

**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Washington, D.C.**

**Sempra Energy International
(Demandante)**

c.

**República Argentina
(Demandada/Solicitante)**

**(Caso CIADI No. ARB/02/16)
(Procedimiento de anulación)**

**Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo
Presentada por la República Argentina**

Miembros del Comité *ad hoc*

Sr. Christer Söderlund, Presidente

Sir David A. O. Edward, QC

Embajador Andreas J. Jacovides

Secretario del Comité *ad hoc*: Sr. Gonzalo Flores

Representando a Sempra Energy International:

Sr. R. Doak Bishop, King & Spalding LLP

Sr. Craig S. Miles, King & Spalding LLP

Sr. Roberto Aguirre Luzi, King & Spalding LLP

Sra. Silvia Marchili, King & Spalding LLP

Sra. Kerrie A. Nanni, King & Spalding LLP

Representando a la República Argentina:

Hasta el 26 de enero de 2010:

Dr. Osvaldo César Guglielmino

Procurador del Tesoro de la Nación Argentina

Desde el 27 de enero de 2010:

Dr. Joaquín Pedro da Rocha

Procurador del Tesoro de la Nación Argentina

Fecha de envío a las Partes: 29 de junio de 2010

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| LA DIFERENCIA..... | 7 |
| LAS CAUSALES DE ANULACIÓN | 8 |
| Breve resumen de la Solicitud de Anulación presentada por Argentina..... | 8 |
| EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL..... | 9 |
| La primera reclamación: ajuste de las tarifas según el IPP | 10 |
| La segunda reclamación: Pesificación de las tarifas bajo la Ley de Emergencia | 10 |
| La tercera reclamación: La violación de las cláusulas de estabilidad de la Licencia..... | 10 |
| La cuarta reclamación: Falta de pago de los subsidios | 11 |
| La quinta reclamación: Interferencia con el cobro de las facturas y asuntos conexos..... | 11 |
| El asunto de las violaciones del tratado | 12 |
| La defensa de Argentina basada en el estado de necesidad y exclusión en virtud del Artículo XI del TBI..... | 12 |
| PROCEDIMIENTOS ANTE EL COMITÉ | 13 |
| COMENTARIOS INTRODUCTORIOS..... | 13 |
| El alcance de la revisión a ser efectuada por el Comité..... | 13 |
| JURISDICCIÓN | 15 |
| Introducción..... | 15 |
| SOLICITUD DE ANULACIÓN CON RESPECTO A LA JURISDICCIÓN PRESENTADA POR ARGENTINA..... | 17 |
| LA POSTURA DE SEMPRA | 17 |
| LA CONCLUSIÓN DEL COMITÉ SOBRE LA JURISDICCIÓN..... | 18 |
| EMERGENCIA BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL | 20 |
| LA POSTURA DE ARGENTINA..... | 20 |
| Artículo XI del TBI..... | 20 |
| Diferencias entre el Artículo XI del TBI y el estado de necesidad | 20 |
| Causales de anulación | 22 |
| Errores manifiestos de derecho | 22 |
| Extralimitación manifiesta de facultades | 23 |
| El carácter auto-juzgable del Artículo XI del TBI..... | 23 |
| Reemplazo del Artículo XI por el estado de necesidad | 24 |
| Falta de expresión de motivos..... | 24 |
| LA POSTURA DE SEMPRA | 25 |

| | |
|--|----|
| Un error manifiesto de derecho no constituye una causal de anulación | 27 |
| El Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades | 27 |
| El Artículo XI no tiene carácter auto-juzgable | 29 |
| No hubo falta de expresión de motivos por parte del Tribunal | 29 |
| CONSIDERACIÓN DE LOS ARGUMENTOS PRECEDENTES POR PARTE DEL COMITÉ... | 30 |
| Aplicación del Artículo XI del TBI | 30 |
| Error manifiesto de derecho | 30 |
| Falta de expresión de motivos | 31 |
| Introducción | 31 |
| Análisis | 32 |
| El rechazo del Tribunal de la idea de que el Artículo XI sea auto-juzgable, ¿constituye un error anulable? | 32 |
| Extralimitación manifiesta de facultades | 33 |
| Introducción | 33 |
| La admisibilidad de los argumentos de Argentina | 35 |
| Las conclusiones del Tribunal | 36 |
| DISCUSIÓN | 42 |
| Los Artículos II(2)(a) y X del TBI | 49 |
| CONCLUSIÓN | 50 |
| COSTOS | 50 |
| DECISIÓN | 51 |

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA DECISIÓN

| | |
|--|--|
| Reglas de Arbitraje | Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| Argentina | La República Argentina |
| Laudo | <i>Sempra Energy International c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/02/16), Laudo del 28 de septiembre de 2007 |
| TBI | Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de noviembre de 1991 |
| CGP | Camuzzi Gas Pampeana S.A. |
| CGS | Camuzzi Gas del Sur S.A. |
| Memorial de la Demandante | Memorial de la Demandante presentado el 3 de septiembre de 2003 por Sempra en el procedimiento arbitral |
| CMS | <i>CMS Gas Transmission Company c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/01/8) |
| Ley de Convertibilidad | Ley N° 23.928 del 27 de marzo de 1991 |
| Memorial de Contestación | Memorial de Contestación presentado el 1° de agosto de 2005 por la República Argentina en el procedimiento arbitral |
| Memorial de Contestación sobre Jurisdicción | Memorial de Contestación sobre Jurisdicción presentado el 4 de marzo de 2004 por Sempra en el procedimiento arbitral |
| Decisión sobre Jurisdicción | <i>Sempra Energy International c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/02/16), Decisión sobre Jurisdicción del 11 de mayo de 2005 |
| Ley de Emergencia | Ley N° 25.561 del 6 de enero de 2002 |
| Decreto sobre el Gas | Decreto N° 1738/92 de 1992 sobre la reglamentación de la Ley de Gas |
| Ley de Gas | Ley N° 24.076, parcialmente promulgada el 9 de junio de 1992 |

| | |
|-------------------------------|---|
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| CIADI | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| Convenio del CIADI | Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados |
| Artículos de la CDI | Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 2001 |
| Decisiones de LG&E | <i>LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/02/1) |
| Licencia(s) | Licencias de distribución de Distribuidora de Gas del Sur S.A. y Distribuidora de Gas Pampeana S.A., aprobadas respectivamente por los Decretos N° 2451 y N° 2456 del 18 de diciembre de 1992 |
| Licenciataria(s) | Camuzzi Gas Pampeana S.A. y Camuzzi Gas del Sur S.A. |
| Sociedades Locales | CGS y CGP, sociedades de propiedad indirecta y parcial de Sempra |
| IPP | Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos |
| Dúplica | Dúplica presentada el 5 de diciembre de 2005 por la República Argentina en el procedimiento arbitral |
| Réplica | Réplica presentada el 28 de septiembre de 2005 por Sempra en el procedimiento arbitral |
| Schreuer | Christoph Schreuer y otros. <i>The ICSID Convention, A Commentary</i> (segunda edición), 2009 |
| Sempra | Sempra Energy International |
| Cláusula Paraguas | Artículo II (2)(c) del TBI entre Argentina y Estados Unidos, según el cual “[c]ada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”. |
| CVDT | Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados |

INTRODUCCIÓN

1. El 25 de enero de 2008, la República Argentina presentó ante la Secretaria General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones una solicitud de anulación del Laudo del 28 de septiembre de 2008 dictado por el tribunal en el procedimiento de arbitraje seguido entre Sempra y Argentina (conjuntamente, “las Partes”). La Solicitud de Anulación se presentó dentro del plazo estipulado en el Artículo 52(2) del Convenio del CIADI.
2. En su Solicitud, Argentina promovió la anulación del Laudo por cuatro de las cinco causales estipuladas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, sosteniendo específicamente que:
 - (i) El Tribunal se había constituido incorrectamente (Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(a));
 - (ii) El Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades (Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(b));
 - (iii) Ha habido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(d)); y
 - (iv) No se habían expresado en el laudo los motivos en que el mismo se fundaba (Convenio del CIADI, Artículo 52(1)(e)).
3. En la Solicitud de Anulación se promovía asimismo, en función de lo dispuesto en el Artículo 52(5) del Convenio del CIADI y en la Regla 54(1) de las Reglas de Arbitraje la suspensión de la ejecución del Laudo hasta que se decidiera la Solicitud de Anulación.
4. La Secretaria General del CIADI registró la Solicitud el 30 de enero de 2008, y en la misma fecha, conforme a la Regla 50(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, envió a las Partes una Notificación del Acto de Registro. También se notificó a las Partes que, de acuerdo con lo previsto en la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, se suspendería provisionalmente la ejecución del Laudo.
5. Mediante carta del 15 de septiembre de 2008, conforme a lo dispuesto en la Regla 52(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Centro notificó a las Partes que se había constituido un Comité *ad hoc* (“el Comité”), integrado por el Sr. Christer Söderlund, nacional de Suecia, Sir David A.O. Edward, QC, nacional del Reino Unido, y el Embajador Andreas J. Jacovides, nacional de Chipre, cada uno de los cuales había sido designado por sus respectivos países en la Lista de Árbitros del CIADI. En la misma fecha se informó a las Partes que el Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior del CIADI, actuaría como Secretario del Comité.
6. El 16 de septiembre de 2008 Sempra presentó una solicitud de levantamiento de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo.

7. Mediante carta del 25 de septiembre de 2008, se notificó a las Partes que el Sr. Christer Söderlund había sido nombrado Presidente del Comité.
8. Mediante carta del 10 de octubre de 2008, el Comité propuso la celebración, el 21 de octubre de 2008, de una primera sesión mediante conferencia telefónica. Se adjuntaba a la carta una agenda provisional para la sesión. En la carta se notificó asimismo a las Partes que el Comité había decidido mantener la suspensión provisional de la ejecución del Laudo hasta el 8 de diciembre de 2008, la fecha fijada por el Comité para oír los argumentos orales de las Partes sobre el mantenimiento de la ejecución.
9. Conforme a lo propuesto, la primera sesión del Comité se celebró el 21 de octubre de 2008 por conferencia telefónica. Durante la sesión, los representantes de Sempra fueron los Sres. Craig S. Miles y Roberto Aguirre Luzi, y la Sra. Kerri A. Nanni del estudio jurídico King & Spalding LLP (Houston). Los representantes de la República Argentina fueron el Dr. Gabriel Bottini y la Dra. Gisela Makowski de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina.
10. Durante la primera sesión: (a) las Partes acordaron que el Comité había sido debidamente constituido de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, y confirmaron que no presentaban objeciones respecto de ninguno de sus miembros; (b) se acordaron y decidieron varios temas de procedimiento; y (c) el Comité informó a las Partes acerca de su decisión de mantener la suspensión provisional de la ejecución del laudo hasta que el Comité se pronunciara sobre ese tema. Poco después las Partes resolvieron varias cuestiones de calendario que no habían podido acordarse en el curso de la primera sesión.
11. Conforme a lo convenido por las Partes, el 7 de noviembre de 2008 Argentina presentó sus observaciones sobre la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo, mientras que Sempra presentó las suyas el 21 de noviembre de 2008.
12. El 8 de diciembre de 2008 se celebró en la sede del Centro en Washington, D.C., una audiencia en la que las Partes presentaron argumentos orales sobre la cuestión de la *suspensión de la ejecución*. A la audiencia concurrieron: los Miembros del Comité de Anulación: el Sr. Christer Söderlund, Sir David A.O. Edward, QC y el Embajador Andreas J. Jacovides; el Secretario del Comité: el Sr. Gonzalo Flores; los representantes de Sempra: los Sres. R. Doak Bishop, Craig S. Miles y Roberto Aguirre Luzi de King & Spalding LLP (Houston), el Sr. Mark Clodfelter y la Sra. Maria Kostytska Scala de Winston & Strawn LLP (Washington, D.C.) y el Sr. Dave O. Smith de Sempra Energy International; y los representantes de la República Argentina:

el Dr. Gustavo Adolfo Scrinzi, Sub-Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, el Dr. Gabriel Bottini, el Dr. Ignacio Torterola, el Dr. Alejandro Turyn y el Dr. Alejandro Agustín Vásquez Azpilicueta de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Los Sres. Bishop, Miles, Aguirre Luzi y Clodfelter se dirigieron al Comité en representación de Sempra. Los Sres. Scrinzi, Bottini y Torterola lo hicieron en representación de Argentina.

13. El 18 de diciembre de 2008, en una carta dirigida al Comité, Sempra sostuvo que Argentina “volvió a rehusarse a modificar su interpretación de las obligaciones que le imponen los Artículos 53 y 54 del Convenio del CIADI”, haciendo referencia a la solicitud del comité *ad hoc* en el caso *Vivendi* de una “carta de compromiso”¹ y a la respuesta de Argentina a dicho comité el 28 de noviembre de 2008. Por carta del 29 de diciembre de 2008, Argentina declaró estar preparada para formular comentarios a lo manifestado por Sempra describiendo, al mismo tiempo, su carta al comité *ad hoc* en el caso *Vivendi* como un documento que “se explica por sí mismo”.
14. Mediante carta del 30 de enero de 2009, Argentina notificó al Comité sobre su intención de incluir testimonios escritos adicionales en el procedimiento. Mediante carta del 6 de febrero de 2009, Sempra presentó sus objeciones al respecto y remarcó que el testimonio propuesto había sido presentado ante el Tribunal del caso Sempra que lo había desestimado de forma concluyente. En respuesta del 20 de febrero de 2009, Argentina opinó que el testimonio propuesto debía admitirse dado que era relevante para probar que había habido un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento en el arbitraje de Sempra.
15. El 3 de marzo de 2009, Argentina presentó su Memorial de Anulación.
16. El 5 de marzo de 2009, el Comité emitió una *Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del Laudo*. En su decisión, el Comité resolvió mantener la suspensión de la ejecución del Laudo sujeto a la condición de que Argentina depositara en una cuenta de custodia la suma de USD 75 millones. La Decisión del Comité también estableció que de no depositar Argentina en una cuenta de custodia la suma requerida dentro de un plazo de 120 días contados a partir de la fecha de emisión de la decisión, el Comité – a solicitud de Sempra – podría ordenar la terminación de la suspensión de la ejecución, brindando o no a Argentina la posibilidad de realizar el pago de la obligación de cuyo cumplimiento estuviere en mora.

¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre la solicitud de mantener la suspensión de la ejecución del Laudo del 20 de agosto de 2007 presentada por la República Argentina (4 de noviembre de 2008).

