es inherente a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, no existe argumento

²⁰ Artículo 20 del Reglamento del Mecanismo Complementario exige que la sede del Tribunal sea en un Estado Parte de la Convención de Nueva York; el artículo 21.3 establece que el laudo se entiende dictado en el lugar de la sede el Tribunal. Todo esto porque la Convención de Nueva York, en su artículo 1.3 permite a los Estados al ratificar la Convención, basados en la reciprocidad, manifestar que limita las obligaciones que contiene a los laudos que provengan de Estados Parte.

para que un Tribunal exhorte a un Estado a realizar determinada conducta sin que esto afecte el ejercicio de los derechos soberanos del Estado. Esto es, un laudo puede imponer una obligación en términos no monetarios, en términos de una obligación dirigida a realizar un acto puntual o para abstenerse de hacerlo. Al mismo tiempo, es posible que las partes puedan restringir el poder del Tribunal arbitral ordenando ciertas formas de alivio²¹.

4. RECURSO DE ANULACIÓN

El arbitraje es posible ya que las partes realizan una delegación restrictiva de poderes para resolver ciertas controversias que requieren de algún mecanismo de control, porque de lo contrario, el arbitraje dejaría de ser tal y se convertiría potencialmente en abuso. No cabe duda que el arbitraje es ventajoso para las partes, principalmente, porque les permite acceder a una instancia distinta a la del Poder Judicial estatal para resolver sus conflictos; pero también resulta ventajoso para la sociedad porque permite que se resuelvan controversias sin mayor costo social. Por ello, deben articularse mecanismos que eviten el abuso o controlen el exceso de poder de los árbitros²². Pero, el control del exceso de poder de los árbitros debe limitarse a cuestiones fundamentales, pues de otra forma, las dilaciones que el acuerdo arbitral pretendía eliminar se harían presentes.

Una de las principales características

del arbitraje internacional actual es la escasa o limitada intervención judicial, la cual solo es admitida cuando se persiguen dos de las siguientes funciones: apoyar al arbitraje, como por ejemplo, cuando se trata de la ejecución de medidas cautelares, y ejercer controles posteriores, como el recurso de anulación de laudos y reconocimiento para su ejecución²³.

Nosotros nos centraremos en los recursos contra laudos arbitrales, los cuales dependen del ordenamiento jurídico (*lex arbitri*) que se elija o resulte aplicable, ya sea una normativa nacional o internacional, que le sirva de fundamento al arbitraje²⁴. En general, la eliminación del recurso de apelación en el arbitraje puede considerarse contrario al principio de corrección de los fallos, pero está en sintonía con otro principio como lo es el de la eficacia de las decisiones²⁵. En todo caso, el recurso de anulación es un recurso excepcional, limitado a causas taxativas. En el arbitraje comercial internacional el recurso de anulación se ejerce en el país de la sede del arbitraje, cuyos jueces son los únicos competentes para anular el laudo (artículo V(1)(e) Convenio de Nueva York), como una fórmula que brinda cierto equilibrio entre los intereses del país “anfitrión” del arbitraje, el interés de las partes en obtener una decisión y la necesidad de supervisar el trabajo del árbitro²⁶. En el arbitraje de inversiones CIADI estamos ante un procedimiento único en su género, ya que se presenta exclusivamente ante la propia institución arbitral. Además, en el caso de que el

²¹ SCHREUER, Christoph H., “Non-pecuniary remedies in ICSID arbitration”. En: *Arbitration International*, vol. 20, N° 4, 2004, pp. 325-332.

²² REISMAN, W. Michael, citado por CANTURIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de la inversiones*, Lima, 2007, p. 769.

²³ JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá, “Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: alcances y análisis comparativo”. En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Director), *El arbitraje en el Perú y el mundo*, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 531.

²⁴ GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, *Derecho de los Negocios Internacional*. México: Editorial Porrúa, 2006, p. 251.

²⁵ CANTURIAS SALAVERRY, F. *Arbitraje comercial ...op. cit.*, p. 770.

²⁶ JIMÉNEZ FIGUERES, D. “Renuncia al recurso...” *op. cit.*, p. 532.

laudo sea anulado, cualquiera de las partes puede volver a someter la controversia a un nuevo Tribunal Arbitral de conformidad con el Convenio de Washington (artículo 52.6).

Esto es, en los arbitrajes CIADI el laudo no es apelable, pero puede seguirse un procedimiento de anulación ante un Comité *ad hoc* integrado por tres personas designadas por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro, de la Lista del Panel de árbitros (artículos 52(1)(3) y 12-16 del Convenio de Washington)²⁷. La Regla 54 de las Reglas de Arbitraje permite que junto con la solicitud de anulación del laudo se solicite la suspensión provisional de la ejecución hasta que el Comité *ad hoc* se pronuncie al respecto.

En el marco del Convenio de Washington el recurso de nulidad debe intentarse dentro de los 120 días de dictado el laudo arbitral. Este recurso no permite la revisión de fondo de la controversia ni la modificación de la decisión contenida en el laudo arbitral, ya que únicamente puede atacar aspectos formales que le restan legitimidad al fallo y que pueden desembocar en su invalidación total o parcial.

4.1. Causales

El artículo 52(1) del Convenio de Washington establece las causales que pueden esgrimirse para interponer el recurso de nulidad. Las causales de anulación son las siguientes:

a. Que el Tribunal Arbitral se hubiere constituido incorrectamente (artículo 52(1) (a)). Esta causal resulta procedente cuando, por ejemplo, algunos de los árbitros no

cumple con el requisito de nacionalidad, no cuenta con las calificaciones exigidas por el CIADI o existe algún conflicto de intereses. Esta causal difícilmente se configura ya que el sistema de designación de árbitros se encuentra muy bien depurado en el CIADI y además cuenta con reglas para la recusación de árbitros. b. Que el Tribunal Arbitral se hubiere manifiestamente extralimitado en sus facultades (artículo 52 (1) (b)). Para que proceda esta causal la extralimitación de las facultades debe ser evidente y se presenta cuando los árbitros no aplican “manifiestamente” la ley aplicable, ya sea porque asumen una jurisdicción que claramente no tienen o se niegan expresamente a asumirla cuando efectivamente corresponde hacerlo.

Por ejemplo, en el caso PETROECUADOR se solicitó la anulación del laudo conforme a la causal bajo análisis, alegando que el Tribunal de manera manifiesta y antijurídica se extralimitó en sus facultades, al no aplicar la ley ecuatoriana cuando se pronunció competente para resolver la controversia de acuerdo con el Contrato Modificatorio y no con fundamento en el Contrato de Prestación de Servicios, como debió haberlo hecho; al ignorar y no dar fuerza de cosa juzgada a la decisión administrativa de la Dirección Nacional de Hidrocarburos; y al admitir la demanda de REPSOL a pesar de que ésta carecía de la autorización previa del Comité de Operación conforme al Acuerdo de Participación Conjunta²⁸.

Se ha discutido si el requisito de que la extralimitación sea “manifiesta” resulta aplicable a temas jurisdiccionales, ya que esta condición implicaría que, en caso de que se rechace la jurisdicción, a la Demandante se le niegue el derecho a ser oída

²⁷ GÓMEZ-PALACIO, I., *Derecho de los Negocios... op. cit.*, p. 251.

²⁸ *Repsol YPF Ecuador, S.A. vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI N° ARB/01/10 (en adelante, *Repsol*), Procedimiento de Anulación, 08/01/2007, párrafo 22.

sobre el fondo cuando en realidad tenía ese derecho o, alternativamente, a que cualquier extralimitación en materia jurisdiccional sea siempre, por sí misma, manifiesta. Sin embargo, la visión mayoritaria de los Comités *ad hoc* sobre este punto es que la condición de que sea “manifiesta” también se aplica tratándose de temas jurisdiccionales.

El requisito de que la extralimitación de facultades deba ser “manifiesta” implica que “debe ser evidente, y no el producto de interpretaciones elaboradas en un sentido o en el otro”²⁹. Para el profesor SCHREUER, “la palabra se relaciona no tanto con la seriedad del exceso o la naturaleza fundamental de la norma que se ha violado, sino más bien con el proceso cognitivo que la hace aparente. Un exceso en las facultades es manifiesto cuando puede discernirse con poco esfuerzo y sin necesidad de un análisis profundo”³⁰.

La falta de aplicación del Derecho apropiado no es una causa independiente de anulación conforme al artículo 52 del Convenio de Washington. No obstante, la falta de aplicación del Derecho aplicable por parte de un Tribunal puede constituir una extralimitación manifiesta en las facultades en virtud del artículo 52(1)(b)³¹. En todo caso, la falta de aplicación del Derecho correspondiente, no debe confundirse con la

aplicación errónea o incorrecta del Derecho adecuado, la cual no es una causal de anulación, en concordancia con varias decisiones emitidas por Comités *ad hoc*. La cuestión de que si la aplicación del Derecho del Tribunal fue bien fundada y legalmente sostenible es una cuestión independiente, sobre la cual el Comité *ad hoc* tiene una competencia muy limitada³².

c. Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal. Esta causal no ha sido invocada hasta el momento ante el CIADI (artículo 52(1)(c)).

d. Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (artículo 52(1)(d)). Un laudo puede ser anulado cuando se ha quebrantado de forma grave una norma de procedimiento. Para que prospere esta causal es necesario que la parte que la invoca hubiere realizado la reclamación en su momento sin que se corrigiera la supuesta violación. El estándar de análisis de esta causal se realizó por el Comité *ad hoc* que conoció de la anulación en el caso *Wena*: el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento debe ser grave y, además, tiene que probarse que esta situación ha llevado a un resultado distinto al que hubiera arribado de no haberse cometido la violación³³. Ambos criterios deben estar

²⁹ *Wena Hotels Ltd. vs. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/98/4 (en adelante, *Wena*), Decisión sobre Anulación del 05/02/2002, párrafo 25. En: *International Legal Material*, vol. 41, 2002, p. 993. En el mismo sentido *Repsol*, Decisión sobre Anulación del 08/01/2007, párrafo 36.

³⁰ SCHREUER, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, p. 933.

³¹ Ver, por ejemplo, las Decisiones sobre Anulación de los Comités de *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros vs. Camerún*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Anulación del 03/05/1985. (en adelante, *Klöckner I*), consultada en Reportes del CIADI 2 97, párrafo 59; *Amco Asia Corporation y otros vs. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1 (en adelante, *AMCO I*), Decisión sobre Anulación del 16/05/1986, consultada en Reportes del CIADI 1 509, párrafos 23 y 95; *Maritime International Nominees Establishment (MINE) vs. Guinea*, Caso CIADI N° ARB/84/4 (en adelante, *MINE*), Decisión sobre Anulación del 22/12/1989, consultada en Reportes del CIADI 4 79, párrafo 6.40; CMS, Decisión sobre Anulación del 25/09/2007, párrafo 49; *Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI N° ARB/02/7 (en adelante *Soufraki*), Decisión sobre Anulación del 05/06/2007, párrafos 37 y 85; *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine INC. vs. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/03/6 (en adelante, *M.C.I.*, Decisión sobre Anulación del 19/19/2009, párrafo 37.

³² *M.C.I.*, párrafo 37.

³³ *Wena*, párrafos 57-58.

presentes para que el *test* sea positivo. Las normas de procedimiento que por lo general se consideran “fundamentales” son las normas que tocan, esencialmente, temas de imparcialidad e igualdad, el derecho a ser oído y las normas que protegen la integridad de las deliberaciones³⁴.

Es necesario acudir a los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante, Convención de Viena), para salvar las diferencias entre los textos del artículo 52(1)(d), ya que en el texto en español se omite la palabra “fundamental” (antes de las palabras “norma de procedimiento”), pero esta palabra forma parte de los otros dos textos igualmente auténticos en inglés y en francés. En aplicación de la Convención de Viena, en caso de existir diferencias de significado entre textos igualmente auténticos de un tratado “se adaptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del Tratado” (artículo 33(4))³⁵.

e. Que no conste en el laudo arbitral los motivos en que se funda (artículo 52(1)(e)). De acuerdo con el artículo 48(3) del Convenio de Washington el Laudo será motivado. La importancia de este requisito es fundamental ya que dictar un laudo que no contenga una motivación dará lugar a la anulación. Esta causal no autoriza a que se revise el fondo de la controversia o a que se reconsidere la decisión del tribunal arbitral, pues únicamente está referida al requerimiento de que el Tribunal Arbitral explique los hechos y el Derecho en que se basa la decisión. Es claro que una situación en la que haya ausencia total de motivación da lugar a una anulación; pero esa situación no se

da en la práctica. Por lo general, se encuentra una ausencia de motivación en alguno de los aspectos del laudo, o a veces se encuentra poca motivación, motivación inadecuada o motivación contradictoria. Surge entonces la dificultad de determinar qué estándar de motivación es requerido para que el laudo no sea anulado.

Se deben distinguir, por una parte, entre motivaciones razonablemente comprensibles, consistentes y demostrativas, motivaciones con una línea de pensamiento lógica y discernible y, por la otra, casos en los que no hay motivación o la motivación es ininteligible. Por otra parte, no le corresponde a los Comités *ad hoc* entrar a determinar si dichas motivaciones representan o no razonamientos y conclusiones correctas o convincentes basadas en los alegatos de las partes. No todas las lagunas o ambigüedades en el razonamiento hacen que la motivación se separe de este estándar. Sin embargo, muchas veces estas deficiencias pueden ser comprendidas por el contexto y los antecedentes que constituyeron las premisas de la motivación. Es posible que las fases del razonamiento se encuentren implícitas en las consideraciones o las conclusiones hechas en el laudo o también puedan ser inferidas razonablemente del contexto de la decisión. Solamente se debe conceder la anulación cuando no sea posible entender cómo el Tribunal de arbitraje llegó a su conclusión, es decir, cuando es “imposible para el lector seguir el razonamiento”³⁶.

En cuanto a los requisitos que le son impuestos a un Tribunal de arbitraje CIADI en cuanto a la motivación de forma general, puede decirse que se requiere una motiva-

³⁴ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira vs. Chile*, Caso CIADI N° ARB/04/7 (en adelante, *Vieira*), decisión sobre anulación, 10/12/ 2010, párrafo 375.

³⁵ *Repsol*, párrafo 81.

³⁶ *Vieira*, párrafo 355.

ción que permita al lector seguir las discusiones del Tribunal sobre los puntos de hecho y de Derecho. Esto no quiere decir que el Tribunal deba necesariamente responder a cada punto invocado por las partes, siempre y cuando no se trate de puntos esenciales para la línea del razonamiento del Tribunal o no sean puntos que se opongan a dicha línea. La tarea de motivar la decisión no significa que la decisión del Tribunal deba ser exhaustiva. Pero los elementos esenciales deben recibir respuesta. Las motivaciones contradictorias no implican necesariamente un incumplimiento del deber de motivar la decisión, especialmente cuando el Tribunal se enfrenta precisamente con la obligación de discutir, analizar y determinar temas que presentan consideraciones contradictorias. Por ende, solamente las motivaciones claramente frívolas deben traducirse en un incumplimiento del deber de motivar las decisiones³⁷.

Los Comités *ad hoc* han considerado que los motivos contradictorios, inadecuados o insuficientes se pueden asimilar a la falta de expresión de motivos. Por ejemplo, el Comité *ad hoc* de *Klöckner (I)* declaró que: “El texto del [artículo 52(1)(e)] requiere una expresión de motivos en que se funda el laudo. Esto no se refiere a cualesquiera motivos, meramente formales o aparentes, sino a la expresión de motivos con sustancia, que le permitan al lector comprender el razonamiento del Tribunal Arbitral, sobre los hechos y sobre el derecho”³⁸. La decisión del Comité *ad hoc* de *Mine* también estableció que: “El Comité considera que

el requisito de que un laudo tiene que estar fundado implica que él debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre puntos de hecho y de derecho. Supone eso y nada más que eso. [...] En la opinión del Comité, el requisito de que se expresen los motivos se cumple toda vez que el laudo permita al lector seguir el camino mediante el cual el Tribunal pasó del punto A al punto B, y finalmente a su conclusión, incluso en el caso de haber cometido un error de hecho o de Derecho. Este requisito mínimo no se satisface, en particular, por motivos contradictorios o frívolos”³⁹.

En *Soufraki vs. EAU*, el Comité *ad hoc* agregó que puede haber una causa de anulación en el caso de “una ausencia total de motivos para el laudo, incluida la expresión de motivos meramente frívolos; una falta total de expresión de motivos respecto a un punto en particular, fundamental para la solución; motivos contradictorios; y motivos insuficientes o inadecuados, insuficientes para justificar la solución o inadecuados para explicar el resultado al que arribó el Tribunal”⁴⁰.

4.2. Características

La jurisprudencia CIADI ha dejado claro cuáles son los rasgos que caracterizan al procedimiento de anulación:

a. No es un recurso de apelación contra el laudo. En consecuencia, un Comité *ad hoc* sólo puede decidir si anula el laudo, con lo cual lo anula para todos sus efectos

³⁷ *Vieira*, párrafo 356.

³⁸ *Klöckner I*, párrafos 119-120. Ver también *Amco I*, párrafo 43, “En otras palabras, debe haber una relación razonable entre los motivos invocados por un Tribunal y las conclusiones a las que llega. Este Comité *ad hoc* considera que la frase ‘motivos suficientemente pertinentes’ es una aclaración útil y simple del término ‘motivos,’ utilizado en el Convenio”.

³⁹ *MINE*, párrafos 5.08-5.09. Ver también *CMS*, párrafos 55, 97; *Patrick Mitchell vs. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre Anulación, 1/10/2006, párrafo 21; y *Lucchetti vs. Perú*, párrafo 127.

⁴⁰ *Soufraki*, párrafo 126.

y cancela su fuerza de cosa juzgada, o si permite que el mismo se mantenga vigente. Tampoco puede el Comité *ad hoc* sustituir la decisión del Tribunal sobre el fondo de la disputa, a diferencia de los órganos de apelación que pueden confirmar o modificar la decisión que examinan, una anulación exitosa conlleva a que la disputa pueda ser sometida de nuevo a otro Tribunal de Arbitraje para que éste decida sobre el fondo de la controversia⁴¹.

El objeto del procedimiento de anulación consiste en constatar si se respetó la integridad del procedimiento arbitral. Esto es, un Comité *ad hoc* no está llamado a dar sus opiniones sobre el fondo del laudo. La revisión que hace un Comité *ad hoc* está limitada a las causales que fueron cuidadosamente previstas y que se encuentran taxativamente formuladas en el artículo 52(1) del Convenio de Washington. Esto es, en virtud que la facultad de revisión se encuentra estrictamente limitada a cuestiones de Derecho relacionadas con las causales de anulación taxativamente enumeradas en el Convenio de Washington, no pueden incorporarse testimonios adicionales, ni nuevos argumentos o pruebas sobre el fondo, ya que el debate probatorio solo puede dirigirse a verificar si hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, de lo contrario resultarían irrelevantes. Por su parte, una apelación comprende todas las consideraciones jurisdiccionales y sustantivas que hayan sido evocadas durante el procedimiento⁴². En el sistema de anulación del CIADI, los errores cometidos en la aplicación de una ley, en contraste con su incumplimiento (o de las normas de Derecho acordadas por

las partes), no constituyen, de conformidad al artículo 42 del Convenio, una causal de anulación de un laudo. Los precedentes al respecto confirman la relevancia de esta distinción en el contexto de una solicitud de anulación, aclarando también que este último no debe confundirse con un recurso de apelación, el cual no está disponible conforme al artículo 53 del Convenio⁴³.

El propósito de las causales de anulación conforme al artículo 52 del Convenio es permitir una excepción limitada a la finalidad de los laudos del CIADI, la cual es enfatizada por el artículo 53. Como consecuencia del control sobre la legitimidad del procedimiento que debe realizar un Comité *ad hoc*, todo nuevo argumento o nueva evidencia sobre el fondo de la disputa deberá ser irrelevante para el procedimiento de anulación y, como tal, inadmisibles (no obstante, cierta evidencia, especialmente la pericial, puede ser aceptada de forma excepcional en el procedimiento de anulación, siempre y cuando sea relevante de forma específica respecto de las causales de anulación enunciadas en el artículo 52(1) del Convenio⁴⁴.

En conclusión, en el sistema del CIADI el proceso de anulación no tiene nada que ver con un proceso de apelación. El papel del Comité, por lo tanto, no es examinar nuevamente el caso, sino solamente evaluar si se violaron las causales de anulación⁴⁵.

b. Causales taxativas. Las causales de anulación comprendidas en el artículo 52 del Convenio son limitadas y buscan por ende sancionar vicios graves que afecten la integridad del Tribunal de Arbitraje, la in-

⁴¹ *Vieira*, párrafo 235; *Sempra*, párrafo 73.

⁴² *Vieira*, párrafo 236; *Sempra*, párrafos 18 y 74.

⁴³ *Repsol*, párrafo 38.

⁴⁴ *Vieira*, párrafo 237.

⁴⁵ *Repsol*, párrafo 79.

tegridad del procedimiento arbitral y/o la integridad del laudo⁴⁶.

c. Costas. Al considerar la asignación de costos entre las partes, el Comité suele tomar en cuenta que las causales para la posible anulación del laudo de un Tribunal del CIADI se establecen claramente en el artículo 52 del Convenio. En función de ello, las partes deben ser conscientes de que los procedimientos de anulación están diseñados para otorgar una reparación de daños y perjuicios sólo a causa de violaciones graves de algunos principios básicos. Los procedimientos de anulación, por lo tanto, no deben aplicarse de manera rutinaria o como un medio para retrasar la finalidad y el cumplimiento de un laudo⁴⁷.

4.3. Interpretación de las causales de anulación

El Comité, está llamado, dentro del sistema del CIADI a sancionar, entre otros excesos o defectos, (i) extralimitaciones manifiestas del Tribunal en sus facultades; (ii) quebrantamientos graves de normas fundamentales de procedimiento; y (iii) la ausencia de expresión de los motivos en que se funda el laudo⁴⁸. No existe una presunción a favor de la validez del laudo. En cuanto a la interpretación que debe darse a las causales de anulación, la doctrina y la jurisprudencia arbitral son de la opinión de que no debe ser una interpretación amplia ni una interpretación restrictiva⁴⁹.

El Convenio de Washington y el TBI pertinente deben interpretarse de confor-

midad con los principios articulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena que reflejan las normas consuetudinarias internacionales de interpretación de tratados. Así, el artículo 32 de la Convención de Viena exige que el Comité determine la interpretación resultante de la aplicación del artículo 31 antes de considerar su posible aplicación.

4.4. Nulidad total o parcial

El artículo 52(3) del Convenio del CIADI permite que un Comité *ad hoc* anule el laudo de forma integral o de forma “parcial”. Aunque el artículo 52(1) establece que una parte puede pedir la anulación del “Laudo”, es generalmente aceptado que también pueda concederse una anulación parcial del mismo⁵⁰, impidiendo así que produzca efecto de cosa juzgada a todo o a esa parte del laudo que resulte anulado.

Sin embargo, cualquier anulación, bien sea parcial o total, sólo puede versar sobre la parte dispositiva del laudo o de cualquier parte que pueda separarse del mismo. Los motivos que hayan llevado a un Comité *ad hoc* a decidir que existe una causal para anular (total o parcialmente) un laudo no constituyen un precedente obligatorio para el Tribunal que llegue a conocer en el futuro una nueva sumisión de ese caso. Un laudo de jurisdicción, mediante el cual el Tribunal se declare a sí mismo como carente de competencia, es indivisible, y sólo puede ser objeto de una declaración a favor o en contra de la anulación en su totalidad⁵¹.

⁴⁶ *Vieira*, párrafo 243.

⁴⁷ *Repsol*, párrafo 86.

⁴⁸ *Vieira*, párrafo 242.

⁴⁹ *Klöckner I*, párrafo 3. En el mismo sentido *Vieira*, párrafos 244-245.

⁵⁰ *MINE*, párrafo 4.07 y *CMS*, párrafo 99. En el mismo sentido *Vieira*, párrafo 251.

⁵¹ *Vieira*, párrafo 251.

4.5. Solicitudes de decisiones suplementarias o rectificaciones de laudos de anulación

¿Cuál es la naturaleza y el propósito del procedimiento a través del cual las decisiones y laudos del CIADI pueden ser suplementados o rectificadas? Es importante destacar que ese procedimiento y cualquier decisión de suplementación o rectificación que pueda resultar, de ninguna manera consiste en un medio de apelación o de otra forma de revisar el fondo de la decisión. Esos tipos de procedimientos sencillamente no se contemplan en el sistema del CIADI. Menos aún puede, una solicitud de suplementación o rectificación de una decisión sobre anulación, ser utilizada como vehículo por el cual se examine la exactitud, no de la decisión del Comité *ad hoc*, sino del laudo arbitral en cuestión⁵².

En el caso Caso CIADI No. ARB/03/4, entre *Industria Nacional de Alimentos, S.A. y la República del Perú*, prosperó la solicitud de rectificación, la cual fue realizada sobre un único error en la decisión, consistente en la equivocada referencia en la página 3, a la afiliación del Juez SCHWEBEL, quien actuó independientemente y no como miembro del equipo legal de *Sidley Austin*. El Juez SCHWEBEL, por ende, solicitó que se corrigiera el pasaje en cuestión, el cual debería leerse como sigue: “Demandada: La República del Perú, representada por el Sr. Miguel Talavera y el Sr. Renzo Villa (Embajada del Perú en Washington, D.C.); el Juez Stephen M. Schwebel de Washington, D.C.; y el Sr. Daniel M. Price, el Sr. Stanimir A.

Alexandrov, el Sr. Nicolás Lloreda, la Sra. Sharon H. Yuan y el Sr. Michael Smart (Sidley Austin)”.

Dicha decisión deja sentado que en todo caso, según el objeto de la Regla 49(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, en relación con los asuntos indicados en la Regla de Arbitraje 47(1)(a-g), y de conformidad con el Artículo 49(2) de la Convención del CIADI, dicha rectificación se refiere a los términos de la Decisión de Anulación de fecha 5 de septiembre de 2007 y forma parte integral de ésta⁵³.

5. ANÁLISIS DE LOS LAUDOS ANULADOS EN EL 2010

Hasta el año 2010 habían sido emitidos 127 laudos bajo el Convenio CIADI, once de los cuales han sido anulados, total o parcialmente. Durante el 2010 se resolvieron siete peticiones de anulación: cuatro fueron declaradas con lugar y tres fueron rechazadas. Las decisiones dictadas en el 2010 se circunscriben al análisis de los numerales a, b, d y e del artículo 52 del Convenio de Washington. Estas decisiones evidencian minúsculas inconsistencias en la interpretación y aplicación de la normativa internacional. A continuación examinaremos brevemente cada una de las decisiones adoptadas por los respectivos Comités.

El primer procedimiento de nulidad decidido en el 2010 es el caso *Rumeli*⁵⁴. En este caso el procedimiento de arbitraje se inició el 30 de agosto de 2005, el laudo fue dictado el 29 de julio de 2008 y la petición

⁵² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compangie Générale des Eaux) vs. Argentina* (en adelante, *Aguas del Aconquija*), Decisión del Comité *ad hoc* relativa a la Solicitud de Suplementación y Rectificación de la Decisión sobre la Anulación del laudo, 28/05/2003.

⁵³ Procedimiento de Rectificación *Industria Nacional de Alimentos S.A. e Indalsa Perú S.A. vs. Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, decisión del 30/11/2007.

⁵⁴ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kazakhtan*, Caso CIADI N° ARB/05/16, Decisión sobre Anulación del 25/03/ 2010.

de nulidad fue rechazada el 25 de marzo de 2010. En su fallo, el Comité destacó la discrecionalidad de esa instancia para determinar la nulidad de un laudo una vez configurado uno o más supuestos de anulación, negando el argumento del solicitante sobre la necesaria anulación del laudo tras la existencia de un error que pueda acarrear su nulidad. Igualmente consideró el Comité, que el vicio de falta de motivación se conforma si el laudo resulta ininteligible, es decir, no se configura el vicio por falta de motivación si es evidente la consecuencia lógica de lo decidido en el laudo, aún cuando las razones no estén expresamente señaladas en el mismo.

Por su parte, en el caso *Helnan*⁵⁵, el 14 de junio de 2010, el Comité decidió anular parcialmente, párrafos 148 y 162, la decisión del Tribunal Arbitral dictada el 3 de julio de 2008, en un proceso iniciado el 5 de octubre de 2005. En este caso, el Comité *ad hoc* consideró que el desarrollo del arbitraje de inversión quedaría vacío en cuanto a su fuerza y efecto, si, a pesar de la clara intención de los Estados Parte, no se requiere el agotamiento de los remedios locales como una condición previa al arbitraje, tal requerimiento tendría que ser considerado como parte sustantiva de la acción. El Tribunal fundamentó su decisión de nulidad sobre la base de la existencia de un exceso manifiesto de los poderes del Tribunal Arbitral. El Comité señaló que una errónea aplicación de la ley aplicable al caso no acarrea la nulidad del laudo, sin embargo, decidió anular parcialmente el laudo sobre la base de que la motivación era irracional e insostenible.

Posteriormente, en el caso *Sempra*⁵⁶, el proceso arbitral iniciado el 6 de diciembre de 2002 fue decidido en fecha 28 de sep-

tiembre de 2007. Dicho laudo fue anulado el 29 de junio de 2010. Posteriormente, el 12 de noviembre de ese mismo año, el caso fue re-sometido y está pendiente por decisión. Entre las razones esgrimidas por el Comité *ad hoc* para anular el laudo del 28 de septiembre de 2007, se destaca la apreciación sobre si el error de Derecho identificado en el laudo constituye o no una extralimitación de facultades. En opinión del Comité, la extralimitación de facultades normalmente se invoca con ocasión a la falta de aplicación del Derecho aplicable, y una serie de decisiones del CIADI confirman que esa falta de aplicación puede redundar en una extralimitación de facultades, mientras que la aplicación errónea del Derecho no constituye en sí misma una causal de anulación. Sin embargo, en *Sempra*, el Comité consideró que, en términos generales, no descarta totalmente la posibilidad de que un error manifiesto de Derecho pueda, excepcionalmente, ser de una notoriedad tal que importe una extralimitación manifiesta de facultades.

En criterio del Comité, los argumentos o evidencias nuevas sobre el mérito de la causa son irrelevantes en el proceso de nulidad, y por lo tanto, inadmisibles. Sin embargo, no puede excluirse que cierta evidencia, particularmente los informes de expertos, pueda ser aceptada excepcionalmente en procedimientos de nulidad, en la medida en que resulte relevante para el análisis de los supuestos de nulidad enumerados en el artículo 52(1) del Convenio de Washington.

Asimismo, el Comité estableció que en cuanto a la interpretación de las causas de anulación, existe un fuerte consenso respecto de la opinión de que el enfoque a aplicarse no debe ser demasiado restringido ni demasiado amplio. Negando, además, la

⁵⁵ *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/05/19, Decisión sobre Anulación del 14/06/2010.

⁵⁶ *Sempra*.

existencia de inclinación alguna preponderante “*in favorem validitatis*”, es decir, una presunción a favor de la validez del laudo.

El 30 de julio de 2010, El Comité *ad hoc* anuló el laudo dictado en el caso *Enron*⁵⁷, en fecha 22 de mayo de 2007. El proceso arbitral se había iniciado el 11 de abril de 2001. El 18 de octubre del mismo año fue sometido nuevamente el caso, el cual está pendiente por decisión. Este caso recientemente cumplió diez años desde su inicio.

El Comité *Enron* adoptó una posición más amplia que *Sempra* acerca de la autoridad del Comité *ad hoc* para considerar nuevos argumentos o evidencias, señalando que cuando se anula un laudo se está haciendo sobre los argumentos que las partes no parecen haber identificado o alegado expresamente ante el Tribunal Arbitral.

