

CMS Gas Transmission Company

c.

República Argentina

**(Caso CIADI No. ARB/01/8)
(Procedimiento de anulación)**

**DECISIÓN DEL COMITÉ *AD HOC* SOBRE LA SOLICITUD DE
ANULACIÓN DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**

Miembros del Comité *ad hoc*

Juez Gilbert Guillaume, Presidente
Juez Nabil Elaraby
Profesor James R. Crawford

Secretario del Comité *ad hoc*

Sr. Gonzalo Flores

Representando a la Demandante:

Sra. Lucy Reed
Sr. Reza Mohtashami
Sra. Daina Bray
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Nueva York, NY 10022

y

Sr. Nigel Blackaby
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
París, Francia

y

Dr. Guido Santiago Tawil
Dr. Héctor Huici
Dr. Ignacio Minorini Lima
M. & M. Bomchil
Buenos Aires, Argentina

Representando a la Demandada:

Dr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación
Buenos Aires, Argentina

y

Profesor Philippe Sands, QC
Sra. Alison MacDonald
Matrix Chambers
Grays' Inn
Londres, Reino Unido

Fecha de envío a las partes: 25 de septiembre de 2007

TABLA DE CONTENIDOS

	<i>Párrafo</i>
A.	INTRODUCCIÓN..... 1
B.	LA CONTROVERSIA..... 30
C.	LOS ARGUMENTOS PARA LA ANULACIÓN 41
	(a) Extralimitación manifiesta de facultades 46
	(b) Omisión en la expresión de los motivos 53
D.	<i>JUS STANDI</i> de CMS..... 58
	(a) El Laudo..... 58
	(b) Las alegaciones de las Partes 62
	(c) La visión del Comité..... 68
E.	TRATO JUSTO Y EQUITATIVO 77
	(a) El Laudo..... 77
	(b) Las alegaciones de las Partes 78
	(c) La visión del Comité..... 81
F.	LA CLÁUSULA PARAGUAS 86
	(a) El Laudo..... 86
	(b) Las alegaciones de las Partes 87
	(c) La visión del Comité..... 89
G.	ESTADO DE NECESIDAD CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL CONSUEUDINARIO Y AL ARTÍCULO XI DEL TBI 101
	(a) El Laudo..... 101
	(b) Las alegaciones de Argentina 111
	(c) Las alegaciones de CMS 116
	(d) La visión del Comité..... 119
	(i) Omisión en la expresión de los motivos 120
	(ii) Extralimitación manifiesta de facultades..... 128
H.	CARÁCTER TRANSITORIO DE LA NECESIDAD Y EFECTOS EN LA INDEMNIZACIÓN..... 137
	(a) El Laudo..... 137
	(b) Las alegaciones de Argentina 139
	(c) Las alegaciones de CMS 142
	(d) La visión del Comité..... 144
I.	INDEMNIZACIÓN..... 151
	(a) El Laudo..... 151
	(b) Las alegaciones de las Partes 152
	(c) La visión del Comité..... 154
J.	CONCLUSIÓN 158
K.	DECISIÓN 163

DECISIÓN

A. Introducción

1. El 8 de septiembre de 2005, la República Argentina (Argentina) presentó por escrito, ante el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), una solicitud de anulación de un Laudo de fecha 12 de mayo de 2005, emitido por el Tribunal en el arbitraje entre CMS Gas Transmission Company (CMS) y la República Argentina.

2. La Solicitud fue presentada dentro del plazo prescrito por el Artículo 52(2) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). En su solicitud, Argentina perseguía la anulación del Laudo invocando dos de las cinco causales contempladas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, específicamente que el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades y que había omitido expresar los motivos en los que se fundó para fallar.

3. Además, la solicitud de anulación contenía una petición de suspensión de ejecución del Laudo mientras la solicitud no fuese resuelta, conforme al Artículo 52(5) del Convenio CIADI y a la Regla 54(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje).

4. El 27 de septiembre de 2005 el Secretario General registró la Solicitud y, con esa misma fecha, de conformidad con la Regla 50(2) de las Reglas de Arbitraje, transmitió una copia de la Notificación del Acto de Registro a las partes. Asimismo, las partes fueron notificadas de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo, con arreglo a la Regla de Arbitraje 54(2).

5. Mediante carta de 30 de septiembre de 2005, la Demandante solicitó, conforme a la Regla de Arbitraje 54(2), que se pusiera término a la suspensión de la ejecución del Laudo, a menos que Argentina asegurara adecuadamente el cumplimiento del Laudo en caso que la solicitud de anulación fuese desestimada.

