



Crisis, medidas de emergencia y fracaso del mecanismo de SCIE: el caso de la Argentina *

Por Federico Lavopa

Profesor de la Universidad de San Andrés y de la Universidad de Buenos Aires

1. Introducción

Durante los últimos años las críticas contra el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (SCIE) han sido cada vez más frecuentes. Entre algunos de los problemas del mecanismo de SCIE, sus detractores¹ señalan por ejemplo, decisiones y laudos inconsistentes e insuficientemente motivados, falta de transparencia, la existencia de procesos paralelos, serias dudas sobre la imparcialidad de los árbitros y la magnitud de las indemnizaciones que piden los inversores y otorgan los tribunales de arbitraje. Las decenas de casos iniciados contra la Argentina a raíz del estallido de una de sus peores crisis económicas y financieras a finales de 2001 pusieron tristemente de manifiesto muchos de los fallos del mecanismo de SCIE.

Además de las consecuencias nefastas que acarrió la crisis económica y política afrontada por la Argentina en particular en 2001 y 2002, como la disminución del producto interno bruto (PIB) per cápita de un 50%, una tasa de desempleo de más de un 20%, índices de pobreza del 50%, huelgas, manifestaciones, enfrentamientos violentos con la policía, docenas de víctimas civiles y la sucesión de cinco presidentes en diez días, cayó sobre el país una avalancha de demandas por parte de inversores extranjeros ante diferentes mecanismos de SCIE y en particular, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En efecto, entre 2003 y 2007 las demandas contra la Argentina representaron una cuarta parte de todos los casos incoados en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI).

Estas demandas presentadas ante tribunales internacionales de arbitraje impugnaban los cambios a las nor-

mas económicas que se implementaron en la Argentina para atenuar el efecto de lo que podría considerarse el peor ciclo económico de su historia. Según las previsiones realizadas entonces, ampliamente citadas tanto por académicos como por los medios nacionales e internacionales de comunicación, si todas demandas presentadas por los inversores extranjeros se satisficieran plenamente, la Argentina tendría que asumir el pago de indemnizaciones por cerca de 80 000 millones de dólares, el equivalente a un 13 % del PIB del país en 2013 (a precios actuales).

Si bien la experiencia de la Argentina acaparó por un tiempo la atención de un puñado de autores que se refirieron a la pobre respuesta del sistema de SCIE ante las circunstancias excepcionales que rodeaban el caso (Waibel, 2007; Burke-White, 2008; Kasenetz, 2009; El-Hage, 2012), hasta donde yo sé, ningún estudio ha hecho hasta el momento una evaluación sistemática y exhaustiva del resultado final de esta historia. ¿Qué obtuvieron los inversores que interpusieron demandas contra la Argentina? ¿Cuál fue el monto de la factura que tuvo que pagar la Argentina a fin de cuentas? ¿Cómo funcionó el mecanismo de SCIE frente a docenas de casos bastante similares basados en hechos y argumentos a favor y en contra? Estas son algunas de las preguntas a las que este documento intenta dar respuesta.

A estos efectos, este informe breve, pero completo, presenta los aspectos más importantes de la experiencia argentina ante los tribunales internacionales de arbitraje entre 2001 y 2014. Dadas las limitaciones de espacio de esta publicación, el informe se centrará en tres características principales que, en opinión del autor, hacen del caso de la Argentina un caso particularmente interesante tanto por las implicaciones que puede tener sobre el mecanismo de SCIE, como porque su experiencia les puede servir a otros países en desarrollo que enfrentan una situación similar. En primer lugar, se analiza la situación extraordinaria que desató la avalancha de denuncias contra la Argentina: una de las peores crisis económicas y políticas de

*El autor agradece a Gabriel Bottini y a Facundo Pérez Aznar sus valiosas observaciones sobre los primeros borradores.

su historia, y la gran cuantía de las indemnizaciones que habrían tenido que asumir de haber prosperado todas las denuncias. En segundo lugar, se presenta un panorama general de la situación actual de todos los casos incoados contra la Argentina, así como algunas cifras y elementos que ayudan a evaluar el desempeño de la Argentina a la hora de afrontar estos casos. En tercer lugar, se analizan las dificultades que tuvo ante sí el mecanismo de SCIE para tener en cuenta las circunstancias particulares del caso argentino. Por último, se presentan algunas conclusiones.

2. Crisis, medidas de emergencia y demandas multimillonarias

En 1991, la Argentina emprendió un programa de desreglamentación y liberalización económica que comprendía, entre otras cosas, la convertibilidad del peso argentino y la creación de una junta monetaria para mantener la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos limitando la circulación de la moneda nacional al monto de las reservas de divisas.

Además de este programa económico y a favor del mercado, se hizo hincapié especialmente en la atracción de inversión extranjera que, entre otras cosas, facilitó la conclusión de 58 tratados bilaterales de inversión (TBI), 55 de los cuales entraron en vigor. También se emprendió un proceso de privatización de las empresas públicas que, en aquella época, representaban una parte importante de la economía nacional. Tanto el marco jurídico en el que se llevaron a cabo las privatizaciones como la concesión de contratos de los diferentes servicios públicos comprendían una serie de garantías y beneficios para las empresas licenciatarias extranjeras, a saber: aranceles calculados en dólares de los Estados Unidos y convertidos a pesos en el momento de la facturación, el ajuste de aranceles según la inflación mayorista de los Estados Unidos y mecanismos de estabilización.

Por diversos motivos que van más allá del ámbito de este estudio, pero que un gran número de autores² y, en menor o mayor medida, todos los tribunales de arbitraje convocados para dictaminar en las causas contra la Argentina³ han analizado de manera exhaustiva, este modelo orientado al mercado llegó a su límite a finales de la década de 1990. Para finales de 2001 la situación se volvió insostenible, pese a los malabarismos financieros del Gobierno de entonces para hacer frente al vencimiento del pago de su deuda como una serie de aumentos de la línea de crédito de su acuerdo de compromiso contingente con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y una amplia renegociación de su deuda, conocida como «megacanje», así como a sus esfuerzos desesperados por dar muestras

de «credibilidad» y de disciplina fiscal, por ejemplo, mediante la adopción de la «Ley de Déficit Cero», el aumento de los impuestos, flexibilidad del mercado laboral o la «Ley de Intangibilidad de los Depósitos»⁴.

