

OPINIÓN DISIDENTE DEL ARBITRO PROFESOR ANTONIO REMIRO BROTONS

1. El 10 de abril de 2013 este Tribunal declaró a la República Argentina responsable de infringir sus obligaciones conforme a los artículos II.2.a (*trato justo y equitativo*) y II.2.c (*cláusula paraguas*) del Tratado Bilateral de Inversiones con Estados Unidos y decidió que debía reparar los daños causados a las demandantes (MEDA y MASA) mediante la debida compensación (XIII, para. 1132, b y d, de la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 10 de abril de 2013).
2. El laudo actual, que incorpora íntegramente por referencia la Decisión de 10 de abril de 2013 (para. 96) fija el monto de dicha compensación, incluyendo intereses y costas. Los párrafos que siguen expresan los motivos de mi disentimiento, dentro del respeto que me merece la mayoría que sustenta el Laudo.

3. Registra el Laudo (para. 14), refiriéndose a la Decisión de 10 de abril de 2013, que el Profesor Antonio Remiro Brotóns formuló una opinión parcialmente disidente y, más adelante (para. 102), que el tribunal determinó, por mayoría, que la infracción de las disposiciones del artículo II.2 a y c del Tratado entre Argentina y Estados Unidos no podía ser excluida invocando el artículo XI del Tratado.
4. En realidad, yo voté a favor de la parte dispositiva de la Decisión de 10 de abril de 2013, pero expresando en opinión separada mi desacuerdo con el razonamiento de la sentencia en algunos puntos (*op. ind.*, para. 2).
5. Ese desacuerdo concernía sobre todo a la interpretación del artículo XI del Tratado y su relación con el 'estado de necesidad' según las normas del derecho internacional general o consuetudinario y fue ampliamente argumentado (*op. ind.*, para. 3-8 y 11-75).
6. En mi opinión la única razón por la cual el artículo XI no daba cobertura a las medidas sobre pesificación y sus consecuencias en el mercado del gas natural, controvertidas en este caso, estribaba en que dicho artículo no había sido concebido para respaldar un cambio de paradigma, sino sólo para suspenderlo en estado de emergencia. Según mi punto de vista, no era posible aprovechar un estado de emergencia para alterar de forma radical las bases del modelo neoliberal

subyacente a las obligaciones asumidas con el Tratado. El artículo XI no podía avalar medidas que no eran transitorias, sino prácticamente permanentes, aun revestidas *pro forma* de un ropaje temporal (*op. ind.* para. 7-8).

7. Dicho esto, sostuve que no creía que en una situación de crisis como la vivida por Argentina el estándar del ‘trato justo y equitativo’ ofreciese una protección absoluta a los compromisos de estabilidad legal asumidos por el Estado huésped con el inversor. Entendía -y entiendo- que es justo y equitativo que el inversor extranjero comparta la carga puesta sobre los hombros del cuerpo social en su conjunto, siempre que no se incurra en arbitrariedad o discriminación y no se aproveche la situación para encauzar un cambio permanente del modelo económico subyacente al régimen de protección convenido. En el presente caso la infracción del estándar descansaba en esta última circunstancia, no en la adopción y aplicación de las medidas mientras duró el estado de emergencia (*op. ind.*, para. 9 y 76-99). Si bien la crisis sin precedentes que había vivido Argentina no excluía su responsabilidad por infracción del estándar del ‘trato justo y equitativo’, sí era relevante para determinar el *tempo* y la cuantía de la compensación debida a las demandantes a título de reparación.

8. Consideremos, en primer lugar, el *tempo*. En mi opinión, la pesificación decretada el 6 de enero de 2002 y las medidas de interferencia en los precios dispuestas para hacer frente a la crisis eran “razonables y proporcionadas al envite” (*op.ind.*, para. 56); fueron “adoptadas esencialmente en interés del mantenimiento del orden público concebido como orden social y en defensa de la seguridad institucional, económica y humana de la República Argentina”, requirieron “importantes sacrificios de la población en general y también de los inversores, nacionales y extranjeros, que no podían esperar el resguardo de una torre de marfil mientras ardía el Estado” y fueron finalmente “eficaces, pues disiparon las amenazas” (*op. ind.*, para. 57).
9. La situación de emergencia finalizó de hecho “a lo largo de 2004” (*op.ind.*, para. 72, 96) y una vez superadas las circunstancias que determinaron las medidas impugnadas por las demandantes era obligado restaurar con todas sus consecuencias el modelo convenido para el tratamiento de las inversiones y de los inversores.
10. Siguiendo este razonamiento y siendo coherente con él he considerado infundada toda reclamación basada en la aplicación de las medidas de pesificación e interferencia de precios durante el período de crisis cuya terminación ‘a lo largo de 2004’ podría concretarse en la fecha,