17. El Comité además decidió sobre la solicitud de Argentina de incorporar prueba adicional el 31 de marzo de 2009. En su decisión, el Comité, al invocar la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI que establece que “[e]l Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba [--]” y la Regla de Arbitraje 53, según la cual “[e]stas Reglas se aplicarán *mutatis mutandis* a todo procedimiento relacionado con la [--] anulación de un laudo y a la decisión del [--] Comité”, confirmó su facultad para resolver sobre la admisibilidad de cualquier prueba invocada por cualquiera de las partes en los procedimientos de anulación.
18. El Comité, sin embargo, tuvo en cuenta que su facultad de revisión se encontraba estrictamente limitada a cuestiones de derecho relacionadas con las causales de anulación taxativamente enumeradas en el Convenio, y rechazó la solicitud planteada por Argentina de incorporar testimonios adicionales. Puntualmente, el Comité consideró que la prueba propuesta no contribuiría a determinar si el Tribunal había tratado ciertos asuntos probatorios de manera tal de dar lugar a un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.
19. El 4 de mayo de 2009, Argentina presentó su Memorial de Contestación de Anulación.
20. Mediante carta del 13 de mayo de 2009, Sempra solicitó que quedara sin efecto la suspensión de ejecución del laudo. La razón que se invocó para justificar la solicitud fue que Argentina no había acordado ni ofrecido un acuerdo sobre cuenta de custodia, como lo disponía la decisión del 5 de marzo del Comité.
21. En particular, Sempra se refirió al párrafo 119 de la decisión del Comité que dispone:

Si Sempra considera insatisfactorio el sistema de depósito en cuenta de custodia ofrecido por Argentina, podrá poner el asunto a consideración del Comité mediante una oportuna notificación, a más tardar el trigésimo día que preceda a la expiración del plazo arriba establecido. Argentina tendrá derecho de formular comentarios y/o adoptar medidas correctivas a la luz de esa notificación. Si el Comité considera insatisfactorio el sistema de depósito en una cuenta de custodia – pese a la eventual adopción de medidas correctivas – el Comité podrá dar por terminada la suspensión conforme a la Regla 54(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
22. Mediante carta del 22 de mayo de 2009, el Comité invitó a Argentina a presentar comentarios a la carta de Sempra del 13 de mayo de 2009.

23. En una comunicación de 1 de junio de 2009, Argentina hizo referencia a ciertas discusiones que habrían tenido lugar entre Argentina y “los abogados de Sempra” en el caso *Enron*², entre otras cosas, sobre una propuesta para poner en marcha un acuerdo de depósito en custodia como condición para continuar la suspensión de la ejecución en dicho procedimiento de anulación. Argentina había explicado que dicho acuerdo, en la forma propuesta, crearía “riesgos inaceptables de embargo” para la Argentina, apuntando a la posibilidad que otros acreedores de la Argentina pudieran embargar su derecho a recuperar la cantidad depositada en la cuenta de custodia, en el caso que su solicitud de anulación fuere acogida. Argentina observó, en particular, que el comité *ad hoc* en el procedimiento de anulación de *Enron*, por las razones aducidas en el párrafo 42 de la decisión del comité de 20 de mayo de 2009, concedió una continuación de la suspensión sin condiciones. Argentina ha solicitado a este Comité hacer lo mismo.
24. Mediante carta del 10 de junio de 2009, Sempra expresó su desacuerdo con el razonamiento del comité de *Enron* sobre el punto del riesgo de embargo por parte de terceros, enfatizando que, teniendo ese riesgo en cuenta “alienta a los deudores recalcitrantes [---] para continuar repudiando sus obligaciones monetarias internacionales” y cuestionó por qué debía Sempra sufrir las consecuencias de la “decisión unilateral de la Argentina de renegar de sus anteriores obligaciones monetarias internacionales”.
25. En la misma carta, Sempra reiteró su solicitud al Comité de poner término a la suspensión de la ejecución, observando que Argentina no sólo no “ofreció” un sistema de depósito en cuenta de custodia, sino que ni siquiera había respondido a un proyecto de acuerdo de depósito en cuenta de custodia propuesto por Sempra, y mucho menos comprometido fondo alguno en tal cuenta de custodia.
26. En su carta del 17 de junio de 2009 a las partes, el Comité señaló que consideraría los argumentos de las partes sobre la cuestión de la actual suspensión y emitiría una decisión respecto de la solicitud de Sempra de que se ponga ahora término a la suspensión. Además, el Comité invitó a las partes a comunicar “cualquier nuevo desarrollo u otras circunstancias, que pudieren ser relevantes para las cuestiones actualmente pendientes”.
27. El 29 de junio de 2009, la República Argentina presentó su Réplica de Anulación.

² *Enron Creditors Recovery Corporation* (anteriormente Enron Corporation) y *Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3) – Procedimiento de Anulación. El estudio jurídico King & Spalding LLP (Houston) representa a las Demandantes en ambos procedimientos de anulación.

28. Por carta del 16 de julio de 2009, Sempra solicitó al Comité que pusiera término a la suspensión de ejecución del Laudo. Argentina presentó inmediatamente una respuesta el 17 de julio de 2009.
29. El Comité emitió su *Decisión sobre la solicitud de Sempra Energy International de poner término a la suspensión de la ejecución del laudo (Regla 54 de las Reglas de Arbitraje del CIADI)* el 7 de agosto de 2009. El Comité dio término a la suspensión de la ejecución del Laudo, desestimando así el argumento de Argentina de que depositar los fondos en una cuenta de custodia (o emitir una carta de crédito) generaría costos prohibitivos y crearía “riesgos inaceptables de embargo para Argentina”. Al hacerlo, el Comité destacó que: (a) las circunstancias invocadas por Argentina no constituyen un detrimento económico que pudiera constituir un fundamento válido para decidir si continuar o dar por terminada la suspensión (como se había resuelto en la decisión del 5 de marzo; párrafos 77 a 79); y (b) que no “considera que su función sea la de crear salvaguardias contra la posibilidad de que terceros acreedores en general obtengan satisfacción con respecto de reclamaciones pendientes. [...] Tales contingencias se encuentran fuera del ámbito de las consideraciones que un comité *ad hoc* debiera tener en cuenta”. Dado que Argentina no cumplió con la condición impuesta por el Comité para continuar la suspensión a lo largo de todo este procedimiento, se dio por terminada la suspensión de la ejecución del Laudo.
30. El 13 de agosto de 2009, Sempra presentó su Dúplica de Anulación.
31. Se realizó una audiencia de tres días en la sede del Centro en Washington, D.C. del 1º al 3 de septiembre de 2009, en la que los abogados de ambas Partes presentaron sus argumentos y manifestaciones y respondieron las preguntas de los Miembros del Comité. A la reunión concurren: los Miembros del Comité de Anulación y su Secretario. En representación de Sempra, concurren: los Sres. R. Doak Bishop, Craig S. Miles y Roberto Aguirre Luzi y la Sra. Silvia Marchili, Kerrie A. Nanni y Carol Tamez de King & Spalding LLP (Houston); y los Sres. Dave O. Smith y Santiago Albarracín de Sempra Energy International. En representación de la República Argentina, concurren: el Dr. Osvaldo César Guglielmino, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina; el Dr. Gustavo Adolfo Scrinzi, Sub-Procurador del Tesoro de la Nación Argentina; el Dr. Gabriel Bottini, el Dr. Diego Gosis, la Dra. Veronica Lavista, la Dra. Viviana Kluger y el Dr. Nicolás Duhalde de la Procuración del Tesoro de la Nación y el Dr. Domenico di Pietro de Chiomenti Studio Legale. Los Sres. Bishop, Miles y Aguirre Luzi se dirigieron al Comité en representación de Sempra. Los Sres. Scrinzi, Bottini, Gosis, di Pietro y la Sra. Lavista hicieron lo propio en representación de la República Argentina.

32. El Comité declaró el cierre del procedimiento el 7 de mayo de 2010. Durante el transcurso de los procedimientos, los Miembros del Comité deliberaron a través de diferentes formas; entre ellas, mediante una reunión en La Haya del 14 al 16 de diciembre de 2009, y tomaron en cuenta todos los escritos, documentos y testimonios ante ellos.

LA DIFERENCIA

33. En 1989, Argentina introdujo un programa de privatización a fin de revitalizar su economía y finalizar la crisis que imperaba por aquel entonces. Un importante aspecto de este programa fue la introducción de un marco jurídico y regulatorio mediante la Ley de Convertibilidad, sancionada en 1991, junto con un decreto de aplicación, que estableció la paridad del peso argentino (ARS) con el dólar estadounidense (USD).
34. En 1992 se reestructuró la industria del gas natural y se privatizó la empresa estatal *Gas del Estado*. En este contexto, se sancionó la Ley de Gas junto con su decreto reglamentario o Decreto sobre el Gas. Dentro del marco de este régimen regulatorio, se constituyeron varias empresas de distribución de gas para consumidores residenciales y comerciales. Sempra invirtió en dos de estas empresas de gas mediante la adquisición de una tenencia accionaria indirecta del orden del 43,09% en Sodigas Pampeana y Sodigas Sur que, a su vez, tienen 90% y 86,09%, respectivamente, de las acciones de Camuzzi Gas Pampeana S.A. (“CGP”) y Camuzzi Gas del Sur (“CGS”), es decir, de las “Licenciatarias”, dos empresas argentinas a las que se otorgaron licencias para la distribución de gas (las “Licencia(s)”) en 1996.
35. En diciembre de 2001, una crisis financiera explotó en Argentina y, durante el período 2001-2002, el Gobierno Argentino adoptó una serie de medidas que, en opinión de Sempra, constituían la eliminación y la violación indiscriminada de intereses y derechos significativos adquiridos en virtud de las Licencias y de otros derechos adquiridos en virtud del marco regulatorio que se había establecido como parte del programa de privatización argentino. Básicamente, estos derechos estaban relacionados con el derecho adquirido de las Licenciatarias de calcular las tarifas en dólares estadounidenses y efectuar ajustes dos veces por año sobre la base del Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos (“IPP”).
36. En enero de 2002, se sancionó la Ley de Emergencia, se derogó el régimen de convertibilidad, la economía argentina se pesificó – incluidos los contratos y las licencias de servicios públicos – y todos los contratos y relaciones vigentes en ese momento debieron, de conformidad con la Ley de Emergencia, adaptarse al nuevo contexto imperante.

37. Debido a estas circunstancias, Sempra presentó, el 11 de septiembre de 2002, una Solicitud de Arbitraje con arreglo al Convenio del CIADI en la que invocaba el Tratado Bilateral sobre Inversiones Argentina-Estados Unidos (“TBI”).
38. El 31 de diciembre de 2003, Argentina presentó excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. El 11 de mayo de 2005, el Tribunal emitió una Decisión sobre Jurisdicción, en la cual sostuvo que la diferencia se encontraba dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal.
39. Posteriormente, se inició un procedimiento sobre el fondo de la cuestión, y el Laudo respectivo fue enviado a las Partes el 28 de septiembre de 2007. En el Laudo, se sostuvo que Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo y la cláusula paraguas del TBI. Sobre estos fundamentos, se otorgó una indemnización a Sempra.
40. El 25 de enero de 2008, Argentina solicitó la anulación (y la suspensión de la ejecución) del Laudo.

LAS CAUSALES DE ANULACIÓN

Breve resumen de la Solicitud de Anulación presentada por Argentina

41. En este procedimiento de anulación, Argentina ha esgrimido varios asuntos con respecto al procedimiento arbitral y el Laudo, cada uno de los cuales, en el caso planteado por de Argentina, se han tratado a fin de que configuren una o más causales de anulación del Laudo en su totalidad. Los asuntos que Argentina esgrime se relacionan con el *jus standi* de Sempra para presentar reclamos sobre las Licencias y derechos relacionados; la supuesta conducta indebida cuando se trató la propuesta de Argentina para la descalificación de los miembros del Tribunal; las cuestiones relacionadas con la admisión de ciertos testigos de hecho en el procedimiento arbitral; la interpretación de varios términos de las Licencias, y la forma en que el Tribunal se ocupó del estándar de trato justo y equitativo y la cláusula paraguas del TBI.
42. Finalmente, como se explica con más detalle a continuación, Argentina empleó argumentos sobre la forma en la que el Tribunal trató la emergencia bajo el derecho argentino, el estado de necesidad de conformidad con el derecho internacional consuetudinario y la exclusión sobre la base del Artículo XI del TBI.
43. En su Solicitud de Anulación, Argentina invocó (como se indicó en el párrafo 2) las siguientes causales de anulación previstas en el Convenio del CIADI:
 1. El Tribunal se constituyó incorrectamente (Artículo 52(1)(a) del Convenio del CIADI);

2. El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI);
3. Hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI); y
4. No se expresaron en el laudo los motivos en que el mismo se fundaba (Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI).

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

44. En el arbitraje, Sempra argumentó que las medidas adoptadas por Argentina durante el período 2000-2002, que comenzaron con la sanción de la Ley de Emergencia y llevaron a la pesificación de tarifas en virtud de esa ley, la eliminación del ajuste de tarifas según el IPP, la modificación de las Licencias sin indemnización y otros asuntos relacionados, significaron la eliminación y violación de la mayoría de los derechos que tenía dentro del marco regulatorio.
45. Sobre esta base, Sempra sostuvo que Argentina había incumplido compromisos específicos asumidos con inversores en violación de las normas regulatorias y legales aplicables y de las garantías específicas consagradas en el TBI, afectando seriamente el valor de sus inversiones.
46. La conducta de Argentina constituyó, según Sempra, una expropiación indebida de la inversión así como la violación del estándar de trato justo y equitativo, incluyendo, las expectativas legítimas, por medidas caracterizadas por su arbitrariedad y carácter discriminatorio y la falta de protección y seguridad plenas, así como el incumplimiento de la cláusula paraguas del TBI. En síntesis, según Sempra, se han violado todas las garantías estipuladas en el TBI.
47. Argentina negó que haya habido algún incumplimiento relacionado con las medidas que adoptó y en base a las cuales Sempra efectuó sus reclamos. El marco jurídico y regulatorio de la privatización establecía el derecho de las Licenciatarias a cobrar tarifas justas y razonables y estipulaba que el derecho a calcularlas en dólares estadounidenses podía aplicarse sólo en la medida en que la Ley de Convertibilidad estuviera vigente. Además, la información en que los inversores se habían basado al hacer sus inversiones había sido proporcionada por firmas consultoras privadas y no podía atribuírsela a Argentina, dado que ésta se había liberado expresamente de responsabilidad por tal información.
48. En opinión de Argentina, el marco jurídico y regulatorio también se había aplicado estrictamente a través de la adopción de las medidas en cuestión, y nada de ello acarrea un incumplimiento de las Licencias o el TBI. En todo caso, Argentina sostuvo que su responsabilidad queda excluida en virtud de las normas de derecho nacional e internacional

aplicables al estado de necesidad, sean éstas consuetudinarias o contenidas en el Tratado.

49. En el contexto general descrito anteriormente, Sempra lidió con una serie de medidas específicas que Argentina adoptó en el contexto de las dificultades políticas, sociales y económicas que gradualmente se suscitaron en el país a fines de la década del '90 y las medidas que se implementaron a partir de diciembre de 2001 y que se intensificaron durante el año siguiente.

La primera reclamación: ajuste de las tarifas según el IPP

50. Según Sempra, los ajustes de tarifas en base al IPP (“ajustes según el IPP”) se suspendieron desde el 1° de julio de 2000 de forma permanente.
51. Argentina negó que las medidas adoptadas hubieran violado compromiso alguno, y sostuvo que simplemente representaban un ajuste razonable a la economía argentina en un contexto de recesión y deflación, lo que justificaba las modificaciones a los términos de las licencias.
52. El Tribunal resolvió que las Licenciatarias tenían derecho a los ajustes según el IPP y que Argentina los había dejado sin efecto.