El Comité determinó que se configuró el supuesto de extralimitación manifiesta de facultades cuando el Tribunal constató que la República de Argentina no podía apoyarse en la defensa de “necesidad” consagrada en el TBI o en el Derecho consuetudinario internacional. De acuerdo al Comité, el Tribunal Arbitral erró al formular conclusiones de manera ligera, atendiendo a las soluciones legales de los reportes de los economistas expertos y evaluando la defensa de Argentina bajo la Ley Internacional y el TBI en forma precipitada, concluyente e incompleta, lo cual —en criterio del Comité— equivale a la falta de aplicación de la Ley Aplicable.

En cuando a la denuncia de que el laudo debía ser anulado por haber incurrido en un quebrantamiento grave de una norma

de procedimiento, el Comité *Enron*, siguió el criterio sostenido en la decisión *Mine*⁵⁸, al considerar que la gravedad del quebrantamiento en la norma de procedimiento es determinada por el impacto substancial en la decisión del Tribunal o en caso que haya privado a una de las partes del beneficio de la protección que la regla transgredida estaba dirigida a garantizar.

Diez días después de dictada la decisión de anulación en *Enron*, el 10 de agosto de 2010, se dictó por segunda vez, una decisión sobre la nulidad del caso *Vivendi*⁵⁹. Este caso se inició el 19 de febrero de 1997, el 21 de noviembre de 2000 fue emitido un laudo, cuya anulación fue pronunciada en fecha 3 de julio de 2002. Se hizo una rectificación en fecha 28 de mayo de 2003 y luego se sometió el caso el 24 de octubre del mismo año, el cual fue decidido el 20 de agosto de 2007. En fecha 19 de diciembre de 2007, se inició un procedimiento de nulidad.

Entre las opiniones del Comité contenidas en el fallo de agosto de 2010, vale la pena destacar la apreciación sobre la misión del Comité *ad hoc* de proteger la integridad del sistema CIADI como un todo. Llama particularmente nuestra atención la ligera sugerencia de que en ciertos casos el rol del Comité *ad hoc* puede asimilarse al de una Corte de Apelación. En este aspecto, el Comité estima que el artículo 52(1)(e) puede proyectarse en términos similares a los de una apelación ordinaria. Asimismo, reitera la discrecionalidad del Comité manifestada en el artículo 52(3) para decidir si anula o no el laudo, aún ante la existencia de un error anulable.

En relación con la extralimitación de

⁵⁷ *Enron*, Decisión de Anulación del 30/07/2010.

⁵⁸ *MINE*.

⁵⁹ *Aguas del Aconquija*.

facultades, el Comité opinó que los errores encontrados en la ley o en los hechos pueden ser base para la anulación, pero sólo si alcanzan los exigentes estándares de nulidad previstos en el artículo 52(1) del Convenio de Washington.

Adicionalmente, el Comité de anulación encontró que durante el procedimiento arbitral se habían producido serios quebrantamientos de normas procesales, los cuales surgieron del alegado conflicto de intereses de KAUFMAN-KOHLER. Sin embargo, el Comité rechazó la petición de anulación sobre la configuración de este supuesto, tomando en cuenta que la violación de la norma procesal no afectó el resultado del caso.

En relación con la falta de motivación, el Comité en el caso *Vivendi* consideró que, en sede de nulidad, si el Comité *ad hoc* lo estima necesario, puede explicar, aclarar o suplir el razonamiento ofrecido por el tribunal, en lugar de anular la decisión.

En el caso *Vieira*⁶⁰, la solicitud de arbitraje se registró en febrero de 2004, el laudo fue dictado en agosto de 2007 y finalmente concluyó en diciembre de 2010 con la decisión que rechazó la solicitud de anulación parcial presentada por *Vieira* (más de 6 años de litigio). La Demandante fundamenta su Solicitud de Anulación en tres causales: (i) que el Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades (artículo 51(1)(b)), (ii) que el Tribunal ha quebrantado de forma grave una norma de procedimiento (artículo 51(1)(d)), y (iii) que no ha expresado en el laudo los motivos en que se funda (artículo 51(1)(e)).

El Comité *ad hoc* en *Vieira* fue concluyente al señalar que el procedimiento de

anulación previsto en el Convenio no es, ni puede ser, una apelación contra el laudo. El procedimiento de anulación se limita a examinar exclusivamente que la integridad del procedimiento de arbitraje haya sido respetada, por lo que un Comité *ad hoc* no está llamado a dar sus opiniones sobre el fondo del laudo. Reiteró la ausencia de una presunción “*in favorem validitatis*”, cuando se examina la nulidad del laudo.

En relación con la valoración de nuevos elementos, esgrimió que todo nuevo argumento o nueva evidencia sobre el fondo de la disputa deberá ser irrelevante para el procedimiento de anulación y, como tal, inadmisibles; no obstante, cierta evidencia, especialmente la pericial, puede ser aceptada de forma excepcional en el procedimiento de anulación, siempre y cuando sea relevante de forma específica respecto de las causales de anulación enunciadas en el artículo 52(1) del Convenio e invocadas por la Demandante.

Por otra parte, concurda con lo sostenido por el Comité *ad hoc* en el caso *AMCO*⁶¹ sobre el particular: “[e]l Comité *ad hoc* se limitará a determinar si el Tribunal aplicó el derecho que estaba obligado a aplicar a la disputa. La no aplicación de ese derecho, como algo distinto de la errónea interpretación de ese derecho, constituye una extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal y una causa de anulación según el artículo 52(1)(b) de la Convención”.

Estimó el Comité que los casos en que el Tribunal Arbitral haya hecho uso de la “jurisprudencia” del CIADI, como fuente auxiliar de interpretación de los tratados, resultará incontrovertible la metodología

⁶⁰ *Vieira*.

⁶¹ *Amco I*.

utilizada por el tribunal.

Acerca de la interpretación del artículo 52(1)(e) el Comité señaló que la anulación procede únicamente bajo los parámetros de este numeral sólo si no es posible entender cómo el Tribunal de arbitraje llegó a su conclusión, reiterando el criterio sostenido en el caso *CMS*⁶². Agrega que algunos Comités *ad hoc* en ciertas oportunidades han “reconstruido” razonamientos inexistentes cuando han considerado que el razonamiento del Tribunal necesita cierta explicación. Al respecto, cabe la pregunta de si un Comité *ad hoc* no debería darse por satisfecho, en esos casos, al decir simplemente que las motivaciones presentes no alcanzan a constituir una situación de falta de motivación sin tener que entrar en esos esfuerzos reconstructivos.

Por otra parte, al analizar la posible violación del supuesto contemplado en el artículo 52(1)(c) el Comité *Vieira* estimó que para anular un laudo por la violación de una norma procesal, es preciso que el quebrantamiento de la norma sea grave y que dicha norma revista una naturaleza fundamental. Completó el Comité, que las normas de procedimiento que por lo general se consideran “fundamentales” son las normas que tocan, esencialmente, temas de imparcialidad e igualdad, el derecho a ser oído y las normas que protegen la integridad de las deliberaciones.

La séptima y última decisión en sede de anulación dictada en el 2010 está conformada por el caso *Fraport*⁶³. En este caso, el arbitraje se inició el 9 de octubre de 2003. El laudo se dictó el 16 de agosto de 2007 y

la anulación fue decidida el 23 de diciembre de 2010. El Comité determinó que el laudo en cuestión debía ser anulado por haberse configurado el supuesto de nulidad contenido en el artículo 52(1)(e), pues se había quebrantado el derecho de las partes a ser escuchados.

De acuerdo a lo señalado por el Comité, el objeto y propósito del poder de anular un laudo en virtud del quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, pretende controlar la integridad del proceso arbitral, y a tal efecto, el artículo 52(1)(d) contiene el doble requisito de que la norma de procedimiento debe ser fundamental y el quebrantamiento debe ser grave. En este contexto, en opinión del Comité, queda evidenciado que una regla fundamental de procedimiento se puede decir que constituye principios generales del derecho, siempre que tales reglas se refieran al procedimiento de arbitraje internacional.

En cuanto al vicio de falta de motivación, el Comité señaló, siguiendo el criterio establecido en la decisión *Mine*⁶⁴ que la motivación del laudo es importante para garantizar la legitimidad del mismo, y solo puede examinarse bajo el alcance limitado del artículo 52 del Convenio de Washington, sancionando únicamente la ausencia de motivación y no la existencia de una motivación incorrecta.

El Comité señaló que el laudo sujeto a anulación no puede ser cuestionado por no explicar las razones que lo llevaron a no aplicar el principio sustantivo de Derecho penal, *nullum crimen sine lege*, siendo que ni *Fraport* ni sus empleados fueron acusa-

⁶² *CMS*.

⁶³ *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/03/25, Decisión de Anulación del 23/12/2010.

⁶⁴ *MINE*.

dos ante el Tribunal Arbitral por la violación del “ADL” y no tuvieron que defenderse de una acusación de naturaleza penal en un procedimiento arbitral CIADI. Por lo tanto, el Tribunal no tenía la obligación de pronunciarse sobre este particular, tomando en cuenta, además, que *Fraport* no invocó el mencionado principio durante el procedimiento de arbitraje.

En relación con el argumento del solicitante sobre la alegada violación de la presunción *in dubio pro reo*, el Comité estimó que el interés esencial protegido por este principio debe ser analizado a la luz del vicio por quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y no como un vicio de ausencia de motivación.

6. CONSIDERACIONES FINALES: POSIBLES CORRECTIVOS

En los últimos años, se critica que el sistema CIADI no cuente con un verdadero proceso de apelación; tras la revisión no se puede emitir un dictamen sobre errores de hecho o Derecho, ni sustituir una decisión del Tribunal. Sin embargo, este es un tema que requiere mayor discusión y se escuchan voces a favor y en contra. La creación de un órgano de apelación en el arbitraje CIADI podría ser contraproducente y sólo serviría para crear un “procedimiento burocrático arbitral” que al fin de cuentas destruiría el “espíritu del arbitraje”⁶⁵.

Ahora bien, como mencionamos anteriormente, también son muchas las inquietudes expresadas acerca del proceso de anulación CIADI. En opinión de David CARON⁶⁶,

la preocupación fundamental se centra en el hecho que la facilidad de acceso de las partes ante el recurso de anulación contra los laudos CIADI puede atentar contra la finalidad de este sistema de resolución de conflictos al retrasar de manera significativa el proceso arbitral. Por ello, resulta importante tomar en consideración cómo los motivos de las partes para elegir el arbitraje y sus expectativas acerca de este mecanismo varían considerablemente cuando se trata de arbitraje doméstico o internacional. En particular, considera el mencionado autor, es preciso recordar la tensión entre la “finalidad” y la “eficacia de la decisión”, entendida la primera como el deseo de que el mecanismo de resolución de disputas resuelva de manera definitiva el problema, y la segunda como el deseo de que el proceso de resolución del conflicto ofrezca una respuesta correcta.

En los casos domésticos, el arbitraje es escogido con la esperanza de ser un mecanismo expedito y menos costoso que los tribunales, la finalidad es muy importante. Por otro lado, internacionalmente, el arbitraje es frecuentemente escogido porque es la única opción disponible, particularmente en aquellas materias sensibles políticamente, tales como grandes inversiones, en las que escoger los tribunales de un Estado es prácticamente inaceptable, y utilizar los tribunales de un tercer Estado resulta problemático⁶⁷.

Por su parte, el informe del IIDS del año 2004 concluye enumerando los principios básicos que debe satisfacer todo proceso de resolución de conflictos Inversor-Estado para que cumpla con las exigencias

⁶⁵ CREMADES, Bernardo, “Has the proliferation of BITs gone too far? Is it now time for a multilateral investment treaty?” En: *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, núm. 1, February 2004, pp. 187-214.

⁶⁶ CARON, David D. “Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal”. En: *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 7, Noviembre 1ro, 1992, ICSID, pp. 47-49.

⁶⁷ *Idem*. p. 49.

de transparencia, legitimidad y responsabilidad de un sistema eficaz de administración de justicia. Los requisitos mínimos son los siguientes: exigencia del agotamiento de los recursos locales como condición previa para acceder al arbitraje con el fin de apoyar y fortalecer las instituciones nacionales; respeto de los principios procesales básicos del Estado de Derecho en el arbitraje Inversor-Estado: transparencia, responsabilidad y legitimidad; que exista un cuerpo permanente de árbitros libres de conflictos de intereses; que los procesos estén abiertos al público; que se prevea el otorgamiento de la condición de *amicus curiae* a terceros no partes interesados en el proceso; que haya acceso público a todos los documentos y reclamaciones; y que haya un proceso de apelación válido⁶⁸.

Para algunos autores, la dinámica de los últimos años ha demostrado que los mecanismos de solución de diferencias Inversor-Estado, los cuales complementan las disposiciones de protección de las inversiones, pueden ocasionar altos costos para los países en desarrollo, además de poner en la palestra temas sobre posibles controversias con respecto al derecho que tiene cada Estado a regular los asuntos de interés público⁶⁹.

En los últimos años se han incorporado innovaciones en los TBIs vinculadas con la solución de controversias Inversor-Estado, es este el caso de los modelos de tratados de inversión del Canadá y los Estados Unidos. Entre otras cosas, hay una mayor transparencia en los aspectos sustantivos del procedimiento arbitral, audiencias públicas, publicación de los documentos sobre el litigio correspondiente y la posibilidad que

representantes de la sociedad civil presenten informes *amicus curiae* ante los tribunales de arbitraje. Nuevas cláusulas más detalladas prevén una actuación orientada jurídicamente, previsible y ordenada en las diversas etapas del proceso de solución de las controversias Inversor-Estado. Así, por ejemplo, el TBI Uruguay EE.UU. (2005) no sólo proporciona un procedimiento especial en las primeras etapas de la solución de controversias Inversor-Estado, destinada a descartar las demandas temerarias, sino que prevé también la posibilidad de establecer un mecanismo de apelación para fomentar una aplicación más coherente y rigurosa del Derecho internacional en los laudos arbitrales⁷⁰. Al efecto establece el artículo 28.10 lo siguiente: “Si entre las Partes entrara en vigor un tratado multilateral independiente en el que se estableciere un órgano de apelación con el objetivo de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos internacionales de comercio o de inversión para entender en controversias de inversión, las Partes procurarán llegar a un acuerdo para que dicho órgano de apelación revise los laudos dictados conforme al artículo 34 en los arbitrajes iniciados con posterioridad a la entrada en vigor del tratado multilateral para las Partes.”

Se evidencian cambios significativos en las disposiciones mediante las cuales se consagra el mecanismo de resolución de controversias Inversor-Estado como consecuencia de la experiencia de funcionamiento del sistema CIADI, el cual se ha establecido como una única instancia, sólo recurrible a través de los mecanismos previstos en el Convenio de Washington.

⁶⁸ COSBEY, Aaron et. al., “Inversiones y desarrollo...”, *op. cit.*


⁶⁹ SAUVÉ, Pierre, “Normas sobre el comercio y las inversiones: perspectivas de América Latina”, *Revista de la CEPAL*, núm. 94, abril, 2008, pp. 29-42, especialmente, p. 35.

⁷⁰ UNCTAD, *Fijación de normas sobre las inversiones internacionales: tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias*, TD/B/COM.2/73 del 05/01/2007, http://www.unctad.org/sp/docs/c2d68_sp.pdf, pp. 15-16.

Para promover el desarrollo de una “jurisprudencia” arbitral uniforme se han empleado dos vías: Una, consiste en incluir en los tratados de inversión previsiones más claras sobre las cuestiones sustantivas cuyas interpretaciones han sido objeto de discusión en los procedimientos arbitrales, como señaláramos en el caso del estándar de trato justo y equitativo, con la intención de limitar el alcance que pudieran darle los tribunales arbitrales. La otra vía apunta a prevenir laudos incorrectos o incoherentes al prever el recurso de apelación. Por ejemplo, el TLC Perú-EE.UU. estipula en el Anexo 10-D, la posibilidad de que los Estados Parte establezcan “un órgano de apelaciones o mecanismo similar para revisar los laudos dictados de conformidad con el artículo 10.26, en los arbitrajes iniciados después de haber establecido el órgano de apelaciones o mecanismo similar”. Este mecanismo genera varias interrogantes, ya que podría implicar más peligros que beneficios si no se prevén con claridad cuáles serían sus rasgos característicos.

Adicionalmente, a través de la adop-

ción del Reglamento del Mecanismo Complementario, el CIADI ha creado cierta forma de uniformidad, al menos en la administración de controversias llevadas a cabo en el Centro. Una propuesta sería extender esta uniformidad en un nivel de revisión con la creación de un Reglamento del Mecanismo Complementario sobre Anulación, el cual podría ser usado de forma suplementaria a las reglas de arbitraje aplicables, cualquiera que esta sea⁷¹.

De esta manera, los Estados no miembros del CIADI, también tendrían acceso al sistema de Anulación CIADI y cualquier solicitud de revisión sería sometida a un Comité *ad hoc* de Anulación en lugar de las Cortes del Estado. Por lo tanto, esto puede limitar el número de casos sometidos a revisión a las cortes nacionales y podría servir a uno de los principales propósitos del arbitraje de inversión: las disputas Inversor-Estado serían resueltas a través de mecanismos gobernados por estándares y procesos internacionales, en lugar de ser conocidos por los tribunales nacionales⁷². 

⁷¹ “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview”. En: *Symposium co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD: “Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda”* 12 de Diciembre de 2005, París. (Idea propuesta por Jan PAULSSON, Jefe del grupo de Derecho Internacional Público y del grupo de Arbitraje Internacional de la firma de abogados de Freshfields, Bruckhaus, Deringer, en el Comité de Consulta de Inversiones con BIAC, TUAC y NGOs en diciembre 2004), p. 7. Consultada en <http://www.oecd.org/dataoecd/0/43/35808448.pdf>

⁷² *Idem*.

PUNTOS DÉBILES DEL VIGENTE SISTEMA DE ANULACIÓN DE LAUDOS CIADI: NECESARIA REFORMA DEL ÓRGANO DECISOR DE LA ANULACIÓN Y DE LOS REQUISITOS DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS

IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE (*)

ELENA SEVILA (**)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Descripción de la acción de anulación prevista por el Convenio. 2.1. Las particularidades de la acción de anulación. 2.2. El alcance del mecanismo de anulación en la jurisprudencia de los Comités ad hoc. 3. El órgano decisor de las anulaciones de los laudos sometidos al Convenio CIADI. 3.1. Idoneidad del modelo “OMC”. 3.2. El mantenimiento del recurso de anulación frente a la introducción de un recurso de apelación. 4. Dudas acerca de los requisitos para la suspensión de la ejecución de un laudo CIADI una vez ejercitada una acción de anulación. 4.1. Lo que dice la norma. 4.2. Decisiones divergentes de los Tribunales o Comités CIADI. Estado de la cuestión. 4.3. Necesaria modificación del sistema de suspensión de ejecución de laudos para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema CIADI. 5. Conclusiones.*



1. INTRODUCCIÓN

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro), establecido en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre

Estados y Nacionales de Otros Estados¹ (en adelante, Convenio CIADI o el Convenio), fue instituido con el claro objetivo de mejorar y facilitar, a través del arbitraje, la resolución de disputas internacionales entre los Estados contratantes y los inversores de otros Estados contratantes.

(*) Socio de Araoz & Rueda, se incorporó en 2010 como socio de los Departamentos Procesal y Concursal. Con un profundo conocimiento de ambas materias adquirido durante diez años en el Departamento Procesal de Clifford Chance (los seis últimos años como socio) y seis años como asociado en los Departamentos de Derecho Mercantil y Procesal de Baker & McKenzie, su práctica se centra en las áreas de Derecho Procesal, Concursal y Arbitrajes.

(**) Asociada de Araoz & Rueda, se incorporó al Departamento Procesal en 2010. Anteriormente trabajó como asociada en el Departamento Procesal de Garrigues Alicante (2009-2010). Licenciada en Derecho por la Universidad de Alicante y Master (LL.M.) en Resolución Internacional de Controversias por la Universidad de Ginebra e Instituto de Estudios Internacionales y para el Desarrollo (IHEID). Su práctica se centra en el área Procesal y Arbitrajes.

¹ Entró en vigor el 14 de octubre de 1966, al ser ratificado por 20 países. Al 27 de diciembre de 2010, 157 países habían ratificado el Convenio.

Ofreciendo el ordenamiento jurídico internacional diferentes opciones para que los inversores resuelvan sus disputas en sede arbitral (véase, por ejemplo, el arbitraje auspiciado bajo las reglas CNUDMI² o el que pueda tramitarse al amparo del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional) es evidente que la seguridad jurídica que ofrezca una u otra opción será uno de los principales criterios de selección.

En este artículo, abordaremos dos puntos débiles a nuestro juicio todavía existentes en el vigente sistema de anulación de laudos CIADI que inciden de forma directa en la necesaria seguridad jurídica que propugnamos y que suponen una evidente barrera de entrada para los arbitrajes CIADI.

Nos referimos:

- En primer lugar, al órgano decisor de las anulaciones que puedan plantearse en sede de arbitrajes CIADI; y
- En segundo lugar, al sistema vigente de suspensión de ejecuciones de laudos CIADI una vez presentada una acción³ de anulación.

2. DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN PREVISTA POR EL CONVENIO

2.1. Las particularidades de la acción de anulación

El vigente sistema de anulación de los

laudos arbitrales del CIADI constituye, sin lugar a dudas, uno de los elementos más característicos de dicho Convenio.

El referido sistema cuenta con una serie de particularidades, que mencionamos a continuación:

- En primer lugar, la acción de anulación del CIADI constituye uno de los pocos recursos con el que las partes pueden oponerse a la fuerza vinculante del laudo dictado por el Tribunal Arbitral que ha sustanciado la controversia que les enfrenta⁴. No debemos olvidar que el propio artículo 53 del Convenio descarta la posibilidad de interponer un recurso de apelación.
- En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en otro tipo de procedimientos arbitrales, en el caso del Convenio, los Tribunales locales no intervienen en el procedimiento de anulación.

Lo anterior se explica por el hecho de que las acciones de anulación de un laudo arbitral se someten al conocimiento de una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas por el Presidente del Consejo Administrativo del Banco Mundial de la lista de árbitros del CIADI⁵.

- En tercer lugar, no existe un órgano decisor (a modo de Tribunal Per-

² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – en inglés UNCITRAL.

³ Aunque el artículo 53.1 *del Convenio CIADI* habla de recursos de anulación, preferimos utilizar la expresión “acción” de anulación pues creemos que está más en línea con la naturaleza de la impugnación de un laudo, solamente admisible por causas tasadas, no revisora –en principio– del fondo del asunto. En este sentido, véase el artículo 40 de la Ley española de Arbitraje, 60/2003.

⁴ *Convenio CIADI* artículo 52.

⁵ Artículos 12 a 16 *Convenio CIADI* que establecen el sistema de formación de la lista de árbitros del CIADI.

manente) encargado de conocer de las acciones de anulación, y por ende, no existe una “jurisprudencia” arbitral vinculante que sirva a modo de precedente.

- Finalmente, la anulación es un mecanismo limitado al que únicamente puede acudir por las causas que establece taxativamente el artículo 52(1) del Convenio y que reproducimos a continuación:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere ex-
tralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no hubiesen sido expresados en el laudo los motivos en que se funde.

En relación con este último punto, hemos de señalar que las interpretaciones más restrictivas de dichas causas de anulación⁶ rechazaban la posibilidad de que el Comité *ad hoc* frente al que se sustanciase la acción de anulación entrase a corregir los errores de hecho o de Derecho en que hubiese podido incurrir el Tribunal Arbitral autor del laudo arbitral o bien, a revisar el fondo de la controversia.

En este sentido, se entendía que la acción de anulación debía limitarse a garan-

tizar que el procedimiento arbitral hubiese observado la legitimidad del proceso de decisión, lo que impedía cualquier corrección sustantiva del fallo por dicho Comité.

En caso de apreciarse la concurrencia de una de estas causas el Comité no podía más que invalidar total o parcialmente el laudo.

2.2. El alcance del mecanismo de anulación en la jurisprudencia de los Comités *ad hoc*

El sistema vigente de anulación de los laudos arbitrales dictados bajo las reglas del CIADI se enfrenta a la dicotomía de dos de sus objetivos principales: la fuerza vinculante del laudo y la justicia que debe derivarse del mismo.

Lo anterior ha provocado que la interpretación del mandato del Comité *ad hoc* cuando conoce de una acción de anulación haya ido variando y que los distintos Comités hayan entrado en mayor o menor medida a revisar el contenido de los laudos arbitrales objeto de anulación.

Al día de hoy, podemos diferenciar distintas “generaciones” de decisiones sobre la anulación en función del grado de intervención del Comité *ad hoc* que haya intervenido en una concreta controversia.

Distinguimos tres etapas consolidadas dentro de la “jurisprudencia” arbitral, así como el inicio de lo que parece ser una cuarta etapa.

(a) La primera generación (1986-1987)

⁶ El carácter limitado de la anulación y su distinción con el procedimiento de apelación se encuentra contemplado en los laudos arbitrales *Maritime International Nominees Establishment contra la República de Guinea* - Referencia No. ARB/84/4 Decisión de Anulación, 22 diciembre 1989, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

Las decisiones *Klockner I* (1985)⁷ y *Amco I* (1986)⁸ forman parte de la denominada primera generación de decisiones en materia de anulación.

En ambos casos, los Comités *ad hoc* determinaron que los Tribunales Arbitrales se habían extralimitado manifiestamente en sus facultades por lo que decidieron anular los correspondientes laudos arbitrales.

Sin embargo, la decisión de estos Comités *ad hoc* generó numerosas críticas al entenderse que los mismos habían entrado a revisar el fondo de las decisiones arbitrales excediéndose del ámbito propio del procedimiento de anulación, y confundiendo con el procedimiento de apelación.

Se criticó el activismo de los Comités en estos casos⁹ por contravenir indebidamente la fuerza vinculante del laudo.

(b) La segunda generación (1989-1992)

Debido a las numerosas críticas recibidas por los Comités *ad hoc* de la anterior generación, los sucesivos Comités encargados de conocer las siguientes acciones de anulación adoptaron una actitud mucho

más conservadora.

Corresponden a esta segunda generación de decisiones las pronunciadas respecto de los laudos arbitrales *Klöckner II*¹⁰, *Amco II*¹¹ y *Mine*¹².

En los dos primeros casos los Comités rechazaron anular los laudos arbitrales y en la decisión *Mine*, se entendió que:

“La convención no requiere el ejercicio automático por dicha autoridad de la capacidad de anular un Laudo por la simple solicitud de anulación realizada en plazo y la determinación por parte del recurrente de uno de los motivos de nulidad.

*[El Comité ad hoc] podrá, sin embargo, rechazar su capacidad de anular un laudo cuando la nulidad es claramente innecesaria para remediar una injusticia procedimental y la nulidad pueda erosionar de forma injustificada la fuerza vinculante y finalidad de los laudos CIADI”*¹³. (La traducción es nuestra).

(c) La tercera generación (2002-2009)

Las decisiones sobre las acciones de

⁷ Asunto *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros contra la República de Camerún y Société Camerounaise des Engrais* - Referencia ARB/81/2, Decisión de Anulación, 3 de mayo de 1985. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

⁸ Asunto *Amco Asia Corporation y otros contra la República de Indonesia* - Referencia ARB/81/1, Decisión de Anulación, 16 de mayo de 1986. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

⁹ CORDERO, G. *Anulación de Laudos Arbitrales en el CIADI*, Revista Chilena de Derecho, Vol.32 N°2, pp. 223.

¹⁰ Asunto *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros contra la República de Camerún y Société Camerounaise des Engrais* - Referencia ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 17 de mayo de 1990. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹¹ Asunto *Amco Asia Corporation y otros contra la República de Indonesia* -Referencia ARB/81/1, Decisión sobre Anulación, 17 de diciembre de 1992. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹² *Supra* 6.

¹³ Asunto *Mine contra Guinea*, *ICSID Review Foreign Investment Law*, pág. 103. http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC674_En&caseId=C136

anulación planteadas frente a los laudos arbitrales *Vivendi*¹⁴, *Wena*¹⁵ y *CMS*¹⁶ fueron más equilibradas al considerarse que únicamente procedía la anulación de los laudos arbitrales en los casos en que concurriesen “motivos serios y graves que lo justificasen”¹⁷.

En *Wena* el Comité *ad hoc* entendió que incluso en el caso de que el laudo arbitral no expresase los motivos en que se fundaba “la solución no tenía porqué ser la anulación del laudo”¹⁸. El Comité disponía de cierta discrecionalidad para subsanar dicha deficiencia.

En *Vivendi* se reconoció la capacidad del Comité para decidir si la anulación del laudo resultaba procedente “incluso cuando concurriese un error”. En este sentido, un Comité *ad hoc* debía de gozar de la discrecionalidad de determinar la importancia del mencionado error respecto de los derechos de las partes.

CMS vino a confirmar este pronunciamiento llegando incluso a afirmar que en el caso de que un laudo contuviese serios errores y defectos de Derecho la anulación no tenía por que estimarse automá-

ticamente.

Así, de las tres primeras generaciones de decisiones en materia de anulación se pueden extraer una serie de directrices¹⁹ en materia de interpretación del alcance del mecanismo de anulación y la extensión de la intervención del Comité *ad hoc*, que son las siguientes:

- El mandato del Comité es limitado y restringido.
- No puede corregir errores de Derecho.
- Goza de un cierto grado de discreción.
- Puede subsanar la fundamentación del laudo si éste no ha sido suficientemente motivado.
- Puede optar por no anular el laudo incluso cuando el Tribunal ha incurrido en error respecto de la ley aplicable.

(d) La cuarta generación

Recientemente, cuatro nuevas decisiones (*Sempra*²⁰, *Enron*²¹, *Helnan*²² y *Vivendi II*²³) han acabado con el consenso que se había generado entorno a las directrices

¹⁴ Asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República de Argentina* – Referencia ARB/97/3, Decisión sobre Anulación 3 de julio de 2002, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁵ Asunto *Wena Hotels Limited contra la República de Egipto* - Referencia ARB/98/4, Decisión de Anulación 5 de febrero de 2002. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁶ Asunto *CMS Gas Transmission Company contra la República Argentina* - Referencia ARB/01/8, Decisión sobre Anulación 25 de septiembre de 2007. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁷ *Supra* 14.

¹⁸ *Supra* 15.

¹⁹ *Global Arbitration Review, ICSID Annulment Awards: The fourth generation?* Volume 5, Issue 5.

²⁰ Asunto *Sempra Energy International contra la República de Argentina* – Referencia ARB/02/16, Decisión sobre Anulación 29 de junio de 2010, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

²¹ Asunto *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. contra la República de Argentina* – Referencia ARB/01/3, Decisión sobre Anulación 30 de julio de 2010, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

²² Asunto *Helnan International Hotels A/S contra la República de Egipto* – Referencia ARB/05/19, Decisión sobre Anulación 14 de junio de 2010, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

²³ Asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República de Argentina* – Referencia ARB/97/3, Decisión sobre Anulación 10 de agosto de 2010, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

expuestas.

En los casos *Sempra* y *Enron*, los respectivos Comités *ad hoc* anulaban los laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales al entender que los mismos no habían entendido y aplicado debidamente el argumento del “estado de necesidad” en base al cual Argentina construyó su defensa.

En el caso *Helnan*, el Comité anuló parcialmente el laudo arbitral al considerar que el Tribunal erró en su aplicación de la regla de “agotamiento” de los recursos locales.

En el caso *Vivendi*, a pesar de que el laudo arbitral emitido no llegó a ser anulado, el Comité *ad hoc* criticó la conducta tanto del Tribunal como de la Secretaría del CIADI en relación con la actuación de uno de los árbitros frente a un potencial conflicto de interés.