el 2 de abril, en que se firmó el *Primer Acuerdo del Gas* entre el Gobierno argentino y los principales productores de gas natural para garantizar el abastecimiento del mercado doméstico, con la promesa, finalmente incumplida, de que en diciembre de 2006 el mercado estaría completamente desregulado (*op. ind.*, para. 96-97).

11. En definitiva, la compensación por las consecuencias perjudiciales para las demandantes de la aplicación de las medidas de pesificación e interferencia de precios procedería sólo a partir del 2 de abril de 2004. Este es un primer motivo para discrepar del Laudo.
12. Un discurso similar no es necesario en relación con las medidas concernientes a las restricciones a la exportación y el desvío de determinados volúmenes de gas al mercado doméstico, así como a las retenciones a la exportación y *royalties*, pues coincido en que la escasez de gas natural en Argentina, que se produjo ese mismo año (2004) es independiente de la crisis sistémica que estalló en el verano austral de 2001-2002 y, por lo tanto, las medidas adoptadas para paliarla no podían justificarse a la sombra de dicha crisis (*op. ind.*, para. 123-126). Tales medidas, al romper los compromisos asumidos por el Gobierno argentino con las demandantes, cubiertos por la *cláusula paraguas*, eran inconsistentes con el estándar del ‘trato justo y equitativo’.

13. Consideraré ahora la cuantía de la compensación, el método adoptado para establecerla y su aplicación práctica. Tanto para las medidas de pesificación e interferencia de precios (a partir, desde mi punto de vista, del 2 de abril de 2004) como para las relativas a las restricciones a la exportación, desvío de volúmenes de gas al mercado doméstico, retenciones a la exportación y *royalties* (a partir de ese mismo año) se plantea la cuestión de fijar la compensación por los daños causados por su aplicación.
14. El Tratado entre Argentina y Estados Unidos fija un estándar de compensación para la expropiación (art. IV.1), pero nada dice del estándar de compensación de las medidas infractoras de las disposiciones convenidas para la protección de inversiones e inversionistas, dejando aparentemente libertad a los tribunales arbitrales para adoptar el estándar que les parezca más adecuado al caso (*El Paso*, s. de 31 de octubre de 2011, para. 701); por lógica, esa compensación no debería ser mayor que la resultante de una expropiación, caso en el que la pérdida de la inversión es absoluta.

15. El curso del procedimiento ha decantado dos tesis enfrentadas. Según la Parte demandada la compensación debía atenerse al estándar del ‘valor justo de mercado’ (*fair market value*) de la inversión en la fecha inmediatamente anterior a la adopción -o al conocimiento- de la primera de las medidas lesivas (6 de enero de 2002), actualizado ese valor a la fecha de la Decisión de jurisdicción y responsabilidad (10 de abril de 2013) siguiendo el método del *discounted cash flow* (DCF). Se trata de cuantificar la depreciación de la inversión como consecuencia de las medidas adoptadas en infracción del Tratado, aplicando el *weighted average cost of capital* (WACC) como tasa de descuento y una vez fijada una cantidad actualizarla a fecha del Laudo mediante una tasa de interés libre de riesgo o similar hasta la verificación del pago.
16. El ‘case law’ del arbitraje de inversiones revela que la mayoría de decisiones, incluidas las que conciernen a arbitrajes de inversiones en que la República Argentina ha sido demandada y condenada, ha asumido este planteamiento. Algunos de estos casos respondían a la aplicación del Tratado Argentina-Estados Unidos. Sólo se separaron de este estándar *LG&E*, que aplicó el estándar de los dividendos que habría obtenido el demandante de no haberse adoptado las medidas infractoras (- resultando en una compensación sustancialmente inferior al ‘valor justo de mercado’ (*fair market value*)-, e *Impregilo*, que adoptó el estándar de la contribución de capital.
17. Según las Demandantes -y el experto designado por el Tribunal- el estándar adecuado es el de la ‘pérdida real’ (*the actual loss*) como consecuencia de la aplicación de las medidas infractoras del estándar del ‘trato justo y equitativo’. Se trata de reponer a las Demandantes en la situación en que se hubieran encontrado de no haber tomado el Gobierno argentino tales medidas; la compensación ha de ser igual a la diferencia resultante entre la renta percibida atendiendo a los volúmenes y precios del gas natural vendido conforme a las medidas impugnadas (escenario real) y la renta que se habría percibido por los volúmenes y precios del gas natural que se hubiera vendido de no mediar tales medidas (escenario potencial o contrafáctico). Esos serían los daños *históricos*. Dentro de este planteamiento el WACC -o lo que el experto del Tribunal denomina *Opportunity Cost of Capital* (OCC)- no opera como tasa de descuento, sino de valoración del monto de la compensación a la fecha del Laudo y posterior tasa de interés hasta la verificación del pago, capitalizándose periódicamente.
18. El estándar de la ‘pérdida real’ es innovador, son escasos los precedentes y cabe preguntarse si acaso los tribunales arbitrales han estado ‘equivocándose’ hasta ahora, concediendo a los inversores defraudados sólo una parte de la compensación que merecen. El estándar puede tener su lógica comercial, pero la lógica comercial, siendo importante, no lo es todo en un arbitraje de