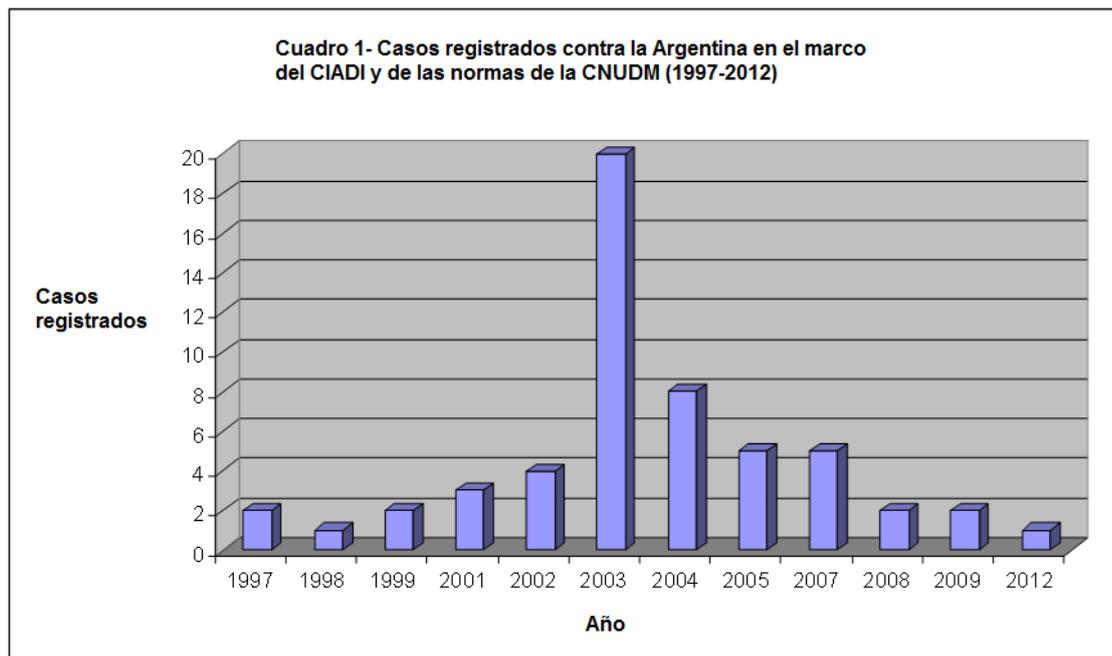
En consecuencia, el Gobierno tomó una serie de medidas de emergencia destinadas a evitar el agotamiento de las divisas como la imposición de límites a las transferencias de divisas al extranjero y al retiro de dinero de los bancos nacionales (el corralito). La impopularidad de estas medidas exacerbó el descontento acumulado durante años de recesión y creciente desempleo, pobreza y desigualdad y trajo consigo huelgas, protestas y manifestaciones que desembocaron en la muerte de decenas de personas y en la renuncia del entonces presidente Fernando de la Rúa.

Tras un período inusual de inestabilidad política en el que se sucedieron las renuncias y nombramientos de cinco presidentes en un lapso de diez días y que duró hasta mayo de 2003 (cuando se posesionó un nuevo presidente electo), se emprendió la reforma del marco de reglamentación de la economía y en particular, de los servicios públicos privatizados durante los años noventa. Entre las medidas adoptadas por los sucesivos Gobiernos para intentar compensar o al menos mitigar las consecuencias más graves de la drástica desaceleración económica, las siguientes son particularmente pertinentes para este estudio: i) la imposición del corralito y del corralón, es decir, la congelación temporal y la reprogramación de las condiciones de los depósitos bancarios; ii) el fin de la convertibilidad del peso y su vinculación con el dólar de los Estados Unidos al tipo de cambio fijo de 1:1 (1 dólar = 4 pesos argentinos). iii) la suspensión de pagos y la reprogramación unilateral de la deuda oficial; iv) la terminación del derecho de los licenciatarios de servicios públicos para ajustar las tarifas según el índice de precios de producción (IPP) de los Estados Unidos; v) la «pesificación» de todos los contratos denominados en dólares y sujetos a las leyes argentinas; y vi) restricciones para transferir fondos al extranjero.

Este paquete de leyes de emergencia implicaba cambios significativos en las condiciones bajo las cuales los inversores extranjeros y en particular, los proveedores de servicios públicos debían operar en la Argentina. En consecuencia, muchos de ellos decidieron recurrir a los mecanismos de SCIE consagrados en las docenas de TBI que la Argentina había firmado en la década de los años noventa.

3. Pronto se vieron las consecuencias. Como puede apreciarse en el cuadro 1 en la página siguiente, el número de demandas interpuestas contra la Argentina comenzó a aumentar desde 2001. En total, entre 2001 y 2012, fueron

Cuadro 1- Casos registrados contra la Argentina en el marco del CIADI y de las normas de la CNUDM (1997-2012)



*Compilados por el autor.

interpuestos contra la Argentina exactamente 50 casos, de los cuales hay información pública disponible sobre 36. Veintisiete (un 75 %) de estos últimos⁵ cuestionaban principalmente o exclusivamente el paquete de medidas adoptadas por la Argentina para mitigar las repercusiones de la crisis de 2001 y 2002⁶.

4. ¿Es el tigre como lo pintan? Los resultados de la Argentina ante los tribunales arbitrales de inversión

Como se ha señalado antes, una característica sorprendente de la experiencia argentina es la cantidad de peticiones de indemnización de las empresas que demandaron a la Argentina para compensar los daños supuestamente causados a sus inversiones a raíz del presunto incumplimiento por parte de la Argentina de las obligaciones internacionales en virtud de los TBI. Según las estimaciones hechas cuando el número de demandas interpuestas después de la crisis llegó a un nivel máximo, si todos los inversores que demandaron a la Argentina hubiesen obtenido el 100 % de las indemnizaciones pretendidas, el monto total que el país habría tenido que asumir habría sido de 80 000 millones de dólares (Burke-White, 2008; Wong, 2005)⁷.