Estas últimas decisiones, que permiten la corrección sustantiva del fallo, vienen a reabrir el debate sobre si la acción de anulación no se trata en realidad de un recurso de apelación *de facto*.

Y lo que es aún peor, son muchos los autores²⁴ que consideran que tras dichas decisiones existe un riesgo de que el procedimiento de anulación degenera en una competición entre los árbitros integrantes de los tribunales y los árbitros miembros de los Comités de anulación²⁵ por demostrar su experiencia y conocimiento en materia de arbitraje.

La crítica a las anteriores decisiones de anulación, pero también determinados problemas endógenos del procedimiento de

anulación ligados a la ejecución de los laudos arbitrales impugnados, ponen en riesgo la seguridad jurídica y provocan que en la actualidad numerosas voces críticas se planteen la necesidad de modificar la acción de anulación mediante la institución de un “tribunal superior” u órgano decisor permanente.

3. EL ÓRGANO DECISOR DE LAS ANULACIONES DE LOS LAUDOS SOMETIDOS AL CONVENIO CIADI

Del estudio de las decisiones de anulación adoptadas por los diferentes Comités *ad hoc* resulta evidente que la jurisprudencia generada en los últimos años en materia de anulación es poco homogénea.

La falta de uniformidad en la forma en que la ley es aplicada aumenta el riesgo para el inversor de que sus pretensiones puedan no ser estimadas, generándose por ende un alto grado de incertidumbre. Ello contraviene el sentido y espíritu del Convenio.

Como medida correctora, la propia Secretaría del CIADI²⁶ propuso –ya en el año 2004– la introducción de un mecanismo de apelación que garantizase la “coherencia y consistencia de la jurisprudencia arbitral” y específicamente se refirió al modelo del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

3.1. Idoneidad del modelo “OMC”

Han sido varios los autores (además de la Secretaría del CIADI) los que han señalado en un momento o en otro que la posible solución frente a la falta de consistencia

²⁴ Ver *Supra* 24.

²⁵ Ver *Supra* 12.

²⁶ Secretaría del CIADI, “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, octubre de 2004

entre los laudos emitidos por los distintos Comités *ad hoc* pasaba por la creación de un órgano decisor o tribunal permanente, centrado en establecer un cuerpo claro y coherente de derecho que tuviera además la facultad de corregir determinados errores legales en casos tasados. La mayoría de dichos autores señalaron el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) como modelo para la institución de dicho tribunal permanente.

Sin duda, la introducción de determinados mecanismos del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el sistema de anulación previsto por la Convención contribuiría a homogeneizar el cuerpo jurisprudencial en materia de anulación, sin contravenir el espíritu del Convenio, lo que redundaría en un aumento de la seguridad jurídica.

Así, uno de los grandes logros del Órgano de Apelación de la OMC es la composición del mismo.

Dicho Órgano está integrado por siete miembros “de reconocida autoridad, con demostrada experiencia en el mundo del derecho y del comercio internacional” cuyas nacionalidades son representativas de las Nacionalidades de los Estados Contratantes de la Organización²⁷. Los recursos en el órgano de apelación se sustancian por comisiones compuestas por tres de los siete miembros y la decisión se emite en nombre del Órgano de Apelación.

La creación de un Órgano decisor permanente con una composición similar a la del Órgano de Apelación de la OMC podría

ser la solución a la competitividad existente entre los integrantes del Tribunal Arbitral y de los Comités de anulación a la que hacíamos referencia.

Asimismo, el hecho de que todas las decisiones se sustancien por las mismas siete personas (integrantes del órgano decisor de forma permanente) dotaría –indirectamente– de coherencia a la jurisprudencia de anulación.

Otro de los éxitos del Órgano de Apelación de la OMC es la celeridad con la que resuelve los recursos de apelación que le son planteados. Concretamente, el órgano de apelación dispone de un límite temporal de 9 meses (ampliable de forma excepcional a 12 meses).

La introducción de un límite temporal similar en el órgano decisor del Convenio que planteamos vendría a mejorar el sistema de anulación vigente y a garantizar la celeridad del procedimiento incluso para el caso en que el órgano decisor interpretara de forma amplia su mandato.

Ahora bien, el éxito del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio depende de determinadas especificidades difícilmente adaptables a un posible órgano decisor en materia de inversiones²⁸, como analizaremos a continuación.

3.2. El mantenimiento del recurso de anulación frente a la introducción de un recurso de apelación

El problema fundamental que nos encontramos a la hora de introducir un órgano

²⁷ Normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias artículo 17.2, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/rc_s.htm

²⁸ Véase el artículo de McRAE Donald, *The WTO Appellate Body: A Model for an ICSID Appeals Facility?*, *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford Journals, Volume 1, Issue 2, pp. 371-387.

decisor en el sistema vigente de anulación CIADI a imagen y semejanza del Órgano de Apelación de la OMC es el de determinar el alcance del mandato de dicho órgano.

El Órgano de Apelación de la OMC, como su propio nombre indica, sustancia recursos de apelación y entra a conocer del fondo de los laudos emitidos y a corregir los posibles errores de hecho o de Derecho en que los mismos incurrían.

La introducción de un mecanismo de apelación en el Convenio permitiría ampliar el mandato del órgano decisor en la medida en que le permitiría revisar el fondo de los laudos recurridos y corregir posibles errores.

Ahora bien, el órgano decisor del CIADI no podría –como hace el Órgano de Apelación de la OMC– pronunciarse sobre un “compendio de tratados multilateralmente aprobados” sino que habría de entrar a interpretar el Tratado aplicable al caso a *quo*, debido a la naturaleza esencialmente bilateral (o regional) de los acuerdos en materia de inversiones.

La consecuencia lógica de todo ello es que el órgano decisor CIADI en materia de inversiones, aún teniendo la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto (como ocurre en el caso del Órgano de Apelación OMC o de cualquier mecanismo de apelación) no podría aportar más que una “segunda visión” de lo establecido por el Tribunal Arbitral en el laudo, al tener que pronunciarse en cada decisión casi siempre por primera vez sobre las consecuencias jurídicas derivadas del Tratado específico analizado en cada caso, sin apoyo jurisprudencial.

Al contrario de lo que ocurre en el caso del Órgano de Apelación de la OMC

aún teniendo la facultad de entrar a conocer del fondo del asunto y de corregir determinados errores, el órgano decisor tendría mucha dificultad en generar una jurisprudencia coherente que sirviera de precedente (al basarse cada decisión en un Tratado diferente).

La introducción de un mecanismo de apelación CIADI carecería por tanto de sentido.

En su virtud, resulta evidente que la coherencia deseable de las decisiones sobre anulación pasa necesariamente por la creación de un órgano decisor permanente cuyos integrantes sean los encargados de aplicar a cada caso unos criterios similares de interpretación (aunque la misma sea casuística) en un plazo de tiempo determinado.

El mandato de dicho órgano decisorio deberá limitarse a mantener, anular o anular parcialmente el laudo dictado por los Tribunales Arbitrales en atención a las causas de anulación definidas en el Convenio, sin que pueda entrarse a conocer del fondo del asunto y ello a pesar de reconocer a dicho órgano decisor un cierto grado de discrecionalidad.

4. DUDAS ACERCA DE LOS REQUISITOS PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO CIADI UNA VEZ EJERCITADA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN

4.1. Lo que dice la norma

El artículo 52.5 del Convenio establece:

“Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución

del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.”

De una primera lectura de este precepto podría concluirse que la suspensión de la ejecución de un laudo sometido a una acción de anulación sería automática, en caso de que así fuese solicitado por quien ejercite la acción.

Y así fue pensado en un primer momento por los redactores del Convenio, teniendo quizás en mente que, en la práctica la totalidad de los laudos CIADI, la parte demandada fuere un Estado²⁹, por lo que la suspensión provisional de la ejecución de un laudo CIADI no debiera plantear problemas al ejecutante, en la medida que dicho laudo podría ser fácilmente ejecutado en caso de que finalmente se confirmara el laudo impugnado, por razón de la identidad del destinatario de la ejecución.

Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica, como veremos en el apartado siguiente, por causa de dos cuestiones que a nuestro juicio inciden de forma directa sobre esta materia:

- En primer lugar, porque la realidad nos dice que, en ocasiones, los Estados condenados se muestran reacios, e incluso niegan, a cumplir un laudo siendo ya incluso firme, quebrando la confianza que depositan los inversores en el artículo 54.1 del Convenio³⁰; y
- En segundo lugar, por la interpre-

tación correctora contenida en el artículo 54.2 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI, que deja a decisión del Tribunal o Comité de anulación mantener o no la suspensión de la ejecución de un laudo, en plazo de treinta días, una vez ejercitada la acción de anulación.

4.2. Decisiones divergentes de los Tribunales o Comités CIADI. Estado de la cuestión

Desde el año 1985, momento en que se adoptó la primera decisión sobre la suspensión de una ejecución, hasta el año 2004, todos los Comités de anulación, excepto uno, exigían como requisito para mantener la suspensión de la ejecución de un laudo el que el ejecutado presentara un aval bancario irrevocable y sin condiciones, de forma que así se garantizara la futura ejecución en caso de que la acción de anulación fuere desestimada.

Sin embargo, esta tendencia mayoritaria cambió radicalmente en el año 2004, cuando el Comité CIADI, en el asunto ARB/99/7 –*Patrick Mitchell contra la República Democrática del Congo*– determinó el 30 de noviembre de ese año criterios de mantenimiento o no de una suspensión sobre elementos más subjetivos, como eran la mayor o menor certeza de cumplimiento del laudo por el ejecutado una vez que se confirmara la resolución impugnada.

Tras esta primera resolución del Comité CIADI en la línea apuntada, la mayoría de resoluciones posteriores sobre suspensio-

²⁹ De los 219 laudos CIADI examinados por los redactores de este artículo, sólo existe un caso en el que el demandado no sea un Estado sino varios particulares – *Gobierno de la Provincia de Kalimantan Este contra PT Kalim Prima Coal y otros* – Referencia ARB/07/3.

³⁰ Este precepto establece: “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.”.

nes de ejecución siguieron la interpretación de la decisión *Mitchell*, concluyendo que no se precisaba de ningún requisito específico (como, por ejemplo, la presentación de un aval bancario) en la medida en que el Comité *ad hoc* contara con garantías razonables de que el ejecutado cumpliera con sus obligaciones de pago en caso de que se desestimara la acción de anulación y, por tanto, se confirmara el laudo impugnado.

El fundamento de esta interpretación se basaba en la, en principio, diáfana redacción del artículo 54.1 del Convenio, antes citado, que obliga a los Estados a reconocer laudos CIADI como si fueren sentencias propias, por lo que se concluía que un Estado demandado cumpliría, sin lugar a dudas, con los dictados del mencionado precepto.

Sin embargo, este enfoque sufrió importantes contratiempos sobre todo a partir de la crisis económica padecida por Argentina a principios del siglo XXI. En efecto, muchos inversores afectados por cláusulas sometidas a arbitrajes CIADI denunciaban la inseguridad jurídica a la que se enfrentaban desde el momento en que la Administración argentina decidió que las decisiones CIADI fueren revisadas por el Tribunal Supremo argentino.

Véase la posición de la República de Argentina en el asunto CIADI *Enron Recovery Corporation y Ponderosa Assets Ltd. contra la República de Argentina* – ARB/01/03.

En la decisión del Comité en este asunto se dijo que Argentina vulneraba las disposiciones del Convenio al punto de la aplicación de su artículo 54.1 pero, no obs-

tante, no exigió que Argentina presentara aval bancario para mantener la suspensión de la ejecución sino que le bastó que Argentina presentara una Carta de Compromiso en la que se obligara a cumplir con la obligación económica derivada del laudo en caso de que fuere confirmado, lo que no tiene mucho sentido si se tiene en cuenta que con la Carta de Compromiso solamente se ratificaría uno de los principios básicos establecidos en el propio Convenio.

Tras la decisión Enron, la posición de los Comités *ad hoc* CIADI ha sido titubeante. En unos casos, la suspensión se mantenía siempre que el demandado presentara una Carta de Compromiso obligándose a cumplir con el contenido del laudo si fuere reafirmado³¹ y en otros se exigía la presentación de un aval bancario por el importe total de la condena, so pena de alzar la suspensión³².

4.3. Necesaria modificación del sistema de suspensión de ejecución de laudos para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema CIADI

El panorama descrito en los apartados anteriores no contribuye a dotar de seguridad jurídica al sistema de ejecución de laudos CIADI, pues el ejecutante no sabrá con certeza en qué casos podrá acordarse el mantenimiento de la suspensión de una ejecución cuando se hubiere ejercitado una acción de anulación.

Por ello, para un correcto desarrollo futuro de este especial sistema de arbitraje consideramos necesaria una reforma al artículo 52.5 del Convenio, aclarando definitivamente la cuestión, garantizándose además

³¹ Asunto *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Internacional contra la República de Argentina* – ARB/97/3.

³² Asunto *Sempra International contra la República de Argentina* – ARB/02/16. En este asunto efectivamente se determinó por el Comité alzar la suspensión de la ejecución una vez que Argentina no cumplió con el mandato de depositar en una cuenta de depósito en garantía el importe de 75 millones de dólares USA.

los derechos de las partes presentes en el procedimiento.

En cuanto al contenido de esta reforma, existirían varias posibilidades:

- (a) Una primera, consistente en la prohibición determinante de instar la ejecución provisional de un laudo CIADI desde el momento en que se hubiera instado una acción de anulación.

Esta alternativa, que fue la propugnada por el propio CIADI en su Informe de 22 de octubre de 2004³³, no puede ser compartida puesto que dejaría vacío de contenido uno de los atractivos básicos del sistema, como es la ejecución expeditiva de las resoluciones que se pudieren alcanzar en el seno del procedimiento arbitral, olvidando además que las causas o motivos de anulación son tasados y de marcado carácter de legalidad procesal, sin poderse entrar a reabrir el fondo de la cuestión³⁴, lo que dota de una apariencia de validez a la decisión que, sobre el fondo, hubiere podido alcanzar el panel de árbitros.

- (b) Una segunda, consistente en admitir de plano la posibilidad de ejecución provisional de un laudo CIADI aunque ya hubiere sido impugnado en anulación, sin requisitos que condicionen tal ejecución,

posición que fue la seguida por el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia de los Estados Unidos de América en el asunto *Chromalloy Aeroservices*, con fundamento en lo dispuesto por el artículo VII del Convenio de Nueva York de 1958³⁵.

Tampoco podemos estar conformes con esta línea interpretativa desde el momento en que consideramos que la doctrina contenida en esta resolución es controvertida, pues hace un uso extensivo de la facultad contenida en el precepto en que se fundamenta, como lo acredita el hecho que fue una sentencia muy debatida en foros jurídicos norteamericanos³⁶.

Siendo el término medio casi siempre una virtud, propugnaríamos porque se modificara el artículo 52 del Convenio en el sentido de permitir la ejecución provisional de un laudo CIADI sometido a una acción de anulación y que solamente se acordara la suspensión de tal ejecución provisional en caso de que se presentara por el ejecutado garantía suficiente para el caso de que la acción de anulación no prosperase.

Esta es la alternativa precisamente seguida por jurisdicciones con una amplia tradición arbitral, como la suiza³⁷, o por otros procedimientos de arbitraje internacionalmente aceptados.

Desde luego, el espíritu de una rápida

³³ Apartado 13 de su Anexo.

³⁴ Véase el artículo 52.1 del Convenio.

³⁵ Para más referencias sobre esta resolución véase *Chromalloy Aeroservices*, 939 Sup. Federal 907 (Distrito de Columbia 1996).

³⁶ Véase, por ejemplo, el artículo de Matthew D. SLATER, *On Annulled Arbitral Awards and the Death of Chromalloy, Arbitration International, Kluwer Law International 2009*, Tomo 25, Ejemplar 2.

³⁷ Artículo 82(2) de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de la Federación Suiza*.

ejecución de un laudo es el contenido, por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cuando en su artículo 28.6 dispone que todo laudo es obligatorio para las partes, obligándose a cumplirlo sin demora, considerándose, además, que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.

Y también ha sido el sistema adoptado por la Ley de Arbitraje española de 2003, con la que los autores están más familiarizados, cuando en su artículo 45.1 dispone con claridad:

“El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación.”

La única excepción contenida en la norma española a la ejecución provisional es la derivada de una solicitud de suspensión por el ejecutado, pero siempre y cuando éste hubiere prestado caución o garantía suficiente por el valor de la condena, más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo, siendo las posibles formas de garantía las siguientes:


- (a) Dinero en efectivo;
- (b) Aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito; o
- (c) Por cualquier otro medio que garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

De esta forma se garantizaría, por un lado, uno de los principios básicos del sistema CIADI, como es la seguridad jurídica en la ejecución de los laudos que puedan dictarse en el seno de sus procedimientos y, por otro, la seguridad de las partes que intervengan en el procedimiento, aunque todo ello dependerá, claro está, del correcto cumplimiento por los Estados contratantes de la obligación de reconocimiento y ejecución contenida en el artículo 54 del Convenio.

5. CONCLUSIONES

A los efectos de dotar de mayor coherencia al sistema vigente de anulación previsto por el Convenio CIADI sería muy conveniente el establecimiento de un órgano permanente que conociera de las acciones de anulación de los laudos CIADI.

No parece acertado instaurar un sistema de apelación contra el laudo, en virtud del cual se pudiera entrar a conocer de nuevo sobre el fondo del asunto, pues ello perjudicaría los objetivos básicos de todo procedimiento arbitral y el sentido mismo del Convenio.

En cuanto al sistema de ejecución, para dotar de mayor seguridad jurídica a los procesos CIADI, sería necesario modificar el artículo 52.5 del Convenio, posibilitando en todo caso la ejecución provisional de los laudos, acordándose solamente la suspensión de dicha ejecución en caso de que el ejecutado solicitara la misma y prestara garantía suficiente para responder de las cantidades reconocidas y los daños que pudieren derivarse de una ejecución tardía de un laudo. 

DECISIONES RECIENTES EN CASOS DE ANULACIÓN EN EL CIADI. EL CASO DE ARGENTINA Y LA CONSISTENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE ANULACIÓN

TOMÁS SOLÍS (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. El sistema de anulación del CIADI. 3. Decisiones bajo análisis. 3.1. Procedimiento de anulación en CMS c. Argentina. 3.1.1. Procedimiento de arbitraje. 3.1.2. Procedimiento de anulación. 3.2. Procedimiento de anulación en Sempra c. Argentina. 3.2.1. Procedimiento de arbitraje. 3.2.2. Procedimiento de anulación. 3.3. Procedimiento de anulación en Enron c. Argentina. 3.3.1. Procedimiento de arbitraje. 3.3.2. Procedimiento de anulación. 4. Conclusión.*



1. INTRODUCCIÓN

La reciente anulación de dos laudos dictados en contra de la República Argentina ha generado duras críticas sobre la efectividad del sistema de resolución de controversias establecido por el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (“Convenio del CIADI” o “Convenio”) y administrado por el Centro Interna-

cional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”)¹. Se ha sugerido que estas anulaciones significan un retorno a la “era Klöckner”, epíteto generalmente utilizado para describir la efímera tendencia marcada por las anulaciones de dos laudos dictados en los años ochenta en los arbitrajes *Klöckner I c. Camerún* y *Amco I c. Indonesia*², sobre las cuales algunos consideran sobrepasaron los límites de los poderes otorgados a los Comités de anulación bajo

(*) Asociado en el Grupo de Arbitraje Internacional de Dewey & LeBoeuf en la ciudad de Washington D.C. Su práctica incluye el asesoramiento de Estados soberanos y compañías internacionales en disputas relacionadas con inversión extranjera, incluyendo disputas que surgen de Tratados Bilaterales de Inversión, capítulos de inversión en Tratados de Libre Comercio como CAFTA y NAFTA, contratos de concesión y leyes de inversión. Asimismo, asesora a Estados soberanos en disputas de soberanía sobre límites marítimos y terrestres. Antes de incorporarse a Dewey & LeBoeuf fue abogado Consejero del Centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI. Las opiniones vertidas en este artículo son hechas en carácter personal y de ningún modo pueden atribuirse a Dewey & LeBoeuf.

¹ Véase publicaciones en el *Global Arbitration Review* de fechas 29 de marzo y 12 de abril de 2011, respectivamente “*Is ICSID losing its appeal again?*”, y “*No return to Klöckner era, says Kinnear*”, disponibles bajo suscripción en www.globalarbitrationreview.com

² *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. la República de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985; *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión del Comité *ad hoc* sobre Anulación, 16 de mayo de 1986.

el Convenio del CIADI entrando a reconsiderar el mérito de las decisiones de los Tribunales, transgrediendo así la línea entre anulación y apelación³.

Las causales de anulación bajo el Convenio del CIADI aparecen listadas de forma taxativa en el artículo 52 del Convenio. La jurisdicción limitada de los Comités de anulación a la interpretación y aplicación de estas causales ha sido consistentemente reconocida por la jurisprudencia y la doctrina. La idea de que el recurso de anulación del CIADI es diferente a un recurso de apelación es incuestionable. Sin embargo, y sin entrar en valoraciones sobre si las decisiones de anulación bajo análisis fueron acertadas o no, lo cierto es que existe una percepción de que el incuestionable carácter restrictivo del recurso de anulación bajo el Convenio del CIADI ha sido en efecto ampliado con estas anulaciones.

El objeto del presente artículo está limitado a dos puntos centrales. Primero, analizar los puntos medulares en que se fundamentaron los Tribunales de Arbitraje en tres casos en contra de Argentina para rechazar la defensa interpuesta por dicho país basada en el estado de necesidad bajo el Derecho consuetudinario internacional, reflejado en el artículo 25 de los artículos Sobre la Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, (“Artículos de la

CDI”)⁴ y el artículo XI del Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la República Argentina y los Estados Unidos de 1994 (“TBI”), titulado “medidas no impedidas”.

Segundo, analizar el tratamiento dado por los Comités *ad hoc* constituidos para conocer las solicitudes de anulación presentadas por Argentina, a la interpretación y aplicación que los Tribunales de Arbitraje hicieron del artículo 25 de la CDI y el artículo XI del TBI.

2. EL SISTEMA DE ANULACIÓN DEL CIADI

Para los propósitos del presente artículo, no se reiterará lo que ya se ha analizado en otros estudios sobre el recurso de anulación del CIADI⁵. Simplemente se hará referencia a ciertos principios fundamentales consistentemente reconocidos y aplicados en materia de anulación bajo el Convenio del CIADI que ayudarán al desarrollo del tema bajo análisis.

El sistema de arbitraje bajo el Convenio del CIADI es un sistema autónomo e independiente en el cual los laudos dictados por Tribunales constituidos bajo el CIADI no admiten ningún otro recurso que aquellos expresamente contemplados en el Convenio, revisión, anulación y aclaración⁶. La apelación está expresamente excluida del Convenio del CIADI y ninguno de los recursos allí establecidos puede utilizar-

³ Christoph H. SCHREUER et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2da. edición. 2009, p. 912.

⁴ Artículos Sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, disponibles en <http://www.iloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm>

⁵ SCHREUER, p. 890 y siguientes.

⁶ Artículo 53 del Convenio del CIADI: “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio” (énfasis añadido).

se como una apelación⁷. El artículo 52 del Convenio del CIADI contempla el recurso de anulación y establece lo siguiente:

- (1) *Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:*
 - (a) *que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;*
 - (b) *que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;*
 - (c) *que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;*
 - (d) *que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o*
 - (e) *que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.*
- (2) *Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.*
- (3) *Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Arbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber per-*

tencido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Arbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

- (4) *Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, mutatis mutandis, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.*
- (5) *Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.*
- (6) *Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo⁸.*

⁷ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Comité ad hoc sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, ¶ 43 ("*CMS c. Argentina*"); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, 30 de julio de 2010, ¶ 63 ("*Enron c. Argentina*").

⁸ Énfasis añadido.

Una solicitud de anulación tiene necesariamente que estar basada en una o más de las causales de anulación listadas en el artículo 52 del Convenio. Con respecto a la causal de anulación basada en que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades (“exceso manifiesto de poder”), la jurisprudencia ha entendido que no aplicar el Derecho aplicable es una forma de exceso de poder a los propósitos del artículo 52 del Convenio⁹.

Con respecto a la causal de anulación basada en que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde, la jurisprudencia ha entendido que es la falta absoluta de razones la que activa esta causal. Así, en la medida en que el laudo contenga razones que permitan discernir el razonamiento del Tribunal, dicha causal no se puede invocar con éxito¹⁰.

El recurso de anulación contemplado en el artículo 52 del Convenio del CIADI está limitado a las causales allí establecidas¹¹ y constituye una “excepción limitada al principio de finalidad de laudos”¹². Aunque la alta calidad de los laudos es sin ninguna duda una expectativa legítima de las partes en una disputa, el principio de finalidad de los laudos no está fundamentado en la ideal perfección de los mismos, si no en la necesidad y beneficios inherentes en poner fin a

la disputa entre las partes y desentramar de una forma definitiva la relación conflictiva entre las mismas, abriendo así el espacio necesario para el mejor uso de sus recursos¹³.

Los procedimientos de anulación bajo el Convenio del CIADI son conocidos por Comités *ad hoc*. Los miembros de estos Comités *ad hoc* son seleccionados de la Lista de Árbitros llevada por el CIADI y nombrados por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI¹⁴. De conformidad con el artículo 5 del Convenio, el Presidente del Banco Mundial es *ex officio* el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI. La selección y nombramiento de los miembros de Comités *ad hoc* es, en la práctica, hecha a recomendación o directamente por la Secretaría General del CIADI.

3. DECISIONES BAJO ANÁLISIS

Las decisiones bajo análisis en el presente trabajo son los laudos de los Tribunales de Arbitraje, y las decisiones de los Comités *ad hoc* constituidos para conocer las solicitudes de anulación presentadas por la República Argentina en contra de los mismos, en los casos de *CMS c. Argentina*, *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina*¹⁵.

Los tres arbitrajes que dieron lugar a los laudos objeto de anulación fueron inicia-

⁹ *CMS c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 49; *Sempra Energy International c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por la República Argentina, 29 de junio de 2010, ¶ 205 (“*Sempra c. Argentina*”); *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 67-68.

¹⁰ *CMS c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 54-47; *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 74.

¹¹ *CMS c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 44; *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 74; *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 64-65.

¹² SCHREUER, p. 899.

¹³ SCHREUER, p. 903.

¹⁴ Artículo 12 del Convenio: “La Lista de Conciliadores y la Lista de Arbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos”. Artículo 13 del Convenio: “(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado. (2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

¹⁵ *CMS c. Argentina*; *Sempra c. Argentina*; *Enron c. Argentina*.

dos por los demandantes bajo el TBI en contra de las medidas tomadas por la República Argentina en respuesta a la crisis económica sufrida por dicho país en 2001-2002.

En los tres arbitrajes, Argentina argumentó que la crisis económica había generado un estado de emergencia tal que las condiciones para establecer un “estado de necesidad” bajo el artículo 25 de la CDI estaban cumplidas, excluyendo así cualquier ilicitud internacional de las medidas que había implementado para contrarrestar la crisis y que los inversionistas consideraban como violatorias a sus derechos bajo el TBI. Asimismo, Argentina argumentó que dichas medidas estaban cubiertas por el artículo XI del TBI, de manera que las mismas no podían entenderse como violatorias a las disposiciones del TBI.

El artículo XI del TBI y el artículo 25 de la CDI establecen lo siguiente:

Artículo XI del TBI:

*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*¹⁶.

Artículo 25 de la CDI:

1. *Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en 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*¹⁷.

En sus laudos, los Tribunales en los casos de *CMS c. Argentina*, *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina* rechazaron la defensa de Argentina bajo el artículo 25 de la CDI y bajo el artículo XI del TBI, esencialmente por las mismas razones. Los tres Tribunales concluyeron que las condiciones de aplicación del estado necesidad bajo el Derecho internacional, reflejado en el artículo 25 de la CDI no se habían cumplido y que por lo tanto, la defensa no podía ser invocada por Argentina. Con respecto al artículo XI del TBI, los Tribunales resolvieron que el TBI no definía ciertos términos empleados en dicho artículo ni tampoco sus condiciones de aplicación, y que por lo

¹⁶ *CMS c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶ 332.

¹⁷ Traducción tomada del laudo en *CMS c. Argentina*, ¶ 316. En el presente trabajo, al referirse al artículo 25 de la CDI, los términos “Derecho internacional” y “Derecho consuetudinario internacional” se utilizan indistintamente.

tanto, los mismos debían de buscarse en el Derecho internacional, en particular, en el artículo 25 de la CDI. Así, los Tribunales determinaron que, tal y como lo habían decidido con respecto al artículo 25 de la CDI, las condiciones de aplicación del artículo XI del TBI, que eran la mismas del artículo 25 de la CDI, no habían sido cumplidas.

Argentina fue condenada a pagar a los inversionistas ciertas sumas en concepto de compensación por violaciones al TBI. Una vez emitidos los laudos y dentro los plazos establecidos en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje del CIADI, Argentina solicitó la anulación de los laudos.

Lo interesante de los procedimientos de anulación en los casos de *CMS*, *Sempra* y *Enron*, es que a pesar de que los ingredientes de los tres procedimientos eran esencialmente idénticos, los resultados fueron muy diferentes. En los tres procedimientos de anulación lo que estaba bajo análisis, entre otras cosas, era la interpretación que los tres Tribunales habían hecho del artículo 25 de la CDI y del artículo XI del TBI. El escrutinio por parte de los Comités *ad hoc* tenía el objeto de determinar si, como resultado de dicha interpretación, los Tribunales habían incurrido en una o más de las causales de anulación contempladas en el artículo 52 del Convenio del CIADI.

Como veremos con más detalle a continuación, en *CMS c. Argentina* el Comité *ad hoc* tomó una actitud correctiva sin anular el laudo¹⁸. En *Sempra c. Argentina* y *Enron c. Argentina*, los Comités *ad hoc* anularon los laudos en su totalidad, por razones diferentes.

En *CMS c. Argentina*, y con respecto a la interpretación y aplicación por parte del

tribunal del artículo XI del TBI, y su relación con el artículo 25 de la CDI, el Comité *ad hoc* concluyó que el Tribunal había combinado las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI como condiciones de aplicación del artículo XI del TBI. El Comité *ad hoc* identificó esta combinación como un error de Derecho, pero aclaró que dicho error no constituía una de las causales de anulación bajo el artículo 52 del Convenio. Así, a pesar de su crítica al Tribunal en su interpretación y aplicación del artículo XI del TBI, el Comité *ad hoc* decidió no anular el laudo por considerar que aunque la interpretación y aplicación del artículo XI había sido defectuosa, el Tribunal había aplicado el TBI.

El Comité *ad hoc* en *Sempra c. Argentina*, realizó un análisis muy similar al del Comité *ad hoc* en *CMS c. Argentina*, pero caracterizando de una manera diferente la interpretación que el Tribunal había realizado del artículo XI. El Comité en *Sempra c. Argentina* decidió ir un paso más allá que el Comité en *CMS c. Argentina* al concluir que al haber utilizado las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI como condiciones de aplicación del artículo XI del TBI, el Tribunal no había incurrido en un error de Derecho, si no más bien, había fallado en identificar y aplicar el Derecho aplicable lo cual constituía una de las causales de anulación del artículo 52 del Convenio. El Comité *ad hoc* anuló así el laudo en su totalidad por exceso de poder.