inversiones, especialmente cuando interesa a servicios básicos de la población, como señalaré más adelante.

19. El Tribunal se ha inclinado por seguir el método de la ‘pérdida real’ a partir de las primeras medidas de pesificación e interferencia en los precios, asumiendo el modelo de los expertos de las Demandantes por el que se inclina el experto del Tribunal arguyendo su razonabilidad, con algunas correcciones tendentes a atemperar sus consecuencias respecto de la compensación debida.
20. Así, el Tribunal por mayoría: 1) ha decidido adoptar el precio promedio de cuenca para estimar los ingresos netos reales, siguiendo el informe de los expertos de la parte demandada de 21 de agosto de 2013, y no los precios presentados por las demandantes como realmente percibidos; 2) ha descartado la presunción de renovación de los permisos de exportación, excluyendo por consiguiente de la valoración de daños en el escenario contrafáctico (*but-for*) las hipotéticas exportaciones posteriores a la fecha de la terminación del permiso de exportación, y tomando en cuenta las consecuencias que la reducción de volúmenes de gas, dirigidos ahora al mercado interior, tuvo en la reducción de los precios domésticos; 3) ha excluido compensación por los menores volúmenes de gas vendidos en contratos domésticos en el escenario contrafáctico (*but-for*); y 4) ha prescindido del WACC (10.4%) compuesto mensualmente como tasa de actualización prefiriendo una tasa, menos gravosa, de interés comercial (del 6%) compuesto anualmente.
21. Desafortunadamente, aún así, la compensación que fija el Laudo sobrevalora, en mi opinión, el daño producido por las medidas infractoras del TBI.

22. Consideremos, en primer lugar, el escenario real. Sea cual sea el estándar de compensación el Tribunal ha debido enfrentarse a un evidente problema de prueba del daño causado por las medidas infractoras. La Parte demandada ha solicitado de manera reiterada, tanto antes como después de la decisión sobre responsabilidad de 10 de abril de 2013, pruebas de los datos que las Demandantes aportan, datos que ellos han utilizado bajo protesta, en ausencia de otros, solicitando una y otra vez información sobre costes, impuestos, deuda, características de pozos perforados, auditorías de reservas, copias de facturas, entre otros puntos.

23. Estas solicitudes eran manifiestamente razonables y atendibles, especialmente en la fase de *quantum* en que la responsabilidad declarada ha de traducirse en una justa compensación. Sin embargo, el Tribunal, aun declarando que las demandantes han de soportar la carga de la prueba de la pérdida sufrida y la cuantía de los daños (por ej., decisión de 23 de agosto de 2013), ha rechazado una y otra vez por mayoría, con mi voto en contra, estas peticiones de la Demandada, endosando el punto de vista de las Demandantes, opuestas a facilitar lo que se pedía arguyendo su propósito dilatorio, su superfluidad para la prueba de los daños causados o su desproporcionado coste en relación con un objetivo que la Demandada podía lograr acudiendo a su propia Administración, donde debían constar los datos que tan acuciosamente reclamaba.