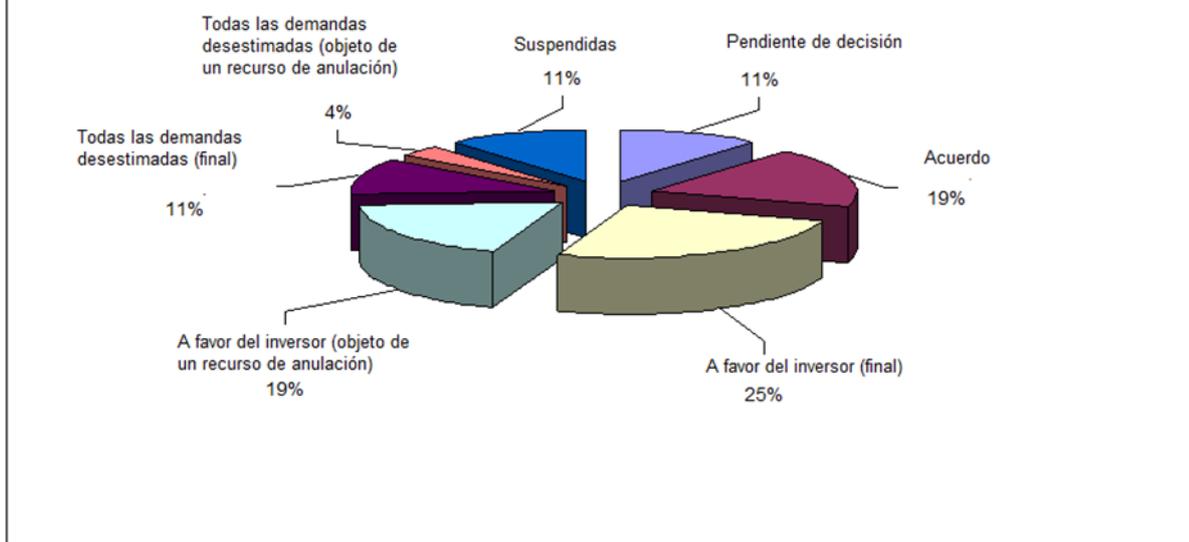
Esta suma habría sido prácticamente imposible de pagar, incluso aunque la Argentina no se hubiese encontrado sumida en una aguda crisis económica. Para darnos una idea más clara de la importancia relativa de tal suma, esta cifra representaba aproximadamente un 13 % del PIB de la Argentina en 2013 (calculado a precios actuales), un poco menos de 10 veces el presump-

to federal de educación para el mismo año, el doble de todos los fondos asignados por el país para el pago de las prestaciones en materia de pensiones y de jubilación en 2013, y una cantidad similar a la totalidad de la deuda exterior del sector público cuyo pago incumplió la Argentina durante la crisis económica a finales de 2001.

El extraordinario monto de la «factura» que debería pagar la Argentina si perdiera todos estos casos no indica el monto de las indemnizaciones pretendidas en cada uno de estos casos, sino la suma de todas ellas. Si bien ninguna de las demandas interpuestas contra la Argentina suponía el pago de sumas extraordinarias de dinero, al menos en comparación con otros casos interpuestos en virtud del mismo sistema como el caso de Occidental contra el Ecuador o el caso más reciente, Exxon contra Venezuela, la peculiaridad de este caso es que, como la mayoría de los casos son resultado del mismo paquete de medidas adoptadas desde 2001, la Argentina acumuló un número extraordinario de casos en contra en un período muy corto.

Aunque la Argentina ha respondido de diferentes maneras a la avalancha de demandas y aún es pronto para contar con cifras definitivas, sí se puede concluir que en general, los tribunales de arbitraje se han inclinado por lo general a dictar laudos favorables a los inversores. En el cuadro 2 en la página siguiente se muestra el estado en el momento de escribir este documento de las 27 demandas interpuestas contra la Argentina por inversores extranjeros a raíz del paquete de medidas económicas de emergencia adoptadas por la Argentina tras la crisis de 2001 y 2002.

Cuadro 2- Estado actual de las demandas contra la Argentina (impugnación de las medidas de respuesta a la crisis únicamente)



*Compilados por el autor.

Como puede observarse, casi un 45 % de los casos han obtenido un laudo condenatorio⁸, aunque la mayoría aún pueden ser anulados mediante procedimientos de anulación, mientras que solo el 15 % de los juicios arbitrales concluyó en un fallo completamente favorable a la Argentina⁹. El 30 % restante son en su mayoría casos resueltos con un acuerdo entre las partes o suspendidos¹⁰. Solo 3 de estos casos (un 11 %) están a la espera de un laudo sobre el fondo¹¹. A este respecto, cabe destacar que 2 de estos 3 casos¹² corresponden a procesos en los que ya se había dictado un laudo favorable al reclamante, pero fueron anulados completamente y por consiguiente, volvieron a iniciarse.

Sin embargo este planteamiento inicial, fundamentalmente negativo, sobre los resultados de la Argentina frente a los tribunales de arbitraje que debían pronunciarse sobre la legalidad de su paquete de medidas de emergencia posteriores a la crisis, contrasta notablemente con el monto total de las indemnizaciones que el país fue finalmente condenado a pagar. Hasta el momento, en solo 15 de estas 55 demandas sin precedentes interpuestas contra la Argentina se han fijado indemnizaciones por un monto total de 1 400 millones de dólares (sin intereses ni costas)¹³. Dos de estas sentencias, Sempra y Enron, cuyas indemnizaciones ascendían a 235 millones de dólares, fueron anuladas totalmente y por lo tanto, se reiniciaron los procesos. Además, otros tres casos: EDF International, LG&E y SAUR, sobre los que se fijaron en total indemnizaciones por unos 233 millones de dólares, siguen siendo objeto de examen por parte de los comités de anulación del CIADI,

lo que significa que eventualmente las sentencias podrían declararse nulas y sin efecto. En resumen, de los 80 000 millones de dólares de posibles indemnizaciones calculadas cuando el número de demandas interpuestas contra la Argentina después de la crisis llegó a un nivel máximo, las sentencias definitivas falladas hasta el momento condenan al país al pago de 900 millones de dólares¹⁴.