El Comité *ad hoc* en *Enron c. Argentina*, por el contrario, no encontró un error de Derecho ni tampoco una falta de aplicación del Derecho aplicable en el tratamiento que el Tribunal había dado al artículo XI del TBI en relación con las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI. El Comité *ad*

¹⁸ En *CMS c. Argentina* el Comité *ad hoc* anuló el laudo parcialmente.

hoc en *Enron c. Argentina* se enfocó en la interpretación que el Tribunal había hecho de las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI, sin reprochar su aplicación a la interpretación del artículo XI del TBI, e indicó que el Tribunal, en lugar de hacer una interpretación jurídica del texto del artículo 25 como era su deber, había sustituido su labor de interpretación por cierta evidencia presentada por la demandante y que en esta medida, el Tribunal no había aplicado el Derecho aplicable, y anuló el laudo en su totalidad por exceso de poder.

3.1. Procedimiento de anulación en *CMS c. Argentina*

3.1.1. Procedimiento de arbitraje

El 12 de mayo de 2005, el Tribunal de arbitraje compuesto por el Profesor Francisco ORREGO VICUÑA, Presidente, Marc LALONDE, P.C., O.C., Q.C., y el Juez Francisco REZEK, emitió un laudo determinando que la República Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo contenido en el artículo II(2) (a) del TBI y la obligación de observar obligaciones asumidas con respecto a inversiones en contravención al artículo II(2)(c) del TBI. El Tribunal determinó que la República Argentina debía de pagar a *CMS* una compensación por un monto de US\$ 133.2 millones más intereses por dichas violaciones al TBI¹⁹.

En su laudo, el Tribunal rechazó la defensa de Argentina basada en el artículo 25 de la CDI y en el artículo XI del TBI. Como una cuestión fáctica, el Tribunal determinó que si bien la crisis económica en Argentina había sido muy severa, la misma

no había resultado en el “colapso total de la economía y la sociedad”²⁰. Como cuestión de Derecho, el tribunal resolvió que las condiciones de aplicación para establecer el estado de necesidad bajo el artículo 25 de la CDI, las cuales determinó que también eran las mismas del artículo XI del TBI, no estaban establecidas.

En su análisis de las condiciones del artículo 25 de la CDI, el Tribunal decidió lo siguiente con respecto al párrafo 1 de dicho artículo:

- a) *La primera determinación que el Tribunal debía de alcanzar era si la crisis económica comprometía un interés esencial del Estado. Para alcanzar esta determinación el tribunal tenía que analizar la gravedad de la crisis. El tribunal encontró que si bien la crisis había sido muy grave, no lo había sido como para excluir ilicitud*²¹.
- b) *La segunda determinación que el Tribunal debía de alcanzar era saber si las medidas tomadas por Argentina eran el “único modo” que el Estado tenía disponible para salvaguardar un interés esencial. El Tribunal determinó que las medidas tomadas no eran las únicas disponibles para el Estado*²².
- c) *El tercer aspecto analizado por el Tribunal fue si las medidas habían afectado un interés esencial del Estado al que se debe la obligación, o de la comunicad internacional en general. El Tribunal*

¹⁹ *CMS c. Argentina*, Laudo, ¶ 468.

²⁰ *CMS c. Argentina*, Laudo, ¶ 240, 355.

²¹ *CMS c. Argentina*, Laudo, ¶ 322.

²² *CMS c. Argentina*, Laudo, ¶ 324.

*concluyó que las medidas no habían afectado ningún interés de la comunidad internacional general*²³.

Con respecto al párrafo 2 de artículo 25, el Tribunal realizó las siguientes consideraciones:

- a) *El estado de necesidad no se puede invocar si el instrumento en que está incluida la obligación del Estado que se considera ha sido infringida excluye la posibilidad de invocarla. El Tribunal difirió una determinación sobre este punto al análisis del artículo XI del TBP*²⁴.
- b) *La segunda limitante a la invocación del estado de necesidad es si el Estado ha contribuido a que exista dicho estado de necesidad. El Tribunal determinó que Argentina había en efecto contribuido a la crisis económica*²⁵.

Una vez establecidas sus conclusiones sobre el artículo 25 de la CDI, el Tribunal pasó a su análisis del artículo XI del TBI:

- a) *“como primer punto, el Tribunal consideró que lo primero que debía de determinar era si el objeto y fin del tratado excluían el estado de necesidad. El Tribunal determinó que el TBI estaba precisamente diseñado para prote-*

*ger inversiones en momentos de dificultades económicas que pudieran llevar al Estado a tomar medidas adversas, y que la crisis económica en Argentina, al no haber producido el colapso total de la economía y la sociedad, no podía eximir al Estado de responsabilidad bajo el artículo XI*²⁶.

- b) *El segundo aspecto que el Tribunal analizó, tal y como se había hecho con el artículo 25 de la CDI, era si el acto en cuestión afectaba gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados en relación a los cuales existe la obligación. El Tribunal concluyó que no se había 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 quedaba excluida en este aspecto*²⁷.
- c) *El tercer aspecto que el Tribunal pasó a determinar fue si el artículo XI podía incluir una emergencia económica como un interés esencial. El Tribunal concluyó que el artículo XI, si bien no hacía referencia expresa a emergencias económicas, éstas no podían entenderse excluidas*²⁸.”

3.1.2. Procedimiento de anulación

²³ CMS c. Argentina, Laudo, ¶ 325.

²⁴ CMS c. Argentina, Laudo, ¶ 327.

²⁵ CMS c. Argentina, Laudo, ¶ 329.

²⁶ CMS c. Argentina, Laudo, ¶ 353-356.

²⁷ CMS c. Argentina, Laudo, ¶ 358.

²⁸ CMS c. Argentina, Laudo, ¶ 359.

El 8 de septiembre de 2005, la República Argentina presentó ante el CIADI una solicitud de anulación. En su solicitud, Argentina invocó dos de las cinco causales de anulación del artículo 52 del Convenio del CIADI, a saber, que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades y que el Tribunal no había expresado en el laudo los motivos en que se fundaba²⁹. El 18 de abril de 2006, se constituyó el Comité *ad hoc* que conoció de la solicitud de anulación de Argentina. Sus miembros eran el Juez Gilbert GUILLAUME, de Francia, el Juez Nabil ELARABY, de Egipto, y el Profesor James CRAWFORD, de Australia.

El 25 de septiembre de 2007, el Comité *ad hoc* emitió su decisión. En su decisión, el Comité *ad hoc* determinó, entre otras cosas, que el Tribunal había cometido dos errores de Derecho. El primero, al haber considerado que las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI eran las mismas condiciones de aplicación del artículo XI del TBI, teniendo ambos textos diferentes formas de operación y contenido. El segundo error, y como resultado del anterior, fue no haber realizado ningún análisis independiente de ambos textos y de su aplicación, simplemente asumiendo que ambas normas estaban al mismo nivel. El Comité notó que la defensa de estado de necesidad basada en el artículo 25 de la CDI, que codifica el Derecho internacional consuetudinario en la materia, solamente podía aplicar subsidiariamente a la defensa bajo el artículo XI, la cual constituía *lex specialis* entre las partes. Asimismo, el Comité hizo notar la diferencia en la operación de ambas normas. Si el artículo XI del TBI resultaba

aplicable, las medidas tomadas por Argentina no se hubieran podido considerar una violación del TBI. Por el contrario, la defensa del estado de necesidad bajo el artículo 25 de la CDI opera *una vez* se ha determinado que el Estado ha violado una obligación de Derecho internacional³⁰.

Aunque el Comité comentó que estos dos errores de Derecho cometidos por el Tribunal hubieran podido tener un impacto decisivo en la parte operativa del laudo, y que si el Comité fuera un Tribunal de apelación hubiera tenido que revocar el laudo, el Comité decidió que, bajo su limitada jurisdicción bajo el artículo 52 del Convenio, no podía sustituir su opinión con la del Tribunal. El Tribunal no anuló el laudo³¹ en base a estos errores de Derecho concluyendo que:

“A pesar de los errores y vacíos identificados en el Laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el Artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades³².”

3.2. Procedimiento de anulación en *Sempra c. Argentina*

3.2.1. Procedimiento de arbitraje

El 28 de septiembre de 2007, el Tribunal de Arbitraje compuesto por el profesor FRANCISCO ORREGO VICUÑA, Presidente, Marc LALONDE, P.C., O.C., Q.C., y Sandra MORELI RICO, emitió un laudo determinando que la República Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo conteni-

²⁹ *CMS v. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 2.

³⁰ *CMS v. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 130-134.

³¹ Es de hacer notar que el Comité *ad hoc* anuló el laudo parcialmente por falta de razones con respecto a la decisión del Tribunal con relación a la cláusula paraguas del TBI. Sin embargo, esta anulación parcial no afectó la decisión del Tribunal con respecto a responsabilidad y daños. (Véase ¶ 97-100).

³² *CMS c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 136.

do en el artículo II(2)(a) del TBI y la obligación de observar obligaciones asumidas con respecto a inversiones en contravención al artículo II(2)(c) del TBI³³. El Tribunal determinó que la República Argentina debía de pagar a *Sempra* una compensación por un monto de US\$ 128.250.462 millones más intereses por dichas violaciones al TBI³⁴.

En su laudo, el Tribunal rechazó la defensa de Argentina basada en el artículo 25 de la CDI y en el artículo XI del TBI. En este arbitraje, se añadió un aspecto muy interesante al análisis del Tribunal sobre el artículo XI del TBI. El 3 de octubre de 2006, un tribunal compuesto por la profesora Tatiana B. DE MAEKELT (QEPD), Presidenta, el Juez Francisco REZEK, y el profesor Albert Jan VAN DEN BERG, emitió un laudo en el que admitía, parcialmente, la defensa de Argentina basada en el artículo XI del TBI³⁵. Esta decisión se diferenciaba substancialmente de las decisiones que rechazaban la defensa de Argentina en *CMS c. Argentina* y *Enron c. Argentina*. En su laudo, el Tribunal en *LG&E c. Argentina* consideró que la crisis en Argentina si había sido lo suficientemente grave como para justificar la invocación del artículo XI del TBI de manera que Argentina quedaba eximida de responsabilidad por incumplimiento del TBI durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003³⁶.

En su laudo, el Tribunal en *CMS c.*

Argentina consideró las conclusiones alcanzadas por el Tribunal en *LG&E c. Argentina* y determinó que si bien habían diferencias jurídicas de interpretación entre ambos Tribunales, la diferencia más importante era una diferencia de hecho, a saber, que el Tribunal en *LG&E c. Argentina* había considerado que la crisis en Argentina si había sido lo suficientemente grave como para invocar el artículo XI, algo que, para el tribunal en *Sempra c. Argentina*, como para los tribunales en *CMS c. Argentina* y *Enron c. Argentina*, no estaba justificado, más allá de cualquier interpretación de las normas aplicables³⁷. Así, con respecto al artículo 25 de la CDI:

- a) *El Tribunal indicó que la primera condición que debía de ser establecida era si las medidas tomadas por Argentina en respuesta a la crisis eran el único modo para salvaguardar un interés esencial del Estado. Esta determinación incluía un análisis sobre si la crisis afectaba un interés esencial del Estado, y sobre si el modo utilizado por el Estado para contrarrestar la crisis era el único modo para alcanzar dicho resultado. Con respecto al primer punto, aunque el Tribunal reconocía la gravedad de la crisis, dijo no estar convencido de que la misma afectaba la existencia misma del Estado y su independencia, y*

³³ *Sempra Energy International c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, 28 de septiembre de 2007.

³⁴ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶ 482; 483-486. Nótese que aunque el laudo en *Enron c. Argentina* se emitió primero que el laudo en *Sempra c. Argentina*, la Decisión de Anulación en *Sempra c. Argentina* fue emitida antes que la de *Enron c. Argentina*. Adicionalmente, la similitud entre los análisis de los Comités *ad hoc* en *CMS c. Argentina* y *Sempra c. Argentina* hacen apropiado alterar la cronología de los laudos.

³⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E Internacional Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 ("LG&E c. Argentina").

³⁶ *LG&E c. Argentina*, ¶ 226-229.

³⁷ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶ 346.

que no había evidencia de que la situación hubiera estado fuera de control de manera que fuera inmanejable³⁸. Con respecto al segundo punto, el Tribunal dijo que las medidas tomadas por el Estado en respuesta de la crisis no eran el único modo que el Estado tenía disponible para contrarrestarla³⁹.

- b) La segunda condición del artículo 25 de la CDI requería al Tribunal determinar que las medidas en cuestión no afectaran gravemente los intereses del Estado frente a quien se debía la obligación bajo el TBI, o los intereses de la comunidad internacional en su conjunto. El Tribunal determinó que los intereses de la comunidad internacional no estaban afectados, y la determinación de si los intereses del Estado al que se dirigían las obligaciones del TBI podrían ser gravemente afectados era una cuestión a ser discutida en el análisis que el Tribunal haría en base al artículo XI del TBI⁴⁰.
- c) La tercera condición que el tribunal entró a considerar bajo el artículo 25 de la CDI, y que decidió no estaba cumplida, era la de saber si el Estado había contribuido a la crisis. El tribunal encontró que había una “contribución considerable” por parte del Estado al establecimiento de la crisis y que

por lo tanto, el Estado no podía invocar el estado de necesidad⁴¹.

Con respecto al artículo XI del TBI, el Tribunal observó que el objeto y fin del tratado eran, en general, el aplicarse a situaciones de dificultades económicas que requirieran la protección de los derechos internacionalmente garantizados de sus beneficiarios. En este sentido, una interpretación del TBI que resultara en eludir las obligaciones del Estado en el Tratado debía de ser evitada⁴².

Con respecto a la interpretación y aplicación del artículo XI, el Tribunal observó que el TBI no definía lo que debía de entenderse por “intereses esenciales de seguridad”, de manera que su significado y los requisitos para su aplicación debían de buscarse en el estado de necesidad en el Derecho consuetudinario internacional, reflejado en el artículo 25 de la CDI. El Tribunal observó que la situación hubiera sido diferente si el TBI hubiera definido este concepto y las condiciones para su aplicación⁴³.

En su análisis, el Tribunal consideró la opinión de los expertos de Argentina que eran de la opinión de que el laudo en el caso *CMS c. Argentina* había errado al discutir las condiciones de aplicación del artículo XI a la luz de las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI. El Tribunal estuvo de acuerdo con los expertos que un Tratado, como *lex specialis* entre las partes, prevalece sobre cualquier regla contenida en el Derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, el Tribunal observó que la falta de

³⁸ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶¶ 347-349.

³⁹ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶¶ 351.

⁴⁰ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶¶ 352.

⁴¹ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶¶ 353-354.

⁴² *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶¶ 373.

⁴³ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶¶ 375.

definición en el TBI de las condiciones de aplicación del artículo XI hacían que dicho artículo fuera “inseparable” del Derecho consuetudinario internacional, en donde las condiciones de aplicación del estado de necesidad habían sido definidas en el artículo 25 de la CDI. El Tribunal consideró que el hecho de que el artículo XI no hiciera referencia expresa al Derecho consuetudinario internacional no le impedía al Tribunal el recurrir al mismo para encontrar el significado de conceptos indefinidos en el TBI⁴⁴.

El Tribunal decidió que como ya había concluido que las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI no estaban establecidas, y que las mismas eran aplicables al artículo XI, no había necesidad de realizar un examen adicional de dichas condiciones bajo artículo XI⁴⁵.

3.2.2. Procedimiento de anulación

El 25 de enero de 2008, la República Argentina presentó ante el CIADI una solicitud de anulación. En su solicitud, Argentina invocó cuatro de las cinco causales de anulación del artículo 52 del Convenio del CIADI, a saber, que el Tribunal se había constituido incorrectamente, que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades, que se había incurrido en un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, y que el Tribunal no había expresado en el laudo los motivos en que se fundaba⁴⁶. El 15 de septiembre del 2008, se constituyó el Comité *ad hoc* que conoció de la solicitud de anulación de Argentina. Sus miembros eran el Señor Christer SÖDERLUND, de Suecia, Sir David A.O. EDGARD,

QC, del Reino Unido, y el Embajador Andreas J. JACOVIDES, de Chipre.

El 29 de junio de 2010, el Comité *ad hoc* emitió su decisión. En su decisión, el Comité *ad hoc* decidió que con respecto al artículo XI, el Tribunal no había aplicado el Derecho aplicable en lo absoluto y que como consecuencia, el Tribunal había incurrido en un exceso manifiesto de poder. Según el Comité, esta conclusión de que el Tribunal había fallado totalmente de aplicar el Derecho aplicable removía cualquier cuestión sobre si el Tribunal, como lo había encontrado el Comité en *CMS c. Argentina*, había incurrido en un error de Derecho al aplicar el artículo XI⁴⁷.

El Comité identificó que el siguiente párrafo del laudo demostraba que el Tribunal había fallado en aplicar el Derecho aplicable:

“Como el Tribunal ha determinado anteriormente que la crisis invocada no cumple con los requisitos del derecho consuetudinario previstos en el artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados, debe concluir ahora que la necesidad o la emergencia no conduce en este caso a la exclusión de ilicitud, sin que haya necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del artículo XI habida cuenta que este artículo no prevé al respecto condiciones distintas de las del derecho consuetudinario”⁴⁸.

El Comité consideró que el Tribunal

⁴⁴ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶ 376-378.

⁴⁵ *Sempra c. Argentina*, Laudo, ¶ 388.

⁴⁶ *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 1 y 2.

⁴⁷ *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 165.

⁴⁸ *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 388 (énfasis añadido).

había erróneamente adoptado el artículo 25 de la CDI como la norma primaria a ser aplicada, en vez del artículo XI del TBI, y que al haber procedido de esta forma el Tribunal había incurrido en un error fundamental en identificar y aplicar el Derecho aplicable⁴⁹. Asimismo, el Comité consideró que este exceso de poder del Tribunal en la forma de no aplicar el Derecho aplicable era manifiesto, ya que el mismo se revelaba de una simple lectura del laudo sobre el tratamiento que el Tribunal había dado al artículo XI a la luz del estado de necesidad el artículo 25 de la CDI⁵⁰.

3.3. Procedimiento de anulación en *Enron c. Argentina*

3.3.1. Procedimiento de arbitraje

El 22 de mayo de 2007, el Tribunal de arbitraje compuesto por el Profesor Francisco ORREGO VICUÑA, Presidente, el Profesor Albert Jan VAN DEN BERG,⁵¹ y Pierre Yvez TSCHANZ, emitió un laudo determinando que la República Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo contenido en el artículo II(2)(a) del TBI y la obligación de observar obligaciones asumidas con respecto a inversiones en contravención al artículo II(2)(c) del TBI. El Tribunal determinó que la República Argentina debía de pagar a *Enron* una compensación por un monto de US\$ 106.2 millones más intereses por dichas violaciones al TBI⁵².

En su laudo, el Tribunal, como el Tribunal en *CMS c. Argentina*, rechazó la

defensa de Argentina basada en el artículo 25 de la CDI y en artículo XI del TBI. Con respecto al artículo 25 de la CDI, el Tribunal indicó que:

a) *“La primera condición que tenía que ser establecida para los propósitos del artículo 25 era si el acto que se alegaba como violatorio era el único modo disponible para el Estado para salvaguardar un interés esencial del Estado en contra de un peligro inminente. Así, el Tribunal se dio a la tarea de determinar si la crisis argentina había puesto en peligro un interés esencial del Estado. El Tribunal encontró que si bien la crisis había sido severa, el argumento de que la misma comprometía la existencia misma del Estado y su independencia de manera que un interés esencial del Estado hubiera estado comprometido no era convincente⁵³. El Tribunal también encontró que era difícil justificar que Argentina no tenía otros medios disponibles para combatir la crisis, y que los medios utilizados no eran los únicos que Argentina tenía disponibles⁵⁴.*

b) *La segunda condición era que las medidas bajo análisis no afectarían seriamente un interés del Estado o de los Estados hacia los cuales se dirige la obligación, o*

⁴⁹ *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 208.

⁵⁰ *Sempra c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 214-219.

⁵¹ El Profesor VAN DEN BERG fue nombrado por el CIADI seguido de la renuncia del Dr. Héctor GROSS ESPIELL del Tribunal una vez la audiencia sobre el fondo había concluido. (Véase *Enron c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Laudo, 22 de mayo de 2007, ¶ 39).

⁵² *Enron c. Argentina*, Laudo, p. 450.

⁵³ *Enron c. Argentina*, Laudo, ¶ 305-307.

⁵⁴ *Enron c. Argentina*, Laudo, ¶ 308.

*los intereses de la comunidad internacional. El Tribunal determinó que intereses de la comunidad internacional no habían sido afectados y que la cuestión de si los intereses del Estado al que se dirige la obligación habían sido afectados se examinaría al entrar a considerar el artículo XI del TBI.*⁵⁵

- c) *La siguiente condición analizada por el tribunal fue si Argentina había contribuido a la crisis de manera que no podía invocar el estado de necesidad. El tribunal determinó que Argentina había de hecho contribuido a la crisis y como resultado Argentina no podía invocar el estado de necesidad*⁵⁶.”

El Tribunal decidió que las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI no se habían cumplido y pasó a analizar el artículo XI del TBI. Como en *CMS c. Argentina*, el Tribunal determinó que el objeto y propósito del TBI era precisamente el de aplicar el TBI en situaciones de dificultades económicas y problemáticas que requerían la protección de los derechos internacionalmente reconocidos de sus beneficiarios. Así, el Tribunal indicó que una interpretación del TBI que sirviera a un Estado para no cumplir con sus obligaciones bajo el Tratado debía de evitarse, y que una interpretación restrictiva del artículo XI del TBI era obligatoria⁵⁷.

Con respecto a la interpretación del texto del artículo XI, el Tribunal indicó que el TBI no definía lo que debía de enten-

derse por intereses esenciales de seguridad y mantenimiento de la paz internacional y seguridad. Con respecto al significado de paz internacional y seguridad el Tribunal notó que las partes estaban de acuerdo que el significado de dichos términos podía encontrarse en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas, en atención al artículo 6 del protocolo del TBI.

Con respecto al uso de la fórmula “intereses esenciales de seguridad” en el TBI, el Tribunal indicó que el Tratado no contenía ninguna guía para determinar su significado, y que esto hacía necesario el apoyarse en los requisitos para la aplicación del estado de necesidad bajo el Derecho consuetudinario internacional reflejado en el artículo 25 de la CDI⁵⁸. El Tribunal indicó que estaba de acuerdo con los expertos de Argentina en que el TBI constituía *lex specialis* entre las partes y que el Derecho internacional consuetudinario solo aplicaba subsidiariamente al Tratado. El problema con el artículo XI, indicó el Tribunal, era que el mismo no desarrollaba las condiciones para su aplicación, y que en esa medida, el artículo XI y los requisitos establecidos para la aplicación del estado de necesidad bajo el Derecho internacional, reflejados en el artículo 25 de la CDI, se volvían “inseparables”. Tal y como había determinado con respecto al artículo 25 de la CDI, el Tribunal encontró que la crisis argentina no llenaba las condiciones de aplicación del artículo XI, las cuales eran las mismas del artículo 25 de la CDI.

3.3.2. Procedimiento de anulación

El 21 de febrero de 2008, la República Argentina presentó ante el CIADI una solicitud de anulación. En su solicitud,

⁵⁵ *Enron c. Argentina*, Laudo, ¶ 310.

⁵⁶ *Enron c. Argentina*, Laudo, ¶ 311-312.

⁵⁷ *Enron c. Argentina*, Laudo, ¶ 331-332.

⁵⁸ *Enron c. Argentina*, Laudo, ¶ 333.

Argentina invocó tres de las cinco causales de anulación del artículo 52 del Convenio del CIADI, a saber, que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades, se había incurrido en un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, y que el Tribunal no había expresado en el laudo los motivos en que se fundaba⁵⁹. El 22 de mayo de 2008, se constituyó el Comité *ad hoc* que conoció de la solicitud de anulación de Argentina. Sus miembros eran el Profesor Gavan GRIFFITH, Q.C., de Australia, el Juez Patrick LIPTON ROBINSON, de Jamaica, y el Juez Per TRESSELT, de Noruega.

El 30 de julio de 2010, el Comité *ad hoc* emitió su decisión. En su decisión, el Comité *ad hoc* se refirió a lo que el Comité en *CMS c. Argentina* había identificado en el laudo del Tribunal como errores de Derecho en base al diferente contenido, operación e interrelación entre el artículo XI del TBI y el artículo 25 de la CDI. El Comité indicó que cuestiones sobre la operación substantiva del artículo XI del TBI, y de los principios de Derecho internacional consuetudinario del estado de necesidad, era algo reservado para la decisión del Tribunal, y que el rol de un Comité *ad hoc* no era el de alcanzar sus propias conclusiones al respecto⁶⁰. Con esta decisión, el Comité *ad hoc* se distancia de las críticas desarrolladas por el Comité en *CMS c. Argentina* en cuanto a la interpretación y aplicación del artículo XI del TBI a la luz del artículo 25 de la CDI, y más aun, del razonamiento y anulación del laudo en *Sempra c. Argentina*.

Con respecto a la interpretación de las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI, sin cuestionar la decisión del Tribu-

nal de que estas eran las mismas del artículo XI del TBI, el Comité *ad hoc* identificó que el Tribunal no había aplicado el Derecho aplicable, y que el laudo no expresaba las razones en que se fundaba sobre los siguientes puntos.

Primero, el Comité *ad hoc* se enfocó en la decisión del Tribunal de que la condición en el artículo 25(1)(a) de la CDI que requiere que las medidas empleadas sean “el único modo” para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente, no estaba cumplida. En su decisión, el Comité identificó que el tribunal había decidido que dicha condición no se cumplía, no en base a una interpretación jurídica de lo que debe de entenderse como el “único modo” a los efectos del artículo 25, sino que en base al reporte de un experto económico presentado por la demandante que determinaba que las medidas tomadas por Argentina en respuesta a la crisis económica no eran el “único modo” disponible para contrarrestarla. En opinión del Comité, el reporte de un economista no podía sustituir la tarea de interpretación del Tribunal de determinar el sentido y significado del uso del termino el “único modo” en el artículo 25 y como el mismo se aplicaba al caso concreto⁶¹. El Comité decidió que el Tribunal estaba obligado a determinar si el requisito de el “único modo” había sido satisfecho como resultado de una interpretación de la norma y no simplemente si, “desde una perspectiva económica, existían otras opciones disponibles para lidiar con la crisis económica.” El Comité encontró que al proceder en base al reporte del experto el Tribunal no había aplicado el Derecho aplicable⁶². Asimismo, el Comité indicó que no era aparente de una

⁵⁹ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶¶ 1 y 3.

⁶⁰ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 405.

⁶¹ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶¶ 361-376.

⁶² *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 377.

lectura del laudo como el Tribunal había llegado a la conclusión de que el requisito de el “único modo” del artículo 25(1)(a) no había sido satisfecho, y en este sentido el Comité encontró que el laudo no expresaba las razones en que se fundaba⁶³.

Segundo, el Comité entró a considerar la decisión del Tribunal sobre la interpretación del artículo 25(1)(b) de la CDI, el cual establece que un Estado no puede invocar el estado de necesidad sobre un hecho que 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. En su laudo, el Tribunal había determinado que el interés esencial de los demandantes sería gravemente afectado si se permitía la invocación del estado de necesidad. Aunque el artículo 25(1)(b) se refiere a “un interés esencial del *Estado* o de los *Estados* con relación a los cuales existe la obligación”⁶⁴, el Tribunal concluyó que lo que estaba en juego eran los derechos de los inversionistas como beneficiarios del TBI, y que éstos se verían gravemente afectados. Para llegar a la conclusión de que lo que estaba en juego eran los intereses de los inversionistas, el Tribunal se apoyó en una decisión de una Corte del Reino Unido que indicó que si bien los TBI son concluidos entre Estados, los mismos contienen derechos que favorecen a los inversionistas⁶⁵. El Comité concluyó que esta decisión de la Corte del Reino Unido no estaba relacionada con el princi-

pio de necesidad en el Derecho consuetudinario internacional, con el artículo 25 de la CDI, ni con la cuestión de cuales son los intereses esenciales de dos Estados parte de un TBI. Por lo tanto, el Comité consideró que la referencia a esta decisión por parte del Tribunal era “enteramente obscura”⁶⁶. El Comité después indicó que no estaba claro en el laudo si el Tribunal había llegado o no a una conclusión sobre si el requisito del artículo 25(1)(b) de la CDI había sido o no cumplido, y encontró que como consecuencia el laudo no contenía las razones en que se fundaba en este sentido⁶⁷.

Tercero, el Comité entró a considerar la decisión del Tribunal con respecto al artículo 25(2)(b) de la CDI a efecto de que Argentina no podía invocar el estado de necesidad porque había contribuido a la creación de la crisis⁶⁸. Como en el caso del requisito del “único modo” en el artículo 25(1)(a), el Comité encontró que el Tribunal había llegado a sus conclusiones de que la crisis era en parte el resultado de políticas desacertadas de Argentina desde una apreciación sobre el reporte del experto economista presentado por la demandante, y no como resultado de una interpretación del texto del artículo 25(2)(b)⁶⁹. El Comité encontró que el Tribunal había aplicado la opinión de un experto sobre un punto económico, y no el artículo 25(2)(b), y que en esta medida el Tribunal había fallado en aplicar el Derecho aplicable a los efectos del artículo 52 del Convenio⁷⁰.

⁶³ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 378.

⁶⁴ Énfasis añadido.

⁶⁵ *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration and Production Company (OPEC)*, Queen’s Bench Division, Laudo, 29 de abril de 2005.

⁶⁶ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 382.

⁶⁷ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 384.

⁶⁸ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 385-393.

⁶⁹ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 392.

⁷⁰ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 393.

Cuarto, el Comité encontró que el Tribunal nunca trató el punto de determinar si el TBI impedía la posibilidad de invocar el estado de necesidad a los efectos del artículo 25(2)(a) de la CDI. Sobre este punto el Tribunal decidió que el laudo no establecía las razones sobre las que se fundaba⁷¹.


Con respecto a la interpretación del Tribunal del artículo XI, el Comité decidió que como el Tribunal había encontrado que las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI eran las mismas que las del artículo XI, y que como el Comité había anulado el laudo en base a la interpretación que el Tribunal había hecho de las mismas, las conclusiones que el Tribunal había alcanzado sobre el artículo XI también debían de ser anuladas⁷².

Por estas razones, el Comité *ad hoc* decidió que las decisiones del Tribunal con respecto al cumplimiento, o falta de cumplimiento, de las condiciones de aplicación del artículo 25 de la CDI estaban viciadas de errores anulables y que por lo tanto, la deci-

sión del Tribunal de que Argentina no podía apoyarse en el estado de necesidad debía de ser anulada⁷³. El Tribunal anuló el laudo en su totalidad.

4. CONCLUSIÓN

Como se anotó anteriormente, lo interesante de estas tres decisiones de anulación es que los tres Comités alcanzaron conclusiones diferentes produciendo efectos diferentes, con respecto a un punto de interpretación que para todos los efectos relevantes era idéntico.

Surge la pregunta de si esto es el resultado de un problema “sistémico” del Convenio del CIADI y de sus Reglas el cual no contiene, formalmente, un mecanismo de precedente obligatorio o un tribunal permanente de última instancia. Lo que parece ser evidente, es que hay una necesidad de que el sistema permita que se alcance el resultado “correcto” y que a la vez tenga un carácter “previsible” en la interpretación y aplicación del Convenio. 

⁷¹ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 394.

⁷² *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 405.

⁷³ *Enron c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, ¶ 395.