24. Todo ello ha alimentado un buen número de interrogantes. ¿Acaso no era pertinente la información sobre costes, impuestos y deuda en el marco de medidas que pueden haber afectado a estas variables, reduciendo, por ejemplo, el valor en dólares americano (USD) de los costes y, por lo tanto, el impacto negativo de las medidas, así como permitiendo relacionarlo con la rentabilidad de la firma? ¿Estaba fuera de lugar solicitar la exhibición de las facturas que documentan el volumen y precio de las transacciones? ¿Había que creer a pies juntillas en la exactitud de volúmenes y precios declarados por las Demandantes?

25. Dentro del escenario real, a la insuficiencia de la prueba se ha unido a la falta de atención para contextualizar debidamente en un doble plano los daños sufridos.

26. Por un lado, los precios en USD de gas natural para productores fueron similares a los proyectados por las Demandantes al realizar sus inversiones, que han sido rentables. Cuáles eran las expectativas de MEDA y MASA en el 2001? No podían prever, ni por asomo, el alza extraordinaria de los precios del petróleo y del gas natural. Las Demandantes obtuvieron ganancias en el escenario real de aplicación de las medidas infractoras, siguen operando en Argentina, realizan nuevas inversiones, no padecen números rojos por sus actividades de negocios en la áreas por las que reclaman, reparten dividendos a sus accionistas por la producción de gas natural. No les va mal, en definitiva, aunque sin duda podía haberles ido mejor sin las medidas infractoras. De ahí que deban ser compensadas, pero no premiadas. Cualquier compensación es ganancia neta para los accionistas.

27. Por otro lado, no se ha considerado si y hasta qué punto las medidas infractoras que han producido perjuicios en el negocio del gas natural han sido beneficiosas en otros renglones de la actividad de las Demandadas.

28. Pasemos del escenario real a los escenarios contrafácticos (*but-for*), intrínsecamente muy especulativos. Hay que hablar de ellos en plural porque hay tantos como expertos llamados a pronunciarse. Las variables, macro y micro, son infinitas y su elección puede ser sensible a las particulares necesidades de quienes demandan un pronóstico sobre lo que pudo ocurrir y no ocurrió.

29. En un litigio como el sometido al Tribunal los daños son siempre hipotéticos, pues se basan en la diferencia entre lo que realmente sucedió y lo que pudo suceder de no haberse adoptado determinadas medidas. Lo que pudo suceder, según unos, puede no coincidir con lo que pudo suceder, según otros. Añádase la dificultad de separar las medidas impugnadas de otras que no lo fueron con las que pueden estar inextricablemente enlazadas y de cuantificar sus efectos específicos, así como los imponderables.

30. En el caso de Argentina, sumida en una crisis sistémica a comienzos del siglo XXI, la tarea de extraer el impacto de las medidas infractoras sobre los precios, conservando la influencia de otros factores volátiles e imprevisibles, parece una misión del alto riesgo. El fracaso monumental de las predicciones de la misma Secretaría de Energía del Gobierno argentino en el año 2000 (*Prospectiva 2000*), en vísperas de la crisis, pone de relieve la escasísima fiabilidad de los pronósticos.

31. No deja de llamar la atención que los expertos de las Demandantes hayan utilizado este informe para construir su modelo, que asumió proyecciones de producción hechas antes de que estallara la crisis, tomando como premisas presunciones de crecimiento y reservas de gas que resultaron erróneas.