6. De conformidad con la Regla de Arbitraje 52(2), mediante carta de 18 de abril de 2006, las partes fueron notificadas de la constitución de un Comité *ad hoc* (el Comité), conformado por el Juez Gilbert Guillaume, de nacionalidad francesa, el Juez Nabil Elaraby, de nacionalidad egipcia, y el Profesor James Crawford, de nacionalidad australiana. Además, las partes fueron informadas de que el Sr. Gonzalo Flores, consejero jurídico superior del CIADI, actuaría como Secretario del Comité.
7. Mediante carta de 20 de abril de 2006, las partes fueron notificadas de la designación del Juez Gilbert Guillaume como Presidente del Comité.
8. Mediante carta de 2 de mayo de 2006, el Centro envió a las partes copias de las declaraciones firmadas por cada uno de los Miembros del Comité con arreglo a la Regla de Arbitraje 52(2).
9. Las partes discreparon sobre los efectos de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo sobre la opción de Argentina para comprar las acciones de CMS en Transportadora de Gas del Norte (TGN), según establece en el sub-párrafo 3 de lo dispositivo del Laudo.
10. El Comité, tras la debida deliberación, y atendido que el pago de la indemnización se encontraba suspendido, decidió que la condición precedente para la transferencia de acciones en TGN por el momento no se cumplía y, por ende, el plazo límite establecido en el Laudo para efectuar tal transferencia debía igualmente entenderse suspendido en forma provisional. Con fecha 10 de mayo de 2006 el Secretario notificó a las partes de la decisión del Comité.
11. Mediante carta de 16 de mayo de 2006, la República Argentina solicitó que se mantuviese la suspensión provisional de ejecución del Laudo hasta que el Comité tuviese la oportunidad de oír a ambas partes sobre la materia. Mediante carta de igual fecha, la Demandante reiteró su petición de poner término a la suspensión, salvo que la República Argentina asegurare adecuadamente que daría cumplimiento al Laudo en el evento que su solicitud de anulación fuese rechazada.

12. Por carta de 17 de mayo de 2006, el Comité informó a las partes su decisión de mantener la suspensión del Laudo hasta el 5 de junio de 2006 (fecha fijada con anterioridad para la celebración de la primera sesión del Comité con las partes).

13. Conforme a lo programado, la primera sesión del Comité tuvo lugar, con el acuerdo de las partes, el día 5 de junio de 2006 en las oficinas del Banco Mundial en París, Francia, ocasión en la que se convinieron y decidieron diversos asuntos procesales. Durante la sesión ambas partes plantearon asimismo ante el Comité sus argumentos sobre la cuestión de la continuación de la suspensión de la ejecución del Laudo.

14. Tras escuchar estos argumentos, el Comité requirió que, dentro del plazo de siete días, fuese presentada una declaración escrita en representación de la República Argentina, relativa al cumplimiento del Laudo bajo el Convenio del CIADI en caso que aquél no fuese anulado. Adicionalmente, el Comité resolvió otorgar a CMS un plazo de siete días para efectuar comentarios a dicha declaración. Asimismo, el Comité decidió mantener la suspensión de la ejecución del Laudo mientras estuviese pendiente la resolución de la solicitud de anulación.

15. Conforme a lo resuelto por el Comité, el 12 de junio de 2006 la República Argentina presentó una declaración escrita firmada por el Dr. Osvaldo César Guglielmino, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, en la que se afirma:

“Por la presente la República Argentina cumple en comprometerse ante CMS Gas Transmission Company a que, de conformidad con sus obligaciones bajo el Convenio CIADI, reconocerá carácter obligatorio al laudo dictado por el Tribunal Arbitral en el presente procedimiento y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por aquél, para el supuesto en que no se disponga la anulación solicitada.”

16. En carta de fecha 19 de junio de 2006, CMS sostuvo que la carta del Dr. Guglielmino no brindaba seguridad adicional, que debía ser tomada en su contexto y que no obligaba a Argentina.

17. Tras la invitación del Comité, Argentina presentó el 26 de junio de 2006 una copia de la sentencia pronunciada por su Corte Suprema en el caso *Ekmekdjian con Sofovich*.¹

18. Por carta de 27 de junio de 2006, Argentina manifestó que los asuntos planteados por CMS en su carta de 19 de junio de 2006 no ameritaban ulterior respuesta. Acompañó, sin embargo, una copia de las normas argentinas sobre las facultades del *Procurador del Tesoro de la Nación Argentina*.

19. Mediante carta de fecha 30 de junio de 2006, CMS hizo comentarios adicionales y proporcionó al Comité pasajes relevantes de la Constitución Argentina.

20. Tras considerar los argumentos escritos y orales de las partes sobre la materia y la debida deliberación, el Comité dictó el 1 de septiembre de 2006 su *Decisión sobre la Solicitud de la República Argentina de mantener la suspensión de la ejecución del laudo*.