La segunda reclamación: Pesificación de las tarifas bajo la Ley de Emergencia

53. El 6 de enero de 2002, Argentina aprobó la Ley de Emergencia, que esencialmente disponía la derogación del derecho de las Licenciatarias a calcular las tarifas en dólares de los Estados Unidos y la conversión de tarifas a pesos al tipo de cambio fijo de un dólar por peso.
54. Según Argentina, el cálculo de tarifas en dólares estadounidenses estaba ligado a la Ley de Convertibilidad que, a su vez, estaba sujeta a la exigente meta de que las tarifas debían ser justas y razonables.
55. Sempra argumenta que la derogación de estos derechos violó las protecciones ofrecidas por Argentina, en particular el estándar de trato justo y equitativo y la cláusula paraguas.
56. El Tribunal, fundándose en un análisis del marco jurídico y regulatorio, concluyó que, efectivamente, Sempra tenía derecho a recalcular sus tarifas en dólares estadounidenses, que ésta era la característica principal del régimen tarifario, y que este derecho había sido eliminado.

La tercera reclamación: La violación de las cláusulas de estabilidad de la Licencia

57. La reclamación de Sempra en este sentido se refiere, en particular, a las disposiciones contractuales de las Licencias que prohíben el

congelamiento de precios, y al deber del Licenciante de no modificar las reglas básicas de las Licencias sin el consentimiento por escrito de la Licenciataria. El incumplimiento de estos compromisos constituyó, para Sempra, la violación de la cláusula paraguas del TBI.

58. Argentina argumentó que las prohibiciones en cuestión sólo obligaban al poder ejecutivo del Estado y que cualquier medida que surgiera de una acción del Congreso no estaría dentro del alcance de esta prohibición.
59. El Tribunal, destacando que el tema en cuestión no estaba relacionado con el poder del Estado para juzgar o legislar sino que se refería al hecho de que los términos de las Licencias dieran lugar a una indemnización o no, rechazó el argumento de Argentina.

La cuarta reclamación: Falta de pago de los subsidios

60. La cuarta reclamación presentada por Sempra versaba sobre el incumplimiento de Argentina del deber de reembolsar ciertos subsidios prometidos a las Licenciatarias, esencialmente a CGS. Además, Sempra consideraba que dichos subsidios debían calcularse en dólares estadounidenses a modo de reemplazo de tarifas más altas.
61. Argentina rechazó la reclamación, para lo cual invocó sus intentos de regularización del pago de subsidios y sostuvo que la situación ahora había vuelto a la normalidad. Argentina opinaba que, dado que los subsidios siempre se habían pagado en pesos argentinos, no se garantizaba su conversión a dólares estadounidenses.
62. El Tribunal concluyó que Argentina reconoció el monto de subsidios adeudado antes del 31 de diciembre de 2001 y que las sumas debidas debían compensarse al tipo de cambio en dólares estadounidenses que el peso tenía en esa época.

La quinta reclamación: Interferencia con el cobro de las facturas y asuntos conexos

63. Sempra manifestó que varias de las medidas causaron interferencias en el cobro de facturas y que otras suspensiones e imposiciones tuvieron un impacto negativo en las operaciones de las Sociedades Locales.
64. Argentina rechazó la importancia de tal medida dado que era limitada y excepcional y que, de cualquier manera, luego se dejó sin efecto.
65. El Tribunal consideró que las reclamaciones “periféricas” no tenían mayor fundamento, pero que estaba dispuesto a considerarlas dentro del contexto de la reclamación general de Sempra relativa a la indemnización.

El asunto de las violaciones del tratado

66. El Tribunal sostuvo, esencialmente, que Argentina no había violado el estándar de protección establecido en el Artículo IV(1) del TBI (expropiación o equivalente)³. El Tribunal reconoció, sin embargo, que “[l]as medidas consideradas en este caso”⁴, fuera de toda duda, habían cambiado sustancialmente el marco jurídico y empresarial en relación al cual se decidió y se llevó a cabo la inversión y que, por tanto, se había violado el estándar de trato justo y equitativo del Artículo II(2)(a) del TBI.
67. En cuanto al argumento de Sempra sobre la violación de la cláusula paraguas, considerando que las Licencias eran “la expresión definitiva de una serie de acuerdos complejos de inversión celebrados con la intención específica de encauzar la afluencia de capital”⁵, el Tribunal concluyó que, efectivamente, también se había violado la cláusula paraguas del Artículo II(2)(c) del TBI.
68. En cuanto a la aseveración de Sempra de que había sido víctima de acciones arbitrarias y discriminatorias por parte de Argentina, el Tribunal determinó que el trato dispensado a Sempra no pareció haber sido discriminatorio o arbitrario en comparación con las medidas impuestas a otras entidades o sectores de Argentina y, por este motivo, no constituyó una violación del deber de protección contra la arbitrariedad y discriminación establecido en el TBI (Artículo II(2)(b)).
69. Con respecto a la reclamación sobre plena protección y seguridad, el Tribunal observó que este estándar en particular ha evolucionado en el contexto de la protección física pero que además, en casos determinados, se justifica realizar una interpretación más amplia. Sin embargo, el Tribunal no encontró motivos en las circunstancias del caso que nos ocupa para extender, de esta manera, este estándar de protección, y por lo tanto, rechazó la reclamación de Sempra en virtud del Artículo II(2)(a) del TBI.

La defensa de Argentina basada en el estado de necesidad y exclusión en virtud del Artículo XI del TBI

70. Durante el transcurso del arbitraje, Argentina también esgrimió la defensa del estado de necesidad en virtud del derecho argentino y el derecho internacional consuetudinario así como la cuestión de la exclusión de conformidad con el Artículo XI del TBI (en ese mismo orden).
71. El Tribunal resolvió que no se daban las condiciones para que la emergencia se pudiera ejercer y validar legalmente en virtud del

³ Laudo, párrafo 286.

⁴ Laudo, párrafo 303.

⁵ Laudo, párrafo 312.

derecho argentino en base a la jurisprudencia argentina, y que “las propias disposiciones constitucionales que fueron sometidas al control judicial, que llevó a la definición de dichas condiciones, no pueden invocarse para precluir la determinación de ilicitud”⁶. El Tribunal tampoco determinó – con arreglo al Artículo 25 de los Artículos de la CDI como expresión del derecho internacional consuetudinario – que se hayan dado los requisitos previstos en esa disposición a fin de excusar la ilicitud. En cuanto a la exclusión en virtud del Artículo XI del TBI, el Tribunal manifestó, como se analizará con mayor detalle a continuación, que los requisitos previstos para la exoneración según el Artículo 25 de los Artículos de la CDI no se habían satisfecho, lo cual hacía innecesario, en opinión del Tribunal, efectuar un examen judicial de conformidad con el Artículo XI.

72. En resumen, el Tribunal consideró que Argentina era responsable del incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo y de la cláusula paraguas, y ordenó, en consecuencia, el pago de una indemnización.

PROCEDIMIENTOS ANTE EL COMITÉ

COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

El alcance de la revisión a ser efectuada por el Comité

73. Un comité *ad hoc* sólo puede determinar (a) anular el Laudo en su totalidad o sólo parcialmente – lo que vuelve al Laudo (o parte de él) nulo a todo efecto, impidiendo así que produzca efecto de cosa juzgada –, o (b) permitir que el Laudo continúe siendo efectivo. 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. Después de que se toma la decisión de anular un Laudo del CIADI, la diferencia puede volver a presentarse ante un nuevo tribunal para obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión.
74. La revisión de anulación está restringida a un conjunto específico de causales cuidadosamente definidas (taxativamente enumeradas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI)⁷. Así, 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).

⁶ Laudo, párrafo 330.

⁷ La Regla de Arbitraje 50(1)(c)(iii) del Convenio del CIADI también confirma que éstas son las únicas causales de anulación.

75. En cuanto a la interpretación de las causales de anulación, existe un fuerte consenso respecto de la opinión de que el enfoque a aplicarse no debe ser demasiado restringido ni demasiado amplio⁸.
76. Tampoco existe inclinación alguna preponderante “*in favorem validitatis*”, es decir, una presunción a favor de la validez del Laudo⁹. Siguiendo la práctica consistente, aunque no por ello invariable, de los comités *ad hoc*, este Comité no expresará sus opiniones sobre aspectos del razonamiento del Tribunal sobre cuestiones de fondo.
77. Quienes solicitan la anulación de un laudo suelen invocar más de una causal de anulación, como ha ocurrido en el caso que nos ocupa. El Comité considera que es su tarea medir las circunstancias que se invocan para justificar cada causal de forma separada. El hecho de que un conjunto particular de hechos haya sido relevante respecto de más de una causal de anulación no hace más manifiestos, de por sí, los errores alegados para justificar dichas causales de anulación.
78. Una vez que un comité *ad hoc* concluye que se ha producido una extralimitación manifiesta de facultades (o cualquier otra causal de anulación) que importe la anulación total del Laudo, la revisión del comité *ad hoc* se da por terminada. Dado que la anulación total de un laudo necesariamente elimina los efectos de cosa juzgada de todos los asuntos resueltos por el Tribunal, resulta innecesario considerar si existen otras causales – ya sea con respecto al mismo asunto u otros – que también resulten en una anulación.
79. Por otra parte, un comité *ad hoc* deberá proceder de manera diferente cuando decida no anular el Laudo o hacerlo sólo en parte. En esos casos, el comité *ad hoc* deberá evaluar todas las causales invocadas por el solicitante.
80. Se plantea, sin embargo, si son de aplicación las diferentes consideraciones cuando se cuestiona la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. En otras palabras: si se alega que la afirmación de jurisdicción del Tribunal constituye una extralimitación manifiesta de facultades (o cualquier otra causa de anulación), ¿debe

⁸ Como explica el comité *ad hoc* en el arbitraje Klöckner, “... la aplicación del Artículo 52(1) del Convenio no exige una interpretación demasiado restringida ni demasiado amplia, sino una interpretación apropiada teniendo en cuenta el interés legítimo de respaldar el ejercicio de la acción en la mayor medida posible con garantías a fin de lograr un equilibrio armonioso entre los varios objetivos del Convenio” (Traducción del Comité). (Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida del Camerún y Société Camerounaise des Engrais (Caso CIADI No. ARB/81/2), Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985, página 3).

⁹ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI No. ARB/02/7), Decisión sobre Anulación del 5 de junio de 2007, párrafo 22: “[d]icha presunción [---] no se basa en el texto del Artículo 52 y no ha sido utilizada por los comités de anulación” (Traducción del Comité).

analizarse (y desestimarse) esta cuestión como asunto preliminar antes de considerar las causales de anulación invocadas por el solicitante con respecto a otros aspectos del Laudo o de los procedimientos arbitrales? El argumento para seguir este enfoque sería que, si la diferencia estuviera fuera de la jurisdicción del Centro y, por tanto, fuera de la competencia del Tribunal, la conducta del Tribunal tanto en lo procesal como en lo sustantivo no sería relevante.

81. El argumento contrario consistiría en que, dado que las decisiones (o cualquier razonamiento subyacente) del comité *ad hoc* sólo pueden sostener o anular (parcialmente) el Laudo, las razones empleadas por dicho comité para justificar su decisión, si bien son decisivas para sus conclusiones, no resultan vinculantes para el nuevo Tribunal ante el cual se vuelva a presentar el caso. De esta manera, si un comité *ad hoc* determina que la afirmación de jurisdicción de un Tribunal surge a partir de un error que justifica la anulación del Laudo, el nuevo tribunal puede, de todas maneras, declararse competente para entender en la causa.
82. En el caso que nos ocupa, si bien el Comité ha llegado a la conclusión de que el Laudo debe anularse debido a otra causal, se considera que, teniendo en cuenta todos los factores, es preferible analizar el argumento de Argentina sobre jurisdicción como un asunto preliminar.

JURISDICCIÓN

Introducción

83. En el arbitraje, Argentina cuestionó la jurisdicción del Tribunal sobre la base de varias causales, entre ellas, la falta de *jus standi* por parte de Sempra y argumentó, básicamente, que las reclamaciones de Sempra se relacionaban con las Licenciatarias y no directamente con su inversión, dado que cualquier supuesta violación que se reclamara sólo podía afectar a las Licenciatarias.
84. Sempra manifestó que todos los requisitos del Convenio del CIADI y el TBI respecto de la jurisdicción del Tribunal se habían cumplido, es decir, que había una diferencia legal entre un nacional de los Estados Unidos y Argentina respecto de pérdidas, que estas pérdidas afectaban los intereses de Sempra en las Licenciatarias y que ambas partes habían prestado su consentimiento para someterse a un procedimiento de arbitraje ante el CIADI.
85. Argentina, haciendo referencia a la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, argumentó además que el Tribunal debía aplicar “la legislación interna y [el] derecho internacional”¹⁰. Sempra argumentó que las normas que deberían aplicarse para determinar la jurisdicción son el Convenio del CIADI y el TBI¹¹.

¹⁰ La posición de Argentina se analiza en la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal, párrafo 25.

¹¹ *Íd.*, párrafo 26.

86. El Tribunal confirmó¹² que el Artículo 42(1) sólo resulta aplicable a las cuestiones de fondo de la diferencia. Así, sólo el Artículo 25 del Convenio y las disposiciones del TBI debían aplicarse a esta materia.
87. El Tribunal, asimismo, determinó que un accionista no controlante es también un inversor de conformidad con el TBI. Adicionalmente, el Tribunal sostuvo que el Artículo 25(2)(b) del Convenio establece una alternativa jurisdiccional *opcional* y no, como alega Argentina, un requisito jurisdiccional autónomo¹³.
88. El Tribunal también notó que, a diferencia de lo que argumentaba Argentina, Sempra alegó que había sufrido un perjuicio de carácter directo. El Tribunal además concluyó que hubo un (supuesto) perjuicio que se reflejó directamente en la inversión de Sempra, lo que le dio una causa de pedir en virtud del TBI.
89. En cuanto a la reclamación de Argentina de que Sempra carece de *jus standi*, es decir, que inició un reclamo indirecto en representación de las Licenciatarias, el Tribunal sostuvo que el objetivo de Sempra era que se respetaran sus propios derechos de conformidad con el TBI. El Tribunal concluyó que un accionista minoritario también tiene una causa de pedir¹⁴, y que existe una causa de pedir subyacente en el TBI¹⁵.
90. El Tribunal determinó que las reclamaciones presentadas por Sempra se relacionaban “tanto con el contrato como con el Tratado”¹⁶. En su Decisión sobre Jurisdicción, resolvió que la diferencia quedaba

¹² *Íd.*, párrafo 27.

¹³ El Artículo VIII(8) del TBI evidentemente daba lugar a esta opción.

¹⁴ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 91.