32. Las elucubraciones sobre precios y volúmenes de venta son asimismo aplicables a la fijación del WACC.

33. El hecho comprobado de que con esta clase de métodos aumenta desproporcionadamente la compensación a percibir por los inversores, unido a sus fundamentos especulativos, explican la animosidad de quienes entienden que el daño debe ser real, preciso y comprobado, no basado en hipótesis no demostrables. Las proyecciones de los economistas pueden ser útiles para orientar futuras inversiones, pero no deberían ser asumidas por los tribunales como medida para decidir una compensación sobre daños inciertos (*Amoco*, para. 238-239, AI RA 231).
34. Hablar de ‘daños históricos’ cuando se aplica un método con escenarios contrafácticos (*but-for*) es una falsificación. No son ‘daños históricos’, son ‘daños supuestos’ en años pasados bajo circunstancias no siempre verificables. Los daños en tales escenarios no se convierten en ‘reales’ por el paso del tiempo. De manera que los daños se deducen de una estimación subjetiva de lo que no sucedió, pero pudo haber sucedido.
35. El curso de precios, volúmenes, oferta y demanda en los escenarios contrafácticos es decisivo y según sea el evaluador puede dispararse en cualquier dirección. Basta señalar las críticas que los diferentes expertos hacen de las estimaciones de sus contrapartes. Incluso el mismo evaluador va cambiando cifras de un caso a otro, aunque se trate de las mismas medidas, en el marco de la misma crisis, dentro del mismo mercado. La trascendencia en el cálculo de los daños de asumir una u otra posición es muy grande.
36. Es asimismo discutible una metodología que aísla el mercado del gas natural para analizar los efectos de unas medidas adoptadas para hacer frente a una crisis sistémica, especialmente por lo que se refiere a la pesificación y sus consecuencias sobre los precios. Así, los precios contrafácticos del gas propuestos por los expertos de las Demandantes y endosados por el experto del Tribunal y por el Tribunal mismo hubieran sido insostenibles en USD para una población depauperada, más aún cuando similares aumentos contrafácticos podrían predicarse de otros servicios públicos.

37. El principio de soberanía sobre los recursos naturales y la defensa de los intereses públicos o generales, especialmente en situaciones de crisis, para garantizar servicios básicos asequibles a los ciudadanos, debe ser tenido en cuenta en la fijación de la compensación, moderando las consecuencias que se deducirían de un análisis sobre bases puramente comerciales o de mercado.

38. Entre las circunstancias a tener en cuenta para decidir la compensación, concediendo a la inversión una rentabilidad razonable y descartando beneficios especulativos, ha de incluirse necesariamente el principio de utilidad pública en conflicto con el interés privado del inversionista que subyace en la medida reguladora que se ha declarado infractora del estándar del ‘trato justo y equitativo’. Esta circunstancia, una vez ponderada, ha de moderar el monto de la compensación.
39. El carácter vertebral del daño ‘real’ en la fijación de la compensación se advierte claramente en el tratamiento de las retenciones fiscales a la exportación y los *royalties*. A pesar de que el Tribunal considera que las medidas tomadas por la demandada infringen el estándar del ‘trato justo y equitativo’, la compensación no se produce en tanto la carga fiscal ha sido trasladada a los clientes de las demandantes. Añadiré que, en mi opinión, en defecto de reembolso, la existencia de contratos entre las Demandantes y sus clientes chilenos pactando la asunción de dichas cargas debería excluir la compensación por Argentina, pues es contra sus contrapartes contractuales que las demandantes deberían dirigir su acción (así el contrato de exportación con Metrogas S.A. y Chilgener S.A., de 23 de octubre de 1996, art. 15, y las sucesivas adiciones).

40. Consideremos ahora las tasas de interés que han de ser aplicadas al monto de la compensación. El Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos menciona (art. IV), respecto del caso de expropiación, que la compensación incluirá un interés a un tipo comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación, por lo que no cabe descartar *a priori* la aplicación de una tasa de interés comercial moderada en supuestos distintos a la expropiación.
41. En casos que interesan a la República Argentina la tasa más alta ha sido, en un par de ocasiones, del 6%, siendo las más frecuentes el LIBOR+2% y las tasas de los certificados de depósito y bonos del tesoro de Estados Unidos a seis meses. Tasas de interés coincidentes con el WACC o con las tasas de endeudamiento de la República Argentina no han sido aceptadas por los tribunales.
42. La tasa de interés ha sido habitualmente simple. Los tribunales, como constató la Comisión de Derecho Internacional en el comentario al artículo 38 de su proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, han sido en general reacios a otorgar intereses compuestos. Un Estado soberano no debe ser tratado como una empresa comercial. Dado el carácter especulativo de todo escenario contrafáctico una tasa de interés simple coadyuva a

atenuar las consecuencias indeseadas de los errores que pueden haberse cometido al perfilar dicho escenario.