NOTAS SOBRE EL REQUERIMIENTO DE GARANTÍAS COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI

IGNACIO TORTEROLA (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Consideraciones Generales. 3. La Suspensión de la Ejecución del Laudo en el Convenio CIADI. 4. La Suspensión de la Ejecución del Laudo: Admisibilidad del Requerimiento de una Garantía. 5. Suspensión de la Ejecución e Historia del Convenio. 6. Conclusión.*



1. INTRODUCCIÓN

El amplio incremento en el número de arbitrajes CIADI ha dado lugar a una cantidad de cuestiones relacionadas con los derechos y remedios disponibles bajo el Convenio del CIADI con posterioridad al dictado del laudo. Una de estas cuestiones está íntimamente relacionada con el procedimiento disponible bajo el Convenio para la anulación de laudos arbitrales del CIADI. Como es bien sabido, bajo el artículo 52(5) del Convenio, si la parte que demanda la anulación requiere la suspensión de la ejecución del laudo, la ejecución es provisionalmente suspendida hasta que el Comité *ad hoc* se pronuncie sobre tal pedido. De hecho, la primera parte del artículo 52(5) provee expresamente que el Comité puede, si considera

que las circunstancias así lo requieren, suspender la ejecución del laudo aún estando pendiente su decisión.

De acuerdo a las normas relevantes bajo el artículo 52, parecería que la tarea del Comité *ad hoc*, una vez que este haya sido debidamente constituido, es la de establecer, ante un pedido de suspensión de la ejecución del laudo, la determinación de la existencia de circunstancias que requieran que la ejecución del laudo sea suspendida hasta que la decisión final sobre la anulación sea pronunciada. Es interesante notar que algunos Comités *ad hoc* han fallado a este respecto condicionando la concesión de la suspensión de la ejecución del laudo al otorgamiento de algún tipo de garantía o bono por la parte que requiere la suspensión.

(*) Abogado del Estado Argentino en los casos contra la República Argentina en los Tribunales del CIADI y otros Tribunales Internacionales con jurisdicción en temas de inversión. Asimismo, representa a la Procuración General del Tesoro de la Nación ante el CIADI en la Embajada de la República Argentina en Washington, DC. Las opiniones aquí expresadas aquí –sin embargo– pertenecen al autor y no pretenden reflejar de manera alguna la posición del Gobierno Argentino o cualquier otra institución para la cual el autor trabaja. El autor agradece la asistencia de la abogada Patricia Denise Labal en la preparación de la presente contribución.

El autor reconoce también la colaboración recibida del abogado Domenico Di Pietro en el desarrollo, discusión y redacción de la presente contribución. Domenico Di Pietro es *Avvocato* (Italia) y *Solicitor* (Inglaterra & Gales), Departamento de Arbitraje Internacional, Chiomenti Studio Legale, Roma. Profesor de Arbitraje Internacional, Universidad de Roma, "Roma Tre". El texto y las conclusiones pertenecen al autor.

Tal práctica no es desconocida en arbitraje internacional y puede ser considerada, hasta cierto punto, entendible. Sin embargo, no es claro si la idea de automáticamente requerir una garantía como condición para el otorgamiento de la suspensión está en plena conformidad con el espíritu y las disposiciones del Convenio del CIADI. Precisamente, el propósito de este artículo es el de compartir algunas reflexiones acerca de la cuestión de si un Comité *ad hoc* constituido bajo los términos del Convenio del CIADI, tiene el poder de requerir una garantía a la parte que solicita la suspensión de la ejecución.

La conclusión preferida en este artículo es que, mientras las razones para requerir la garantía antes referidas son ciertamente entendibles, parece que tanto la cuestión de la real existencia de tal poder como la cuestión de la manera en que tal poder debería de ser administrado aún no han recibido el cuidadoso análisis que meritan. En otras palabras, la existencia de tal poder es una cuestión que no debe darse por sentada. Por el mismo motivo, aún asumiendo que tal poder existió, el requerimiento de una garantía, como una condición previa para que la suspensión sea concedida, ha de ser visto como una medida extraordinaria que debe ser exhaustivamente justificada y explicada por el tribunal y por tanto, no ha de ser percibida sino como una decisión excepcional.

Teniendo en cuenta los elementos relevantes antes mencionado, sería hasta posible sostener una postura según la cual el alcance del poder de los Comités de Anulación se limita a conceder (o confirmar cuando la suspensión ya ha sido requerida en el recurso de anulación) o no conceder (o remover cuando la suspensión ya ha sido requerida en el recurso de anulación) la suspensión.

Esta cuestión no ha de ser tratada a la

ligera. De hecho se sugiere que –independientemente de la posición adoptada en relación a la existencia de tal poder– el requerimiento de una garantía afectaría la delicada balanza de derechos y obligaciones entre los litigantes en los arbitrajes CIADI. La cuestión acerca de si los Comités de Anulación tienen tal poder de requerir una garantía, ha de ser por tanto tratada con la máxima atención.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

Generalmente, imponer el requerimiento de una garantía fiscal o bancaria a los litigantes, tiene el potencial de poner a estos en una posición muy incómoda. Ello es particularmente cierto con respecto a Estados soberanos cuyo acceso a este tipo de fondos extraordinarios puede ser extremadamente complejo y gravoso, como así también por las dificultades objetivas legales y administrativas relacionadas a la creación de partidas *ad hoc* necesarios para satisfacer los inusuales y rápidos requerimientos para otorgar una garantía. El problema es particularmente evidente cuando la magnitud de la garantía a ser otorgada está relacionada con laudos multimillonarios –como es usualmente el caso en los arbitrajes del CIADI– situación que muchas veces excede el muy limitado presupuesto de los órganos del Estado.

El hecho de que el Convenio no menciona específicamente si los Comités *ad hoc* pueden requerir garantías a fin que la suspensión sea concedida sumado, a los asuntos prácticos descritos anteriormente, podría quizás ser suficiente para formar una visión cautelosa acerca de la real existencia de tal poder. Asimismo, es muy poco probable que un Estado Negociador durante las negociaciones del Convenio pueda haber aceptado que Comités *ad hoc* pudieran condicionar las suspensiones al otorgamiento de una ga-

rantía, lo cual iba directamente contra sus intereses en el futuro inmediato. De hecho, la historia del Convenio, como veremos a continuación, parece sugerir que la clara intención de los Estados contratantes fue la de no otorgar tales poderes.

Es sorprendente que, a pesar de la trascendente importancia de este asunto, un muy limitado análisis ha sido dedicado a entender el alcance real y los poderes de los Tribunales del CIADI a este respecto¹.

3. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO EN EL CONVENIO CIADI

Como es bien sabido, el Convenio CIADI específicamente establece las bases para la anulación de un laudo². Es más, como hemos visto anteriormente, el Convenio también establece las condiciones para continuar la suspensión de la ejecución del laudo. El artículo 52(5) del Convenio prevé a este respecto:

“(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición³.”

Es asimismo importante notar que la Regla 54(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI provee que la suspensión de la ejecución de un laudo puede ser solicitada en cualquier momento anterior a la decisión final del Comité de Anulación⁴. Sin embargo, la “mejor práctica” subraya la necesidad de presentar la solicitud de continuación de la suspensión de la ejecución, junto con la solicitud de anulación. Mientras es opcional para el Comité continuar la suspensión de la ejecución del laudo, es obligatorio para la Secretaría del CIADI ordenarla si una solicitud de suspensión ha sido presentada junto con la solicitud de anulación⁵. Una vez

¹ Uno de los pocos trabajos disponibles sobre este tema es el artículo de Paul FRIEDLAND donde en resumen (y disculpándonos por la simplificación) se proponía la tesis de que “*la suspensión de la ejecución del laudo está directamente relacionada al otorgamiento de una garantía financiera*”. El gran aumento en el número de arbitrajes CIADI y el inevitable aumento de procedimientos de anulación, está ahora llamando a un mayor análisis sobre la cuestión. *Suspensión de la ejecución del laudo arbitral pendientes los procedimientos de anulación del CIADI, en IAI International Arbitration series No. 1, Anulación de laudos del CIADI* (E. GAILLARD y Y. BANIFATEMI eds. 2004. Ver más recientemente el artículo de Margrete STEVENS *El poder de los Comités ad hoc del CIADI de ordenar una fianza al conceder una suspensión de la ejecución en Ejecución de Laudos Arbitrales contra Soberanos*, Editor Doak BISHOP.

² Artículo 52 (1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

³ Convenio del CIADI, Artículo 52(5).

⁴ El Artículo 54(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que:
La parte que solicite la aclaración, revisión o anulación de un laudo podrá, en su solicitud, y cualquiera de las partes podrá en cualquier momento antes que se decida finalmente sobre la solicitud, pedir que se suspenda la ejecución de una parte o de todo el laudo al que se refiere la solicitud. El Tribunal o Comité considerarán de manera prioritaria dicha solicitud.
El Artículo 54(2) de las Reglas de arbitraje del CIADI prevé que:
Si una solicitud de revisión o anulación de un laudo contiene un pedido de suspensión de su ejecución, el Secretario General, al notificarle a ambas partes el acto de registro, les notificará la suspensión provisional del laudo.

⁵ Artículo 54(2) *in fine*:
En cuanto se constituya, el Tribunal o Comité, a petición de cualquiera de las partes, decidirá dentro de 30 días, si debe mantenerse dicha suspensión; a menos que decida que la suspensión debe mantenerse, se la levantará automáticamente.

constituido, el Comité *ad hoc* tiene el poder de modificar la *suspensión de la ejecución del laudo* ordenada por la Secretaría General, como está establecido por el Convenio⁶.

Los Comités de Anulación tienen el poder de decidir sobre la continuación o modificación de la suspensión en dos instancias: (a) inmediatamente después de su constitución; (b) a través de una orden procesal luego de haber escuchado ambas partes en la disputa. La suspensión de la ejecución puede ser terminada o modificada por el Comité en cualquier momento anterior a la decisión final sobre el mérito de la anulación. Es más, la práctica muestra que –inmediatamente después de la constitución de un Comité *ad hoc*– si la ejecución del laudo ha sido “*suspendida*” por una orden de procedimiento de la Secretaría del CIADI, la parte que requiere la ejecución del laudo solicitaría normalmente la terminación de tal suspensión de conformidad con la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Como resultado, la primera “Audencia del Comité con las Partes” sirve el doble propósito de audiencia para la organización del Procedimiento de Anulación y como momento para la discusión sobre la conti-

nuación de la suspensión de la ejecución del laudo.

4. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO: ADMISIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO DE UNA GARANTÍA

La práctica del CIADI en relación a la cuestión de la suspensión de la ejecución del laudo muestra que el asunto acerca de si el “otorgamiento de una garantía financiera” es admisible con el fin de asegurar la continuación de la suspensión ha sido un asunto clave⁷. De hecho, parece que la suspensión de la ejecución del laudo –o su continuación– fue concedida en todos los casos que han sido oídos hasta la fecha⁸. En algunos casos, sin embargo, el Comité *ad hoc* relevante condicionó la suspensión al otorgamiento de una garantía financiera o bancaria por la parte que requería la suspensión⁹.

Al parecer la cuestión de la suspensión de la ejecución y el requerimiento del otorgamiento de una fianza fueron primeramente analizados en los dos casos *AMCO c. Indonesia*¹⁰. Desafortunadamente, el primer Comité en el caso *AMCO* nunca publicó las

⁶ El Artículo 54(3) primera parte prevé que: “Si se ha otorgado la suspensión de la ejecución de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1) o si se la ha mantenido de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (2), el Tribunal o Comité podrá, en cualquier momento, modificar o poner término a la suspensión a pedido de cualquiera de las partes.”

⁷ A este respecto, ver FRIEDLAND, Paul. *Op. Cit.* Pág. 177.

⁸ *REPSOL YPF v. República de Ecuador*, CIADI Caso No. ARB/ 01/10 (Procedimiento de Anulación), es el único caso donde un Comité de Anulación decidió terminar la suspensión de la ejecución del laudo.

⁹ Ver *AMCO v. Indonesia*, CIADI Caso No. ARB/81/1 (Procedimiento de Anulación). Puede discutirse (aunque, como será demostrado en este artículo, no será una base válida para condicionar la continuación de la suspensión de la ejecución) que los Comités que requirieron una garantía a fin de consolidar la continuidad de la suspensión tuvieron razones extraordinarias para hacerlo. En *CDC v. Seychelles*, el demandado reconoció parcialmente la deuda reclamada en la disputa (Ver *CDC v. Seychelles*, CIADI Caso ARB/02/14 - Procedimiento de Anulación). En el caso *REPSOL YPF v. Ecuador*, Ecuador gozó de la suspensión de la ejecución del laudo por más de un año, que es el período durante el cual el procedimiento fue retrasado debido al hecho de que no hizo el depósito de los costos del procedimiento CIADI, por tanto extendiendo en el tiempo el ejercicio del derecho en favor de *REPSOL YPF*. Las razones para condicionar la continuación de la suspensión de la ejecución son aún más difíciles de explicar en los casos arriba mencionados *AMCO* y en el caso *WENA Hoteles v. República Árabe de Egipto*, CIADI Caso No. ARB/98/4 (Procedimiento de Anulación), dado que los *considerandos* de estos Comités al momento de emitir sus respectivas órdenes de procedimiento no están públicamente disponibles.

¹⁰ Existe un caso previo, *Klockner v. Camerún*, en el que el laudo y los aspectos de los procedimientos son desconocidos dada la estricta confidencialidad con la que fueron manejados por el Comité de Anulación. *Klockner v. Camerún*, CIADI Caso No. ARB/81/2 (Procedimiento de Anulación).

razones por las cuales decidió continuar la suspensión de la ejecución del laudo o las consideraciones que tomó en cuenta para ordenar a Indonesia que otorgara una garantía financiera. El Comité *ad hoc* en *AMCO II*¹¹, a su vez, parece haber confiado mucho en la decisión del Comité *ad hoc* en *AMCO I*¹².

Una decisión interesante a este respecto fue dictada por el Comité de Anulación en el caso *Mine v. Guinea*¹³ donde el Comité permitió la continuación de la suspensión sin requerir una garantía bancaria o financiera. El Comité alcanzó su decisión luego de analizar y considerar los argumentos de Guinea, según los cuales los Comités *ad hoc* sólo tienen el poder de mantener o rechazar la continuación de la suspensión de un laudo y carecen del poder de sujetar tales directivas al otorgamiento de una garantía financiera:

“Más allá de su poder de hacerlo, el presente Comité no permanece convencido de que ha de requerirse a Guinea el otorgamiento de una garantía bancaria a cambio de una continuación de la suspensión provisional de la ejecución del laudo. Requerir tal garantía ubicaría, en adición a involucrar lo que puede convertirse en muy elevados costos por los honora-

*rios del banco garante y la posibilidad de hacer necesario el congelamiento de la suma del laudo y los intereses que devengan, a MINE en una posición mucho más favorable de la que goza en el tiempo presente y también en una posición mucho más favorable de la que gozó con anterioridad a la suspensión provisional. El Comité no siente la necesidad de que tal cambio unilateral en la relativa posición de las partes esté justificado*¹⁴.”

Es importante recalcar que Aaron BROCHES –quien fue el responsable de elaborar el anteproyecto luego utilizado para la creación del Convenio– era uno de los miembros del Comité *ad hoc*.

La decisión del Comité *MINE* es destacada de otras decisiones subsiguientes al tratar abiertamente ciertas cuestiones problemáticas que van a enfrentar otros Comités posteriormente. De hecho, la cita anterior contiene dos criterios básicos que han sido usados por otros Comités *ad hoc* enfrentados al mismo problema:

- (a) Los elevados costos que implica el otorgamiento de una garantía financiera o bancaria;
- (b) el hecho de colocar a la parte que

¹¹ *AMCO Asia Corporation Pan American Development Limited & P.T. AMCO Indonesia v. República de Indonesia*. CIADI Caso No. ARB/81/1 (Procedimiento de Anulación).

¹² “(18) El Comité ha revisado las circunstancias del caso, y notó que durante los procedimientos ante el primer Comité *ad hoc* en este mismo caso, una suspensión provisional de la ejecución del laudo del primer Tribunal fue concedida en tanto Indonesia suministrara una garantía bancaria irrevocable e incondicional de pago del laudo o de sus partes de conformidad a la decisión final a la cual el Comité pueda llegar. (19) El Comité es de la opinión que el riesgo de frustración de resarcimiento en caso de éxito de Indonesia en el procedimiento de anulación constituye circunstancias justificantes para continuar la suspensión provisional de la ejecución del laudo mientras que la conveniencia que provee una garantía bancaria para AMCO justifica la imposición de tal requisito ...” *AMCO v. Indonesia*, Op. Cit. Pág. 61.

¹³ Ha de notarse que Aaron BROCHES –principal negociador del Convenio del CIADI– era uno de los miembros del Comité de Anulación. El primer borrador del Convenio del CIADI contenía una disposición que condicionaba la continuación de la suspensión a las “medidas preventivas” que el Comité pudiese ordenar. Este texto fue omitido en la versión final del Convenio en vigor. Cualquiera haya sido la posición de BROCHES respecto a la cuestión aquí discutida, el Comité decidió continuar la suspensión de la ejecución sin requerir ninguna medida preventiva.

¹⁴ *República de Guinea v. Maritime International Nominees Establishment*. CIADI Caso No. ARB/84/4. Procedimientos de Anulación (Decisión sobre la Suspensión de la Ejecución del Laudo), ¶122.

no ha requerido la anulación en una mejor posición de la que hubiera estado si la anulación no hubiese sido requerida.

Como hemos visto anteriormente, todos los Comités *ad hoc* que se han pronunciado sobre la continuación de la suspensión de la ejecución de un laudo han fallado en favor de tal continuación, estando al parecer equitativamente divididos entre aquellos que requieren una garantía para conceder la suspensión y aquellos que no la requieren.

Los Comités en *CMS vs Argentina* y *MTD vs Chile* también parecen haber específicamente considerado su poder de hacer condicional la suspensión al otorgamiento de una garantía financiera. Reconocieron que el Convenio del CIADI no contiene ninguna disposición al respecto pero consideraron que tal poder se encontraba dentro del alcance general de su autoridad. A este respecto, el Comité en el caso *MTD* estableció:

*“Ante una solicitud bajo la Regla 54(1), el Comité tiene una discreción que debe ejercer, luego de que ambas partes tuvieron una oportunidad de ser oídas, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes. El efecto de la suspensión es que el laudo no está sujeto a procedimientos de ejecución bajo el artículo 54 del Convenio pendiente el resultado del recurso de anulación. En tanto una suspensión no es automática el Tribunal puede conceder la solicitud sujeta a condiciones, inclusive la condición de que un bono apropiado sea otorgado”*¹⁵.

La mayoría de los Comités, al decidir la cuestión de si han de otorgar la suspen-

sión y si han de requerir una garantía como condición previa, parecen haber focalizado su análisis en cuestiones de equidad entre las partes más que en las disposiciones relevantes del Convenio a ser interpretadas a la luz de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Una notable excepción puede encontrarse en la decisión dada por el Comité en *Azurix v. Argentina*. De acuerdo al Comité:

(34) *“Aplicar una regla estricta según la cual el precio por una suspensión es el otorgamiento de una garantía le parece al Comité la creación de una anotación al margen al régimen de ejecución previsto en la Sección 6 del Convenio. Efectivamente, tal abordaje sería el de añadir una disposición que no está ni expresa ni implícita en el Convenio del CIADI. De hecho, abrogaría efectivamente el esquema de garantías de la Sección 6 (particularmente bajo el artículo 54) y lo sustituiría para aquellos derechos expresamente calificados por un título a una garantía absoluta.”*

El Comité continuó afirmando que:

(35) *“En la opinión del Comité, tal posición predeterminada estaría en derogación del enfoque de interpretación reflejado en el artículo 31(1) de la Convención de Viena (ver para 27) y asimismo trabajaría de facto enmendando inadmisiblemente el Convenio del CIADI mediante la sustitu-*

¹⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile SA v. República de Chile*. ICSID Case ARB/01/17 (Procedimiento de Anulación). Decisión acerca de la solicitud de una continuación de la suspensión de la ejecución del laudo por parte del Demandado (Regla 54 de las Reglas de Arbitraje CIADI) párrafo 26.

ción de un nuevo y absoluto mecanismo de ejecución para las calificadas disposiciones del propio Convenio.”

El Comité luego añadió que:

(39) *“En ausencia de una historia de falta de pago por parte de la Argentina de laudos finales del CIADI (no hay aún ninguno), o de falta de puesta en marcha de mecanismos domésticos de ejecución de conformidad al Artículo 54 u otras circunstancias excepcionales, le parece al Comité que el Convenio del CIADI no apoya tal abordaje predeterminado por el cual una garantía debería ser el precio extraído para una suspensión que un Comité ha concluido es “requerida” en los términos del Artículo 52(5)¹⁶.”*

5. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN E HISTORIA DEL CONVENIO

El contexto histórico del Convenio del CIADI, como así sus *Travaux Préparatoires*¹⁷, parecen sostener la postura que aboga por un abordaje cauteloso de la cuestión acerca de si los Comités de anulación tienen el poder de requerir garantías a fin de que una suspensión sea concedida.

Una reflexión preliminar ha de ser hecha sobre el escenario legislativo que rodea-

ba la negociación del Convenio.

Todos los negociadores estaban ciertamente familiarizados con el lenguaje del Artículo VI de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (la “Convención de Nueva York”). Como es bien sabido, bajo la Convención de Nueva York los remedios disponibles relacionados a la ejecución de laudos arbitrales pueden ser condicionados al otorgamiento de una garantía financiera. El Artículo VI de la Convención de Nueva York establece que:

“Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.”

No hay una disposición similar en el Convenio del CIADI.

Más interesante aún, los *Travaux Préparatoires* del Convenio del CIADI demuestran que en la fase previa a la adopción del Convenio, la cuestión del requerimiento de una garantía (u orden similar) fue tenida en cuenta por los negociadores. Un borrador anterior del Artículo 52(5) del Convenio de hecho establecía que:

¹⁶ Referencia *Azurix vs Argentina*.

¹⁷ Las disposiciones del Convenio del CIADI son claras cuando son interpretadas a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. El resultado de esta interpretación es contraria a la imposición de una garantía como condición para la continuación de la suspensión de la ejecución del laudo. En consecuencia, y dado que el método principal de interpretación (método literal) conduce a un resultado indiscutible sobre el verdadero sentido y alcance de la norma, no resulta necesaria una búsqueda en los trabajos preparatorios del Convenio, que –en cualquier caso– constituyen un método suplementario de interpretación. No obstante ello, se realiza aquí una interpretación de acuerdo a los *Travaux Préparatoires*, ya que confirman la conclusión a la que se había previamente llegado.

“El Comité tendrá el poder de suspender la ejecución del laudo pendiente su decisión y recomendar cualquier medida provisional necesaria para la protección de los derechos de las partes¹⁸.”

En la versión final del Convenio del CIADI tal referencia a “medidas provisionales necesarias para la protección de los derechos de las partes” fue eliminada. Como es bien sabido por aquellos con aún una mínima experiencia en la manera en que los instrumentos internacionales son negociados y redactados, la transición de una fase a otra en el proceso de negociación del texto del tratado implica una larga y detallada discusión. La enmienda de un texto no se produce por casualidad.

¿Qué es lo que uno debería hacer de ello? Quizás sea difícil decirlo. Sin embargo, lo que parece indiscutible es que (i) la cuestión fue expresamente considerada por los negociadores, (ii) hubo casi un acuerdo sobre ello, pero (iii) eventualmente, por ciertas razones, fue eliminado.


¿Es posible descartar que los Estados contratantes luego de un profundo análisis y negociación de la cuestión decidieron no otorgar este poder a los Comités *ad hoc*? La situación pudo haber sido diferente si la cuestión acerca del requerimiento de una garantía para la suspensión no hubiese sido tenida en consideración. Si los *Travaux Préparatoires* hubiesen guardado silencio acerca de la cuestión entonces hubiese sido posible argumentar más convincentemente que requerir una garantía para conceder la suspensión está dentro de los poderes generales de los Comités de Anulación. Sin embargo,

el hecho de que tal poder fue tenido en cuenta específicamente, que fue preliminarmente acordado pero eventualmente omitido, necesariamente impone la reflexión que los Estados contratantes pueden haber positivamente acordado no otorgar tal poder a ese respecto.

6. CONCLUSIÓN

No puede negarse que el Convenio no establece, ni explícita ni implícitamente, la posibilidad de requerir una garantía como condición para conceder una suspensión. La mayoría de los Comités *ad hoc* parecen haber decidido la cuestión de si requerir o no una garantía por parte del Estado sin prestar la atención necesaria a la cuestión de si realmente tienen tal poder. En la mayoría de los casos, los Comités han seguido el camino de justificar sus razones –en favor o en contra de la garantía financiera– exclusivamente a través de lo que podría entenderse como consideraciones *ex aequo et bono*.

El Convenio del CIADI está llegando a una etapa de madurez que demanda que esta cuestión sea evaluada seriamente. Tal evaluación ha de tener como punto de partida el texto del Convenio y los *Travaux Préparatoires* como herramienta suplementaria de interpretación.

La historia del Convenio provee fuertes indicios sobre el hecho de que los Estados contratantes –luego de haber expresamente considerado la cuestión y luego de un primer borrador en el que tal poder era concedido– eventualmente decidieron no condicionar las suspensiones de ejecución al otorgamiento de una garantía. 

¹⁸ Ver “*Historia del Convenio del CIADI*” Volumen I pág. 238. Borrador (Doc. 24). Artículo IV, Sección 13(5). Mientras que el borrador establecía el poder del Comité de Anulación de requerir *medidas provisionales a fin de garantizar los derechos de las partes*, estas palabras fueron finalmente omitidas en la versión final del Convenio del CIADI actualmente en vigor.

ESTÁNDAR DE APLICACIÓN DE LA CAUSAL DE ANULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 52(1)(B) DEL CONVENIO CIADI, TRATÁNDOSE DE LA EXTRALIMITACIÓN DE FACULTADES EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

CLAUS VON WOBESER (*)

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Antecedentes del sistema de anulación CIADI. 3. Análisis del artículo 52(1) (b) del Convenio CIADI. 4. Extralimitación de facultades en la no aplicación de la ley aplicable. 5. Casos relevantes en cuanto a la extralimitación manifiesta de facultades en la no aplicación de la ley aplicable. 5.1. Distinción entre el error de derecho y la no aplicación de la ley aplicable. 5.2. El error en la aplicación de la ley, cuando es flagrante, constituye una causal de anulación. 5.3. Distinción entre el sistema de anulación y la apelación propiamente dicha. 5.4. El análisis del Comité ad hoc debe ser objetivo. 6. Conclusión.*



1. INTRODUCCIÓN

ad hoc.

Sin duda, una de las múltiples notas características de los procedimientos arbitrales conducidos de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en lo sucesivo el “Convenio CIADI”) es la previsión de un mecanismo propio de anulación de los laudos arbitrales, ya sea total o parcialmente, a través de la constitución de un Comité

En su artículo 53, el Convenio CIADI establece el carácter obligatorio de los laudos emitidos de conformidad con el mismo, así como la imposibilidad de someter dichos laudos a recurso alguno, salvo por los previstos en el mismo Convenio¹. Asimismo, el artículo 54 establece que los Estados contratantes deberán reconocer dicha obligatoriedad y ejecutar las resoluciones derivadas del mismo dentro de sus respec-

(*) Socio administrador de Von Wobeser y Sierra, S.C., México. Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, Ciudad de México. Doctor en Derecho por la *Université de Droit, d'Economie et de Sciences Sociales* de París. Vicepresidente, de la Corte de Arbitraje de la ICC, Presidente de la Comisión de Arbitraje de la ICC México. Miembro del LCIA, Consejero de Latinoamérica. Miembro del Consejo de Directores de la AAA.

¹ Artículo 53 del Convenio CIADI: “(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.”

tivos territorios².

Una característica que distingue al Convenio CIADI es la posibilidad que tienen las partes de solicitar la anulación del laudo arbitral en virtud de alguna de las causales que éste señala de manera limitativa en su artículo 52(1), mismas que se refieren a continuación: (i) que el Tribunal hubiere sido constituido incorrectamente; (ii) que exista una extralimitación manifiesta del Tribunal respecto de sus facultades; (iii) que hubiere habido corrupción por parte de alguno de los miembros del Tribunal; (iv) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (v) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que éste se funde.

Como es evidente, las causales recién enunciadas se relacionan fundamentalmente con los principios de justicia y debido proceso y tienden a tutelar la legitimidad del procedimiento arbitral en sí mismo, sin cuestionar directamente el fondo de la resolución emitida en virtud de éste. Como consecuencia de lo anterior, el procedimiento de anulación previsto en el Con-

venio CIADI de ninguna manera puede entenderse como un recurso de apelación respecto del fondo de la controversia, por lo que el Comité *ad hoc*, encargado de conocer de la anulación, no tiene facultades para pronunciarse respecto de los méritos de ésta ni para modificar el contenido del laudo³.

2. ANTECEDENTES DEL SISTEMA DE ANULACIÓN CIADI

Los casos de anulación han sido divididos en las denominadas “generaciones”. La primera generación abarca los casos generados entre 1985 y 1986; la segunda generación comprende las solicitudes de anulación generadas entre 1989 y 1992 y finalmente, la tercera generación va del año 2002 al 2009.

De la información y estadísticas publicadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, se desprende que a principios de 2011, existen un total de 219 casos concluidos⁴. En 27 de ellos fue presentada una solicitud de anulación⁵ y seis de éstos fueron

² Artículo 54 del Convenio CIADI: “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado”.

³ PETROCHILOS, Georgios, “ICSID Convention, Chapter IV, Section 5, Article 52 [Annulment]”. En *Concise International Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 133.

⁴ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>, <consultado el 28 de abril de 2011>.

⁵ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1); *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI No. ARB/81/2); *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3); *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3); *Wena Hotels Limited c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4); *Philippe Gruslin c. Malasia* (Caso CIADI No. ARB/99/3); *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI No. ARB/99/7); *Consortium R.F.C.C. c. Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/6); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7); *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8); *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/01/10); *Azurix Corp. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12); *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI No. ARB/02/7); *Siemens A.G. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8); *Ahmonseto, Inc. y otros c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/02/15); *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4); *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. c. República de Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/03/6); *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11); *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de*

descontinuados⁶.

Asimismo, cabe mencionar que a principios del 2011 existen 127 casos pendientes de conclusión en el CIADI, de los cuales once esperan resolución en relación con la solicitud de anulación⁷.

Finalmente, existen dos casos que aún están pendientes de resolución en cuanto al fondo por los tribunales reconstituidos, respecto de los cuales ya se emitió la resolución relativa a la solicitud de anulación⁸.

Remontando al primer procedimiento de anulación que se presentó en el CIADI respecto del caso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. Camerún* (Caso CIADI No.

ARB/81/2), éste fue resuelto en mayo de 1985. A éste le siguieron los casos, *Amco Asia Corporation c. Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1), registrado en marzo de 1985 y resuelto un año más tarde, así como *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea*, que data de diciembre de 1989⁹.

En los casos antes mencionados, se produjo la anulación de los respectivos laudos y en ambos se sometió la controversia a un nuevo Tribunal Arbitral, originándose un nuevo procedimiento de anulación¹⁰.

Ahora bien, cabe mencionar que en el periodo transcurrido entre los años 1985 y 2000, se resolvieron únicamente

Filipinas (Caso CIADI No. ARB/03/25); *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/28); *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. Gabonese Republic* (Caso CIADI No. ARB/04/5); *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/04/7); *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* (Caso CIADI No. ARB/05/10); *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/15); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazakstán* (Caso CIADI No. ARB/05/16); *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/19). Información publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

⁶ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3); *Philippe Gruslin c. Malasia* (Caso CIADI No. ARB/99/3); *Siemens A.G. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8); *Ahmonseto, Inc. y otros c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/02/15); *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11); *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/15). Información publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

⁷ *Victor Pey Casado y President Allende Foundation c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1); *Continental Casualty Company c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/9); *RSM Production Corporation c. Grenada* (Caso CIADI No. ARB/05/14); *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia* (Caso CIADI No. ARB/05/18); *Togo Electricité y GDF- Suez Energie Services c. República de Togo* (Caso CIADI No. ARB/06/7); *Nations Energy, Inc. y otros c. República de Panamá* (Caso CIADI No. ARB/06/19); *Ron Fuchs c. Georgia* (Caso CIADI No. ARB/07/15); *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erőmű Kft. c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22); *Astaldi S.p.A. c. República de Honduras* (Caso CIADI No. ARB/07/32); *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Hashemite Kingdom of Jordan* (Caso CIADI No. ARB/08/2). Información publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

⁸ *Enron Creditors Recovery Corporation* (antes Enron Corporation) y *Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) y *Sempra Energy International c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16). Información publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

⁹ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded> <consultada el 27 de abril de 2011>.