La experiencia argentina revela otro hecho interesante: el total de las demandas incoadas ante el CIADI en respuesta al paquete de medidas adoptadas por la Argentina tras la crisis que se resolvieron con sentencias condenatorias se basaron en el principio del trato justo y equitativo¹⁵. Lo anterior no resulta sorprendente ya que debido a las interpretaciones demasiado amplias sobre el trato justo y equitativo de los tribunales de arbitraje¹⁶ esta norma se convirtió en un medio natural para canalizar las demandas presentadas por los inversores, que en general, giraban en torno al «clima de inversión» y a las «expectativas legítimas» creados por el régimen favorable a las inversiones durante la década de 1990 y al cambio en las reglas del juego que tuvo lugar tras la crisis de 2001 y 2002.

Sin embargo, el aspecto más destacable de la experiencia argentina fue indiscutiblemente la incapacidad del mecanismo de SCIE para considerar adecuadamente las circunstancias que la Argentina invocó en su defensa en todos los casos: el trasfondo de perturbaciones económicas y políticas que afectaban a la Argentina en aquel entonces y que son en gran parte responsables del paquete

de medidas económicas adoptadas después de la crisis. El siguiente capítulo se centra en este aspecto final de la experiencia de la Argentina frente a los mecanismos de SCIE .

4. La (inconsistente) reticencia del meca-

nismo de SCIE a admitir la invocación del estado de necesidad de la Argentina

Como se ha dicho antes, casi la mitad de los juicios arbitrales iniciados contra la Argentina a raíz de las medidas posteriores a la crisis concluyeron en laudos que por una

Gráfico 1 Sentencias sobre los argumentos de la Argentina en virtud del Artículo XI del TBI entre los Estados Unidos y la Argentina y el estado de necesidad del derecho consuetudinario general

Reclamante	Fecha del laudo	TBI	Medidas no precluidas (MNP)			Estado de necesidad según el derecho consuetudinario		
			NPM ≠ costume	Necesidad	Indemnización	¿Interés esencial amenazado?	¿«único modo»?	Contribución del Estado
CMS	12/05/2005	Estados Unidos	NO	Restrictiva	SÍ	NO	NO	SÍ
LG&E	03/10/2006	Estados Unidos	SÍ	«Buena fe»	NO	SÍ	SÍ	NO
Enron	22/05/2007	Estados Unidos	NO	Economía judicial	SÍ	NO	NO	SÍ
Sempra	28/09/2007	Estados Unidos	NO	Economía judicial	SÍ	NO	NO	SÍ
Continental	05/09/2008	Estados Unidos	SÍ	GATT XX	NO	Economía judicial	Economía judicial	Economía judicial
El Paso	31/10/2011	Estados Unidos	SÍ	«No restrictiva»	SÍ	Economía judicial	Economía judicial	SÍ
BG ¹⁸	24/12/2007	Reino Unido	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica	No se aplica
National Grid	03/11/2008	Reino Unido	No aplica	No aplica	No aplica	Economía judicial	Economía judicial	SÍ
Suez, SGAB & InterAgua	30/07/2010	Francia/España	No aplica	No aplica	No aplica	SÍ	NO	SÍ
Suez, SGAB & Vivendi	30/07/2010	Francia/España	No aplica	No aplica	No aplica	SÍ	NO	SÍ
Anglian Water Group	30/07/2010	Reino Unido	No aplica	No aplica	No aplica	SÍ	NO	SÍ
Total	27/12/2010	Francia	No aplica	No aplica	No aplica	NO	NO	Economía judicial
Impregilo	21/06/2011	Italia	No aplica	No aplica	No aplica	SÍ	Economía judicial	SÍ
EDF, SAUR y León	11/06/2012	Francia	No aplica	No aplica	No aplica	NO	NO	SÍ

u otra razón rechazaron la posibilidad de que las circunstancias extremas en las que fueron adoptadas las medidas en cuestión constituyan una causa suficiente para exonerar a la Argentina de responsabilidad. La falta de coherencia entre las sentencias sobre este punto fue quizás uno de los aspectos del caso argentino que más atrajo la atención de las publicaciones especializadas (Waibel, 2007; Reinisch, 2007; Burke-White, 2008; Kasenetz, 2009; El-Hage, 2012) y que contribuyó considerablemente a que el caso obtuviera notoriedad en los debates internacionales sobre las deficiencias del mecanismo de SCIE.

De hecho, las características peculiares del caso de la Argentina hacen de este un caso particularmente interesante para poner a prueba la «calidad institucional» del mecanismo del CIADI y en especial, su capacidad de dictar sentencias coherentes. Como se ha señalado en los capítulos precedentes, un número considerable de los casos interpuestos contra la Argentina impugnaban las mismas normas aprobadas por el Gobierno argentino: el paquete de medidas posterior a la crisis, sobre la base de razones y argumentos muy similares o idénticos, principalmente el principio de trato justo y equitativo. Lo que es incluso más importante en relación con el objetivo de este estudio es que la Argentina presentó una serie de argumentos prácticamente idénticos en todos estos casos, como la invocación del estado de necesidad o de la cláusula de medidas no prohibidas. En este contexto, las sentencias dictadas entonces y las que siguen dictando hoy en día los tribunales de arbitraje convocados para resolver estos casos, permiten estudiar, como si se tratara de un experimento de laboratorio, los niveles de consistencia entre los «resultados» producidos por el mecanismo de SCIE con «datos» muy similares y en varias ocasiones, prácticamente idénticos. En los párrafos siguientes se demuestra que los resultados de este experimento no fueron para nada prometedores.

En general, la Argentina adoptó una estrategia jurídica a dos bandas. Por una parte, negó que alguno de sus actos equivaliera a una violación de las normas sustantivas de los TBI (expropiación indirecta, trato justo y equitativo, la cláusula general, etc.), entre otras cosas, porque dichas normas no les impiden a los Estados adoptar medidas de reglamentación a fin de hacer frente a crisis económicas graves. Por otra parte, adujo que, incluso en caso de que se demostrara que el país violó cualquiera de estas obligaciones, las circunstancias tan excepcionales en que tuvieron lugar justificarían dichas acciones. Esta última línea argumentativa solía basarse en tres disposiciones: i) La cláusula tipo prevista en los TBI que obliga a los Estados receptores a otorgar un trato no discriminatorio a los inversores en caso de que estén siendo indemnizados por

pérdidas sufridas con motivo de guerra, conflicto armado u otras situaciones de «emergencia nacional»; ii) la cláusula de «medidas no precluidas» prevista en los TBI firmados con los Estados Unidos; y iii) la norma consuetudinaria del «estado de necesidad».