43. El *case-law* más reciente, incluido el que interesa a la República Argentina, parece decantarse por el interés compuesto por considerar que sólo la capitalización de intereses asegura la compensación íntegra del perjuicio sufrido; pero cuando se han obtenido beneficios a pesar de las medidas infractoras, toda compensación es ganancia neta.
44. Se trata, en todo caso, de intereses compuestos sobre una base semestral o anual aplicados a tasas de interés libres de riesgo o similares, un supuesto en el que el interés compuesto estaría justificado para compensar la dilación en el pago. Una tasa libre de riesgo de interés compuesto y capitalización anual deriva en un interés efectivo al cabo de diez años no muy diferente del interés nominal anual. Por el contrario, capitalizar una tasa de interés que opera con el WACC puede alterar sustancialmente el monto de la compensación debida.
45. El Laudo descarta el WACC calculado por las Demandantes (i.e. 10.4%) como tasa de actualización, al considerar que no sería razonable teniendo en cuenta el “impacto de la crisis sobre la economía argentina” (para. 289) y se decanta por una tasa de interés del 6% compuesto anualmente, que considera una “medida conservadora ampliamente reconocida” (para. 291). Aplicada como tasa de actualización a fecha del Laudo me parece, sin embargo, una tasa excesiva; más aún cuando el interés es compuesto y muy especialmente cuando recae sobre daños causados por aplicación de medidas regulatorias entre el 6 de enero de 2002 y el 2 de abril de 2004.

46. En relación con las costas del arbitraje, la mayoría del Tribunal ha decidido condenar a la Parte demandada a contribuir a las costas y gastos de las Demandantes con dos millones de USD, esto es, una cantidad similar a la que suponen las costas y gastos de la misma República Argentina.
47. Discrepo radicalmente del uso que la mayoría del Tribunal ha hecho de su discreción en este punto. En mi opinión, que la regla “quien pierde, paga” se haya abierto camino en el arbitraje comercial contemporáneo no es una razón para importarlo en el arbitraje entre inversores y Estados soberanos.
48. Una condena en costas, aun parcial, requiere la prueba o, por lo menos, una sospecha fundada, de la mala fe de la parte condenada, del recurso deliberado a tácticas dilatorias o un comportamiento

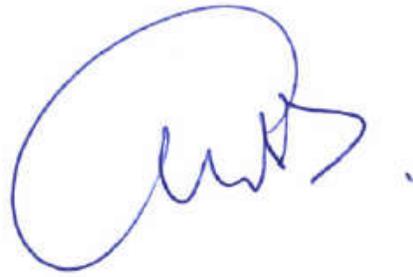
procesal abusivo. Esas son acusaciones que las demandantes no han ahorrado a lo largo del procedimiento. Sin embargo el Tribunal las descarta cuando declara que el comportamiento de las partes en el procedimiento ha sido tal que nada justificaría tomarlo en cuenta para asignar los costas (para. 341). El tribunal incluso se prodiga al señalar que el caso ha dado lugar a una serie de importantes y complejas cuestiones jurídicas y que ambas partes han formulado argumentos de peso en apoyo de sus respectivas posiciones (*ib.*).

49. A pesar de eso el Tribunal afirma que, en las circunstancias de este arbitraje la aplicación del principio “quien pierde paga” es apropiada hasta cierto punto (*ib.*). El Laudo observa que el resultado del caso ha sido, no totalmente, pero sí sustancialmente favorable a las Demandantes y condena a la República Argentina a asumir una parte de sus costas, pero no explica porqué es apropiada la aplicación del principio en las circunstancias de este arbitraje. El tribunal no menciona, por otro lado, ningún precedente.
50. “Quien pierde, paga” puede ser una regla convenida por las partes o ser incluso un principio del arbitraje comercial, pero ni remotamente cabe considerarlo un ‘principio’ del arbitraje entre inversores y Estados soberanos en la medida en que sea aplicable el Derecho Internacional Público. ¿Dónde se encuentran acaso las bases normativas del pretendido ‘principio’? “Quien pierde paga” es, a lo sumo, una *policy* sostenida y promovida por algunos árbitros y expertos que consideran conveniente su importación desde el arbitraje comercial entre privados al arbitraje de inversión. Por ahora, “quien pierde paga” es la excepción a la regla, no la regla. Y dicha excepción, para ser adoptada, ha de ser debidamente motivada.
51. *Unless otherwise decided by the Court, each party shall bear its own costs*”, dispone el artículo 64 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisprudencia confirma que esta disposición ha sido considerada por la Corte como un principio general de derecho aplicable por los tribunales internacionales.
52. *“An award of costs in derogation of this general principle, and imposing on one of the parties the obligation to reimburse expenses incurred by its adversary, requires not only an express decision, but also a statement of reasons in support. On the other hand, the decision merely to allow the general principle to apply does not necessarily require detailed reasoning and may even be adopted by implication”*, afirmó la Corte en su opinión consultiva sobre la *Review of UNAT Judgment n° 158 (I.C.J. Reports 1973, pp. 166, 212, para. 98)*.
53. Este planteamiento ha sido reiterado en varios casos contenciosos ante la Corte (*Land and Maritime Boundary Case, Request for interpretation, Cameroon c. Nigeria, I.C.J. Reports 1999*,