¹⁵ El asunto del *jus standi* de los inversores en virtud de, entre otros, el TBI entre Estados Unidos y Argentina, ha sido objeto de discusión en casos anteriores del CIADI. Ver, por ejemplo *Enron c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre Jurisdicción (2 de agosto de 2004), *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (17 de julio de 2003), *AES Corp. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/17), Decisión sobre Jurisdicción (26 de abril de 2005), *LG&E Energy Corp. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (30 de abril de 2004), *Lanco International c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/6), Decisión Preliminar sobre Jurisdicción (8 de diciembre de 1998), *Azurix c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre Jurisdicción, (8 de diciembre de 2003), *Suez c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre Jurisdicción (16 de mayo de 2006), *Total S.A. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/04/01), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción (25 de agosto de 2006), *Continental Casualty Company c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/9), Decisión sobre Jurisdicción (22 de febrero de 2006), *Gas Natural SDG S.A. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/10), Decisión sobre Jurisdicción (17 de junio de 2005), *Camuzzi International S.A. c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/2), Decisión sobre Jurisdicción (11 de mayo de 2005), *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal (anteriormente, Générale des Eaux) c. Argentina* (“*Vivendi II*”) (Caso CIADI No. 97/3), Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre de 2005), *Siemens c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción (3 de agosto de 2004), *El Paso Energy International Company c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/15), Decisión sobre Jurisdicción (27 de abril de 2006).

¹⁶ Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 101.

comprendida dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal.

SOLICITUD DE ANULACIÓN CON RESPECTO A LA JURISDICCIÓN PRESENTADA POR ARGENTINA

91. En este procedimiento de anulación, Argentina ha esgrimido dos temas fundamentales a fin de respaldar su reclamación de que el Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades al declarar que el Centro tiene jurisdicción y competencia para resolver la diferencia. En primer lugar, el Tribunal aceptó “el reclamo de un accionista respecto de la supuesta afectación de derechos de las compañías en las que tenía y tiene participación”. En segundo lugar, Argentina argumentó el “eventual problema que, en ambas situaciones, podría generarse frente a una doble reparación”¹⁷. En este último aspecto, Argentina hizo referencia a la contingencia de que las subsidiarias mismas podían tener reclamaciones respecto de las cuales se pudiera accionar basadas en las Licencias y otros derechos contractuales, reclamaciones que también están incluidas en la presente reclamación de Sempra efectuada con arreglo al TBI. Argentina además sostuvo que el Tribunal no tuvo en cuenta, al considerar las reclamaciones de Sempra, el hecho de que las Licencias y otros contratos se habían celebrado entre las Licenciatarias y Argentina, sin que Sempra estuviera involucrada, y que al mismo tiempo desestimó los acuerdos entre Argentina y las Licenciatarias y consideró que éstos sólo tenían efectos *res inter alios acta*.
92. El hecho de que el Tribunal no haya expresado los motivos de su Decisión sobre Jurisdicción, motivos en base a los cuales aceptó la jurisdicción del CIADI y su propia competencia, también implica, para Argentina, la falta de fundamentación de estas decisiones, lo que importaría la anulación del Laudo.

LA POSTURA DE SEMPRA

93. Sempra ha rechazado las afirmaciones de Argentina vinculadas con la supuesta carencia de *jus standi* principalmente en base a las siguientes causales.
94. La cuestión de si una inversión en particular resulta merecedora de protección está determinada por el instrumento sobre protección de inversiones pertinente, que en este caso es el TBI. Según el Artículo I(ii) del TBI, las “acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos” constituyen, entre otros, inversiones según el significado del TBI.
95. De conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI “el nacional de otro Estado Contratante” es un inversor en virtud del Convenio; así, pues, Sempra califica como tal.

¹⁷ Memorial de Anulación, párrafo 48.

96. Sempra reclama sus propios derechos en virtud del TBI y no intenta iniciar reclamos indirectos por cuenta de las Licenciatarias. De aquí surge que Sempra es un inversor que ha realizado una inversión en virtud del TBI.
97. La posibilidad de doble recupero no es relevante para la cuestión de la jurisdicción. De cualquier manera, no existe tal riesgo en este caso.
98. Los daños y perjuicios que Sempra reclama y que el tribunal ha otorgado se vinculan con los propios daños sufridos y no con aquéllos de las Licenciatarias.
99. El razonamiento del Tribunal sobre la cuestión de la jurisdicción se basa firmemente en las disposiciones del Convenio y el TBI. No ha habido una extralimitación manifiesta de facultades y mucho menos una falta de expresión de los motivos de la decisión por parte del Tribunal.

LA CONCLUSIÓN DEL COMITÉ SOBRE LA JURISDICCIÓN

100. La jurisdicción del Centro está determinada por el Artículo 25 del Convenio del CIADI y se rige por los términos del instrumento que expresa el consentimiento de las partes a someterse a arbitraje. En el caso que nos ocupa, los instrumentos relevantes son, para Argentina, el TBI, y para Sempra, su solicitud de arbitraje.
101. Dado que el Artículo 25 del Convenio no define “inversión”, la tarea fue “delegada en general a los términos de los tratados bilaterales de inversión u otros instrumentos en que la jurisdicción se sustenta”¹⁸. Entre otras cosas, el TBI establece lo siguiente en su Artículo I(i):

A los fines del presente Tratado:

a) “inversión” significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros:

[---]

(ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos;

(iii) títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión;

¹⁸ La cita se tomó de la Decisión sobre Anulación del caso *CMS*, párrafo 71.

[---]

(v) todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley.

102. El lenguaje simple del TBI demuestra el amplio significado del término “inversión” previsto por las partes contratantes al momento de su celebración. Cabe destacar que la definición incluye expresamente a los “contratos de inversión”, “acciones, participaciones u otros intereses en sociedades”, y “todo derecho conferido por ley o contrato”, “que directa o indirectamente sea propiedad”.
103. El Comité claramente opina que Sempra tiene derecho a iniciar una reclamación con arreglo al Convenio del CIADI contra Argentina con respecto al daño supuestamente causado a la “inversión” de Sempra en Argentina, es decir, sus participaciones accionarias indirectas y minoritarias en las sociedades locales. El caso *Barcelona Traction* y el principio que confirma el reconocimiento del derecho internacional de la personalidad de entidades legales en virtud del derecho local son irrelevantes en el contexto del presente TBI. Los accionistas pueden reclamar, en virtud del TBI – a diferencia de lo que sucedió en el caso *Barcelona Traction* – simplemente porque este TBI extiende esos derechos a los “inversores”, según la definición que proporciona el tratado, un derecho que no existe en virtud del derecho internacional consuetudinario.
104. En opinión del Comité, los argumentos esgrimidos por Argentina para justificar su excepción a la jurisdicción confunden dos cuestiones diferentes. La primera cuestión consiste en determinar si Sempra tiene derecho a iniciar una reclamación en virtud del Convenio del CIADI y el TBI por un supuesto daño a su *inversión* a través de la pérdida causada a las sociedades locales de las que sea propietaria de forma parcial o indirecta, es decir, CGP y CGS, debido al perjuicio provocado a las Licencias y otros derechos con valor de esas subsidiarias. La segunda cuestión consiste en determinar si las acciones u omisiones de parte de Argentina con respecto a CGP o CGS han efectivamente causado un daño a la *inversión* de Sempra y, en tal caso, cuál es la medida adecuada de dicho daño. La primera cuestión es de jurisdicción, mientras que la segunda se relaciona con la cuestión de fondo de la diferencia. En este caso, si se resolviera que Sempra tiene derecho a una indemnización por el daño a su inversión, la medida de los daños y perjuicios no sería necesariamente proporcional a cualquier pérdida pecuniaria o déficit sufrido por CGP o CGS. Puesto que esa cuestión trata sobre el fondo de la diferencia, el Comité no efectuará ningún análisis adicional.

105. Por este motivo, el Comité determina que el Tribunal no se ha excedido manifiestamente en sus facultades ni ha omitido expresar los motivos sobre la cuestión del *jus standi* de Sempra.

EMERGENCIA BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL

LA POSTURA DE ARGENTINA

Artículo XI del TBI

106. Argentina ha argumentado que el Tribunal incurrió en una extralimitación manifiesta de sus facultades al no aplicar el Artículo XI del TBI. Básicamente, Argentina ha basado su postura en las siguientes circunstancias.
107. En el Laudo, el Tribunal determinó que el Artículo XI no es de carácter auto-juzgable (*self-judging* en inglés) y, en consecuencia, el Tribunal debía efectuar una revisión sustancial de su aplicabilidad. Sin embargo, el Tribunal sostuvo que el Artículo XI no establece condiciones diferentes a aquellas que surgen del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario como se enuncia en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI. El Tribunal manifestó – como surge de su Laudo¹⁹ – que, dado que había determinado previamente que la crisis argentina no cumplía con los requisitos del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario, no realizaría ningún otro examen judicial del Artículo XI.
108. De esto se desprende que el Tribunal omitió trazar una distinción entre el Artículo XI del TBI y el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.

Diferencias entre el Artículo XI del TBI y el estado de necesidad

109. Argentina ha explicado su postura sobre la cuestión de la supuesta omisión por parte del Tribunal de aplicar el Artículo XI del TBI de la siguiente manera.
110. En el Laudo²⁰, el Tribunal consideró 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” y que el Artículo XI “no prevé al respecto condiciones distintas de las del derecho consuetudinario”.
111. Sin embargo, el Artículo XI del TBI difiere sustancialmente del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario, que está básicamente contenido en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI. Esto requiere que esta diferencia se observe teniendo en cuenta los

¹⁹ Laudo, párrafos 378 y 388.

²⁰ Párrafo 376.

resultados potencialmente diferentes de una evaluación del Artículo XI en contraposición con el Artículo 25 de los Artículos de la CDI, y lo que es más importante, pone de manifiesto que el Tribunal no ha realizado una interpretación del Artículo XI.

112. Las principales diferencias entre el Artículo XI y el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario se relacionan con la esfera de aplicación de estas reglas, con su naturaleza y operación, y con su contenido, alcance y efectos.
113. El Artículo XI es una regla convencional especial, mientras que el estado de necesidad es una regla general del derecho internacional consuetudinario. Por este motivo, el Artículo XI sólo puede invocarse dentro del marco del TBI. Es una disposición específica, bilateralmente acordada por los Estados Contratantes, que delimita el alcance de las protecciones que consagra ese TBI. Por otra parte, el estado de necesidad “puede invocarse en cualquier situación contra cualquier obligación internacional”²¹, excepto en el caso de obligaciones que excluyan la posibilidad de invocar el estado de necesidad.
114. La defensa del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario es subsidiaria a la dispuesta por el Artículo XI del TBI. El Artículo XI es una disposición que restringe el alcance de la aplicación de dicho TBI: “si se cumple, las obligaciones sustantivas bajo el Tratado no tienen aplicación”²². Por el contrario, “el Artículo 25 es una excusa que sólo es relevante una vez que se ha decidido que, de otra forma, dichas obligaciones sustantivas han sido incumplidas”²³.
115. El Artículo XI es una norma primaria, dado que restringe el alcance de las obligaciones sustantivas del TBI en sí mismo. Si se satisfacen los requisitos del Artículo XI, no existe incumplimiento alguno del TBI. El Artículo 25 es una norma secundaria dado que libera de responsabilidad al Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Es una “causal para excluir la ilicitud de un hecho que no se ajusta a una obligación internacional”, de acuerdo con algunas condiciones estrictas”²⁴. Si bien el estado de necesidad no extingue ni elimina la obligación, excluye la responsabilidad por su incumplimiento.
116. De esta manera, la cuestión de si la responsabilidad del Estado queda excluida en virtud del estado de necesidad sólo surge si la conducta viola el TBI al infringir un estándar de trato y dicha conducta no se excluye en virtud del Artículo XI.
117. El Artículo XI no incluye los rigurosos requisitos del estado de necesidad. No existe un equivalente del estándar del Artículo 25 en

²¹ Cita del Laudo del caso Continental Casualty, párrafo 167; Continental Casualty Company c. Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/09), Laudo del 5 de septiembre de 2008.

²² Decisión sobre Anulación de CMS, párrafo 129.

²³ *Íd.*, párrafo 129.

²⁴ Laudo de Continental Casualty, párrafo 166.

cuanto a un “peligro grave e inminente” entre las excepciones establecidas en el Artículo XI o del requisito de que la medida sea “el único modo para el Estado de salvaguardar” sus intereses o de que el Estado que invoca la excepción no deba haber contribuido con la situación de necesidad.

118. Finalmente, la exclusión del Artículo XI y el estado de necesidad difieren en cuanto a sus efectos. En el caso del estado de necesidad, el Artículo 27 de los Artículos de la CDI establece que “la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud... se entenderá sin perjuicio de... [l]a cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”. Si, por el contrario, se determinara que el Artículo XI no resulta aplicable, no se adeudaría ninguna indemnización dado que dicha disposición excluiría “la operación de las normas sustantivas del TBI”.

Causales de anulación

119. Argentina considera que existen tres causales de anulación con relación a la forma en que el Tribunal analizó el Artículo XI del TBI, a saber: (a) errores manifiestos de derecho, (b) extralimitación manifiesta de facultades y (c) falta de expresión de motivos.
120. En primer lugar, el Tribunal cometió errores manifiestos de derecho al equiparar el Artículo XI del TBI con el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario, al asumir que estas disposiciones se encontraban en un pie de igualdad, y al aplicar la norma del Artículo 27 de los Artículos de la CDI al Artículo XI. En segundo lugar, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el Artículo XI. Finalmente, el Tribunal no explicó las razones por las cuales podía abstenerse de aplicar el Artículo XI y aplicar, en su lugar, reglas sobre el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.

Errores manifiestos de derecho

121. El Tribunal cometió errores manifiestos de derecho cuando, al tratar el Artículo XI, declaró: “[c]omo 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”²⁵.

²⁵ Laudo, párrafo 388.

122. Al equiparar el Artículo XI del TBI con el Artículo 25 de la CDI y asumir que se encontraban en un pie de igualdad, el Tribunal cometió errores manifiestos de derecho.
123. El Tribunal también cometió otro error manifiesto de derecho al aplicar la regla del Artículo 27 de la CDI al Artículo XI del TBI.
124. Si bien Argentina admite, en principio, que un mero error de derecho no constituye una causal de anulación con arreglo al Artículo 52 del Convenio del CIADI, en ciertas circunstancias un error de derecho puede ser lo suficientemente grave como para calificar como exlimitación manifiesta de facultades por la falta de aplicación de las normas adecuadas.
125. Los errores manifiestos de derecho del Laudo del caso que nos ocupa son lo suficientemente serios como para constituir una exlimitación manifiesta de facultades de conformidad con el Artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI por la no aplicación de las normas adecuadas.

Exlimitación manifiesta de facultades

126. El Tribunal no sólo cometió errores manifiestos de derecho con relación al Artículo XI del TBI, sino que además se exlimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar dicha disposición. La aplicación del Artículo XI implicaba el reconocimiento de su carácter auto-juzgable, lo que respeta la decisión de Argentina de tomar medidas bajo la protección de ese artículo. Sin embargo, si el Tribunal consideró que ese artículo no era auto-juzgable, sería necesaria una revisión sustancial de las medidas adoptadas por Argentina a fin de verificar si esas medidas cumplían con los estándares sustantivos de exclusión dispuestos en él. El Tribunal no aceptó el carácter auto-juzgable del Artículo XI del TBI ni efectuó un examen sustantivo. El Tribunal simplemente reemplazó el Artículo XI del TBI con el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario que, como se explicó anteriormente, difiere significativamente del primero en cuanto a su esfera de aplicación, naturaleza y operación, contenido, alcance y efectos. El Tribunal no aplicó el Artículo XI del TBI, por lo que se exlimitó manifiestamente en sus facultades.