¹⁰ El caso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. Camerún* fue sometido a un segundo Tribunal Arbitral en julio de 1985, iniciándose el segundo procedimiento de anulación tres años después. Asimismo, el caso *Amco Asia Corporation y otros c. Indonesia* se sometió a un nuevo procedimiento arbitral en junio de 1987 y a un segundo procedimiento de anulación en febrero de 1991. Información publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

cuatro¹¹ procedimientos de anulación, de los cuales tres concluyeron con la anulación del laudo. Sin embargo, en el periodo transcurrido entre 2001 y 2010, se resolvieron en total 23 solicitudes.

Dado que el inciso (b) del artículo 52(1) ha sido una de las causales recurridas con mayor frecuencia en los procedimientos de anulación iniciados hasta ahora, el presente artículo se centrará únicamente en el análisis de la extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal Arbitral al emitir el laudo.

En virtud de lo anterior, las siguientes líneas realizarán un análisis del artículo 52(1)(b) y examinarán de manera puntual algunos casos en los que se ha iniciado un procedimiento de anulación con fundamento en dicha causal, haciendo referencia a los conceptos que ésta engloba y en las diversas resoluciones emitidas por los Comités *ad hoc* en cada caso concreto.

Ahora bien, el presente artículo analizará los casos más relevantes que se han generado desde 1985, mismos que, como se verá a continuación, han sentado las bases y los principios que deben regir el actuar de los Comités *ad hoc*.

3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 52(1) (B) DEL CONVENIO CIADI

Como ya se mencionó en líneas pasadas, la segunda causal contenida en el artículo 52(1) del Convenio CIADI ha sido invocada en diversos casos para la anulación de los laudos arbitrales emitidos en los mismos. Sin embargo, los diversos Tribunales Arbitrales han distinguido de manera precisa y puntual, los diversos casos en los que dicha causal se verifica.

En este sentido, es posible afirmar que la extralimitación manifiesta del tribunal arbitral respecto de sus facultades se verifica en los siguientes casos:

- i. Falta de jurisdicción o extralimitación en la jurisdicción por parte del Tribunal Arbitral;
- ii. No ejercicio de la jurisdicción; y
- iii. No aplicación de la ley aplicable.

A continuación haremos una puntual referencia al último supuesto.

4. EXTRALIMITACIÓN DE FACULTADES EN LA NO APLICACIÓN DE LA LEY APLICABLE

La extralimitación de facultades del Tribunal Arbitral como consecuencia de la no aplicación de la ley que, de conformidad con el artículo 42 del Convenio CIADI, resulta aplicable al fondo de la controversia, es un tema altamente recurrente en los casos hasta ahora generados. Desde un inicio los Comités *ad hoc* han prestado particular atención a esta variante del artículo 52(1) (b) del Convenio.

En virtud de lo anterior, a continuación se analizarán de manera puntual los casos más significativos en este respecto, así como las decisiones que han contribuido al esclarecimiento de esta causal de anulación y que han guiado el actuar de los Comités *ad hoc*.

5. CASOS RELEVANTES EN CUANTO A LA EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DE FACULTADES EN LA NO APLICACIÓN DE LA LEY APLICABLE

5.1. Distinción entre el error de Derecho y la no aplicación de la ley aplicable

¹¹ Cabe recordar que los casos *Amco*, *Klöckner* y *Vivendi* fueron sometidos a un segundo procedimiento de anulación.

Sin duda, una de las mayores aportaciones de los Comités *ad hoc* es la clara distinción que han establecido entre la aplicación errónea de la ley y la falta de aplicación de la ley aplicable. Tal y como se desprende de los casos siguientes, los diversos Comités en las tres generaciones, establecieron que si bien la no aplicación de la ley aplicable constituye una causal de anulación del laudo de conformidad con el artículo 52(1) (b) del Convenio CIADI, el error de Derecho no debe ser considerado como tal.

5.1.1. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. Camerún*

La solicitud de anulación en el caso *Klöckner*¹² fue presentada en febrero de 1984 con base, entre otras, en la extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades¹³.

Entre las alegaciones relativas a la extralimitación de facultades del Tribunal, *Klöckner* argumentó violaciones a lo dispuesto por el artículo 42(1) del Convenio CIADI, es decir, por la falta de aplicación de la ley aplicable¹⁴. Al pronunciarse acerca de la procedencia de este argumento, el Comité *ad hoc* estableció que el artículo 52 del Convenio CIADI no debe interpretarse como una recomendación dirigida a los árbitros, ni como una obligación carente de sanción en caso de incumplimiento. Por el contrario,

el Comité determinó que dicha disposición debe ser interpretada a la luz del artículo 42 y, por lo tanto, que la extralimitación de facultades bien puede consistir en la falta de aplicación de la ley convenida por las partes en el acuerdo arbitral o en la aplicación de otras normas.

En este sentido, el Comité *ad hoc* estableció la distinción entre la no aplicación de la ley aplicable y la aplicación errónea de dicha ley, concluyendo que mientras que la primera debe producir necesariamente la anulación del laudo, la segunda no puede constituir una causal de anulación¹⁵.

De este modo, el Comité *ad hoc* anuló el laudo correspondiente en su totalidad debido a que el Tribunal Arbitral no aplicó la ley aplicable.

5.1.2. *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinea*

En este caso, *Guinea* solicitó al Comité *ad hoc* la anulación del laudo arbitral con base en el inciso (b) del artículo 52(1) del Convenio CIADI, basando su argumento en el hecho de que el Tribunal no había aplicado la ley correcta (la ley de Guinea) y que en su lugar, fundamentaba su resolución en una disposición del Código Civil Francés, en violación a lo dispuesto por el artículo 42(1) del Convenio¹⁶.

¹² Los comienzos de este caso se remontan a abril de 1981, cuando *Klöckner*, una sociedad de nacionalidad alemana y dos de sus subsidiarias, iniciaron un procedimiento arbitral bajo las reglas del Convenio CIADI en contra de *Camerún* y *Société Camerounaise des Engrais*. El Tribunal Arbitral fue constituido en octubre de 1981 y emitió el laudo correspondiente dos años después.

¹³ La Solicitud de Anulación en el caso *Klöckner* también fue basada en el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento y la falta de fundamentación del laudo.

¹⁴ Artículo 42(1) del Convenio CIADI: "El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables."

¹⁵ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. Camerún* (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión sobre la Anulación del Laudo de fecha 3 de mayo de 1985. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafos 60-61.

¹⁶ *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial del Laudo de fecha 6 de enero de 1988. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 6.40.

Interpretando lo dispuesto por el artículo 42(1) del Convenio, el Comité determinó que dicha disposición resulta relevante en dos aspectos: el primero, es que otorga a las partes la libertad irrestricta de acordar la ley aplicable a los méritos de la controversia y el segundo es que constriñe al Tribunal Arbitral a respetar la autonomía de las partes y aplicar la ley elegida por éstas. A la luz de este razonamiento, el Comité estableció que independientemente de cuál sea la ley aplicable elegida por las partes, es necesario distinguir entre la no aplicación de la ley aplicable y la aplicación errónea de la misma, no siendo esta última una causal de anulación del laudo, por más manifiesto que sea el error¹⁷.

Asimismo, el Comité señaló que: “La prescindencia por un Tribunal de las reglas de derecho acordadas constituiría una derogación de los términos de referencia conforme a los cuales ha sido autorizado su funcionamiento. Ejemplos de tal derogación incluyen la aplicación de reglas de derecho distintas de las que han sido convenidas por las partes, o una sentencia no fundada en derecho alguno, salvo que las partes hubiesen acordado una decisión *ex aequo et bono*. Si la derogación es manifiesta, la misma implica una extralimitación manifiesta de facultades. Debe distinguirse la prescindencia de las reglas de derecho aplicables de la errónea aplicación de dichas reglas la cual, aún si es manifiestamente injustificada, no constituye causal de anulación”¹⁸.

Al pronunciarse sobre los argumentos antes citados, el Comité *ad hoc* señaló que, si bien la ley aplicable a la controversia era la ley de Guinea y aún cuando el Tribunal Arbitral había cometido un error al citar un artículo del Código Civil Francés, dicho artículo se encuentra contenido también en el Código Civil de la Unión Francesa (Code Civil de l’Union Française), aplicable en Guinea, bajo la misma numeración. En virtud de lo anterior, el Comité estimó que no existía, en este caso, falta de aplicación de la ley aplicable por parte del Tribunal Arbitral¹⁹.

5.1.3. *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina*

En este caso, la República de Argentina solicitó la anulación del laudo arbitral sosteniendo que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades, argumentando que éste no utilizó el Derecho aplicable, así como la comisión de diversos errores de Derecho.

En este sentido, el Comité estableció que “un laudo no escapará de la nulidad si el Tribunal, mientras pretende aplicar el derecho relevante, realmente aplica otro derecho completamente diferente. Sin embargo, el error debe ser “manifiesto” e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular”²⁰.

El Comité, en su decisión, sigue la

¹⁷ *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial del Laudo de fecha 6 de enero de 1988. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 5.03.

¹⁸ *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial del Laudo de fecha 6 de enero de 1988. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 5.03.

¹⁹ *Maritime International Nominees Establishment c. Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial del Laudo de fecha 6 de enero de 1988. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 6.40.

²⁰ *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de fecha 25 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 51.

tendencia establecida en el caso *MINE*, distinguiendo entre la falta de aplicación del Derecho y el error en su aplicación²¹.

De igual forma, el Comité *ad hoc* reconoce que la jurisdicción que éste posee en virtud del artículo 52 del Convenio CIADI, es limitada, señalando al efecto lo siguiente:

*“El Comité ha identificado una serie de errores y defectos al examinar el laudo. En efecto, éste contiene evidentes errores de derecho, vacíos y omisiones, todos los cuales han sido identificados y destacados por el Comité. Sin embargo, el Comité está consciente de que ejerce su jurisdicción bajo el limitado mandato que le confiere el artículo 52 del Convenio del CIADI. El alcance de este mandato permite la anulación como una alternativa sólo cuando se cumplen determinadas condiciones. Tal como se ha declarado (...), en estas circunstancias el Comité no puede reemplazar la apreciación de los hechos y del derecho realizada por el Tribunal por la suya”*²².

El Comité, de manera explícita, señaló que aún ante errores evidentes de De-

recho y omisiones, no puede reemplazar la apreciación de los hechos y del Derecho, realizada por el tribunal.

5.1.4. Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR)

En este caso, PETROECUADOR solicitó la anulación del laudo conforme al artículo 52(1)(b) del Convenio, alegando que el Tribunal de manera manifiesta y antijurídica se extralimitó en sus facultades²³.

En relación con la aplicación del sistema normativo ecuatoriano, el Comité *ad hoc* reiteró la postura asumida en casos anteriores estableciendo que bajo el sistema de anulación del CIADI, “los errores cometidos en la aplicación de una ley, en contraste con su incumplimiento, no constituyen, de conformidad al artículo 42 del Convenio, una causal de anulación de un laudo”²⁴.

Como parte del análisis de la causal 52(1)(b), el Comité *ad hoc* determinó que para que el exceso en las facultades de un Tribunal de Arbitraje constituya una causal válida para la anulación de un laudo conforme al artículo 52(1) (b) del Convenio del CIADI, éste debe ser “manifiesto”. En este

²¹ *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de fecha 25 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 50.

²² *CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de fecha 25 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 158.

²³ Como fundamento, PETROECUADOR alegó que el Tribunal se excedió en sus facultades violando el artículo 52(1) (b) del Convenio al no aplicar la ley ecuatoriana y: i) pronunciándose competente para resolver la controversia de acuerdo con el Contrato Modificatorio y no con fundamento en el Contrato de Prestación de Servicios, como debió haberlo hecho; ii) ignorando y no dando fuerza de cosa juzgada a la decisión administrativa de la DNH; y iii) admitiendo la demanda de Repsol a pesar de que ésta carecía de la autorización previa del Comité de Operación conforme al Acuerdo de Participación Conjunta (“Joint Operating Agreement”) firmado el 7 de febrero de 1996 y las Reglas 1 y 2(1) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Reglas de Iniciación).

²⁴ *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (PETROECUADOR) (Caso CIADI No. ARB/01/10), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo de fecha 8 de enero de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 38.

sentido, dicho Comité señaló que un exceso en las facultades es “manifiesto” cuando éste es “evidente por sí solo” de la lectura del laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo”²⁵.

De igual forma, el Comité fundamentó su criterio estableciendo que “la palabra se relaciona no tanto con la seriedad del exceso o la naturaleza fundamental de la norma que se ha violado, sino más bien con el proceso cognitivo que la hace aparente. Un exceso en las facultades es manifiesto cuando puede discernirse con poco esfuerzo y sin necesidad de un análisis profundo”²⁶. Bajo esta perspectiva, el Comité concluyó que el alcance de sus facultades se encontraba limitado a aquellos casos en los que los laudos contenían errores manifiestos, cuya gravedad pondría en duda la legitimidad misma de los procedimientos. Al no existir errores manifiestos y graves en el caso, el Comité *ad hoc* rechazó categóricamente la solicitud de anulación²⁷.

5.1.5 *Azurix Corp. c. República de Argentina*

La solicitud de anulación fue presentada en este caso por la República de Argentina en noviembre de 2006, alegando que el Tribunal no aplicó a la controversia la ley de Argentina, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42(1) del Convenio CIADI.

En atención a lo anterior, el Comité *ad hoc* manifestó que la extralimitación de facultades bien puede actualizarse cuando el Tribunal omite aplicar la ley aplicable o cuando éste basa el laudo en una ley distinta a la ley aplicable conforme al artículo 42 del Convenio CIADI. De igual forma, el Comité afirmó que la causal prevista en el artículo 52(1)(b) se actualiza en aquellos casos en los que el Tribunal no aplica ley alguna en la resolución de la controversia, actuando como un tribunal de equidad sin haber sido autorizado según el artículo 42(3) del Convenio²⁸.

Derivado del análisis de los casos referidos, se advierte que existe un amplio consenso de que en el sistema de anulación CIADI, la aplicación errónea de la ley por ningún motivo debe conllevar la nulidad del laudo, aún cuando el error sea manifiesto y sea advertido por el Comité *ad hoc*.

Asimismo, resulta evidente que en los casos antes mencionados prevaleció un estándar de aplicación estricta, en el cual las facultades del Comité se encuentran sumamente limitadas.

5.2. El error en la aplicación de la ley, cuando es flagrante, constituye una causal de anulación

En contraposición al criterio establecido en el inciso anterior, diversos Comités *ad*

²⁵ *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (PETROECUADOR) (Caso CIADI No. ARB/01/10), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo de fecha 8 de enero de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 36, página 22.

²⁶ *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (PETROECUADOR) (Caso CIADI No. ARB/01/10), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo de fecha 8 de enero de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 36.

²⁷ *Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (PETROECUADOR) (Caso CIADI No. ARB/01/10), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo de fecha 8 de enero de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 75.

²⁸ *Azurix Corp. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre la Anulación del Laudo de fecha 1 de septiembre de 2009. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 136.

hoc han seguido un criterio más amplio por lo que respecta al estándar de anulación. En este sentido, los precedentes que a continuación se analizan, arrojan una conclusión en común: la aplicación errónea de la ley aplicable sí constituye una causal de anulación, siempre y cuando ésta sea flagrante.

5.2.1. *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*

En el caso de *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes*²⁹, el Comité *ad hoc* al evaluar la distinción entre la falta de aplicación de la ley aplicable y los errores en la aplicación de la ley, señala que: “La manifestación general en el sentido que la aplicación o interpretación errónea de la ley no es una causal de anulación, es un tema poco controvertido y es seguido por este Comité *ad hoc*, sin embargo, la aplicación práctica de la ley a los hechos concretos, puede en ocasiones no ser tan evidente”³⁰.

En su razonamiento señala que sólo una violación flagrante a la ley aplicable constituye un parámetro para la anulación por error en la aplicación de la ley, estableciendo lo siguiente:

“El error en la interpretación o aplicación del derecho puede ser en casos particulares tan flagrante o atroz que conlleve una omisión en la aplicación de la ley aplicable. El error

grave y consecuente en la interpretación o aplicación del derecho adecuado, que ninguna persona razonable (‘bon père de famille’) podría aceptar debe distinguirse de un error simple –incluso de un error serio– en la interpretación del derecho, que en muchas jurisdicciones nacionales puede ser sujeto a un recurso de apelación ordinario, en contraposición, por ejemplo, a un recurso extraordinario de revisión de sentencia”³¹.
(Énfasis añadido)

En este caso, el Comité concluyó que el Tribunal sí aplicó el derecho elegido por las partes y que no existió un error flagrante, en consecuencia no anuló el laudo.

5.2.2. *Sempra Energy International c. Argentina*

En el caso de *Sempra Energy International c. Argentina*³² Argentina solicitó la anulación del laudo con base en la existencia de “errores manifiestos de derecho” en la aplicación de la ley aplicable.

Al analizar los argumentos de Argentina, el Comité señaló que: “Como propuesta general, este Comité no desea descartar totalmente la posibilidad de que un error manifiesto de derecho pueda, en una situación excepcional, ser de una notoriedad tal que importe una extralimitación manifiesta

²⁹ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes* (Caso CIADI No. ARB/02/7). Decisión sobre Anulación de fecha 5 de junio de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

³⁰ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes* (Caso CIADI No. ARB/02/7). Decisión sobre Anulación de fecha 5 de junio de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 85-86.

³¹ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes* (Caso CIADI No. ARB/02/7). Decisión sobre Anulación de fecha 5 de junio de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 85-86.

³² *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16), Decisión sobre Anulación de fecha 29 de junio de 2010. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

de facultades”³³.

5.2.3. *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*

La decisión de anulación en este caso fue emitida el 21 de marzo de 2007, estableciendo que la falta de aplicación de la ley aplicable, como causa de anulación, comprende aquéllos casos en los que el Tribunal “hace de la ley que pretendía aplicar, un desorden real y sustancial”³⁴.

Bajo este mismo criterio, el Comité señaló lo siguiente:

“Hay una etapa (...) en la que un Tribunal, al aplicar una regla de derecho, la entiende de manera tan incorrecta que se debe considerar que éste hizo caso omiso de la regla, como si no la hubiese aplicado en lo absoluto. La supuesta aplicación de la ley debe ser tan inadecuada y afectada por el error fundamental, que trascienda la mera comisión de un error en la aplicación de la ley y se convierta en un verdadero caso de no aplicación de la misma”³⁵.

En virtud de lo anterior, el criterio del Comité *ad hoc* claramente establece que cuando el tribunal comete un error manifiesto en la aplicación de la ley, tal error debe entenderse como la falta total de aplicación

de dicha ley. Consiguientemente, el error debe ser tan fundamental que trascienda la mera comisión de un error en la aplicación de la ley y se erija como un caso de no aplicación de la misma.

De igual forma, la decisión de anulación en comento establece que “(...) el problema con esta fórmula es que va más allá de la inevitable apelación del error de Derecho – error de derecho combinado con adjetivos, pero error de derecho al fin y al cabo. El Comité reconoce que la noción de intentar aplicar la ley no es una cuestión meramente subjetiva. Un laudo no escapará de la anulación si el Tribunal, al pretender aplicar la ley aplicable, aplica una ley totalmente diferente. Pero en ese caso, el error debe ser “manifiesto,” indiscutible y la interpretación equivocada (menos aún un simple desacuerdo) respecto del contenido de una regla en particular no es suficiente”³⁶.

En este orden de ideas, el Comité reconoció que la evaluación de la aplicación de la ley es una cuestión meramente objetiva, pero para que la anulación del laudo proceda, el error en dicha aplicación debe ser manifiesto e indiscutible.

Tal y como se desprende de los casos anteriormente citados, los Comités *ad hoc* admitieron un criterio de evaluación más amplio e incluso más permisivo por lo que respecta al estándar de anulación conforme

³³ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16), cuya Decisión sobre Anulación de fecha 29 de junio de 2010. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafos 164-165.

³⁴ *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7). Decisión sobre Anulación de fecha 21 de marzo de 2007. Publicada en la página web http://cil.nus.edu.sg/rp/id/arbcases/pdf/MTD_v_Chile-pdf.pdf, <consultada el 13 de junio de 2011>, párrafo 46.

³⁵ *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7). Decisión sobre Anulación de fecha 21 de marzo de 2007. Publicada en la página web http://cil.nus.edu.sg/rp/id/arbcases/pdf/MTD_v_Chile-pdf.pdf, <consultada el 13 de junio de 2011>, párrafo 46.

³⁶ *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7). Decisión sobre Anulación de fecha 21 de marzo de 2007. Publicada en la página web http://cil.nus.edu.sg/rp/id/arbcases/pdf/MTD_v_Chile-pdf.pdf, <consultada el 13 de junio de 2011>, párrafo 47.

al artículo 52(1) (b) del Convenio CIADI. Al admitir que la flagrancia en los errores de derecho bien puede conllevar la anulación del laudo, estos Comités automáticamente ampliaron el ámbito de interpretación de ésta causal.

5.3. Distinción entre el sistema de anulación y la apelación propiamente dicha

Otro de los criterios que ha guiado el actuar de los Comités *ad hoc* al pronunciarse respecto de la anulación de los laudos, es el hecho de que el sistema de anulación CIADI debe ser considerado como un recurso de excepción, por lo que la labor del Comité no consiste en una revisión de los méritos del conflicto, y mucho menos en sustituir el criterio del Tribunal Arbitral por el suyo, por lo que se debe establecer una clara distinción entre el sistema de anulación y la apelación propiamente dicha.

5.3.1. *Amco Asia Corporation c. Indonesia*

En este caso, Indonesia solicitó la anulación del laudo con base en la extralimitación manifiesta del Tribunal en sus facultades. En este respecto, el Comité *ad hoc* se pronunció de la siguiente manera:

“La ley aplicada por el Tribunal será examinada por el Comité ad hoc, no con el propósito de juzgar si el Tribunal cometió errores en la interpretación de los requisitos de la ley

aplicable o en la valoración o evaluación de los hechos relevantes en los que dicha ley fue aplicada. Dicho escrutinio es propiamente la labor de un tribunal de apelación, lo que el Comité ad hoc no es. El Comité ad hoc se limitará a determinar si el Tribunal aplicó la ley que tenía obligación de aplicar en la controversia. La falta de aplicación de dicha ley, a diferencia de la interpretación incorrecta de la misma, constituiría una extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal y una causal de nulidad de conformidad con el artículo 51(1)(b) [sic] del Convenio”³⁷. (Énfasis añadido)

Bajo esta perspectiva, el Comité anuló el laudo totalmente, argumentando que si bien el Tribunal había identificado la ley aplicable, no la aplicó³⁸.

5.3.2. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú*

Este procedimiento de anulación fue registrado por el CIADI en 2005 e invocaba, entre otras causales, una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal³⁹. En su resolución, el Comité *ad hoc*, reconoció el alcance general de lo dispuesto por el artículo 52(1) (b), así como el hecho de que la solicitud de anulación no constituye una apelación, por lo que revisar en su totalidad el laudo del Tribunal

³⁷ *Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No ARB/81/1), citado en *Azurix Corp. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre la Anulación del Laudo de fecha 1° de septiembre de 2009. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 137.

³⁸ SCHREUER, Christoph, “Three Generations of ICSID Annulment Proceedings”. En: <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/69.pdf>, <consultada el 27 de abril de 2011>, p. 23.

³⁹ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo de fecha 5 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>. El párrafo 31 establece, que según el promovente: “(...) el

resultaría improcedente⁴⁰.

Adicionalmente, el Comité señaló que “uno de los fines generales del Artículo 52, previsto en el apartado (1)(b), sería que la anulación no debería declararse fácilmente”⁴¹.

5.3.3. *Azurix Corp. c. República de Argentina*

En el estudio de la causal prevista en el artículo 52(1)(b), el Comité *ad hoc* rechazó la solicitud de anulación de la República de Argentina, señalando que la función de un Comité *ad hoc* no es analizar el fondo de la resolución del Tribunal arbitral, sino determinar si el Tribunal aplicó la ley que resultaba aplicable en el caso concreto⁴².

Con base en lo anterior, es claro que el Comité logró establecer una clara distinción entre la labor de un Tribunal de apelación, consistente en abordar nuevamente los méritos de la controversia, y la actuación de un Comité de anulación, misma que se limita a verificar la existencia de las causales previstas en el Convenio CIADI.

5.3.4. *Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina*

El caso *Enron Creditors Recovery Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina* es el caso de anulación más reciente.

En éste, el Comité *ad hoc* señaló que “los laudos CIADI no están sujetos a apelación o a ningún otro recurso, excepto los detallados en el Convenio del CIADI. Por ello, en los procesos de anulación CIADI previstos en el artículo 52 del Convenio del CIADI, los Comités *ad hoc* no son tribunales de apelación y no pueden considerar el fondo de la cuestión. En cambio, solo pueden determinar si debe anularse un laudo sobre la base de una de las causas detalladas en el artículo 52(1)”⁴³.

5.4. El análisis del Comité *ad hoc* debe ser objetivo

En casos recientes ha prevalecido un criterio objetivo por lo que hace a las facultades de los Comités de anulación, recono-

Tribunal se arrogó la potestad, que en realidad no poseía, de declarar que una medida gubernamental adoptada después de la entrada en vigencia de un convenio de inversiones cae fuera del ámbito de aplicación del convenio simplemente porque su “objeto” coincidía con el de medidas gubernamentales anteriores declaradas nulas formal, jurídica e irrevocablemente por los tribunales locales, y porque este capítulo de la historia nunca dejó de molestar al Gobierno, que siguió azuzando a la opinión pública. Además, al considerar la opinión pública y las creencias subjetivas del Gobierno, en lugar de aplicar principios jurídicos reconocidos sobre competencia *ratione temporis* y el carácter definitivo de las sentencias, el Tribunal faltó a su obligación de aplicar el derecho apropiado. Al hacerlo, no ejerció la competencia que apropiadamente le correspondía. Todos esos errores constituyen una extralimitación manifiesta de facultades en la acepción del Artículo 52(1) (b) del Convenio CIADI.”

⁴⁰ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4). Decisión sobre la solicitud de anulación de fecha 5 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, párrafo 101.

⁴¹ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4). Decisión sobre la solicitud de anulación de fecha 5 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 101.

⁴² *Azurix Corp. c. República de Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre la Anulación del Laudo de fecha 1 de septiembre de 2009. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 176.

⁴³ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*. (Caso CIADI No. ARB/01/73). Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de fecha 30 de julio de 2010, párrafo 63. http://www.arbitrajeglobal.com/solicitud_de_anulacion_de_laudo_julio10 <consultada el 29 de abril de 2011>.

ciendo así el hecho de que el sistema de anulación CIADI debe versar sobre cuestiones ajenas al fondo del asunto.

Si bien en los siguientes casos, los Comités han logrado establecer este principio de objetividad respecto de su labor, y también ha quedado en evidencia que se trata de un criterio de difícil aplicación práctica.

5.4.1. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú*

Por lo que hace al alcance de sus facultades, el Comité *ad hoc* estableció que:

“la interpretación de los tratados no es una ciencia exacta, y es frecuente que una norma en disputa admita más de una interpretación y en algunos casos varias interpretaciones. Como ya se señaló, no forma parte de las funciones del Comité tratar de sustituir el criterio adoptado por el Tribunal por su propia opinión. La interpretación del artículo 2 adoptada por el Tribunal es claramente admisible. También es claro que no es la única interpretación admisible. Al Comité no se le ha encomendado la tarea de establecer si una interpretación es “mejor” que otra, ni, en realidad, cuál de varias interpretaciones posibles puede considerarse “la me-

*mejor”, sino que tiene que ocuparse exclusivamente del proceso a través del cual el Tribunal pasó de su premisa a su conclusión”*⁴⁴.

En este caso el Comité no anuló el laudo ya que consideró que aún cuando la interpretación del Tribunal, en algunos aspectos fue incompleta no encontró fundamentos para concluir que el Tribunal hubiese pasado por alto algún elemento significativo de las normas internacionales, notorias y ampliamente aceptadas, sobre interpretación de los tratados⁴⁵.

En éste sentido, no pudo concluir que “los fundamentos expuestos por el Tribunal en el laudo, aunque sucintos y en algunos casos simplificados con respecto a la Convención de Viena, hayan constituido una extralimitación –menos aún manifiesta– de las facultades del Tribunal, en la acepción dada al término por el artículo 52(1) (b) del Convenio”⁴⁶.

5.4.2. *Sempra Energy International c. Argentina*

En el caso de *Sempra Energy International c. Argentina*⁴⁷ Argentina alegó que el Tribunal cometió “errores manifiestos de derecho” que consistieron en equiparar al artículo XI del TBI con el artículo 25 de la CDI. Además, que el Tribunal cometió un grave error de Derecho al considerar apli-

⁴⁴ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4). Decisión sobre la solicitud de anulación de fecha 5 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 112.

⁴⁵ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4). Decisión sobre la solicitud de anulación de fecha 5 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 116.

⁴⁶ *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4). Decisión sobre la solicitud de anulación de fecha 5 de septiembre de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 116.

⁴⁷ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16), Decisión sobre Anulación de fecha 29 de junio de 2010. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>.

car el artículo 27 al posible deber del Estado de pagar una indemnización antes de analizar si la responsabilidad quedaba excluida en virtud del artículo XI. En este sentido, argumenta Argentina que la aplicación del artículo 27 en virtud del Derecho internacional consuetudinario constituía un error manifiesto de derecho.

En el análisis de la extralimitación de facultades, el Comité hace referencia a un enfoque de dos pasos:

“212. Parecería que los Comités ad hoc han aplicado ya sea un enfoque de dos pasos que determina primero si se configura una extralimitación de facultades y, en tal caso, si dicha extralimitación es manifiesta, o un enfoque que comienza con una evaluación prima facie de la presencia de cualquier extralimitación manifiesta que se da por terminada si el resultado es negativo. El Comité favorece el enfoque de dos pasos dado que la extralimitación de facultades es un requisito sine qua non para la necesidad de medir el carácter manifiesto de la extralimitación, y permite un análisis más contundente de lo que constituye una violación por un lado, y lo que la hace manifiesta por el otro”⁴⁸.

Conforme a lo anterior, queda en evidencia que el Comité desarrolló un método de dos pasos para evaluar la extralimitación de facultades de forma más objetiva y que lleva a un análisis más contundente de una violación y su estándar de manifiesta.

Siguiendo éste método de dos pasos, en su decisión el Comité llegó a la conclusión de que el Tribunal no aplicó el Derecho aplicable (ya que en vez de aplicar el TBI aplicó el Derecho consuetudinario), y en ese sentido se configuró la extralimitación de sus facultades, sin que en el caso específico fuese necesario entrar a evaluar las cuestiones relacionadas con la aplicación del Derecho.

5.4.3. *Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina*

El 21 de febrero de 2008 la República Argentina presentó ante el CIADI una solicitud invocando la anulación con base en el artículo 52(1)(b); la demandante de la nulidad argumentó que el Tribunal Arbitral no se basó en la ley aplicable para determinar si las medidas económicas adoptadas por el gobierno argentino para afrontar la crisis económica del 2001 constituyeron una violación al Tratado Bilateral de Inversión firmado entre Argentina y Estados Unidos.