pp. 31, 39, para. 18; *Ahmadou Diallo*, Republic of Guinea c. Democratic Republic of Congo, *I.C.J. Reports 2012*, Judgment of 19 June, para. 58-60; *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, para. 143-144). Aun admitiendo la posibilidad de excepciones, la práctica de la Corte muestra que nunca se ha separado del principio general; cabe proponer que sólo lo haría de mediar un manifiesto abuso del procedimiento.

54. El principio general, según el cual cada parte asume sus propias costas y comparte por partes iguales las del procedimiento es habitualmente aplicado en los arbitrajes de inversiones. Cuando no ha sido así, la lectura de las sentencias sugiere que al aplicar la regla “quien pierde, paga” los árbitros tuvieron en cuenta circunstancias que indicaban un comportamiento procesal abusivo de la parte condenada.
55. Según mi entendimiento, ninguno de los numerosos casos CIADI en que la República Argentina ha sido demandada han concluido con una condena, aún parcial, en costas. El Tribunal en su sentencia no explica qué hace especial el caso que ahora nos ocupa.
56. No se trata ya de una cuestión de *quantum*, sino de principio. De ahí que me parezca oportuno resumir mi posición: 1) El arbitraje de inversiones entre inversores extranjeros y Estados soberanos se rige por las normas del Derecho Internacional Público; 2) La norma internacional general sobre costas y gastos es que cada parte asume las costas y gastos propios y comparte por igual las costas y gastos del procedimiento; 3) Esta norma general es: a) dispositiva; b) no absoluta. Es dispositiva porque las partes puede convenir la aplicación de otra regla; no es absoluta porque hay excepciones vinculadas al comportamiento procesal abusivo de las partes; 4) el pretendido ‘principio’ según el cual “quien pierde, paga” carece de fundamento normativo en el Derecho Internacional general; puede considerarse, a lo sumo, una *policy* promovida por algunos expertos y árbitros para importar en el arbitraje de inversiones una regla que parece abrirse camino en el arbitraje comercial entre particulares; 5) en nuestro caso, sólo cabría condenar a la parte Demandada a sufragar una parte de las costas y gastos de las Demandantes, de apreciarse un comportamiento procesal abusivo; y, 6) como no se aprecia por el Tribunal un comportamiento procesal abusivo de la parte demandada, invocar la regla “quien pierde, paga”, que carece de base normativa, para justificar una condena parcial en costas implica, en mi opinión, un uso indebido de la discreción que en este punto se reconoce al Tribunal.

57. En conclusión, teniendo en cuenta los motivos y aprensiones expresadas en los párrafos anteriores, mi disposición personal me inclinaba a rechazar la fijación de una compensación por falta de prueba de un daño real para las Demandantes deducido de la aplicación de las medidas infractoras, considerando bastante como reparación la satisfacción que para ellas supuso la declaración de la infracción por la decisión de 10 de abril de 2013, que forma parte íntegramente de esta sentencia (para. 96).
58. No obstante, de haberse atendido mis principales inquietudes podría haber votado a favor del Laudo. Lamentablemente mis propuestas no han sido tenidas en cuenta. Propuestas conducentes a la exclusión del período 6 de enero de 2002-2 de abril de 2004, a la aplicación del estándar del ‘valor justo de mercado’ (*fair market value*), a la adopción de un tipo de interés libre de riesgo como tasa de actualización del monto de la compensación hasta su abono y, por supuesto, al abandono de la condena parcial en costas de la parte demandada. La consecuencia de todo ello habría sido la fijación de una compensación muy inferior a la que determina el Tribunal, que entiendo claramente excesiva. El método adoptado, la tasa de actualización y el interés compuesto vinculado a dicha tasa conducen fatalmente a una sobre valoración de los daños, aun en el caso de dar por buenos los precios y volúmenes del gas natural asumidos por el tribunal en el escenario contrafáctico.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by 'R' and 'B' and a period.

Profesor Antonio Remiro Brotóns

Arbitro

Fecha: 26 de mayo de 2016