El carácter auto-juzgable del Artículo XI del TBI

127. Se llamó al Tribunal a aplicar el Artículo XI, que en opinión de Argentina, sería aplicable a una situación como la que se dio en Argentina desde fines del año 2001. Esto impuso sobre el Tribunal el deber de diferir la decisión de Argentina de tomar medidas para mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad puesto que el Artículo XI es de carácter auto-juzgable. El Estado que invoca una disposición como la del Artículo XI del TBI es el único juez de su aplicabilidad respecto de las medidas cuestionadas.

Al desestimar el carácter auto-juzgable del Artículo XI, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

Reemplazo del Artículo XI por el estado de necesidad

128. En su Laudo, el Tribunal concluyó que el Artículo XI del TBI no tenía carácter auto-juzgable y que era necesario un examen judicial sustantivo²⁶.
129. Dicho examen sustantivo tendría como objeto revisar los estándares contenidos en el Artículo XI a fin de determinar si se cumplían o no los requisitos de esa disposición. Sin embargo, en lugar de proceder con ese examen sustantivo, el Tribunal decidió no aplicar el Artículo XI y reemplazar la disposición con el Artículo 25 de los Artículos de la CDI, es decir, con una norma de derecho internacional consuetudinario.
130. El Tribunal incluso reconoció explícitamente que no aplicaría el Artículo XI al declarar que no había “necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del Artículo XI”²⁷. Esta declaración representa una indicación concluyente de la extralimitación manifiesta de facultades en la que incurrió el Tribunal al abstenerse de aplicar esta disposición del TBI.
131. El hecho que Argentina también haya invocado el estado de necesidad durante el arbitraje no implicaba que el Tribunal pudiera ignorar el Artículo XI del TBI y que, en su lugar, aplicara el Artículo 25 de los Artículos de la CDI. El Tribunal debería haber iniciado un examen de los requisitos del estado de necesidad como fundamento para excluir la ilicitud sólo si se hubiera determinado que el Artículo XI del TBI no resultaba aplicable, y si se hubiera probado una violación del TBI.

Falta de expresión de motivos

132. El Tribunal no expresó los motivos con respecto a dos asuntos fundamentales sobre el Artículo XI del TBI como establece el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI. El Tribunal no explicó por qué la falta de definición en ese TBI del estándar sustantivo de “intereses esenciales de seguridad” hicieron necesario que se confiara en los requisitos del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal tampoco explicó por qué el Artículo XI no estableció condiciones diferentes de los requisitos bajo el derecho internacional consuetudinario estipulados en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI.
133. En el Laudo, el Tribunal sostuvo que, en ausencia de una definición de lo que debe entenderse por “interés esencial de seguridad”, los requisitos de un estado de necesidad bajo el derecho internacional

²⁶ Laudo, párrafo 388.

²⁷ Laudo, párrafo 388.

consuetudinario, como se expresa en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI, se vuelven relevantes para determinar si se han cumplido las condiciones necesarias para su invocación de conformidad con el TBI²⁸.

134. El Tribunal no explicó en el Laudo por qué la ausencia de una definición de “intereses esenciales de seguridad” en el Artículo XI conllevó a la aplicación de los requisitos del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario en lugar de la disposición del TBI.
135. En conclusión, al no explicar por qué la ausencia de una definición de “intereses esenciales de seguridad” en el Artículo XI resultó en la aplicación de los requisitos del estado de necesidad en lugar del Artículo XI, el Tribunal no estableció las razones sobre las cuales basó su decisión en los términos del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI. Por este motivo, se debería proceder a la anulación del Laudo.

LA POSTURA DE SEMPRA

136. Sempra ha rechazado firmemente la idea de que el Tribunal se haya extralimitado manifiestamente en sus facultades por no interpretar o aplicar el Artículo XI del TBI, o que haya omitido expresar los motivos de sus conclusiones en ese sentido. Ni el análisis del Tribunal sobre el Artículo XI de Argentina ni las defensas del estado de necesidad constituyen causal de anulación alguna.
137. El Tribunal interpretó y aplicó correctamente el Artículo XI así como la defensa del estado de necesidad de Argentina. Determinó que Argentina contaba con otros medios disponibles aparte de la Ley de Emergencia para enfrentar su crisis económica y que contribuyó sustancialmente a las circunstancias que le dieron lugar. Asimismo, la solicitud de anulación de Argentina se basa en nuevos argumentos y material posteriores al Laudo. Por estas razones, las objeciones deberían desestimarse.
138. La misión del Tribunal consistía en interpretar y aplicar el Artículo XI y la defensa de Argentina en base al estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario. El Tribunal cumplió con este deber. Analizó el Artículo XI y concluyó que debido a su falta de claridad, y al hecho de que refleja al derecho internacional consuetudinario, un estado que invoca al Artículo XI debe cumplir con las mismas condiciones que se requieren para invocar la defensa del estado de necesidad. El Tribunal explicó que arribó a esa interpretación del Artículo XI porque: (i) el objeto y fin del TBI requiere una interpretación restringida del Artículo XI; (ii) el Artículo XI no contiene definición alguna de los términos “intereses esenciales de seguridad” o “necesarias”; (iii) el Artículo XI refleja el derecho

²⁸ Laudo, párrafo 375.

internacional consuetudinario; y (iv) las normas relevantes de derecho internacional deben emplearse para interpretar las disposiciones del TBI que reflejan el derecho internacional consuetudinario o que no están definidas en el TBI. El Tribunal interpretó el Artículo XI de conformidad con las normas relevantes de la interpretación de tratados, como establecen los Artículos 31 y 32 de la CVDT.

139. Como surge del Laudo, el Tribunal rechazó la defensa de Argentina en base al Artículo XI porque: (i) la Ley de Emergencia no era necesaria para mantener el “orden público” o proteger los “intereses esenciales de seguridad” de Argentina, y (ii) había otros medios disponibles para mantener el “orden público” y proteger los “intereses esenciales de seguridad” de Argentina.
140. El Tribunal resolvió que “hubo una crisis grave”, pero que esa crisis no “comprometió la existencia misma del Estado y su independencia, y calificando por ello como una situación que afectaba un interés esencial del Estado”²⁹. El Tribunal determinó que “[l]as cuestiones de orden público y malestar social podrían haberse controlado, como de hecho lo fueron, tal como se manejaron los aspectos relativos a la estabilización política de conformidad con las disposiciones constitucionales en vigor”³⁰.
141. El Tribunal concluyó que (i) “no hay pruebas convincentes de que los acontecimientos estuvieran en efecto fuera de control y de que se hubieran tornado inmanejables” y (ii) que su tarea en virtud del TBI consistía en determinar si la Ley de Emergencia era el “único” modo de enfrentar la crisis económica³¹. El Tribunal resolvió que “éste parece no haber sido el caso”³², y por tanto, existía más de una alternativa para mantener el “orden público” o proteger sus “intereses esenciales de seguridad”.
142. El Tribunal rechazó los argumentos de Argentina de que ésta no había contribuido con la crisis. El Tribunal primero arribó a la conclusión de que el “Estado no puede invocar la necesidad si él ha contribuido a la situación en que da origen al estado de necesidad”³³. El Tribunal sostuvo que esta era una “expresión de un principio general del derecho concebido para evitar que una parte pueda aprovecharse jurídicamente de su propia falta”³⁴. Así, pues, no fundamentó su conclusión solamente en el Artículo XI o en el derecho internacional consuetudinario sino en un principio general del derecho. El Tribunal determinó que Argentina no podía esgrimir con éxito su defensa en virtud del Artículo XI o la

²⁹ Laudo, párrafo 348.

³⁰ Laudo, párrafo 348.

³¹ Laudo, párrafos 349 a 350.

³² Laudo, párrafo 351.

³³ Laudo, párrafo 353.

³⁴ Laudo, párrafo 353.

defensa del estado de necesidad dado que había contribuido con la situación de necesidad, y en base a la prueba producida por las Partes, el Tribunal concluyó que, de hecho, había habido una “contribución considerable” de su parte respecto del estado de necesidad que Argentina misma alegaba como fundamento para invocar tanto el Artículo XI como la defensa del estado de necesidad.

143. Además, respecto de las causales específicas invocadas por Argentina para la anulación del Laudo, Sempra argumenta lo siguiente.

Un error manifiesto de derecho no constituye una causal de anulación

144. Sobre la invocación por parte de Argentina de un error manifiesto de derecho, Sempra resume su postura con el argumento de que un error manifiesto de derecho no constituye una causal de anulación. Asimismo, Sempra agrega que, incluso si el error manifiesto de derecho constituyera una causal de anulación, no se verifica su presencia este contexto; el Tribunal interpretó correctamente la norma.

El Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades

145. Sempra se basa en el hecho de que el Tribunal acordó que “[l]os requisitos del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, como han sido esbozados arriba en relación con su expresión en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI, se hacen relevantes al efecto de determinar si se han reunido las condiciones necesarias para su invocación en virtud del Tratado”³⁵.
146. El Tribunal del caso Sempra también rechazó las críticas planteadas por Argentina contra la forma en que el Tribunal del caso *CMS* se pronunció sobre el Artículo XI y el estado de necesidad, y concluyó que la definición de estado de necesidad y las condiciones para éste se configuren son inseparables, teniendo en cuenta el hecho de que es el derecho consuetudinario el que define dichos elementos.
147. En cuanto a la invocación por parte de Argentina del Artículo XI como *lex specialis*, el Tribunal reconoció que “[e]s sin duda correcto concluir que el régimen de un Tratado que se refiera concretamente a una materia determinada prevalecerá sobre las normas más generales del derecho consuetudinario”³⁶. Sin embargo, dado que el texto del TBI no proporciona suficientes lineamientos, el Tribunal estimó que el derecho internacional consuetudinario era la forma más apropiada de interpretar la disposición del TBI.
148. El Tribunal sostuvo que las circunstancias en las cuales se puede invocar el Artículo XI del TBI y el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario son las mismas. El Tribunal reiteró este

³⁵ Laudo, párrafo 375.

³⁶ Laudo, párrafo 378.

punto cuando rechazó el argumento sobre el carácter auto-juzgable planteado por Argentina y explicó que: “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 rechazó la defensa del estado de necesidad del derecho internacional consuetudinario, no hay] 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”³⁷.

149. Sempra también hizo referencia a las siguientes circunstancias. El Artículo X del TBI establece que “[e]l presente Tratado no afectará: . . . b) las obligaciones jurídicas internacionales . . . que otorguen a las inversiones o las actividades afines un trato más favorable que el que les otorga el presente Tratado en situaciones similares”³⁸. De esta manera, tanto el objeto como el fin del TBI demuestran la intención de no interpretar disposiciones específicas del TBI de forma que otorguen a las inversiones menos protección que la que estipula el derecho internacional consuetudinario.
150. Además, sostiene Sempra, el TBI contiene varios accesos al derecho internacional, dado que lo configura como el piso bajo del cual no se puede dispensar el trato a menos que el propio TBI lo requiera. Por ejemplo, el Artículo II(2)(a) del TBI establece que el trato dispensado por el TBI no puede ser “menos favorable que el que exige el derecho internacional”. Asimismo, el Artículo 42 del Convenio del CIADI impone sobre el Tribunal el deber de aplicar el derecho internacional. Así, el TBI no puede considerarse un instrumento separado e independiente sino una criatura del régimen del derecho internacional que, al mismo tiempo, es el derecho aplicable que rige al TBI.
151. Sempra no concuerda tampoco con el argumento de Argentina de que el Artículo XI y la defensa del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario sean diferentes por varios motivos fundamentales. Además, Argentina no presentó estos argumentos ante el Tribunal, lo que debería ser suficiente para rechazar esta reclamación.
152. Sempra no acepta la afirmación por parte de Argentina de que el contenido del Artículo XI y el Artículo 25 es diferente y que no existe una “conexión textual” (traducción del Comité) con el derecho consuetudinario en el Artículo XI porque: (a) no existe un equivalente textual del término “peligro grave e inminente”; (b) el Artículo XI no requiere que una medida “necesaria” sea el “único modo” de lograr el

³⁷ Laudo, párrafo 388.

³⁸ Laudo, párrafo 431.

objetivo propuesto; y (c) no existe requisito alguno en el Artículo XI que establezca que el Estado no debe haber contribuido con la situación que importa la necesidad de la medida.

153. El Artículo XI refleja el derecho internacional consuetudinario, un régimen autónomo que debe emplearse a fin de interpretar el Artículo XI. Además, varios elementos del Artículo XI efectivamente reflejan el derecho internacional y no sólo la defensa del estado de necesidad, sino también el concepto de peligro extremo y de fuerza mayor.
154. El Artículo XI se limita al mantenimiento de la paz, los “intereses esenciales de seguridad” y el orden público. El Artículo 25, por otra parte, sólo dispone que el interés del Estado debe ser un “interés esencial del Estado”, lo que significa que el Artículo XI no se explica más que el derecho consuetudinario.
155. Sempra tampoco acepta la afirmación de Argentina de que el Artículo XI y el Artículo 25 son diferentes; estima que este último (pero no el primero) es sin perjuicio del derecho de indemnización. De cualquier manera, es irrelevante para esta cuestión determinar si las condiciones bajo las cuales se pueden invocar el Artículo XI y la defensa consuetudinaria del estado de necesidad son las mismas o no.
156. El Tribunal no se abstuvo de aplicar el Artículo XI sino que interpretó que éste requería que un Estado la invocara a fin de satisfacer las mismas condiciones necesarias para invocar el estado de necesidad bajo el derecho consuetudinario. El Tribunal interpretó que las condiciones bajo las cuales se puede invocar al Artículo XI son las mismas que requiere el derecho internacional consuetudinario y determinó, de hecho, que Argentina no cumplió con esas condiciones. No hubo entonces una extralimitación de facultades ni mucho menos una extralimitación manifiesta de facultades.

El Artículo XI no tiene carácter auto-juzgable

157. El Tribunal examinó exhaustivamente el argumento de Argentina de que el Artículo XI es de carácter auto-juzgable y llegó a la razonada conclusión de que no era así. En su lugar, determinó que era necesario un examen sustantivo. El Tribunal no se extralimitó en sus facultades y expresó íntegramente los motivos de su decisión.