En el presente caso, Enron argumentó en el procedimiento arbitral que Argentina violó sus obligaciones comprendidas en el Tratado Bilateral de Inversión firmado por Argentina y Estados Unidos; mientras que la postura de Argentina se basó en afirmar que la adopción de dichas medidas económicas estaba permitida a la luz del artículo 11 del Tratado de Inversión⁴⁹.

En relación con las alegaciones de las partes, el Comité *ad hoc* señaló que la función del Comité no consiste “en llegar a

⁴⁸ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16), cuya Decisión sobre Anulación de fecha 29 de junio de 2010. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 212.

⁴⁹ Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos de Norteamérica y la República de Argentina, firmado el 14 de noviembre de 1991, entra en vigor el 20 de octubre de 1994. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf, <consultado el 17 de agosto de 2011> artículo 11.

su propia conclusión sobre la interpretación correcta del TBI y del Convenio del CIADI con respecto a estas cuestiones, sino la de determinar si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al arribar a su conclusión.

Al abordar esta cuestión, el Comité debe considerar las cláusulas del TBI y del Convenio del CIADI, deben interpretarse conforme a las normas de interpretación de Tratados del Derecho internacional consuetudinario, codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita en 1969⁵⁰.

De este modo, los razonamientos más recientes de los Comités de anulación han percibido la necesidad de emitir pronunciamientos más objetivos respecto de las solicitudes de anulación. Inclusive, se vislumbra la posibilidad de que la labor de dichos Comités se rija conforme a un sistema de pasos, semejante al sistema *prima facie*, en el cual el primer acercamiento al caso sea de carácter meramente objetivo.

6. CONCLUSIÓN

De los casos analizados se desprenden los distintos criterios que han seguido los Comités *ad hoc* respecto del sistema de anulación de los laudos CIADI, específicamente por lo que se refiere a la aplicación de la causal contenida en el artículo 52(1)(b).

Asimismo, los casos referidos evidencian que desde un inicio, ha existido una tendencia entre los Comités *ad hoc*, mismos que han señalado la importancia de separar el concepto de “no aplicación de la ley aplicable” de aquél relativo a la “aplicación

errónea de la ley”, y han establecido claramente que mientras que el primero constituye una causal de anulación, el segundo no lo es.

Hasta ahora, los Comités *ad hoc* han tenido claro, al menos desde el punto de vista teórico, que al estudiarse la procedencia de la nulidad de los laudos CIADI es necesario distinguir entre el error de Derecho y el estándar de anulación propiamente dicho. Sin embargo, se trata de una distinción que, aunque es teóricamente evidente, es difícil de lograr en la práctica. En efecto, aún ante la postura más objetiva, el actuar de los Comités *ad hoc* a lo largo de los años ha demostrado la dificultad en el análisis del estándar de anulación, el cual en ocasiones da lugar a una reevaluación del fondo de la disputa.

Además, ha quedado en evidencia que los Comités de anulación se enfrentan a una labor difícil al tratar de distinguir y separar el sistema de anulación de uno de apelación. Desde los primeros precedentes, se esbozaba un riesgo de que el Comité, al decidir respecto de la anulación, procediera también a realizar un examen de los meritos del caso.

Más aún, los precedentes demuestran que aún cuando los Comités *ad hoc* han logrado abstenerse de anular un laudo tras haber detectado un error de Derecho, es claro que la práctica no ha sido perfeccionada. A pesar de las distinciones teóricas, diversos Comités *ad hoc* han advertido los defectos del laudo, haciendo referencia expresa a los mismos, para después afirmar que a pesar de la existencia de dichos errores, el laudo no es anulable. Tales afirmaciones debilitan el

⁵⁰ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*. (Caso CIADI No. ARB/01/73). Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de fecha 30 de julio de 2010, párrafos 114 y 115. http://www.arbitrajeglobal.com/solicitud_de_anulacion_de_laudo_julio10 <consultada el 29 de abril de 2011>.

sistema CIADI y merman la confianza que las partes tienen en los árbitros.

No obstante lo anterior, las tres primeras generaciones de decisiones de anulación contribuyeron conjuntamente a determinar el alcance de las facultades de los Comités *ad hoc*, estableciendo que éstos (i) tienen un mandato estrecho y limitado; (ii) no pueden corregir errores de Derecho; (iii) gozan de cierto grado de discrecionalidad; (iv) pueden reconstruir las razones, cuando los Tribunales las hayan omitido; y (v) no pueden anular un laudo automáticamente, aún cuando el Tribunal haya cometido errores en su búsqueda de la ley aplicable⁵¹.

Asimismo, se ha establecido que la anulabilidad de un laudo CIADI sólo puede verificarse por razones de peso y que “el Comité debe ser muy cuidadoso al asegurar que el razonamiento de un Tribunal Arbitral se entienda claramente, y debe proteger a los laudos de anulaciones llevadas a cabo por causas triviales”⁵².

Este razonamiento ha impactado también en la interpretación de la causal 52(1) (b), en el sentido de que, los Tribunales al analizar esta causal tienen un mandato limitado y están imposibilitados para corregir errores de Derecho.

Derivado de la interpretación de las decisiones de anulación, también se protegió en cierto grado la discrecionalidad que

tienen los Comités. En este sentido, la jurisprudencia de la tercera generación reconoce que cuando un Tribunal cometa un error en su búsqueda de la ley aplicable, esto no necesariamente conlleva la anulación del laudo⁵³.

Lo cierto es que ha quedado en evidencia que la extralimitación en la aplicación de la ley, es un tema recurrente en la jurisprudencia CIADI por su complejidad. Es así que en la decisión de *Sempra*, el Comité consideró que el Tribunal cometió un error al equiparar el estándar del TBI con el aplicable bajo el Derecho internacional consuetudinario. El Tribunal caracterizó dicho error como una falta de aplicación de la ley y no así como un error de Derecho que escapa la anulación⁵⁴. La caracterización, tal y como lo ejemplifica este caso, es clave en el resultado y puede generar muchas opiniones encontradas.

A efecto de mantener una línea conductora respecto de la interpretación de las causales de anulación y particularmente de aquella contenida en el artículo 52(1) (b), es conveniente que los Comités, guíen cualquier decisión tomando como parámetro el objeto y propósito del sistema de anulación, basándose en una interpretación formal de su contenido. Conforme a esta óptica, dicho artículo “debe ser analizado de conformidad con los principios generales de interpretación de tratados que forman parte del derecho general internacional, los

⁵¹ Herbert Smith. “ICSID Annulment Awards: the fourth generation?”. En: *www.GlobalArbitrationReview.com*, <consultada el 27 de abril de 2011>, p. 2.

⁵² *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes* (Caso CIADI No. ARB/02/7). Decisión sobre Anulación de fecha 5 de junio de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 26.

⁵³ Herbert Smith. “ICSID Annulment Awards: the fourth generation?”. En: *www.GlobalArbitrationReview.com*, <consultada el 27 de abril de 2011>.

⁵⁴ *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16), cuya Decisión sobre Anulación de fecha 29 de junio de 2010. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 126.

cuales no insisten en una interpretación restrictiva o extensiva, por el contrario, se basan en una interpretación de conformidad con el objeto y finalidad del tratado en cuestión”⁵⁵.


Conforme a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en la interpretación se deberá estar al sentido ordinario del texto del tratado, leído en contexto, a la luz de su objeto y finalidad. En este sentido, no sobra enfatizar que: “El sistema de anulación se encuentra diseñado para salvaguardar la integridad, no el resultado, de los procedimientos de arbitraje del CIADI”⁵⁶.

En este sentido un Comité *ad hoc* tiene las facultades, detalladas en cada una de las causales de anulación del artículo 52, para verificar:

- La integridad del Tribunal Arbitral. En cuanto a su constitución y en cuanto a que no exista corrupción de sus miembros. (artículo 52 (1) (a) y (c)).
- La integridad el procedimiento. En

cuanto a que el Tribunal debe respetar el acuerdo de las partes y no exceder las facultades y poderes otorgados por las partes y por el Convenio del CIADI. En este sentido, no podrá excederse en cuanto a su jurisdicción, la ley aplicable y las cuestiones planteadas a ser resueltas. (artículo 52(1) (b)). En cuanto a que el Tribunal deberá respetar las reglas fundamentales del procedimiento. (artículo 52(1)(d)).

- La integridad del laudo. En cuanto a que el Tribunal deberá razonar el laudo y presentarlo de una forma que sea coherente y libre de contradicciones. (artículo 52(1)(e)).

De conformidad con lo anterior, el Comité tiene la responsabilidad de controlar la integridad del procedimiento de arbitraje, y se espera que en el cumplimiento de su mandato, realice una cautelosa revisión en la aplicación de las causales de anulación y particularmente de aquella contenida en el artículo 52(1)(b), manteniendo una línea objetiva al analizar el estándar de anulación. 

⁵⁵ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes* (Caso CIADI No. ARB/02/7). Decisión sobre Anulación de fecha 5 de junio de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 21.

⁵⁶ L. REED, J. PAULSSON y N. BLACKBAY, *Guide to ICSID Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2004, p. 99, citado en *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes* (Caso CIADI No. ARB/02/7). Decisión sobre Anulación de fecha 5 de junio de 2007. Publicada en la página web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>, <consultada el 28 de abril de 2011>, párrafo 20.

ESTADO DE NECESIDAD EN *ENRON*, *SEMPRA* Y *CMS*: EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DE LAS FACULTADES COMO CAUSAL DE ANULACIÓN

ARNOLDO WALD (*)

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** El alcance de la causal de anulación del artículo 52(1) (b) del convenio CIADI. **3.** Enron. **4.** Sempra. **5.** CMS. **6.** Debate. **7.** Conclusión.



1. INTRODUCCIÓN

Argentina es el Estado latinoamericano que tiene más demandas ante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“CIADI”), con un total de 49 casos, entre ellos 22 ya concluidos y 27 todavía pendientes¹. A pesar de esto, Argentina no se retiró del CIADI, como lo han hecho Bolivia y Ecuador.

asociados con la crisis que sobrevino en los años 2000 y siguientes, cuando se rompió la paridad del dólar y del peso. La posición argentina en los arbitrajes *LG&E*² (procedimiento de anulación pendiente), *Enron*³, *Sempra*⁴ y *CMS*⁵, es que el estado de necesidad resultante de la crisis por qué pasaba el país justificaba las acciones violatorias de las obligaciones que Argentina había asumido con respecto a las licenciatarias de transporte y distribución del gas.

Argentina ha sido demandada ante el CIADI por cifras altísimas en reclamos

Estos casos tratan de medidas introducidas a través de la Ley de Emergencia de

(*) Abogado, experto, árbitro, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ), Doctor Honoris Causa de la Universidad de París II, y miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). El autor agradece a Dra. Ana Gerdau de Borja, asociada del equipo de arbitraje de Escritório de Advocacia Arnoldo Wald, por su colaboración en la investigación y redacción de este artículo.

¹ Información disponible en <<http://icsid.worldbank.org>>, acceso en 15.04.2011.

² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Caso ICSID n° ARB/02/1, Laudo arbitral, Tatiana B. DE MAEKELT (presidenta), FRANCISCO REZEK y ALBERT JAN VAN DEN BERG, 25.07.2007 (“LG&E”).

³ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso ICSID n° ARB/01/3, Laudo arbitral, FRANCISCO ORREGO VICUÑA (presidente), Héctor GROS ESPIELL y Pierre-Yves TSCHANZ, 22.05.2007; Decisión de Anulación, GAVAN GRIFFITH (presidente), Patrick L. ROBINSON y Per TRESSELT, 30.07.2010 (“Enron”).

⁴ *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso ICSID n° ARB/02/16, Laudo arbitral, FRANCISCO ORREGO VICUÑA (presidente), Marc LALONDE y Sandra MORELLI RICO, 28.09.2007; Decisión de Anulación, Christer SÖDERLUND (presidente), David A. O. EDWARD y Andreas J. JACOVIDES, 29.06.2010 (“Sempra”).

⁵ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso ICSID n° ARB/01/8, Laudo arbitral, FRANCISCO ORREGO VICUÑA (presidente), Marc LALONDE y FRANCISCO REZEK, 12.05.2005; Decisión de Anulación, Gilbert GUILLAUME (presidente), Nabil ELARABY y James R. CRAWFORD, 25.09.2007 (“CMS”).

2002⁶, que abolió el sistema de convertibilidad previsto en la Ley de Convertibilidad de 1991⁷. En efecto, se suprimió el derecho de los titulares de licencias de servicios públicos de reajustar las tarifas en función del índice de precios al productor de los Estados Unidos (“IPP”), así como el sistema de cálculo de las tarifas en dólares.

Distintamente de *LG&E*, dónde el Tribunal Arbitral consideró que Argentina estuvo en estado de necesidad durante el período de 1 de diciembre de 2001 hasta 26 de abril de 2003⁸, en *Enron*, *Sempra* y *CMS* los Tribunales Arbitrales rechazaron esta defensa. Los laudos fueran sometidos a solicitudes de anulación de Argentina, fundadas, entre otras causales de anulación, en la extralimitación manifiesta de las facultades por el Tribunal Arbitral, bajo el artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI.

Este trabajo trata de esta causal de anulación y, en particular, de los motivos que llevaron a las comisiones en *Enron* y *Sempra* a anular los laudos, bajo el entendimiento de que los Tribunales Arbitrales tendrían extralimitado sus facultades al interpretar y rechazar la aplicación de la excepción del estado de necesidad, lo que no sucedió en *CMS*. Analizamos, en primer lugar, el alcan-

ce de la causal de anulación bajo el artículo 52(1)(b), para después examinar los fallos de las Comisiones *ad hoc* en *Enron*, *Sempra* y *CMS* a la luz de esa disposición.

Como los tres arbitrajes estaban sujetos al Tratado Bilateral de Inversiones⁹ (“TBI”) entre Argentina y Estados Unidos, el examen fundado en el artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI gira precisamente alrededor de la cláusula de emergencia bajo el artículo XI del TBI¹⁰ y del Derecho consuetudinario expreso en el artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional (“artículos ILC”), aplicable como Derecho internacional por medio de la regla subsidiaria sobre Derecho aplicable del artículo 42(1) del Convenio CIADI¹¹.

2. EL ALCANCE DE LA CAUSAL DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 52(1)(B) DEL CONVENIO CIADI

Según el artículo 52(3) del Convenio CIADI, las solicitudes de anulación son sometidas a:

“una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista

⁶ Ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario, 06.01.2002, disponible en <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/71477/norma.htm>>, acceso en 16.04.2011.

⁷ Ley 23.928 de la convertibilidad del austral, 27.03.1991, disponible en <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/328/norma.htm>>, acceso en 16.04.2011.

⁸ Véase que uno de los árbitros de los Tribunales Arbitrales de *LG&E* y *CMS* era el mismo. Sin embargo, en *LG&E*, el Tribunal Arbitral falló que Argentina estuvo en estado de necesidad, mientras en *CMS* el Tribunal Arbitral no aceptó esta justificativa. Según el Tribunal Arbitral en *LG&E*, la crisis atingió su clímax en 01.12.2001, durante el gobierno de DE LA RÚA, hasta 26.04.2003, fecha de la elección del Presidente Kirchner, quedando así configurado el estado de necesidad durante tal período. *LG&E*, Laudo arbitral, 25.07.2007, paras. 226-265.

⁹ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14.11.1991, en vigor a partir de 20.10.1994 (“TBI”).

¹⁰ Este artículo no trata de la defensa argentina bajo el artículo IV(3) del TBI sobre emergencia nacional, pues la discusión en los procedimientos de anulación con respecto a la causal de anulación del artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI no se centra en este dispositivo.

¹¹ Artículo 42 ICSID: “(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”

de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1)”.

Ya el artículo 52(1) dispone sobre las causales de anulación, entre ellas la extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal Arbitral, en el subpárrafo (b), *in verbis*:

“Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;*
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;*
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;*
- (d) que hubiere quebrantamiento gra-*

ve de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.”

En la hipótesis de anulación, “la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal”, según el artículo 52(6). En efecto, las facultades de las Comisiones *ad hoc* de anulación CIADI “son las de anulación y no de sustitución del Laudo”¹², con base en las causales de anulación dispuestas en el artículo 52(1).

La posibilidad de anulación fue incluida en el *Preliminary Draft* del Convenio CIADI, y durante su negociación, jamás fue seriamente criticada¹³. Entre los mecanismos de revisión CIADI, cuáles son, la aclaración, revisión y anulación, esta última es la forma de revisión más drástica, representando una excepción limitada al principio de la finalidad de los laudos arbitrales.

La anulación fundada en el artículo 52 del Convenio constituye una revisión interna, que excluye cualquier otra forma de revisión por las jurisdicciones de los signatarios del Convenio CIADI. El artículo 52 garantiza el respeto al acuerdo de las partes, a la integridad y calidad del procedimiento, y así sirve al interés público de los Estados partes del Convenio¹⁴.

En especial, la regla del artículo 52(1) (b) trata de la causal de anulación en el caso de la extralimitación de facultades por el Tribunal Arbitral. En la práctica, la causal del artículo 52(1)(b) ha sido considerada como extensiva a cuestiones de mérito y,

¹² NIETO NAVA, Rafael. “La paradoja del auge del arbitraje de inversión: ¿están los Estados reconsiderando su apoyo al arbitraje?”. En: MANTILLA-SERRANO, Fernando (Ed.). *Arbitraje Internacional: Tensiones actuales*, Bogotá: Legis, 2007, p. 47.

¹³ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2da edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, § 1.

¹⁴ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2da edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, § 4.

particularmente, a la no aplicación del Derecho aplicable, pues esto constituye un elemento esencial de la voluntad de las partes en arbitraje¹⁵. Así, el artículo 42(1) del Convenio CIADI establece:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”

Bajo el artículo 42(1), a falta de acuerdo sobre el Derecho aplicable, la regla subsidiaria de la segunda frase del *artigo* se aplica, o sea, el Tribunal Arbitral deberá aplicar la legislación del Estado donde se hizo la inversión y el Derecho internacional. Esta regla es considerada un “*careful compromise*” entre los intereses de los Estados y de los inversionistas.

No está claro si el artículo 52(1)(b) se aplica al mérito del laudo. Por eso, el análisis de los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) sirve como método supletorio de interpretación, bajo el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

No hay referencia directa al Derecho

aplicable en los borradores de la causal de anulación del artículo 52(1)(b)¹⁶. Sin embargo, hubo una propuesta con el objetivo de aclarar el concepto de “extralimitación de facultades” para incluir la no aplicación del Derecho aplicable¹⁷.

Aron BROCHES, Presidente del *Drafting Committee* del Convenio, inicialmente no consideraba la no aplicación del Derecho aplicable como una causal válida de anulación. Pero después admitió que su no aplicación podría resultar en violación del acuerdo de las partes y, por lo tanto, justificar la anulación¹⁸. Hubo también una propuesta para incluir en el alcance del artículo 52(1) el caso de error en la aplicación de la ley por el Tribunal Arbitral, pero fue derrotada en deliberación¹⁹.

Se concluye que el análisis de los *travaux préparatoires* deja clara una distinción entre la no aplicación del Derecho aplicable y el error en su aplicación, así que la primera, diferentemente de la segunda, constituye una causal de anulación bajo el artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI²⁰. Si la segunda fuera una causal de anulación, la solicitud de anulación equivaldría a una apelación, lo que contradiría el contexto, objeto y fin del artículo 52.

A la luz del artículo 52(1)(b), se analizarán a continuación las solicitudes de anulación con respecto a la defensa argentina

¹⁵ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2da edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, §§ 191-192.

¹⁶ *Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formulation of the [ICSID] Convention*, Washington D.C., International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1970, vol. I, p. 230-232.

¹⁷ *Documents Concerning the Origin and Formulation of the [ICSID] Convention*, Washington D.C., International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968, vol. II, p. 517, 654.

¹⁸ *Documents Concerning the Origin and Formulation of the [ICSID] Convention*, Washington D.C., International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968, vol. II, p. 518, 851.

¹⁹ *Documents Concerning the Origin and Formulation of the [ICSID] Convention*, Washington D.C., International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968, vol. II, p. 851.

²⁰ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2da edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, §§ 195, 210.

del estado de necesidad en *Enron*, *Sempre* y *CMS*.

3. ENRON

En *Enron*, las demandantes eran empresas estadounidenses que durante la privatización argentina de los servicios de transporte de gas invirtieron en la Transportadora de Gas del Sur. La demanda junto al CIADI trató, en especial, de la supresión del derecho de reajustar las tarifas en función del IPP y del sistema de cálculo de las tarifas en dólares.

El Tribunal Arbitral falló que Argentina había violado sus obligaciones de tratar a las demandantes de forma justa y equitativa, bajo el artículo II(2)(a) del TBI, y la cláusula paraguas, bajo el artículo II(2)(c) del TBI. Según el Tribunal, estas violaciones no se justificaban en la defensa del estado de necesidad. Por eso, Argentina fue condenada a pagar US\$ 106.200.000,00 más interés.

En especial, el Tribunal consideró que Argentina no había demostrado que su conducta se justificaba bajo el artículo 25 de los artículos ILC, que establece:

“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.”

Según el Tribunal Arbitral, Argentina no demostró un “interés esencial contra un peligro grave e inminente” en el sentido del artículo 25(1)(a), pues la crisis no había comprometido la existencia del Estado o su independencia²¹. Además, el Tribunal Arbitral no consideró que las medidas adoptadas eran “el único modo” para salvaguardar tal interés, haciendo referencia a la divergencia a este respecto entre los expertos del caso²².

Tampoco Argentina probó que no había contribuido considerablemente a su crisis:

“A further condition that Article envisages is that the State cannot invoke necessity if it has contributed to the situation of necessity. This is of course the expression of a general principle of law devised to prevent a party taking legal advantage of its own fault. Although each party claims that the factors precipitating the crisis were either endogenous or exogenous, the truth seems to be somewhere in between with both kind of factors having intervened, as in the end it has been so recognized by both the Government of Argentina and international organizations and foreign governments”²³.

²¹ *Enron*, Laudo arbitral, § 306.

²² *Enron*, Laudo arbitral, §§ 308-309.

²³ *Enron*, Laudo arbitral, §§ 311.

Cuanto al examen de la defensa de Argentina fundada en el artículo XI del TBI, el Tribunal consideró 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.”

El Tribunal Arbitral resaltó que el TBI no definía el concepto de “intereses esenciales de seguridad” o la noción de “mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad”, así que, según el Tribunal Arbitral, el significado específico de ellos tenía que buscarse en el Derecho internacional²⁴. El Tribunal Arbitral consideró que las demandantes y demandadas estaban de acuerdo que la definición de “mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad” podría ser extraída de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, falló que la expresión “intereses esenciales de seguridad” tenía que ser interpretada a la luz de los requisitos del estado de necesidad bajo el artículo 25 de los artículos ILC²⁵. En efecto, decidió el Tribunal lo siguiente:

“In light of this discussion, the Tribunal concludes that Article XI is not self-judging and that judicial review in its respect is not limited to an examination of whether its invocation or the measures adopted were taken in good faith. The judicial control must be a substantive one as to whether

the requirements under customary law or the Treaty have been met and can thereby preclude wrongfulness. As the Tribunal has found above that the crisis invoked does not meet the customary law requirements of Article 25 of the Articles on State Responsibility, thus concluding that necessity or emergency are not conducive to the preclusion of wrongfulness, there is no need to undertake a further judicial review under Article XI as this Article does not set out conditions different from customary law in this respect”²⁶.

Así, el Tribunal Arbitral consideró que el hecho de ya haber decidido sobre la no configuración del estado de necesidad bajo el artículo 25 dispensaba el análisis del artículo XI, ya que las condiciones en el segundo dispositivo eran idénticas a aquellas del primero. Por tanto, las medidas adoptadas por Argentina no estaban justificadas, ya que no se configuró el estado de necesidad durante su crisis.

Argentina sometió al CIADI una solicitud de anulación basada en las causales de anulación del artículo 52(1)(b) [*extralimitación de facultades*], (d) [*quebrantamiento grave de una norma de procedimiento*] y (e) [*falta de motivación*]²⁷.

Con respecto a la causal del artículo 52(1)(b), la Comisión sostuvo que el Tribunal Arbitral no había aplicado el Derecho aplicable en el examen del artículo 25(1) (a) de los artículos ILC:

“The Tribunal was required to determine whether, on the proper

²⁴ Enron, Laudo arbitral, § 333.

²⁵ Enron, Laudo arbitral, § 333.

²⁶ Enron, Laudo arbitral, § 339.

²⁷ Enron, Decisión de Anulación, § 3.

construction of Article 25(1)(a) of the ILC Articles, the ‘only way’ requirement in that provision was satisfied, and not merely whether, from an economic perspective, there were other options available for dealing with the economic crisis. The Committee concludes that in determining that the measures adopted were not the ‘only way’, the Tribunal did not in fact apply Article 25(1)(a) of the ILC Articles (or more precisely, customary international law as reflected in that provision), but instead applied an expert opinion on an economic issue. In all the circumstances the Committee finds that this amounts to a failure to apply the applicable law, as ground of annulment under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention”²⁸.

Y sobre el artículo 25(2)(b) de los artículos ILC, la Comisión falló que:

“The Committee finds that in reaching that conclusion, the Tribunal did not in fact apply Article 25(2)(b) of the ILC Articles (or more precisely, customary international law as reflected in that provision), but instead applied an expert opinion on an economic issue. While an economist might regard a [sic] State’s economic policies as misguided, and might conclude that such policies led to or amplified the effects of an economic crisis, that would not of itself necessarily mean that as a matter of law, the State had ‘contributed to the situation of necessity’ such as to preclude reliance on the principle of necessity under customary international law.

The Tribunal’s process of reasoning should have been as follows. First, the Tribunal should have found the relevant facts based on all of the evidence before it, including the Edwards Report. Secondly, the Tribunal should have applied the legal elements of the Article 25(2)(b) to the facts as found (having if necessary made legal findings as to what those legal elements are). Thirdly, in the light of the first two steps, the Tribunal should have concluded whether or not Argentina had ‘contributed to the situation of necessity’ within the meaning of Article 25(2)(b). For the Tribunal to leap from the first step to the third without undertaking the second amounts in the Committee’s view to a failure to apply the applicable law. This constitutes a ground of annulment under Article 52(1)(b) of the ICSID Convention”²⁹.

Además, la Comisión entendió que la decisión sobre el artículo XI del TBI debería también ser anulada, pues estaba directamente asociada a la decisión sobre el artículo 25 de los artículos ILC³⁰.

4. SEMPRA

En *Sempra*, la demandante estadounidense hizo una inversión en Sodigas Pampeana S.A. y Sodigas Sur S.A., que eran propietarias de dos empresas licenciatarias de servicios de distribución de gas en Argentina, Camuzzi Gas Pampeana y Camuzzi Gas del Sur. Así como en *Enron*, la demanda está relacionada al no reajuste en función del IPP y al cálculo de las tarifas en dólares ante la crisis.

²⁸ *Enron*, Decisión de Anulación, § 377.

²⁹ *Enron*, Decisión de Anulación, § 393.

³⁰ *Enron*, Decisión de Anulación, § 405.

El Tribunal Arbitral consideró que Argentina no podría justificar sus medidas bajo a la excepción del estado de necesidad. En primer lugar, no había un interés esencial del Estado en juego bajo el artículo 25(1)(a) de los artículos ILC, una vez que la crisis no comprometía la existencia o independencia de Argentina³¹. Tampoco había pruebas de “*un peligro grave e inminente*”, pues la situación no estaba fuera del control o no susceptible de ser administrada³², ni de que las medidas adoptadas eran “el único modo” para resolver la crisis:

*“Es así ciertamente evidente que debían adoptarse medidas para contrarrestar la crisis que tenía lugar; pero si acaso las medidas adoptadas en virtud de la Ley de Emergencia fueran el ‘único modo’ para lograr este resultado, así como considerar si no había otra alternativa disponible, son cuestiones respecto de las cuales las partes y sus peritos difieren profundamente, como se indicó anteriormente. Una lamentable comparación global de experiencias en el manejo de crisis económicas demuestra que siempre hay muchos enfoques para abordar y solucionar dichos acontecimientos críticos. De ahí que sea difícil justificar el argumento de que en el caso de Argentina sólo uno de ellos era viable”*³³.

En cuanto al requisito de que el Estado no haya “contribuido a que se produzca el estado de necesidad” bajo el artículo 25(2)(b), el Tribunal Arbitral decidió que Argentina había contribuido considerablemente para su crisis, ya que:

(...) los factores que precipitaron la crisis fueron endógenos o exógenos, la verdad pareciera encontrarse en un punto intermedio, pues ambas clases de factores han influido. Esta mezcla [de factores] ha pasado a ser generalmente reconocida por peritos, funcionarios y organismos internacionales.

*Lo anterior significa que en alguna medida ha habido una contribución considerable del Estado a la situación que dio lugar al estado de necesidad y que, por consiguiente, no puede argumentarse que todo el peso recae en factores externos. Esta situación no fue obra de un gobierno en particular; dado que se trataba de un problema cuyos efectos se acumularon durante una década. De todas formas, el Estado debe responder por ello en su conjunto”*³⁴.

Además, el Tribunal Arbitral consideró que la expresión “intereses esenciales de seguridad” del artículo XI debería ser interpretada a la luz del artículo 25 de los artículos ILC y que la definición de “mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad” podría ser extraída de la Carta de las Naciones Unidas:

*“Este Tribunal entiende, sin embargo, que la disposición del Tratado es inseparable del estándar establecido en el derecho consuetudinario en lo que se refiere a la definición del estado de necesidad y a las condiciones requeridas para su ejercicio, habida cuenta de que es en el derecho consuetudinario donde se han definido dichos elementos”*³⁵.

³¹ *Sempre*, Laudo arbitral, § 348.

³² *Sempre*, Laudo arbitral, § 349.

³³ *Sempre*, Laudo arbitral, § 350.

³⁴ *Sempre*, Laudo arbitral, § 350.

³⁵ *Sempre*, Laudo arbitral, §§ 375-376.

El Tribunal Arbitral concluyó entonces que:

*“A la luz de esta discusión, el Tribunal concluye que el artículo XI no es de carácter discrecional y que la revisión judicial no se limita a un examen de si su invocación o las medidas adoptadas lo fueron de buena fe. El control judicial debe ser sustantivo, determinando si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud. Como el Tribunal ha determinado anteriormente que la crisis invocada no cumple con los requisitos del derecho consuetudinario previstos en el artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad de los Estados, debe concluir ahora que la necesidad o la emergencia no conduce en este caso a la exclusión de ilicitud, sin que haya necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del artículo XI habida cuenta que este artículo no prevé al respecto condiciones distintas de las del derecho consuetudinario”*³⁶.

En conclusión, el Tribunal Arbitral falló que Argentina había violado sus obligaciones de tratar las demandantes de forma justa y equitativa, bajo el artículo II(2)(a) del TBI, y la cláusula paraguas, bajo el artículo II(2)(c) del TBI, lo que no se justificaba por la defensa del estado de necesidad. Por eso, fue condenada a pagar US\$ 128.250.462,00 más intereses.

Posteriormente, en su solicitud de

anulación, Argentina invocó, así como en *Enron*, las causales de anulación del artículo 52(1)(b), (d) y (e)³⁷. En particular, la Comisión falló que el error de Derecho del Tribunal al igualar el artículo XI del TBI al artículo 25 de los artículos ILC y decidir que no había necesidad de realizar un examen judicial del artículo XI configura no aplicación del derecho³⁸. La Comisión resaltó que:

*“El Tribunal ha sostenido, en efecto, que los criterios sustantivos del artículo XI simplemente no pueden aplicarse cuando las normas de derecho internacional consuetudinario –como indican los artículos de la CDI– no conllevan a la eximición en un caso de ilicitud, y que el artículo 25 ‘supera’ al artículo XI al proporcionar la norma imperativa a ser aplicada. De esta manera, el Tribunal adoptó el artículo 25 de los artículos de la CDI como el derecho primario a aplicarse en lugar del artículo XI del TBI, y al hacerlo, cometió un error fundamental de identificación y aplicación del derecho aplicable”*³⁹.