La línea argumentativa de la Argentina basada en las indemnizaciones no discriminatorias en casos de emergencia fue rechazada por todos los tribunales de arbitraje llamados a decidir¹⁷. En cambio, las sentencias arbitrales en relación con los argumentos de la defensa basados en los otros dos argumentos antes mencionados, son mucho menos consistentes. El gráfico 1 tiene por objeto presentar en forma esquemática las diferencias entre los 14 laudos arbitrales dictados hasta el momento en referencia a los argumentos planteados por la Argentina con base en las dos líneas argumentativas mencionadas anteriormente.

La columna titulada «Medidas no precluidas» hace referencia a una cláusula que solo existe en algunos TBI como los firmados entre la Argentina y los Estados Unidos, cuyo artículo XI dispone que la aplicación del tratado «no impedirá la aplicación [...] de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público [...] o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad». Las diversas interpretaciones de los tribunales de arbitraje sobre los diferentes aspectos de este artículo revisten una importancia capital ya que fueron decisivas para eximir total o parcialmente a la Argentina del pago de las indemnizaciones a las que fue condenada en las únicas dos oportunidades en que se aceptó este tipo de argumento: LG&E y Continental.

Como se indica en el gráfico 1, seis de los tribunales llamados a interpretar la cláusula de las «medidas no precluidas» en los casos contra la Argentina han discrepado hasta el momento en tres aspectos principales de la interpretación^{19 20}: i) La interacción de esta cláusula con la norma del estado de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario; ii) la norma de la interpretación usada para la «prueba de necesidad»; y iii) la persistencia o no del deber de indemnización incluso en aquellos casos en los que sea aplicable la cláusula.

El primero de estos aspectos se refiere a las distintas posturas con respecto a la relación que existe entre el Artículo XI y la invocación del estado de necesidad según el derecho consuetudinario. Mientras que algunos tribunales (CMS, Enron, Sempra y en menor medida, El Paso) consideraron que el derecho internacional consuetudinario debería fundamentar la interpretación del artículo XI, otros (LG&E y Continental) consideraron que se trata de dos conceptos jurídicos completamente diferentes que no debían confundirse. La decisión adoptada por los comités de

anulación de los casos CMS y Sempra parece haber resuelto esta diferencia entre los criterios. Entre otros aspectos, ambos comités señalaron enfáticamente que el Artículo XI y el estado de necesidad según el derecho consuetudinario son eximentes completamente distintas e independientes y por consiguiente, deberían tratarse por separado²¹. Sin embargo, hace poco el tribunal de arbitraje que debía pronunciarse sobre el caso El Paso parece haber vuelto a incluir aspectos del estado de necesidad como norma del derecho consuetudinario en su interpretación del Artículo XI del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos²². Para complicar aún más el asunto, este planteamiento controvertido fue confirmado posteriormente por un comité de anulación²³.

El último aspecto en el que los tribunales llamados a interpretar el Artículo XI han aplicado criterios claramente distintos es la norma seguida para determinar la «necesidad» de las medidas adoptadas. De hecho, la prueba usada en los casos CMS, Sempra y Enron fue mucho más restrictiva que la usada en las sentencias de los casos LG&E, Continental y, al menos en teoría, en El Paso²⁴. Además, las diferentes interpretaciones sobre la relación entre el artículo XI y la invocación del estado de necesidad según el derecho consuetudinario dieron lugar a que los tribunales adoptaran posturas diferentes acerca de si el deber de indemnizar al inversor persistía incluso en los casos en los que se reunían todas las condiciones para la aplicación del Artículo XI.

El tercer y último argumento esgrimido por la Argentina para verse exonerada de responsabilidad por la aplicación del paquete de medidas a raíz de la crisis se basó en la alegación de que dichas medidas fueron adoptadas en un contexto de estado de necesidad, una de las circunstancias de exclusión de la ilicitud de los actos de un Estado en el marco del derecho internacional, como lo refleja el Artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la CDI.

Todos los tribunales que examinaron este argumento lo rechazaron, pero como puede observarse en el gráfico 1, llegaron a esta conclusión mediante razonamientos distintos. Pese a estas diferencias, en todos los casos los árbitros se encontraron en una situación en la que, manifestando una mayor deferencia que otros respecto del poder soberano de la Argentina para adoptar sus propias políticas, debían analizar, ponderar e incluso criticar las medidas adoptadas por el país para hacer frente a la crisis, y en algunos casos, la política económica aplicada por el país por mucho tiempo antes de la crisis.

Así, por ejemplo, la mayoría de las sentencias sobre este aspecto del argumento de la Argentina se basaron exclusivamente o simultáneamente en el hecho de que, en cierta medida, la Argentina contribuyó a que se produjera la crisis. Para llegar a esta conclusión los árbitros interpretaron que la norma aplicable no necesitaría que la Argentina hubiese «causado» o «creado» la crisis. Bastaría solamente que la contribución de la Argentina a la crisis sea «lo suficientemente importante y no simplemente indirecta o secundaria»²⁵. En este contexto, determinaron que la crisis argentina fue precipitada por una combinación de factores exógenos y endógenos e incluyeron entre estos últimos los actos y omisiones que supuestamente habrían tenido efectos «considerables» en el origen y el desarrollo de la crisis como el «excesivo gasto público, «la ineficiente recaudación impositiva», «una tardía reacción ante los signos tempranos de la crisis», «insuficientes esfuerzos para desarrollar un mercado de exportación» y «disensiones y problemas políticos internos que inhibieron una eficaz elaboración de políticas»²⁶. Habida cuenta de que las condiciones estipuladas en el Artículo 25 para la aplicación del estado de necesidad son acumulativas, la sola determinación de que la Argentina contribuyó a precipitar la crisis fue suficiente para que estos tribunales rechazaran de plano los argumentos. Además, los fallos de los árbitros sobre estas complejas cuestiones macroeconómicas se basaron usualmente en no más de uno o dos párrafos analíticos.