No hubo falta de expresión de motivos por parte del Tribunal

158. Sempra ha enfatizado que el Tribunal no omitió expresar los motivos de su análisis del Artículo XI del TBI y considera que la postura de Argentina sobre esa cuestión es inconsistente puesto que Argentina también considera que el Tribunal no aplicó el Artículo XI. Sempra considera, sin embargo, que cada paso del razonamiento del Tribunal con respecto al Artículo XI es lúcido y consistente porque demuestra

claramente cómo el Tribunal concluyó que³⁹ (1) el Artículo XI no define ni dispone los elementos legales y las condiciones necesarias para su aplicación⁴⁰, (2) debía recurrir a reglas análogas del derecho consuetudinario⁴¹, (3) las condiciones para la aplicación de estado de necesidad bajo el derecho consuetudinario eran las mismas que los elementos para aplicar los términos del Artículo XI debido a sus similitudes y a la falta de claridad en el TBI respecto de su aplicación⁴², y (4) el TBI y el Artículo XI establecen un trato que no puede ser menos favorable que aquél dispensado en virtud del derecho consuetudinario. Por este motivo, no hubo falta de expresión de motivos por parte del Tribunal.

CONSIDERACIÓN DE LOS ARGUMENTOS PRECEDENTES POR PARTE DEL COMITÉ

Aplicación del Artículo XI del TBI

159. Por motivos que se analizarán con mayor detalle más adelante, el Comité determina que el Laudo debe anularse en su totalidad debido a una extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI) por no aplicar el Artículo XI del TBI. La cuestión que surge, entonces, es si es necesario que el Comité resuelva otros argumentos presentados por Argentina con relación a la forma en que el Tribunal consideró el Artículo XI. El Comité considera que debe referirse a estos argumentos a los efectos de la integridad del análisis.

Error manifiesto de derecho

160. Argentina ha argumentado que el Tribunal cometió “errores manifiestos de derecho” respecto de la forma en que consideró el Artículo XI. Estos errores manifiestos de derecho consistieron en equiparar al Artículo XI del TBI con el Artículo 25 de los Artículos de la CDI.
161. Argentina además alegó que el Tribunal cometió un grave error de derecho al considerar aplicar el Artículo 27 al posible deber del Estado de pagar una indemnización antes de analizar (o de hecho sin hacerlo) si la responsabilidad quedaba excluida en virtud del Artículo XI. Además, en este sentido, la aplicación del Artículo 27 en virtud del derecho internacional consuetudinario constituía un error manifiesto de derecho. Si bien admitió que un “mero error de derecho” no constituye una causal de anulación de conformidad con el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, Argentina afirma que dicho error puede ser lo suficientemente grave como para llegar al nivel de una extralimitación manifiesta de facultades por la no aplicación de la norma de derecho correcta⁴³.

³⁹ Dúplica de Anulación de Sempra, párrafo 328.

⁴⁰ Laudo, párrafos 375 y 378.

⁴¹ Laudo, párrafo 375.

⁴² Laudo, párrafo 376.

⁴³ Memorial de Anulación, párrafo 426.

162. Como Argentina misma reconoce, un error grave de derecho no es, en sí mismo, una causal de anulación en virtud del Artículo 52(1) del Convenio del CIADI. En vez, Argentina sostiene que un error grave de derecho puede, bajo ciertas circunstancias, constituir una extralimitación manifiesta de facultades (y ser, por tanto, anulable por esa causa).
163. Es correcto argüir – como también sostiene Argentina – que ciertos comités *ad hoc* se han ocupado de este tema y han opinado, por ejemplo, que la aplicación incorrecta del derecho puede constituir una extralimitación manifiesta de facultades si “ésta implica la efectiva desestimación del derecho aplicable”⁴⁴.
164. 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 de facultades.
165. En este caso, el Comité ha llegado a la conclusión de que el Tribunal – con respecto al Artículo XI del TBI – no ha aplicado el derecho aplicable y, por ese motivo, se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades. Esta conclusión del Comité excluye cualquier cuestión de error manifiesto en cuanto a la *aplicación* del derecho aplicable. Por este motivo, es innecesario que el Comité continúe debatiendo si debería trazarse una línea específica que separe un error de derecho que justifique la anulación de uno que no lo hace.

Falta de expresión de motivos

Introducción

166. Según el Artículo 48(3) del Convenio del CIADI, “[e]l Laudo [---] será motivado”. La importancia de esta disposición queda marcada por el hecho de que la falta de expresión de motivos constituye una causal de anulación de conformidad con el Artículo 52(1)(e).
167. El hecho de que la ausencia total de motivos amerite una anulación es claro, pero dicha situación se da, en la práctica, con poca o ninguna frecuencia. Por el contrario, puede haber una ausencia (supuesta) de motivos por un aspecto particular del laudo o por motivos insuficientes, inadecuados o posiblemente contradictorios. Las dificultades surgen cuando se determina qué estándar debería aplicarse al decidir si un defecto de razonamiento debería dar lugar a una anulación. Mientras que los “argumentos frívolos, someros o absurdos de un tribunal”⁴⁵

⁴⁴ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1) (Amco II), Decisión sobre Anulación del 3 de diciembre de 1992. Otros comités *ad hoc* han realizado declaraciones similares, como por ejemplo el Comité de Anulación del caso *MTD*, que determinó que la anulación puede ser el resultado de la supuesta aplicación del derecho pertinente, cuando de hecho se aplica un derecho diferente (*MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión sobre Anulación del 21 de marzo de 2007, párrafo 47).

⁴⁵ Schreuer, *ICSID Commentary* (2009), página 997 (párrafo 344) (traducción del Comité).

pueden estar sujetos a anulación, no abundan casos tan evidentes. Los comités *ad hoc* se enfrentan con la tarea de trazar la importante distinción entre descubrir, por una parte, motivos que son razonablemente comprensibles y consistentes, demostrando así, en general una línea de pensamiento lógica y discernible, y, por otra, “circunstancias [en las que] el Laudo exhibe una omisión importante, que impide al lector seguir el razonamiento en este aspecto”⁴⁶.

Análisis

168. El Comité observa que el Tribunal consideró la defensa de Argentina relativa al estado de necesidad bajo el derecho argentino, el derecho internacional consuetudinario y el Artículo XI del TBI, en ese orden. Al hacerlo, el Tribunal siguió el orden en el que Argentina opuso estas defensas. Es evidente que el Tribunal hizo un detallado relato de su razonamiento con respecto a la necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario. En este sentido, el Tribunal notó que los Artículos de la CDI, si bien no constituían una fuente de derecho consuetudinario (como lo aceptaron las Partes) representan una expresión adecuada de ese derecho, y sostuvo que las condiciones establecidas en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI eran condiciones necesarias para invocar un “interés esencial de seguridad” en virtud del TBI⁴⁷. El Tribunal se dedicó esmeradamente a la cuestión de si el Artículo XI es de carácter auto-juzgable o no (un punto que Argentina también argumentó extensivamente) y llegó a una conclusión razonable sobre el tema. Hasta el momento, el Tribunal sostuvo que el examen judicial de la invocación del Artículo XI y las medidas adoptadas debía ser sustantivo, y manifestó su preocupación acerca de si se habían cumplido los requisitos bajo el derecho consuetudinario o el Tratado y si podían excluir la ilicitud⁴⁸. El Tribunal resolvió que, dado que el TBI en sí mismo no contenía los elementos legales necesarios para invocar legítimamente un estado de necesidad, se debían aplicar los principios del derecho internacional consuetudinario. Del resumen global anterior es claro como razonó el Tribunal para arribar a esta conclusión. En consecuencia, no hubo falta de expresión de motivos por parte del Tribunal.

El rechazo del Tribunal de la proposición de que el Artículo XI sea auto-juzgable, ¿constituye un error anulable?

169. Argentina argumenta que al no apreciar que el Artículo XI es auto-juzgable, el Tribunal ignoró la discrecionalidad de Argentina para tomar medidas a fin de mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad. Así, al no tener en cuenta el hecho de que un estado que invoca el Artículo XI es el único juez de la

⁴⁶ *CMS c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, párrafo 97.

⁴⁷ Laudo, párrafo 375.

⁴⁸ Laudo, párrafo 388.

pertinencia de las medidas cuestionadas, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

170. En opinión del Comité, resulta evidente que no hubo omisión del Tribunal al determinar si el Artículo XI tenía carácter auto-juzgable o no. Por el contrario, dedicó gran atención al tema (como también lo hicieron evidentemente las Partes), y llegó a la conclusión de que el Artículo XI no es auto-juzgable: una conclusión a la cual el Tribunal estaba perfectamente habilitado a arribar.
171. Argentina censura al Tribunal por haber afirmado “dogmáticamente” lo que consideraba ser el objeto y fin del TBI, sin explicar sus razones y llegando a sus propias conclusiones a partir de ello. Según Argentina, y con la misma gravedad, el Tribunal revirtió la secuencia lógica del proceso interpretativo al saltarse el texto relevante del tratado en violación del Artículo 31(1) de la CVDT.
172. Además, Argentina argumentó extensivamente en favor del carácter auto-juzgable del Artículo XI del TBI e hizo referencia a numerosas fuentes (informes de peritos, declaraciones oficiales y otras autoridades). Estos argumentos son, sin embargo, claramente propios de un examen de la cuestión de fondo y no puede, por ello, ser considerados por un comité *ad hoc*.

Extralimitación manifiesta de facultades

Introducción

173. Como se ha confirmado en numerosas ocasiones, existe una distinción fundamental entre la aplicación errónea del derecho y la falta de aplicación del derecho. Podemos mencionar, como ejemplo, las siguientes afirmaciones realizadas por comités *ad hoc*. El comité *ad hoc* del caso MINE sostuvo:

“Debe distinguirse la prescindencia de las reglas de derecho aplicables de la errónea aplicación de dichas reglas la cual, aun si es manifiestamente injustificada, no constituye causal de anulación” (traducción del Comité)⁴⁹.

174. El comité *ad hoc* del caso Amco (I) sostuvo:

El Comité *ad hoc* se limitará a determinar si el Tribunal aplicó, en efecto, las normas de derecho que debía aplicar a la diferencia. La no aplicación de dichas normas de derecho, a diferencia de la sola mala

⁴⁹ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4); Decisión sobre Anulación del 22 de diciembre de 1989, párrafo 5.04.

interpretación de tales normas, constituiría una extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal y una causal de nulidad en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio. El Comité *ad hoc* ha encarado esta tarea con cuidado, distinguiendo la no aplicación del derecho aplicable como causal de anulación de la mala interpretación del derecho aplicable como motivo de apelación (traducción del Comité)⁵⁰.

175. En el caso planteado por Argentina, el Tribunal no aplicó el Artículo XI del TBI y, por esta omisión, aparte de no expresar sus motivos, cometió una extralimitación manifiesta de sus facultades.
176. Es evidente que Argentina en este caso (como ocurrió en el caso *CMS*)⁵¹ argumentó el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario antes de proceder con el tema de la exclusión con arreglo al Artículo XI. Esta secuencia de argumentos resulta ilógica puesto que la cuestión de si un estado de necesidad justifica la exoneración de responsabilidad del Estado sólo se pondrá en duda cuando la responsabilidad no quede excluida en virtud del Artículo XI del TBI. Como regla general, un tratado prevalece sobre el derecho internacional consuetudinario.
177. Ciertamente, es posible analizar el Artículo 25 sobre la presunción (implícita o explícita) de que el Artículo XI no conlleva a la exclusión. Si se concluyera (como en este caso) que el Artículo 25 no establece una justificación de ilicitud, el Tribunal necesitaría volver al Artículo XI a fin de decidir si la presunción bajo la cual surge la cuestión del Artículo 25 es válida dadas las circunstancias. En este caso, no obstante, el Tribunal no lo hizo.
178. Argentina ha argumentado que el Tribunal cometió “errores manifiestos de derecho” al considerar el Artículo XI del TBI. Este error manifiesto de derecho consistió en equiparar al Artículo XI del TBI con el Artículo 25 de los Artículos de la CDI.
179. Argentina además argumenta que el Tribunal cometió un grave error de derecho al considerar aplicar el Artículo 27 respecto del posible deber del Estado de pagar una indemnización antes de analizar (o de hecho sin hacerlo) si la responsabilidad quedaba excluida en virtud del Artículo XI. Además, en este sentido, la aplicación del Artículo 27 en virtud del derecho internacional consuetudinario constituía un error manifiesto de derecho. Si bien admitió que un “mero error de derecho” no constituye una causal de anulación de conformidad con el Artículo 52(1) del Convenio, Argentina afirma que dicho error puede ser lo suficientemente grave como para llegar al nivel de una extralimitación

⁵⁰ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/71/1), Decisión sobre Anulación del 16 de mayo de 1986 (Amco I).

⁵¹ Párrafo 132 de la Decisión sobre Anulación del caso *CMS*.

manifiesta de facultades por la no aplicación de la norma de derecho correcta⁵².

La admisibilidad de los argumentos de Argentina

180. En su argumento ante el Comité, Sempra esgrimió que ciertas de las afirmaciones efectuadas por Argentina sobre la primera cuestión eran nuevas, es decir, que no se habían planteado ante el Tribunal y que éste no había tenido, pues, la oportunidad de analizarlas. Por este motivo, resultaban inadmisibles en estos procedimientos de anulación.
181. Sempra reclama que Argentina presentó⁵³ sólo dos argumentos: (1) el carácter auto-juzgable del Artículo XI y (2) que la defensa del estado de necesidad excluía tanto la responsabilidad como la indemnización. Además, Argentina no trazó diferencias entre el estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario, por un lado, y la exclusión del Artículo XI, por el otro.
182. En el párrafo 366, luego de citar los términos del Artículo XI, el Tribunal analizó los argumentos de Argentina de la siguiente manera:
366. La Demandada, basándose en la opinión de la Decana Slaughter y del Profesor Burke-White, afirma que las excepciones relativas al orden público y la seguridad nacional deben interpretarse en sentido amplio en el marco de este Artículo, de modo de incluir consideraciones de seguridad económica y estabilidad política. Asimismo, los expertos de la Demandada entienden que este Artículo es de carácter discrecional (“*self-judging*”) en la medida en que cada una de las Partes será el único juez de cuándo la situación requiere medidas de la naturaleza prevista por las disposiciones de este Artículo, con sujeción únicamente a la determinación de la existencia de buena fe que hagan los tribunales, que puedan ser llamados a resolver una diferencia al respecto ^[Se omite la nota al pie]. En opinión de la Demandada, la gravedad de la crisis que debió enfrentar justificaba ampliamente recurrir a tales medidas, que sólo pueden considerarse como habiendo sido adoptadas de buena fe.
183. De esta forma, Argentina esgrimió dos cuestiones. La primera, sobre el alcance y la aplicación del Artículo XI. La segunda, sobre el carácter auto-juzgable o no del Artículo XI. La primera cuestión lógicamente antecede a la segunda.
184. El Comité *ad hoc* resuelve que, en la medida en que se considera que los argumentos de Argentina son “nuevos”, implican un desarrollo

⁵² Memorial de Anulación, párrafo 426.

⁵³ Memorial de Contestación de Sempra, párrafo 373.

permisible de la primera cuestión mencionada y son, por tanto, admisibles⁵⁴.

Las conclusiones del Tribunal

185. Luego de considerar con mayor detalle los argumentos de Argentina y de Sempra, el Tribunal procedió a dar cuenta de su propio análisis de los argumentos (que reproducimos aquí para facilitar la referencia):

373. Al sopesar esta discusión, el Tribunal debe primero observar que el objeto y fin del Tratado es, como una propuesta general, que pueda aplicarse en situaciones de dificultades y penurias económicas, que requieren de la protección de los derechos garantizados internacionalmente de sus beneficiarios. En este sentido, toda interpretación que redunde en una manera de eludir las obligaciones fijadas no puede conciliarse fácilmente con dicho objeto y propósito. En consecuencia, debe realizarse una interpretación restringida de dicha alternativa.