En suma, la Comisión anuló el laudo arbitral fundándose en la extralimitación de facultades por el Tribunal Arbitral, por no haber aplicado el artículo XI del TBI, bajo el artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI⁴⁰.

5. CMS

En *CMS*, la inversionista estadounidense en la Transportadora de Gas del Norte, licenciataria de servicios de

³⁶ *Sempra*, Laudo arbitral, § 388

³⁷ *Sempra*, Decisión de Anulación, § 43.

³⁸ *Sempra*, Decisión de Anulación, §§ 206-207.

³⁹ *Sempra*, Decisión de Anulación, §§ 208-209.

⁴⁰ *Sempra*, Decisión de Anulación, § 159.

transporte de gas, empezó un arbitraje contra Argentina, también respecto de la crisis y del consecuente no reajuste en función del IPP y cálculo de las tarifas en dólares.

Así como en *Enron y Sempra*, el Tribunal Arbitral consideró que Argentina no podría justificar sus medidas bajo la excepción del estado de necesidad del artículo 25 de los artículos ILC. Según el Tribunal, no había un interés esencial del Estado o un peligro grave e inminente en el sentido del artículo 25(1)(a), pues la gravedad de la crisis era relativa, así que no podría calificar como fundamento para excluir la ilicitud en el Derecho internacional⁴¹. Entendió también que las medidas no eran “el único modo” para enfrentar la crisis, pues había otros modos lícitos disponibles a Argentina, aunque más onerosos o menos convenientes⁴².

En lo que concierne al artículo 25(2)(b) de los artículos ILC, el Tribunal ponderó que la contribución de Argentina para la crisis fue importante:

“El segundo límite es que el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad. En los Comentarios se aclara que esta contribución debe ser “lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria.” No obstante la opinión de las partes que argumentan que todos los factores que contribuyeron a la crisis fueron endógenos o, por el contrario, exógenos, el Tribunal también está convencido en este aspecto que la crisis, como la mayoría de su tipo, reconoce sus orígenes en ambas clases de factores e incluye variadas dimen-

siones nacionales e internacionales. Esta es una consecuencia inevitable del funcionamiento de una economía global donde interactúan factores internos e internacionales.

El problema es entonces determinar si acaso la contribución de Argentina a la crisis ha sido lo suficientemente importante. Luego de examinar las circunstancias de la controversia, el Tribunal debe concluir que ese fue en efecto el caso. La crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años noventa, que alcanzó su punto máximo en 2002 y los años subsiguientes. De ahí que el Tribunal debe tener 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 ellas no eximen de responsabilidad al Demandado en esta materia”⁴³.

El Tribunal Arbitral también consideró que la norma del artículo XI no tenía carácter discrecional y que por lo tanto estaba sujeta a revisión judicial, que no estaba “limita[da] al derecho internacional consuetudinario debido a que el Tratado contiene disposiciones específicas sobre la materia”⁴⁴.

Según el Tribunal, “ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas” del alcance

⁴¹ CMS, Laudo arbitral, §§ 319-322.

⁴² CMS, Laudo arbitral, § 324.

⁴³ CMS, Laudo arbitral, §§ 328-329.

⁴⁴ CMS, Laudo arbitral, §§ 332, 373.

del artículo XI⁴⁵. Sin embargo, se decidió que las medidas económicas adoptadas no se vinculaban a cuestiones de seguridad en el sentido del artículo XI⁴⁶.

El Tribunal Arbitral falló que Argentina había violado el artículo II(2)(a) y el artículo II(2)(c) del TBI, lo que no se justificaba por la defensa del estado de necesidad. Por eso, el Tribunal la condenó a pagar US\$ 133.200.000,00 más interés, y ordenó a la demandante a transferir la propiedad de sus acciones en la Transportadora de Gas del Norte, por US\$2.148.100,00.

En su solicitud de anulación, Argentina invocó las causales de anulación del artículo 52(1)(b) y (e)⁴⁷. Pero en este caso, la Comisión rechazó la solicitud basada en el artículo 52(1)(b).

En primer lugar, la Comisión decidió que el Tribunal Arbitral había cometido un error manifiesto de Derecho por no haber diferenciado el artículo XI del TBI y el artículo 25 de los artículos ILC:

“El Comité observa, antes que nada, que existe cierta analogía entre el lenguaje utilizado en el artículo XI del TBI y aquél empleado en el Artículo 25 de los artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI. El primero menciona las medidas ‘necesarias’ y el segundo se refiere al ‘estado de necesidad’. Sin embargo, el artículo XI especifica las condiciones bajo las cuales el Tratado puede ser aplicado, mientras que el artículo 25 está redactado de manera negativa: éste excluye

la aplicación del estado de necesidad en el fondo, a menos que se reúnan ciertos requisitos estrictos. Más aún, el artículo XI es un requisito de piso: si se cumple, las obligaciones sustantivas bajo el Tratado no tienen aplicación. Por el contrario, el artículo 25 es una excusa que sólo es relevante una vez que se ha sido decidido que, de otra forma, dichas obligaciones sustantivas han sido incumplidas”⁴⁸.

Además, la Comisión falló que otro error de Derecho fuera la falta de decisión respecto de (i) la relación entre estos artículos, o sea, si representaban reglas primarias o secundarias de Derecho internacional, y (ii) la aplicación excluyente o subsidiaria de uno y de otro, o sea, si el artículo XI era una *lex specialis* o si el artículo 25 se aplicaría subsidiariamente, en consecuencia de la no justificación bajo el artículo XI⁴⁹.

A pesar de estos errores manifiestos de Derecho, la Comisión decidió no anular el laudo arbitral bajo la causal del artículo 52(1)(b):

“El Comité recuerda, una vez más, que sólo tiene una jurisdicción limitada con arreglo al Artículo 52 del Convenio CIADI. En concreto, lisa y llanamente el Comité no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal. A pesar de los errores y vacíos identificados en el laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el Artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación

⁴⁵ CMS, Laudo arbitral, § 359.

⁴⁶ CMS, Laudo arbitral, § 364.

⁴⁷ CMS, Decisión de Anulación, § 42.

⁴⁸ CMS, Decisión de Anulación, § 129.

⁴⁹ CMS, Decisión de Anulación, §§ 131-134.

*manifiesta de facultades*⁵⁰.

6. DEBATE

Christopher SCHREUER criticó las decisiones de anulación en *Enron* y *Sempra*, ya que tendrían interpretado inadecuadamente el artículo 52(1)(b)⁵¹. Según ese autor, las Comisiones *ad hoc* en *Enron* y *Sempra* ignoraron la distinción entre el concepto de no aplicación del Derecho aplicable y aquél de error en la aplicación del Derecho aplicable.

Es verdad que hay similitudes entre *Enron*, *Sempra* y *CMS*, así que se indaga la razón de decisiones distintas por las Comisiones de anulación. Los tres no consideraron la relación entre los artículos XI del TBI y 25 de los artículos ILC, tampoco examinaron si la aplicación de uno excluye la del otro o si la aplicación del artículo 25 es subsidiaria a la del artículo XI. En las palabras de la Comisión *ad hoc* en *CMS*, en todos esos casos hay un manifiesto error de Derecho. No hay dudas que este error por sí no podría resultar en anulación basada en la causal del artículo 52(1)(b), a la luz de los *travaux* del Convenio CIADI.

Todos los tres también analizaron el artículo 25 de los artículos ILC antes de examinar el artículo XI del TBI. Esta secuencia de análisis estaba basada en la premisa de que el artículo XI no especificaba las condiciones de su aplicación. Es menester subrayar que ambas partes habían aceptado la aplicación del Derecho consuetudinario. Así que, en lugar de innovar en la interpretación y aplicación del artículo XI, los Tribunales Arbitrales decidieron empezar con el análisis del artículo 25. Tampoco esto podría basar una anulación bajo el artículo 52(1)(b).

No obstante esas similitudes en razo-

namiento de los laudos y la semejanza de los hechos en los tres casos, hay divergencias muy claras en el abordaje adoptado por los Tribunales en *Enron*, *Sempra* y *CMS*.

En especial, la decisión de la Comisión en *Enron* sobrepasó claramente los límites del artículo 52(1)(b), al fallar que las opiniones de los expertos economistas no podrían servir como fundamento para la decisión sobre los requisitos del artículo 25(1)(a) [“único modo”] y del artículo 25(2)(b) [“contribución para su estado de necesidad”]. Según la comisión, al considerar esas opiniones, el Tribunal Arbitral había extralimitado sus facultades. Sin embargo, un supuesto error en la aplicación del Derecho no podría justificar la anulación del laudo.

Ya las decisiones de las Comisiones en *Sempra* y *CMS* se concentran en la cuestión sobre si los Tribunales extralimitaron sus facultades al interpretar y aplicar el artículo XI del TBI.

En *Sempra*, el Tribunal Arbitral rehusó el examen judicial del artículo XI, pues, según el Tribunal Arbitral, este artículo no tenía condiciones distintas de las del Derecho consuetudinario. Conforme la Comisión *ad hoc*, el error de Derecho del Tribunal al igualar el artículo XI del TBI al artículo 25 de los artículos ILC y no hacer su examen judicial importaba la no aplicación del Derecho. En este sentido, un extracto de la decisión de la Comisión en *Soufraki* resalta que:

“Misinterpretation or misapplication of the proper law may, in particular cases, be so gross or egregious as substantially to amount to failure to apply the proper law. Such gross and consequential misinterpretation or mi-

⁵⁰ *CMS*, Decisión de anulación, § 136.

⁵¹ SCHREUER, Christopher. “Is ICSID losing its appeal... again?”. En: *News – Global Arbitration Review*, 29.03.2011, disponible en <www.globalarbitrationreview.com>, acceso en 30.03.2011.

sapplication of the proper law which no reasonable person (“bon père de famille”) could accept needs to be distinguished from simple error –even a serious error– in the interpretation of the law which in many national jurisdictions may be the subject of ordinary appeal as distinguished from, e.g., an extraordinary writ of certiorari”⁵².

Por tanto, estaba caracterizada la extralimitación de facultades bajo el artículo 52(1)(b) del Convenio, pues el Tribunal no había aplicado la regla especial del propio TBI. No se trataba de un detalle del Derecho aplicable⁵³, sino la norma que podría excluir la ilicitud de las medidas adoptadas por Argentina.


Ya en *CMS*, el Tribunal Arbitral también consideró que la revisión judicial del artículo XI estaba “limita[da] al derecho internacional consuetudinario debido a que el Tratado contiene disposiciones específicas sobre la materia”⁵⁴. El Tribunal Arbitral hizo el examen del artículo XI, al afirmar que “ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas”⁵⁵ del alcance del artículo XI, y que las medidas económicas adoptadas no se vinculaban a cuestiones de seguridad en el sentido del artículo XI⁵⁶.

En suma, el Tribunal Arbitral en *CMS* aplicó el artículo XI, a pesar del error de Derecho respecto de la relación con el artículo 25 de los artículos ILC. Por eso, no sorprende que la Comisión en *CMS* no haya anulado el laudo arbitral, pues el mero error de Derecho, aunque manifiesto, no justifica la anulación bajo el artículo 52(1)(b).

7. CONCLUSIÓN

En cuanto a la causal de anulación del artículo 52(1)(b), los *travaux préparatoires* del Convenio están muy claros que el error de Derecho, aunque manifiesto, no suscita la anulación.

La decisión del Comité de anulación en *CMS* fue correcta en la interpretación restrictiva de la causal de anulación fundada en el artículo 52(1)(b), a la luz de los términos del respectivo laudo arbitral. El resultado distinto de *Sempra* se justifica en los términos del laudo arbitral, que se distingue de *CMS*.

Está muy claro que la Comisión en *CMS* hizo una valiosa contribución al Derecho internacional de las inversiones. Primero, porque trató del límite del juicio de anulación y, segundo, porque demostró el “systemic role of ad hoc committees in relation to the development of the law”⁵⁷. 

⁵² *Hussein Nuaman Soufraki c. The United Arab Emirates*, Caso ICSID n° ARB/02/7, Decisión de Anulación, 05.06.2007 (“Soufraki”).

⁵³ Christoph SCHREUER sostiene que: “While it is clear that the non-application of the proper law in toto would amount to an excess of powers, it is not so obvious that a non-application of only parts of the proper law has the same effect. If partial non-application has the same consequences as total non-application, the omission or neglect of a single provision in the applicable law could lead to annulment. But the inadvertent oversight of a detail in the law is one of the most common legal errors. A pars pro toto argument holding that disregard of one provision amounts to non-application of the law does not appear tenable. Partial non-application and erroneous application are indistinguishable”. SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention: A Commentary*. 2da edición. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, § 226.

⁵⁴ *CMS*, Laudo arbitral, §§ 332, 373.

⁵⁵ *CMS*, Laudo arbitral, § 359.

⁵⁶ *CMS*, Laudo arbitral, § 364.

⁵⁷ CRAWFORD, James R. “Ten Investment Arbitration Awards that Shook the World: Introduction and Overview”, *Dispute Resolution International*, 2010, vol. 4, n. 1, p. 78.

Agradecimientos

Agradecimientos



AGRADECIMIENTOS

La Dirección del ANUARIO LATINOAMERICANO DE ARBITRAJE agradece a las personas e instituciones que han colaborado directa e indirectamente con la publicación del primer número de nuestro ANUARIO:

Antonia Magdaleno Abogados (España)
Astigarraga Davis (Miami)
Biaggi & Messina – Abogados (República Dominicana)
Brandão Couto, Wigderowitz e Pessoa Advogados (Brasil)
Cámara de Comercio Internacional - ICC
Comte & Font, Legalsa (Guatemala)
Consortium Centro América Abogados (Centroamérica)
Consultores Jurídicos Asociados - CJA Abogados (Costa Rica)
Coronel & Pérez Abogados (Ecuador)
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje – CIMA (España)
Corte de Arbitraje de Madrid (España)
Derains & Gharavi (París)
Dewey & Leboeuf LLP (Nueva York)
Dixon Attorneys (Panamá)
DLA Piper LLP (Miami)
DLM - Abogados. Notarios – Consultores (San Salvador)
Estudio de Abogados Moreno Baldivieso (Bolivia)
Foley Hoag LLP (Washington D.C.)
G. Stampa Abogados (España)
Hogan Lovells Us LLP (Miami)
Hughes Hubbard & Reed LLP (París)
JJ Roca & Asociados Abogados – Consultores (República Dominicana)
Julio Cesar Rivera Abogados (Argentina)
Medina & Rizek Abogados (República Dominicana)
Mezgravis & Asociados (Venezuela)
Pinheiro Neto Advogados (Brasil)
Porter Wright Morris & Arthur LLP (Washington D.C.)
Quevedo & Ponce (Ecuador)

Skadden, Arfs, Slate, Meagher & Flom LLP (Nueva York)
Tozzini Freire Advogados (Brasil)
Tobar & Bustamante (Ecuador)

Amprimo Abogados
Andean Industries & Trading Group - AIT Group
Arbitre – Servicios Arbitrales Integrales
Balbi Consultores Asociados
Caral Ingeniería y Consultoría S.A.C.
Estudio Cassina Abogados S.C.
Estudio De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados Abogados
Estudio Jurídico Juan Huamaní Chávez Abogados
Estudio Lourdes Flores Nano Abogados
Estudio Montezuma Abogados
Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados
Estudio Oré & Abogados
Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados
Estudio Sergio Salinas Rivas Abogados
Estudio Shoschana Zusman
Estudio Sparrow, Hundskopf, Villanueva & Asociados, Abogados
García Sayán Abogados
Grellaud & Luque Abogados
Guzmán Galindo - Árbitro
Horacio Canepa Abogados
Hortencia Rozas Olivera - Árbitro
Hurtado Abogados SAC
Ivan Galindo Tipacti - Abogado
Lex Asesores S.A.C.
Linares Prado & Asociados Abogados
Miranda & Amado Abogados
Martin Consultores Abogados
Montoya Alvarez, Noack & Casas Abogados
Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados
Organización Peruana Empresarial y de Negocios SAC
Ruiz Morales Asesores y Consultores
Simons - Solución de Controversias

Indice General

Indice
General



ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i>	V
DR. CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA	
<i>Prólogo</i>	IX
DR. BERNARDO M. CREMADES	

DOCTRINA

Duke Energy International Peru Investments N° 1 Limited v. República del Perú

ARIF HYDER ALI (EE.UU.)

JOSÉ DANIEL AMADO (Perú)

CRISTINA FERRARO (Perú)

1. Introducción	3
1.1. Arbitraje ante el tribunal CIADI	4
1.2. Solicitud de anulación	5
2. Alcance de la revisión del Comité <i>ad hoc</i>	5
3. Revisión de la Decisión sobre Competencia	6
3.1. Competencia <i>ratione materiae</i>	6
3.2. Competencia <i>ratione temporis</i>	7
3.3. Competencia referida a otros tribunales	7
4. Revisión del laudo sobre el fondo	8
4.1. Estabilidad tributaria	8
4.2. Amnistía fiscal	8
4.3. Buena Fe / Actos Propios	9
4.4. Daños	9
5. Conclusiones	10

La tentación pedagógica de algunos Comités de anulación del CIADI

YVES DERAIS (*Francia*)

1. La tentación pedagógica de algunos Comités de anulación del CIADI	11
--	----

Consideraciones sobre el predominio de la “extralimitación manifiesta de facultades” versus la “falta de motivación del laudo” como causal de anulación de laudos CIADI

PAOLO DI ROSA (*EE.UU.*)

1.	Introducción	19
2.	Extralimitación manifiesta de facultades	20
	2.1. Nociones generales y casos	20
	2.2. ¿Por qué la mayoría de los Comités que han decidido anular lo han hecho bajo esta causal?	23
3.	Falta de expresión de motivos del laudo	24
	3.1. Nociones generales y casos	24
	3.1.1. Total ausencia de motivos o motivos pretendidos	25
	3.1.2. Motivos inadecuados o insuficientes	26
	3.1.3. Motivos contradictorios o incongruentes	27
	3.1.4. Falta de atención a las cuestiones planteadas al Tribunal	27
	3.2. Situación actual de la falta de expresión de motivos como causal de anulación	28
4.	Conclusiones	29

Dogmática del recurso de anulación ante el CIADI

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (*España*)

1.	Recurso de anulación de los laudos arbitrales	31
	1.1. Precisión del paradigma de la imposibilidad de revisión del fondo	31
	1.2. Especialidad del arbitraje de inversiones	33
	1.3. Referencia al “mecanismo complementario”	35
2.	Ámbito de actuación de un Comité de anulación <i>ad hoc</i>	36
3.	Caracterización del recurso de anulación previsto en el Convenio de Washington de 1965	40
	3.1. Garantía de legitimidad del proceso de decisión	40
	3.2. Carácter manifiesto de la extralimitación	42
4.	Anulación v. Apelación	44

Anulación de los laudos CIADI. Variables de ajuste y margen de maniobra de los Comités *ad hoc*

LAURENT GOUFFES (*Francia*)

MELISSA ORDOÑEZ (*Francia*)

1. Introducción	47
2. Un mecanismo de excepción que crea prácticas divergentes	48
2.1. Un mecanismo de excepción diferente del recurso de apelación ordinario	48
2.2. Un mecanismo que crea un control heterogéneo	49
3. Divergencias relacionadas con el margen de maniobra de los Comités <i>ad hoc</i>	53
3.1. Las variables de ajuste	53
3.2. El conflicto entre dos lógicas opuestas: finalidad y rectitud	56
4. Consideraciones finales sobre la consecuencia de las divergencias de control	58

La anulación de los laudos en los casos *Sempra* y *Enron*

OSCAR M. GARIBALDI (*EE.UU.*)
MIGUEL LÓPEZ FORASTIER (*EE.UU.*)
LUISA F. TORRES (*EE.UU.*)
MARY T. HERNÁNDEZ (*EE.UU.*)

1. Introducción	62
2. El contexto	62
2.1. El origen de las inversiones	62
2.2. La crisis económica argentina de 2001-2002	63
3. Los laudos en los casos <i>Sempra</i> y <i>Enron</i>	64
3.1. En general	64
3.2. Las teorías sobre exoneración de responsabilidad invocadas por la República Argentina	65
4. Las decisiones de los Comités <i>ad hoc</i>	67
4.1. <i>Sempra v. Argentina</i>	67
4.2. <i>Enron v. Argentina</i>	71
5. Breve análisis crítico de las decisiones de los Comités en <i>Sempra</i> y <i>Enron</i>	73
5.1. Cuestiones conceptuales y metodológicas	73
5.2. Cuestión sustantiva	75
5.2.1. El criterio para determinar si hubo manifiesta extralimitación de facultades	75
5.2.2. Aplicación del criterio en <i>Sempra</i>	76
5.2.3. Aplicación del criterio en <i>Enron</i>	77
6. Conclusiones	78

Reflexiones en torno a la ley aplicable en el sistema de anulación del CIADI: Entre *treaty claims* y *contract claims*

MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (*Panamá*)

1.	A manera de introducción: Consideraciones generales sobre el rol del Comité <i>ad hoc</i>	79
1.1.	Carácter excepcional y limitado	80
1.2.	Diferente al recurso de apelación	81
1.3.	Causales específicas y taxativas	82
2.	Evolución técnica-jurídica del sistema de anulación del CIADI	83
2.1.	Tres generaciones, tres posturas	83
2.2.	Concretización del sistema y margen de discreción de los Comités CIADI	85
3.	Extralimitación manifiesta de funciones, ley aplicable al fondo de la controversia y ejercicio de la jurisdicción	87
3.1.	Distinción previa en torno a la ley aplicable al fondo de la controversia: Contrato <i>vs.</i> Tratado	88
3.2.	Extralimitación manifiesta de funciones y ejercicio de la jurisdicción arbitral	91
3.3.	Extralimitación manifiesta de funciones y ley aplicable al fondo del arbitraje	93
4.	A manera de conclusión: Observaciones finales sobre la distinción entre los <i>treaty claims</i> y <i>contract claims</i> para la valoración de la anulación	96

La anulación de sentencias CIADI: ¿Corregir las sentencias o corregir las tendencias?

JOSÉ MIGUEL JÚDICE (*Portugal*)

TIAGO DUARTE (*Portugal*)

1.	El sistema de anulación de sentencias como expresión de un modelo más integrado de la comunidad jurídica internacional	99
2.	Riesgos de politización y ventaja de adaptación a los procesos evolutivos de la opinión pública internacional y de la balanza de poderes	101
3.	Las raíces del modelo de anulación de sentencias CIADI	102
4.	La concretización del modelo de anulación de sentencias CIADI	104
5.	La jurisprudencia en materia de anulación de sentencias CIADI	105
6.	Los casos paradigmáticos de las sentencias de anulación <i>Patrick</i>	

<i>Mitchell vs. Congo y MHS vs. Malasia</i>	109
7. La tercera generación de sentencias de anulación: ¿El modelo pendular?	112
8. Conclusión	114

La anulación de los laudos arbitrales del CIADI en arbitrajes de contratos y tratados: ¿Existen diferencias?

GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER (*Suiza*)

1. No, la revisión no es diferente porque el proceso de anulación es el mismo	122
1.1. Alcance de la revisión	122
1.2. Causales de anulación	123
1.2.1. Constitución incorrecta y corrupción	123
1.2.2. Quebrantamiento grave de una norma de procedimiento	123
1.2.3. Falta de expresión de los motivos en que se funda	123
1.2.4. Extralimitación manifiesta de facultades	124
1.3. Normas de procedimiento para la anulación	125
2. Sí, la revisión es diferente en lo concerniente a jurisdicción y derecho aplicable	125
2.1. Jurisdicción	126
2.1.1. Extralimitación manifiesta y jurisdicción	126
2.1.2. Mayor tecnicismo en cuestiones jurisdiccionales en los arbitrajes de tratado	127
2.1.3. El rol reducido de la intención de las partes	130
2.2. Derecho aplicable	131
2.2.1. Extralimitación manifiesta de facultades	132
2.2.2. El mayor rol del Derecho internacional	132
3. Tal vez el proceso de revisión debería ser distinto para tomar en cuenta el interés público	135
3.1. Transparencia	136
3.1.1. La participación de grupos de interés público como partes o como <i>amici curiae</i>	136
3.1.2. Arbitrajes de tratados <i>versus</i> arbitrajes de contratos	138
3.2. Consistencia de las decisiones	138

La proliferación de la nulidad de los laudos: Una falla del CIADI que sí puede ser corregida

ANDRÉS A. MEZGRAVIS (*Venezuela*)

CAROLINA GONZÁLEZ (*Venezuela*)

1. Introducción	141
2. Evolución y distintas generaciones de laudos	143
3. ¿De regreso a la primera generación?	147
4. Los Jueces parecieran comprender mejor la distinción entre apelación y nulidad	151
5. Críticas al sistema y soluciones sugeridas	154
6. Conclusiones	162

Algunas cuestiones de interés respecto a la anulación de los laudos CIADI

ANTONIA MAGDALENO CARMONA (*España*)

1. Introducción	163
1.1. Cuestiones generales	163
2. Aspectos problemáticos de la anulación de laudos CIADI	164
2.1. Regulación normativa	164
2.2. Motivos concretos de anulación: Evolución jurisprudencial	165
3. Consideraciones finales	171

El recurso de anulación en el CIADI y el estado de necesidad en los casos argentinos

OSVALDO J. MARZORATI (*Argentina*)

1. Introducción	173
2. Los casos de Anulación <i>CMS</i> , <i>Azurix</i> , <i>Sempra</i> y <i>Enron</i>	177
2.1. <i>CMS</i>	177
2.2. <i>Azurix</i>	180
2.3. <i>Sempra</i>	183
2.4. <i>Enron</i>	188
3. Conclusiones	195

Recurso de anulación contra laudos CIADI: ¿Refuerza la autonomía del sistema o contraría la celeridad del arbitraje internacional?

YARITZA PÉREZ PACHECO (*Venezuela*)

ELIZABETH MÉNDEZ SALOM (*Venezuela*)

1. Introducción	201
2. Arbitraje de inversión CIADI: Presente y futuro	202
3. El arbitraje CIADI como sistema	206
3.1. Características del sistema	206
3.2. Requisitos para la iniciación de un procedimiento CIADI	209
3.3. Finalización del procedimiento arbitral	210
4. Recurso de anulación	211
4.1. Causales	212
4.2. Características	215
4.3. Interpretación de las causales de anulación	217
4.4. Nulidad total o parcial	217
4.5. Solicitudes de decisiones suplementarias o rectificaciones de laudos de anulación	218
5. Análisis de los laudos anulados en el 2010	218
6. Consideraciones finales: Posibles correctivos	223

**Puntos débiles del vigente sistema de anulación de laudos CIADI:
Necesaria reforma del órgano decisor de la anulación y de los
requisitos de suspensión de la ejecución de laudos**

IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE (*España*)

ELENA SEVILA (*España*)

1. Introducción	227
2. Descripción de la acción de anulación prevista por el Convenio	228
2.1. Las particularidades de la acción de anulación	228
2.2. El alcance del mecanismo de anulación en la jurisprudencia de los Comités <i>ad hoc</i>	229
3. El órgano decisor de las anulaciones de los laudos sometidos al Convenio CIADI	232
3.1. Idoneidad del modelo “OMC”	232
3.2. El mantenimiento del recurso de anulación frente a la introducción de un recurso de apelación	233
4. Dudas acerca de los requisitos para la suspensión de la ejecución de un laudo CIADI una vez ejercitada una acción de anulación	234
4.1. Lo que dice la norma	234
4.2. Decisiones divergentes de los Tribunales o Comités CIADI. Estado de la cuestión	235
4.3. Necesaria modificación del sistema de suspensión de	

ejecución de laudos para dotar de mayor seguridad jurídica al sistema CIADI	236
5. Conclusiones	238

**Decisiones recientes en casos de anulación en el CIADI.
El caso de argentina y la consistencia en la jurisprudencia de anulación**

TOMÁS SOLÍS (*EE.UU.*)

1. Introducción	239
2. El sistema de anulación del CIADI	240
3. Decisiones bajo análisis	242
3.1. Procedimiento de anulación en <i>CMS c. Argentina</i>	245
3.1.1. Procedimiento de arbitraje	245
3.1.2. Procedimiento de anulación	246
3.2. Procedimiento de anulación en <i>Sempra c. Argentina</i>	247
3.2.1. Procedimiento de arbitraje	247
3.2.2. Procedimiento de anulación	250
3.3. Procedimiento de anulación en <i>Enron c. Argentina</i>	251
3.3.1. Procedimiento de arbitraje	251
3.3.2. Procedimiento de anulación	252
4. Conclusión	255

Notas sobre el requerimiento de garantías como condición para la suspensión de la ejecución de laudos arbitrales del CIADI

IGNACIO TORTEROLA (*Argentina*)

1. Introducción	257
2. Consideraciones generales	258
3. La suspensión de la ejecución del laudo en el Convenio CIADI	259
4. La suspensión de la ejecución del laudo: Admisibilidad del requerimiento de una garantía	260
5. Suspensión de la ejecución e historia del Convenio	263
6. Conclusión	264

Estándar de aplicación de la causal de anulación contenida en el artículo 52(1)(b) del convenio CIADI, tratándose de la extralimitación de facultades en la aplicación de la ley

CLAUS VON WOBESER (*México*)

1.	Introducción	265
2.	Antecedentes del sistema de anulación CIADI	266
3.	Análisis del artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI	268
4.	Extralimitación de facultades en la no aplicación de la ley aplicable	268
5.	Casos relevantes en cuanto a la extralimitación manifiesta de facultades en la aplicación de la ley aplicable	268
5.1.	Distinción entre el error de Derecho y la no aplicación de la ley aplicable	268
5.1.1.	<i>Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. Camerún</i>	269
5.1.2.	<i>Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinea</i>	269
5.1.3.	<i>CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina</i>	270
5.1.4.	<i>Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR)</i>	271
5.1.5.	<i>Azurix Corp. c. República de Argentina</i>	272
5.2.	El error en la aplicación de la ley, cuando es flagrante, constituye una causal de anulación	272
5.2.1.	<i>Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos</i>	273
5.2.2.	<i>Sempra Energy International c. Argentina</i>	273
5.2.3.	<i>MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile</i>	274
5.3.	Distinción entre el sistema de anulación y la apelación propiamente dicha	275
5.3.1.	<i>Amco Asia Corporation c. Indonesia</i>	275
5.3.2.	<i>Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú</i>	275
5.3.3.	<i>Azurix Corp. c. República de Argentina</i>	276
5.3.4.	<i>Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina</i>	276
5.4.	El análisis del Comité <i>ad hoc</i> debe ser objetivo	276
5.4.1.	<i>Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Industria Indalsa Perú, S.A. c. República de Perú</i>	277
5.4.2.	<i>Sempra Energy International c. Argentina</i>	277
5.4.3.	<i>Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina</i>	278

6. Conclusión 279

**Estado de necesidad en *Enron*, *Sempra* y *CMS*:
Extralimitación manifiesta de las facultades como causal
de anulación**

ARNOLDO WALD (*Brasil*)

1. Introducción 283

2. El alcance de la causal de anulación del artículo 52(1)(b) del Convenio
CIADI 284

3. *Enron* 287

4. *Sempra* 289

5. *CMS* 291

6. Debate 294

7. Conclusión 295

AGRADECIMIENTOS 299

ÍNDICE GENERAL 303

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres de **OPENSAC**
en el mes de Setiembre de 2011