Otro argumento común que esgrimieron los tribunales de arbitraje para apoyar su rechazo del argumento del estado de necesidad fue la determinación de que las medidas adoptadas por la Argentina no eran el «único modo disponible» para evitar la crisis. En este caso, los árbitros volvieron a encontrarse en la difícil situación de evaluar la pertinencia de las medidas económicas hipotéticas que hubiesen dado los mismos resultados que las medidas adoptadas por la Argentina, sin afectar los intereses de los inversores extranjeros. Así, los tribunales hicieron referencia, por ejemplo, a la posibilidad de la «dolarización de la economía», la «concesión de subvenciones a las poblaciones afectadas» la «reestructuración de la deuda» y la «devaluación sin pesificación»²⁷.

Sin duda, el hecho de que un tribunal compuesto por tres árbitros, usualmente, expertos jurídicos internacionales especialistas en derecho de protección de las inversiones, basara una parte importante de sus laudos en una evaluación a posteriori o contraria a los hechos de la política económica aplicada por un Estado soberano durante decenios, demuestra las dificultades que afrontó el mecanismo de SCIE para resolver un caso absolutamente excepcional como el de la Argentina. Además, como se indicó acertadamente en la decisión del Comité de anulación del caso

Enron, la opinión de «testigos expertos» llamados a aconsejar a los árbitros²⁸ podría terminar por sustituir completamente el fallo del tribunal arbitral.

5. Conclusiones

Debido a una serie de circunstancias particulares o incluso excepcionales, desde 2001 la Argentina se ha convertido en uno de los principales usuarios del mecanismo de SCIE. De hecho, pese a su escasa contribución a la inversión extranjera mundial, una cuarta parte de todos los casos iniciados en el marco del Convenio del CIADI entre 2001 y 2007 involucraron a la Argentina.

Esta avalancha de demandas fue precipitada principalmente por los cambios acaecidos en el marco de la reglamentación de las inversiones internacionales, especialmente en sectores relacionados con el suministro de servicios públicos, a raíz de la aplicación de un paquete de medidas destinadas a hacer frente a una de las peores crisis económicas de la historia de la Argentina. Algunos estudios que tenían por objeto calcular el importe global de dichas demandas estimaron que si la Argentina perdía todos los casos, habría de pagar indemnizaciones por unos 80 000 millones de dólares.

Más de 12 años después de la primera demanda contra la Argentina a causa de las medidas aplicadas en el país en respuesta a la crisis, se ha intentado analizar en este documento la experiencia argentina.

La primera conclusión importante que revelan los datos presentados en este informe es la escasa capacidad de adaptación del mecanismo de SCIE a unas circunstancias totalmente excepcionales para las que no parece haber sido concebido. Pese a los intentos de los abogados de la Argentina por demostrar que la adopción de medidas posteriores a la crisis tuvo lugar en condiciones de emergencia tan excepcionales que justificaban cualquier incumplimiento de las cláusulas sustanciales de los TBI, pocos tribunales estaban preparados para apoyar este argumento.

No obstante, habiendo sido resueltos ya la mayor parte de estos casos, el panorama que se vislumbra para la Argentina parece menos grave de lo que se preveía cuando el número de demandas llegó a un nivel máximo. Si bien las indemnizaciones que el país debe pagar realmente representan una onerosa carga para un país en desarrollo como la Argentina, corresponden a una pequeña parte de la suma estimada inicialmente a la que se ha hecho referencia.

El caso de la Argentina también representa un ejemplo preocupante del fracaso del mecanismo de SCIE para garantizar la coherencia y la idoneidad de sus sentencias.

Como se ha señalado, aunque las docenas de casos interpuestos contra la Argentina impugnaban exactamente el mismo paquete de medidas (las leyes de emergencia posteriores a la crisis) y los tribunales tuvieron que evaluar argumentos muy similares de diversos reclamantes y una serie de argumentos prácticamente idénticos presentados por el Gobierno de la Argentina, las conclusiones de los tribunales divergen considerablemente. Además, algunas de las sentencias han sido fuertemente criticadas o declaradas nulas y sin efecto por diversos comités de anulación.

Por último, la experiencia de la Argentina demuestra las dificultades que pueden afrontar los tribunales de arbitraje al intentar escudriñar las políticas económicas aplicadas por los Gobiernos. Además de que examinar las decisiones soberanas de los Estados es una cuestión delicada, los árbitros pueden encontrarse en la difícil situación de tener que analizar cuestiones muy técnicas sobre las que evidentemente no están lo suficientemente preparados y pronunciarse al respecto.

Por consiguiente, el caso de la Argentina constituye un triste ejemplo de la necesidad urgente de replantear y reformar el mecanismo de SCIE. Sin embargo, las lecciones que deja esta experiencia no parecen permitir extraer conclusiones claras sobre el camino a seguir. Por una parte, la extrema rigidez que ha caracterizado a este mecanismo le ha impedido tener en cuenta las peculiaridades excepcionales del caso argentino. Por otra parte, el amplio margen de discrecionalidad con que cuentan los tribunales de arbitraje ha dado lugar a sentencias esencialmente equivocadas y bastante incoherentes entre sí.

Notas:

¹ Véase, por ejemplo, Van Harten (2005; 2010); Franck (2005); Waibel, Kaushal, Chung y Balchin (2010); Bernasconi-Osterwalder, Johnson and Marshall (2010); Corporate Europe Observatory (2012); Rosert (2014).

² Véase, por ejemplo, Arriazu (2003); Costa, Kicillof and Nahón (2004); Damill y Frenkel (2003); O'Connell (2002); Roubini y Setser (2004); Teunissen y Akkerman (2003).

³ Para consultar un recuento completo y detallado de los hechos anteriores y posteriores a la crisis, véase, por ejemplo, el caso Continental Casualty Company c. la República de la Argentina, Laudo, 5 de septiembre de 2008, caso CIADI número ARB/03/9 párrs, 100 a 128.

⁴ Dicha ley disponía que el Gobierno no podría alterar las condiciones de los depósitos en el sistema bancario.