374. El Tribunal considera que no hay nada que pudiera impedir una interpretación que permita la inclusión de la emergencia económica en el contexto del Artículo XI. Los intereses esenciales en materia de seguridad pueden, en definitiva, abarcar situaciones diferentes de las amenazas militares tradicionales por las que la institución encontró sus orígenes en el derecho consuetudinario. Sin embargo, llegar a la conclusión de que dicha determinación es discrecional sería definitivamente incompatible con el objeto y fin mencionados. Es más, se privaría al Tratado de todo significado sustancial.

375. Además, debido al hecho de que el Tratado no define lo que debe entenderse por “intereses esenciales de seguridad,” los requisitos del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, como han sido esbozados arriba en relación con su expresión en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, se hacen relevantes al efecto de determinar

⁵⁴ Cabe destacar que Argentina se ocupó de la cuestión del Artículo XI en su Memorial de Contestación (AR39), Sección XI, en párrafos 647 a 659 (particularmente el párrafo 654). En su Dúplica (AR50), Argentina esgrimió su defensa bajo el Artículo XI y la distinguió de la doctrina del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario (párrafos 432 a 635, por ejemplo, párrafo 633), afirmando su postura de que invocar el mencionado artículo no debía confundirse con la invocación del estado de necesidad al explicar que “[t]ampoco constituyen una defensa como el estado de necesidad, sino la invocación lisa y llana de disposiciones de los TBIs aplicables”. Esta distinción también se traza en los párrafos 376 y 377 del Laudo. A partir de las anteriores consideraciones, resulta evidente – a diferencia de lo que argumenta Sempra – que Argentina distinguió la aplicación del Artículo XI del TBI de la defensa del estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.

si se han reunido las condiciones necesarias para su invocación en virtud del Tratado. El caso podría haber sido diferente si el Tratado hubiera definido este concepto y las condiciones para su ejercicio, pero este no fue el caso.

376. El Tribunal observa que en opinión de la Decana Slaughter y del Profesor Burke-White, que la Demandada comparte, el laudo en el caso *CMS* se equivocó al discutir el Artículo XI en relación con el estado de necesidad en el derecho consuetudinario. 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. De manera similar, 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. En cambio, el Artículo 6 del Protocolo del Tratado hace referencia a la Carta de las Naciones Unidas.

377. La Opinión pericial de la Decana Slaughter y del Profesor Burke-White expresa el punto de vista de que el régimen del Tratado es distinto e independiente del derecho consuetudinario debido a su condición de *lex specialis*. Como lo explicó el Profesor Burke-White en la audiencia, la consecuencia de este enfoque es que, mientras el Artículo XI sólo exige la determinación de buena fe, en el derecho consuetudinario entra a jugar el amplio conjunto de requisitos previstos en el Artículo 25 de los Artículos. El Profesor Burke-White opinó además que los Estados Unidos y Argentina “procuraron ofrecer mayores derechos a los inversionistas pero al mismo garantizar a las partes Estado mayor protección para abordar, por ejemplos, amenazas a su seguridad nacional”.

378. Es sin duda correcto concluir que el régimen de un Tratado que se refiera concretamente a una materia determinada prevalecerá sobre las normas más generales del derecho consuetudinario. Sin embargo, el 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. La norma aplicable a dichas materias se encontrará por consiguiente en el derecho consuetudinario. Como se concluyó anteriormente, dichos requisitos y condiciones no se han cumplido enteramente en este caso. Asimismo, el punto de vista del perito legal de la Demandada, según fue expresado en la audiencia, contradice el argumento de la

Demandada en cuanto a que los estándares del Tratado no son más favorables que aquéllos del derecho consuetudinario, y que a lo más deberían equipararse al estándar del trato mínimo internacional. El Tribunal no cree que la intención de las Partes pueda ser descrita en los términos que ha expuesto el perito pues no hay indicación que ese haya sido el caso. Tampoco cree el Tribunal que porque el Artículo XI no hizo referencia expresa al derecho consuetudinario, esta fuente de derechos y obligaciones no será aplicable. 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.

379. Como lo explicó la Decana Slaughter, la posición de los Estados Unidos ha ido evolucionando gradualmente a favor de las cláusulas discrecionales relativas a intereses en materia de seguridad nacional, y algunos tratados bilaterales de inversión reflejan ese cambio, aunque no todos ellos. Sin embargo, esto no necesariamente permite concluir que esa era la intención de las partes respecto del Tratado en consideración. Las cláusulas verdaderamente excepcionales y extraordinarias, como las disposiciones discrecionales, deben redactarse expresamente de modo de reflejar esa intención, pues de otra manera bien puede existir la presunción de que ellas no tienen ese significado habida cuenta de su naturaleza excepcional.

380. En el caso del Tratado nada se dijo respecto de un carácter discrecional y la mayor parte de los elementos invocados en apoyo de esta opinión tienen su origen en discusiones del Congreso de los Estados Unidos relativas a materias más amplias, o en interpretaciones indirectas que surgen fundamentalmente de la eventual aplicación de tratados modelo de inversión utilizados por los Estados Unidos. El escrito de la Demandada posterior a la audiencia ha enumerado varias discusiones y declaraciones relativas a la cuestión de la interpretación discrecional, pero ellas son más bien contextuales y no tratan concretamente del Tratado en cuestión.

381. El Profesor Burke-White también manifestó en la audiencia que, a su entender, la carta de presentación del Tratado al Congreso Argentino no decía “que fue ni *self-judging* ni no *self-judging*...este documento no se refiere a este tema”. Este perito también explicó que si bien él no tenía pruebas acerca de los debates internos dentro del Gobierno argentino en cuanto a la intención del Tratado, si había tales pruebas respecto de la intención del Gobierno de los Estados Unidos, y que teniendo en cuenta la “naturaleza recíproca del Tratado

... esta intención ... [implicaría] la interpretación discrecional del artículo XI”. Sin embargo, esto es nuevamente una interpretación contextual que no parece reunir los requisitos estrictos de los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de la interpretación de los tratados a la luz de su contexto, o el recurso a medios de interpretación complementarios.

382. Más pertinente es una carta enviada por un funcionario del Departamento de Estado de los Estados Unidos el 15 de septiembre de 2006 a un antiguo funcionario a quien se solicitó rendir testimonio en el marco de un arbitraje diferente, que ha sido traída a la atención de este Tribunal el 25 de junio de 2007. En esta carta se señala que “no obstante la decisión de la CIJ en el caso Nicaragua, la posición del Gobierno de los Estados Unidos es que los términos relativos a la seguridad esencial en nuestros tratados de libertad de comercio y navegación y tratados bilaterales de inversión son discrecionales, esto es, sólo la Parte misma es competente para determinar en que consisten sus propios intereses esenciales de seguridad”.

La Demandada es de la opinión que esto confirma la interpretación dada por ella al Tratado en este caso. La Demandante, sin embargo, se ha opuesto a este entendimiento sobre la base del argumento de que la carta se refiere a una interpretación supuestamente adoptada a partir de 2006 y que, en todo caso, no se refiere al Tratado con Argentina, ni precluye una determinación de responsabilidad o indemnización.

383. La discusión señalada anteriormente con respecto al GATT y la decisión dictada en el caso *Nicaragua*, al igual que el caso *Oil Platforms*, confirma que la redacción de la disposición debe ser muy precisa para que permita llegar a la conclusión de que tiene un carácter discrecional. En esas decisiones el hecho de que la redacción no fuera expresa fue determinante del rechazo de los argumentos invocados en favor de una interpretación discrecional. De la misma manera, la Corte Internacional de Justicia sostuvo en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, al referirse a las condiciones definidas por la Comisión de Derecho Internacional, que “el Estado involucrado no es el único juez para determinar si se han reunido esas condiciones”.

384. El Tribunal debe observar que ni siquiera en el contexto del Artículo XXI del GATT esta discusión ha sido resuelta en favor de una interpretación discrecional, y el mismo hecho de que ese artículo no ha sido excluido de los procedimientos de solución de

controversias es indicativo de su naturaleza no discrecional.

385. Lo mismo es cierto en el caso de la carta del Departamento de Estado de los Estados Unidos a que se ha hecho referencia anteriormente, en cuanto a que no se refiere a ningún tratado en concreto, menos aún al con Argentina. Más aún, el hecho de que el arbitraje sea el mecanismo de solución obligatoria de controversias previsto en el Tratado en cuestión, como en el caso del GATT/OMC, podría también ser indicativo de la naturaleza no discrecional de la cláusula sobre intereses esenciales de seguridad. Ni siquiera si esa es la interpretación dada hoy en día por los Estados Unidos a la cláusula, significaría necesariamente ello que dicha interpretación es la que prevalece en el Tratado. La opinión de un Estado no es fuente de derecho internacional, menos aún cuando ese punto de vista se fundamenta en medios indirectos de interpretación o de una manera más bien remota o general en lo que al Tratado mismo concierne. Lo importante es la intención que ambas Partes tuvieron al firmar el Tratado, la que no confirma la interpretación discrecional.

386. Aún si esta interpretación fuera compartida hoy en día por ambas Partes del Tratado, ello no se traduciría en una modificación de sus términos. Los Estados tienen naturalmente la libertad para modificar el Tratado consintiendo en otro texto, pero ello no afectaría los derechos adquiridos en virtud del Tratado por los inversores u otros beneficiarios. En efecto, el Artículo XIV del Tratado dispone que, en caso de terminación, las inversiones seguirán estando protegidas por sus disposiciones “durante un período adicional de diez años”. De la misma manera, el tribunal en el caso *Plama* ha sostenido, respecto los derechos protegidos por el Tratado de la Carta de la Energía, que cualquier denegación de ventajas a las que un inversor pudiera tener derecho “no debería tener efecto retroactivo,” pues tal situación frustraría las expectativas legítimas en un momento muy posterior.

387. Como lo ha sostenido recientemente un tribunal inglés en una reclamación de impedimento de revisión judicial (“*non-justiciability*”) relativa a una impugnación por parte del Estado al laudo dictado en el caso *OEPC*, el hecho de que un tratado sea celebrado entre Estados no puede permitir la derogación de derechos, que pertenecen a las partes privadas. En ese caso, la discusión se refería a derechos relativos a la solución de controversias, concluyéndose que la petición destinada a impedir la revisión judicial no era procedente.

388. 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.

389. Una decisión judicial relativa al cumplimiento de los requisitos del derecho internacional en esta materia no debe entenderse como indicación de que los tribunales arbitrales desean sustituir sus puntos de vista por las funciones de los Estados soberanos. Dicha decisión responde en cambio a la obligación del Tribunal de aplicar el derecho internacional de manera tal que no deje de dar efecto a los compromisos jurídicos vinculantes para las partes, debiendo interpretar las normas en consecuencia, a menos que se haya convenido expresamente en la derogación de esos compromisos.

390. El Tribunal explicó anteriormente que analizaría el requisito previsto en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados en cuanto a que el acto en cuestión no afecte gravemente un interés esencial del Estado con relación al cual existe una obligación en el contexto de las obligaciones del Tratado. A la luz del análisis anterior acerca de cambiar las interpretaciones, no parecería que la invocación hecha por el Gobierno del Artículo XI o de un estado de necesidad en general sería interpretada por la otra parte como indicativa de que se ha afectado gravemente ese interés.

391. Sea como fuere, en el contexto de los tratados de inversión sigue siendo necesario, como lo explicó el tribunal inglés en el caso *OEPC* mencionado anteriormente, tener en cuenta los intereses de las entidades privadas, que son las últimas beneficiarias de esas obligaciones. El interés esencial de la Demandante se vería con seguridad gravemente afectado por la

aplicación del Artículo XI o de un estado de necesidad en este caso.

DISCUSIÓN

186. Los arbitrajes de inversión bajo el régimen del CIADI (o cualquier otro tipo de arbitraje, ya sea institucional o *ad hoc*) están sujetos a que las Partes presten su consentimiento. El consentimiento del Estado respecto del arbitraje de diferencias relativas a inversiones surge, en numerosos casos, de un tratado, mientras que el consentimiento del inversor normalmente se plasma en su solicitud de arbitraje. El alcance, la medida y las condiciones aplicables al medio procesal de recurso y las protecciones sustantivas ofrecidas a los inversores se estipulan exclusivamente en el tratado.
187. Cuando el tratado permite o exonera una conducta adversa al inversor en circunstancias específicas que él mismo establece, se desprende que los términos del tratado mismo excluyen la protección al inversor que de otra manera habría sido proporcionada por el mismo tratado.
188. De conformidad con el Artículo 31(1) de la CVDT, el primer punto de referencia para la interpretación de una disposición del TBI es el “sentido corriente” de las palabras del propio tratado.
189. En el caso que nos ocupa, cuando el TBI establece el lenguaje relevante del tratado, es primero menester aplicar las disposiciones del mismo TBI. En efecto, las Partes concuerdan que el TBI constituye el derecho aplicable al caso.
190. El Artículo 38 del Estatuto de la CIJ enumera las “convenciones internacionales” como fuente primaria del derecho internacional. No obstante, no es principalmente por este motivo que el TBI prevalece en el contexto de los arbitrajes entre inversores y estados, sino porque el consentimiento para someterse a la resolución internacional de diferencias está establecido en los mismísimos términos del TBI.
191. En este escenario, es esencial considerar los términos relevantes del TBI y la forma en que el Tribunal procedió a su aplicación.
192. El Artículo XI del TBI reza:
- El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.
193. El Artículo XI no especifica quién juzga si las medidas adoptadas son “necesarias” para uno o más de los objetivos establecidos; en otras

palabras, si el Estado Parte que implementa las medidas es el juez de su propia necesidad, en cuyo caso se dice que la disposición es de carácter “auto-juzgable”.

194. El Comité determina que el razonamiento del Tribunal no distingue claramente entre la cuestión del carácter auto-juzgable o no del Artículo XI y la cuestión anterior acerca de su alcance y aplicación. Por ello, al comienzo del párrafo 374 del Laudo, el Tribunal establece que “no hay nada que pudiera impedir una interpretación que permita la inclusión de la emergencia económica en el contexto del Artículo XI” y que los “intereses esenciales en materia de seguridad pueden, en definitiva, abarcar situaciones diferentes de las amenazas militares tradicionales por las que la institución encontró sus orígenes en el derecho consuetudinario”. El Tribunal luego sostiene directamente: “Sin embargo, llegar a la conclusión de que dicha determinación es discrecional sería definitivamente incompatible con el objeto y fin mencionados. Es más, se privaría al Tratado de todo significado sustancial”.
195. Con relación al alcance y la aplicación del Artículo XI, el Comité entiende que los siguientes pasajes son centrales para el razonamiento del Tribunal:
- (1) en el párrafo 376: “Este Tribunal entiende ... que la disposición del Tratado [es decir, el Artículo XI del TBI] 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”.
- (2) en el párrafo 378: “Es sin duda correcto concluir que el régimen de un Tratado que se refiera concretamente a una materia determinada prevalecerá sobre las normas más generales del derecho consuetudinario. Sin embargo, el 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. La norma aplicable a dichas materias se encontrará por consiguiente en el derecho consuetudinario. Como se concluyó anteriormente, dichos requisitos y condiciones no se han cumplido enteramente en este caso. ... Tampoco cree el Tribunal que porque el Artículo XI no hizo referencia expresa al derecho consuetudinario, esta fuente de derechos y obligaciones no será aplicable. 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”.
- (3) en el párrafo 388: “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”.

196. En opinión del Comité, el razonamiento de estos pasajes fuerza la conclusión de que el Tribunal no estimó que tuviera la obligación – o siquiera el derecho – de considerar la aplicabilidad del Artículo XI porque esta disposición no establece los elementos legales necesarios para invocar legítimamente un estado de necesidad y porque el Tribunal determinó que la crisis económica argentina no cumplió los requisitos del derecho internacional estipulados en el Artículo 25 de los Artículos de la CDI.
197. En primer lugar, respecto del párrafo 376, el Comité acepta, por supuesto, que puede ser pertinente recurrir al derecho consuetudinario como guía interpretativa de los términos empleados en el TBI. No se desprende, sin embargo, que el derecho consuetudinario (en este contexto, el Artículo 25 de los Artículos de la CDI) establezca una imperativa “definición del estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio”. Si bien algunas normas del derecho consuetudinario son imperativas (*jus cogens*), otras no lo son, y los Estados pueden entonces acordar según sus voluntades, como el Tribunal mismo reconoce en el párrafo 378.
198. En segundo lugar, el Artículo XI difiere sustancialmente del Artículo 25, como se aprecia en el siguiente cuadro comparativo de los textos:

| Artículo XI del TBI | Artículo 25 de los Artículos de la CDI |
|--|---|
| 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. | <p>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:</p> <p>(a) sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave a inminente; y</p> <p>(b) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los</p> |

| Artículo XI del TBI | Artículo 25 de los Artículos de la CDI |
|---------------------|---|
| | <p>Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.</p> <p>2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:</p> <p>(a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o</p> <p>(b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.</p> |

199. De esta comparación se desprende que el Artículo 25 no ofrece una guía *interpretativa* de los términos empleados en el Artículo XI. Lo máximo que puede decirse al respecto es que ciertas palabras o expresiones son iguales o similares.
200. Aun más importante, el Artículo 25 se ocupa de la invocación de un Estado Parte de la necesidad “como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado”. 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, entonces, que el Artículo 25 defina el “estado de necesidad y [...] las condiciones requeridas para su ejercicio” a los efectos de interpretar el Artículo XI, y mucho menos que lo hace como norma imperativa del derecho internacional.
201. En tercer lugar, no resultan claras las observaciones del Tribunal del párrafo 378 en cuanto a que “el propio Tratado [es decir, el TBI] no se ocupó de los elementos jurídicos necesarios para la *legítima* invocación del estado de necesidad. La *norma* aplicable a dichas materias se encontrará *por consiguiente* en el derecho consuetudinario” (énfasis agregado). La invocación de un estado de necesidad en virtud de los términos de un tratado bilateral no tiene que ser necesariamente

“legitimada” por una “norma” de derecho internacional. Puede no existir una regla que rija tales cuestiones. Es todavía menos obvio que la regla debe encontrarse en una disposición de derecho consuetudinario que se ocupe de la invocación de necesidad como justificación del incumplimiento de una obligación internacional.

202. En cuarto lugar, nuevamente respecto del párrafo 378, incluso si consideramos que “el derecho internacional no es un cuerpo jurídico fragmentado en lo que se refiere a principios básicos”, tampoco se desprende que: (i) tal “necesidad es *sin duda alguna* uno de dichos principios básicos” en el sentido de que debe interpretarse y aplicarse de la misma manera en todas las circunstancias, o (ii) que el derecho internacional puede “fragmentarse” si los Estados acordaran otra cosa. Si bien puede haber ciertas normas de derecho internacional, incluidas las normas de derecho consuetudinario, que podrían considerar ilícito que los Estados acuerden la adopción de una disposición inconsistente con dichas normas, este no es el caso. El *jus 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. Si bien los términos que hayan acordado pueden considerarse política o económicamente imprudentes, dicha circunstancia no puede redundar en su ilicitud.
203. En quinto lugar, por las mismas razones, la afirmación del párrafo 388 de que “el control judicial debe ... [determinar] si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud” también trae a colación este asunto. La cuestión anterior consistía en determinar si había ilicitud. Como se destacó antes, el Artículo 25 se ocupa de una situación en la que un Estado Parte viola una obligación del Tratado y buscar justificar su incumplimiento mediante la defensa del estado de necesidad. El Artículo 25 esboza las condiciones restrictivas bajo las cuales se puede admitir tal defensa. El Artículo XI del TBI, por otra parte, expresamente establece que el TBI “no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias” con ciertos propósitos u objetivos.
204. Es cierto que el TBI no establece quién debe determinar si las medidas en cuestión son o fueron “necesarias” a los efectos invocados; en otras palabras, si el Artículo XI tiene o no de carácter auto-juzgable. Pero si se considera que las medidas en cuestión son “necesarias”, entonces no hay incumplimiento de obligación alguna del Tratado. No cabe sostener, entonces, que “el control judicial debe ... [determinar] si acaso se ha cumplido con los requisitos establecidos en el derecho consuetudinario o el Tratado, y si acaso cabe, por consiguiente, excluir la ilicitud”.

205. Entonces, el tema es si el error de derecho identificado de esta manera constituye o no una extralimitación de facultades. La extralimitación de facultades normalmente se invoca cuando se argumenta que el Tribunal no ha aplicado el derecho aplicable, y una serie de decisiones del CIADI confirma 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 anulación⁵⁵.
206. Por consiguiente, es necesario determinar si el error en cuestión importa (i) la no aplicación del derecho, en cuyo caso el laudo del Tribunal puede ser anulado, o (ii) la incorrecta aplicación del derecho, en cuyo caso no cabe la anulación del laudo a pesar de ser éste defectuoso en esa medida.
207. En este caso, el Comité concluye que la siguiente oración del párrafo 388 del Laudo demuestra que el Tribunal no aplicó 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.
208. 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.
209. El Comité, por tanto, arriba a la conclusión de que el Tribunal no ha efectuado su examen sobre la base de que la norma legal aplicable se encuentra en el Artículo XI del TBI, y que esta no aplicación constituye una extralimitación de facultades dentro del significado del Convenio del CIADI.
210. Queda entonces por analizar si la extralimitación de facultades es o no “manifiesta”.

⁵⁵ Ver *ut supra*, párrafos 173 y 174.

La extralimitación de facultades debe ser “manifiesta”

211. Para que la extralimitación de facultades redunde en la anulación de un Laudo, dicha extralimitación debe ser “manifiesta”. A fin de asegurar que esta condición se cumple, cabe destacar, como primer paso, que es esencial que se presente el requisito básico de la CVDT en cuanto a la búsqueda del “sentido corriente” del término en cuestión. En un sentido literal, “manifiesto” es algo que es “llano”, “claro”, “obvio”, “evidente”, es decir, fácilmente comprensible o reconocido por la mente⁵⁶.
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.
213. Determinar si la extralimitación de facultades satisface los criterios cualitativos para ser manifiesta ha sido objeto de profundos análisis en una gran cantidad de decisiones. Todas estas decisiones han expresado, en diversas formas, la opinión de que para que una extralimitación de facultades sea manifiesta, debe ser bastante evidente sin la necesidad de realizar un análisis complejo del texto del Laudo⁵⁷.

⁵⁶ Schreuer, ICSID Commentary (2009), página 938 (párrafo 135).

⁵⁷ Podemos citar los siguientes ejemplos de comités *ad hoc* que han luchado con el concepto de los criterios calificativos del carácter “manifiesto” de la extralimitación de facultades.

“El Comité *ad hoc* considera que el término “manifiesta” es un término fuerte y enfático para hacer referencia a la obviedad. Según los diccionarios, “manifiesto” es sustancialmente equivalente a “claro”, “llano”, “obvio”, “evidente”:

“lo que es claro puede verse fácilmente;
lo que es obvio se encuentra directamente en nuestro camino y necesariamente llama nuestra atención;
lo que es evidente lo es con tal claridad que no deja lugar a dudas;
lo que es manifiesto es evidente de forma muy distintiva” (*Soufraki c. EAU*, párrafo 39) (traducción del Comité).

“La extralimitación de facultades debe ser evidente en sí misma en lugar del producto de interpretaciones elaboradas de una u otra forma. Cuando esto último sucede, la extralimitación de facultades ya deja de ser manifiesta”. (*Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación, 5 de febrero de 2002, párrafo 25) (traducción del Comité).

“... incluso si un Tribunal se extralimita en sus facultades, dicha extralimitación debe ser llana en apariencia para que la anulación sea un recurso disponible.

214. Por los motivos que se indicaron anteriormente, el Comité concluyó que el Tribunal se extralimitó en sus facultades por no aplicar el Artículo XI del TBI.
215. Sobre el criterio cualitativo que determina que la extralimitación sea “manifiesta”, el Comité considera lo siguiente.
216. En el párrafo 378 del Laudo, el Tribunal opinó que dado que el TBI no contenía los elementos legales necesarios para invocar legítimamente un estado de necesidad, la norma que regiría esa cuestión se encontraría en el derecho consuetudinario. Esto significa que, según el razonamiento del Tribunal, cuando las normas del derecho consuetudinario no legitiman la aplicación del tratado, la disposición del tratado no puede aplicarse. Esta conclusión aparece reforzada por la siguiente oración del Laudo, que sostiene que “dichos requisitos y condiciones no se han cumplido enteramente en este caso”.
217. En otras palabras, el hecho de que el derecho internacional consuetudinario, como indican los Artículos de la CDI, no exime al acto de ilicitud, fue tomado por el Tribunal para concluir que no necesitaba proseguir con su investigación. El Tribunal confirma esto al concluir que, por los motivos mencionados, no hay “necesidad de realizar un examen judicial adicional en virtud del Artículo XI”⁵⁸.
218. Por los fundamentos expuestos, el Comité considera que se desprende de una simple lectura de los motivos del Tribunal que éste 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 lenguaje de esta disposición no estaba, de alguna manera, legitimado por los principios del derecho internacional consuetudinario.
219. La extralimitación de facultades por parte del Tribunal es, por tanto manifiesta.

Los Artículos II(2)(a) y X del TBI

220. A los efectos de la integridad del análisis, el Comité desea tratar el argumento de Sempra relacionado con los Artículos II(2)(a) y X del TBI. Sempra se basa en estas disposiciones del TBI para respaldar la idea de que el TBI no puede considerarse más que una parte integral del

Cualquier extralimitación aparente de la conducta de un Tribunal que sea susceptible de ser ‘de una u otra forma’, no es manifiesta” (*CDC Group plc c. República de Seychelles* (Caso CIADI No. ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, párrafo 41 (traducción del Comité).

⁵⁸ Laudo, párrafo 388.

régimen del derecho internacional. El Comité desea realizar las siguientes observaciones.

221. No existe en los materiales, y especialmente en el Laudo, algo que indique que la importancia, de existir, del Artículo II (trato de nación más favorecida y trato nacional) y el Artículo X (no afectación) ha sido argumentada por las Partes o discutida por el Tribunal en el contexto de los procedimientos arbitrales. Esto, sin embargo, no es concluyente para la cuestión. En el presente procedimiento de anulación, el Comité no ha tenido motivos para discutir si estas disposiciones podrían haber tenido un papel en la aplicación del Artículo XI (dado que esta disposición del TBI, según las conclusiones del Comité, no se aplicó en absoluto). Por ello, los Artículos II y X simplemente no están dentro de las consideraciones que el Comité *ad hoc* necesita tener en cuenta para arribar a esta conclusión. El motivo de la anulación es que no se aplicó el Artículo XI, no que éste se aplicó de una forma en particular, ya sea que haya resultado afectado o no por los Artículos II y X del TBI.

¿Ejercicio de un derecho discrecional de anulación?

222. El efecto del trato de la cuestión de necesidad por parte del Tribunal como asunto que importa exclusivamente al derecho internacional consuetudinario es que Argentina ha sido efectivamente privada de su garantía procesal de que el derecho de exclusión establecido en el Artículo XI del TBI – el derecho aplicable al caso – fuera sometido a una revisión legal. Por este motivo, dado que la anulación puede ser un asunto discrecional, el Comité ha concluido que, en este caso, el Laudo debe anularse.

CONCLUSIÓN

223. A modo de resumen de la discusión precedente del Comité, se concluye que el Laudo del 28 de septiembre de 2007 en el Caso CIADI No. ARB/02/16 deberá anularse por incurrir el Tribunal en una extralimitación manifiesta de sus facultades.

COSTOS

224. Según el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, un Tribunal debe (en ausencia de acuerdo de las partes) decidir quién y cómo se pagarán los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los derechos del Centro. Tal decisión forma parte del Laudo. El Artículo 52(4) hace extensiva la aplicación de esta disposición a los procedimientos de anulación.
225. Ni el Convenio ni sus Reglas y Reglamentos proporcionan lineamientos respecto de la aplicación de esta disposición. Las alternativas principales son (1) la aplicación de la regla de que los costos siguen al

- evento (“el perdedor paga”) o (2) la distribución equitativa de los costos.
226. Es justo decir que la mayoría de los comités *ad hoc* han optado por este último principio, pero se observa recientemente una tendencia a favor de la primera opción.
227. Este Comité *ad hoc* considera que es congruente con el principio de equidad aplicar la regla de que los costos siguen al evento a los costos del procedimiento de anulación que el Centro ha erogado, es decir, a los honorarios y gastos de los miembros del Comité *ad hoc* y los derechos, honorarios y gastos varios en los que incurrió el Centro.
228. Por este motivo, Sempra deberá reembolsar a Argentina el monto total de los costos del Centro – como se determine finalmente – en la medida en que estos hayan sido adelantados por Argentina, y cada Parte deberá soportar los gastos de sus propios representantes y sus costos relacionados.

DECISIÓN

229. Por lo expuesto, el Comité decide unánimemente:

Anular el Laudo del 28 de septiembre de 2007 debido a la extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio) debido a la no aplicación por parte del Tribunal de Arbitraje del Artículo XI del TBI entre los Estados Unidos y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 14 de noviembre de 1991: dicha anulación se aplica necesariamente al Laudo en su totalidad, en virtud del Artículo 52(3) del Convenio.

Ordenar a Sempra reembolsar a la República Argentina todos los gastos erogados por el Centro con relación al procedimiento de anulación, incluidos los honorarios y gastos de los árbitros.

[firmado]

Christer Söderlund
Presidente del Comité
Fecha: 10 de junio de 2010

[firmado]

David A.O. Edward
Miembro
Fecha: 2 de junio de 2010

[firmado]

Andreas J. Jacovides
Miembro
Fecha: 24 de mayo de 2010