⁵ Estos 27 casos son: AES Corporation, caso CIADI N° ARB/02/17; Aguas Cordobesas S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., caso CIADI N° ARB/03/18; Anglian Water Group (AWG) PLC c. Argentina, CNUDMI; BG Group Plc c. Argentina, CNUDMI; BP America Production Company y otros, caso CIADI N° ARB/04/8; Camuzzi International S.A., caso CIADI N° ARB/03/2; Camuzzi International S.A., caso CIADI N° ARB/03/7; CMS Gas Transmission Company, caso CIADI N° ARB/01/8; Continental Casualty Company, caso CIADI N° ARB/03/9; Daimler Financial Services AG, caso CIADI N° ARB/05/1; EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A., caso CIADI N° ARB/03/23; El Paso Energy International Company, caso

CIADI N° ARB/03/15; Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P., caso CIADI N° ARB/01/3; Gas Natural SDG, S.A., caso CIADI N° ARB/03/10; ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. la República Argentina, CNUDMI; Impregilo S.p.A., caso CIADI N° ARB/07/17; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc., caso CIADI N° ARB/02/01; Metalpar S.A. y Buen Aire S.A., caso CIADI N° ARB/03/5; National Grid c. Argentina, CNUDMI; Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company, caso CIADI N° ARB/03/13; Sempra Energy International, caso CIADI N° ARB/02/16; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A., caso CIADI N° ARB/03/17; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A., caso CIADI N° ARB/03/19; Telefónica S.A., caso CIADI N° ARB/03/20; Total S.A., caso CIADI N° ARB/04/1; Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa, caso CIADI N° ARB/07/26; y Wintershall Aktiengesellschaft, caso CIADI N° ARB/04/14.

⁶ Veintidos de estos casos fueron planteados en el marco del CIADI, y los otros cuatro, en virtud de las normas procesales de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Tres de los casos del 25 % restante tenían que ver con demandas interpuestas por obligacionistas que impugnaban las reestructuraciones de la deuda emprendidas por la Argentina en 2005 y en 2010. Por consiguiente, puede considerarse asimismo que estos casos están relacionados con los instrumentos utilizados por la Argentina tras la crisis de 2001 y 2002.

⁷ Según otras estimaciones más conservadoras citadas también por Burke-White (2008), las obligaciones de la Argentina ascendían a 8 000 millones.

⁵ Estos casos son: Anglian Water Group (AWG) PLC c. Argentina, CNUDMI; BG Group Plc c. Argentina, CNUDMI; CMS Gas Transmission Company, caso CIADI N° ARB/01/8; Continental Casualty Company, caso CIADI N° ARB/03/9; EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A., caso CIADI N° ARB/03/23; El Paso Energy International Company, caso CIADI N° ARB/03/15; Impregilo S.p.A., caso CIADI N° ARB/07/17; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc., caso CIADI N° ARB/02/01; National Grid c. Argentina, CNUDMI; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A., caso CIADI N° ARB/03/17; y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A., caso CIADI N° ARB/03/19.

⁵ Estos casos son: ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) c. la República Argentina, CNUDMI; Daimler Financial Services AG, caso CIADI N° ARB/05/1; Metalpar S.A. y Buen Aire S.A., caso CIADI N° ARB/03/5; y Wintershall Aktiengesellschaft, caso CIADI N° ARB/04/14.

⁵ Estos casos son: AES Corporation, caso CIADI N° ARB/02/17; Aguas Cordobesas S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., caso CIADI N° ARB/03/18; BP America Production Company y otros, caso CIADI N° ARB/04/8; Camuzzi International S.A., caso CIADI N° ARB/03/2; Camuzzi International S.A., caso CIADI N° ARB/03/7; Gas Natural SDG, S.A., caso CIADI N° ARB/03/10; Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company, caso CIADI N° ARB/03/13; y Telefónica S.A., caso CIADI N° ARB/03/20.

⁵ Estos casos son: Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P., caso CIADI N° ARB/01/3; Sempra Energy International, caso CIADI N° ARB/02/16; y Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa, caso CIADI N° ARB/07/26.

¹² Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P., c caso CIADI N° ARB/01/3; y Sempra Energy International, caso CIADI N° ARB/02/16.

⁵ Estos casos son: Azurix Corp., caso CIADI N° ARB/01/12; BG Group Plc c. Argentina, CNUDMI; CMS Gas Transmission Company, caso CIADI N° ARB/01/8; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A., caso CIADI N° ARB/97/3; Continental Casualty Company, caso CIADI N° ARB/03/9; EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A., caso CIADI N° ARB/03/23; El Paso Energy International Company, caso CIADI N° ARB/03/15; Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P., caso CIADI N° ARB/01/3; Impregilo S.p.A., caso CIADI N° ARB/07/17; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc., caso CIADI N° ARB/02/01; National Grid c. Argentina, CNUDMI; SAUR International, caso CIADI N° ARB/04/4; Sempra Energy International, caso CIADI N° ARB/02/16; y Siemens A.G., caso CIADI N° ARB/02/8. Cabe destacar que de estos 1 400 millones de dólares, 507 millones corresponden a tres casos: Azurix, Aguas del Aconquija y Siemens, que no guardaban relación con el paquete de medidas adoptadas por la Argentina a raíz de la crisis.

¹⁴ En octubre de 2013, la Argentina decidió pagar las indemnizaciones fijadas por cinco de estos laudos: a saber, CMS, Continental, Vivendi, Azurix y National Grid (véase Ministerio de Economía y Finanzas Públicas Resolución N° 598/2013, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/221161/norma.htm> (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2014)).

¹⁵ En unos pocos casos los tribunales concluyeron que se habían violado otras normas, en particular, en relación con la cláusula general (*umbrella clause*) que suelen acompañar la norma relativa al principio del trato justo y equitativo.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Metalclad Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos, Laudo, 30 de agosto de 2000, caso CIADI N° ARB (AF)/97/1; Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos, Laudo, 29 de mayo de 2003, caso CIADI N° ARB (AF)/00/2; El Paso Energy International Company c. La República Argentina, Laudo, 31 de octubre de 2011, caso CIADI N° ARB/03/15.

¹⁷ Desde el caso CMS todos los laudos dictados hasta el momento contra la Argentina a raíz del paquete de medidas adoptadas después de la crisis han descartado la posibilidad de invocar este tipo de cláusula para legitimar una medida que de otro modo violaría alguna de las normas más relevantes dispuestas en virtud de los TBI. En sus sentencias, los árbitros señalaron que esta cláusula no se refiere a la legalidad o ilegalidad de las medidas, sino más bien a las características de las eventuales indemnizaciones que un Estado receptor decida ofrecer a los inversores afectados por las medidas adoptadas en tiempos de guerra, conflicto armado, revolución u otros tipos de «emergencia nacional».

¹⁸ Aunque la Argentina también invocó en este caso la defensa consuetudinaria del estado de necesidad, el Tribunal la rechazó sin entrar a analizar ninguno de los diferentes elementos enunciados en el Artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (véase BC Group c. Argentina, Laudo, CNUDMI, párr. 407).

¹⁹ Los tratados celebrados por la Argentina con Alemania y con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (UEBL) también contienen cláusulas similares al artículo XI del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos, pero ninguna de las demandas interpuestas en virtud de dichos tratados en relación con las medidas adoptadas por la Argentina a raíz de la crisis ha llegado a la etapa del examen de fondo. Esto explica por qué de los 14 laudos arbitrales examinados solo 6 se refieren al análisis de esta cláusula.

²⁰ Cabe señalar que existen al menos dos aspectos en los que se centraron gran parte de los debates en los casos analizados y sobre los cuales las sentencias de los tribunales fueron totalmente consistentes. En primer lugar, todos los laudos rechazaron la idea de que el Artículo XI debería ser de carácter discrecional (es decir, no estar sujeto a revisión judicial). En segundo lugar, todos los tribunales considera-

ron que no hay nada que impida que dicho artículo se aplique al contexto de una grave crisis económica.

²¹ CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina, Procedimiento de Anulación, Decisión del Comité *Ad doc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 25 de septiembre de 2007, caso CIADI N° ARB/01/8, párr. 124-5, 130-2.

²² El Paso Energy International Company c. la República Argentina, Laudo, caso CIADI N° ARB/03/15, paras. 613-615, 624 y 665.

²¹ El Paso Energy International Company c. la República Argentina, Decisión del Comité *Ad doc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, caso CIADI N° ARB/03/15, párr. 203, 247-248.

²⁴ En los casos Enron y Sempra la determinación de la prueba estaba de alguna manera «implícita», puesto que ambos laudos equipararon la prueba del estado de necesidad en virtud del Artículo XI a lo establecido en el Artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado de la CDI, que exige que el hecho que se pretende justificar sea «el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente».

²⁵ Véase, por ejemplo, CMS Gas Transmission Company, Laudo, Caso CIADI N° ARB/01/8, párr. 328.

²⁶ Véase, por ejemplo, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A., Decisión sobre responsabilidad, Caso CIADI N° ARB/03/17, párr. 242; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Decisión sobre responsabilidad, Caso CIADI N° ARB/03/19, párr. 264.

²⁷ Véase, por ejemplo, CMS Gas Transmission Company, Laudo, Caso CIADI N° ARB/01/8, párr. 323; Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. Laudo, caso CIADI N° ARB/01/3, párr. 300.

²⁸ Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P., Decisión del Comité *Ad doc* sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, caso CIADI N° ARB/01/3, párrs. 377y 393.

Bibliografía

Arriazu, Ricardo Héctor (2003). *Lecciones de la Crisis Argentina*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, Lise Johnson y Fiona Marshall (2010). «Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel». IV IISD Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators Background Papers, octubre. Winnipeg, Manitoba. http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2011/dci_2010_arbitrat_or_independence.pdf (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2014)).

Burke-White, William W. (2008). «The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System». *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol 4.

Corporate Europe Observatory (2012). Chapter 2: Investment treaty disputes: Big business for the arbitration industry, 27 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://corporateeurope.org/2012/11/chapter-2-investment-treaty-disputes-big-business-arbitration-industry> (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2014).

Costa, Augusto, Axel Kicillof y Cecilia Nahón (2004). «Las consecuencias económicas del Sr. Lavagna. Dilemas de un país devaluado». *Revista Realidad Económica*, No. 203.

Damill, Mario y Roberto Frenkel (2003). *Argentina: Macroeconomic Performance and Crisis*. Buenos Aires: CEDES.

Franck, Susan (2005). «Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions». *Fordham Law Review*, Vol. 73, No. 4 (marzo).

Guaristi El-Hage, Carlos Javier (2012). How May Tribunals Apply the Customary Necessity Rule to the Argentine Cases? An Analysis of ICSID Decisions with Respect to the Interaction between Article XI of the US-Argentina BIT and the Customary Rule of Necessity. *Yearbook of International Investment Law & Policy*.

Kasenez, Eric David (2009). «Desperate Times Call for Desperate Measures: The Aftermath of Argentina's State of Necessity and the Current Fight in the ICSID». *George Washington International Law Review*, vol. 41, No. 3.

O'Connell, Arturo (2002). *The Recent Crisis of the Argentine Economy: Some Elements and Background*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Reinisch, August (2007). «Necessity in International Investment Arbitration - An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, No. 2 (agosto).

Rosert, Diana (2014). «The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration. International Institute for Sustainable Development (IISD) Research Report, julio. Winnipeg, Manitoba. <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf> (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2014)).

Roubini, Nouriel y Brad Setser (2004). *Bailouts or Bail-ins? Responding to Financial Crises in Emerging Economies*. Washington: Institute for International Economics.

Teunissen, Jan Joost, y Age Akkerman, Eds. (2003). *The Crisis That Was Not Prevented: Lessons for Argentina, the IMF and Globalisation*. The Hague: FONDAD.

Van Harten, Gus (2005). «Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor protection». *Review of International Political Economy*, vol. 12, No. 4.

Van Harten, Gus (2010). «Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion». *Trade, Law and Development*, vol.2, No. 1.

Waibel, Michael (2007). «Two worlds of necessity in ICSID arbitration: CMS and LG&E». *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, No. 3.

Waibel, Michael, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung y Claire Balchin, eds. (2010). *The Backlash against Investment Arbitration*. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International.

Wong, Wailin (2005). «Argentina Tsy Attorney: World Bk Claims Could Reach \$80B». *Dow Jones International News*, 21 de enero.



**CENTRO
DEL SUR**

Chemin du Champ-d'Anier 17
PO Box 228, 1211 Ginebra19,
Suiza

Teléfono: (4122) 71 8050

Fax: (4122) 798 8531

E-mail: south@southcentre.int

<http://www.southcentre.int>