21. En su Decisión, el Comité ordenó que continuara la suspensión de la ejecución, mientras estuviera pendiente la resolución sobre la solicitud de anulación de Argentina, sin necesidad de que ésta ofreciera una garantía bancaria. A juicio del Comité, Argentina había demostrado que CMS no resultaría perjudicada por el otorgamiento de la suspensión, aparte del retardo que es, en todo caso, consustancial al sistema de anulación del Convenio y que podría ser reparado mediante el pago de intereses en el evento que la solicitud de anulación no tuviese éxito.

22. Conforme al calendario fijado por el Comité en la sesión del 5 de junio de 2006, Argentina presentó su Memorial de Anulación el 13 de septiembre de 2006.

23. Por carta de fecha 15 de septiembre de 2006, el estudio jurídico Mayer, Brown, Rowe y Maw LLP informó al Comité que no seguiría representando a la República Argentina en este procedimiento.

¹ Corte Suprema de Argentina, *Ekmekdjian, Miguel Ángel con Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos: 315:1492 (7 de Julio de 1992).

24. Mediante carta de fecha 22 de septiembre de 2006, CMS alegó que faltaban 48 de las 60 autoridades citadas en el Memorial de Argentina. Por carta de fecha 29 de septiembre de 2006, la República Argentina respondió que las autoridades legales aludidas en la carta de CMS eran de dominio público y de fácil acceso para la Demandante. La República Argentina agregó que había adjuntado a su Memorial la jurisprudencia argentina citada, que no era de fácil acceso por abogados que no fueran argentinos.

25. Mediante carta del Secretario de fecha el 12 de octubre de 2006, el Comité, notando que los documentos referidos de hecho se encontraban a disposición del público, invitó a CMS a señalar, a más tardar el 13 de octubre de 2006, las autoridades legales aludidas por Argentina en su Memorial que necesitaba recibir e instruyó a Argentina para que, a más tardar el 18 de octubre de 2006, proporcionara copias de esos documentos a los abogados de CMS en Buenos Aires. Por carta de 13 de octubre de 2006, los abogados de CMS informaron al Comité que habían reunido todas las autoridades legales citadas por Argentina en su Memorial.

26. El 21 de diciembre de 2006, CMS presentó su Memorial de Contestación sobre Anulación, el 22 de enero de 2007 la República Argentina presentó su Réplica y el 22 de febrero de 2007 CMS presentó su Dúplica.

27. Luego de consultar a las partes, el 19 de marzo de 2007 el Presidente del Comité sostuvo una conferencia telefónica preliminar, de carácter organizacional, con los abogados de ambas partes. Participaron en esa conferencia telefónica la Sra. Lucy Reed, el Sr. Nigel Blackaby y el Dr. Guido Santiago Tawil, en representación de CMS, y el Dr. Gabriel Bottini, en representación de la República Argentina. En la oportunidad las partes convinieron la forma en que se conduciría la audiencia de anulación. Se dejó constancia de estos acuerdos en carta de fecha 20 de marzo de 2007, que el Secretario del Comité envió a las partes.

28. Según lo acordado, los días 27 y 28 de marzo de 2007 se llevó a cabo una audiencia en las oficinas del Banco Mundial en París, en la cual los abogados de ambas partes presentaron sus argumentos y peticiones y respondieron a las preguntas formuladas

por los miembros del Comité. Estuvieron presentes en la audiencia los Miembros del Comité de Anulación: el Juez Gilbert Guillaume, el Juez Nabil Elaraby y el Profesor James Crawford; el Secretario del Comité: Sr. Gonzalo Flores; los representantes de CMS: la Sra. Lucy Reed, el Sr. Nigel Blackaby, el Dr. Lluís Paradell, el Sr. Reza Mohtashami y la Sra. Daina Bray, de Freshfields Bruckhaus Deringer LLP; el Dr. Guido Santiago Tawil y el Dr. Ignacio Minorini Lima, de M. & M. Bomchil y la Sra. Sharon McInay y el Sr. Thomas Miller, de CMS Gas Transmission Company; y los representantes de la República Argentina: el Dr. Osvaldo César Guglielmino, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, el Dr. Gabriel Bottini, el Dr. Ignacio Torterola, el Dr. Jorge Barraguirre, el Dr. Ignacio Pérez Cortés, el Dr. Diego Gosis, la Dr. Verónica Lavista y el Dr. Juan José Zurrro, de la Procuración del Tesoro de la Nación y el Profesor Philippe Sands, QC y la Sra. Alison MacDonald, de Matrix Chambers.

29. El Presidente del Comité declaró el procedimiento cerrado el 21 de setiembre de 2007. Durante el procedimiento, los Miembros del Comité han deliberado por diversos medios, incluyendo reuniones en París los días 15 de mayo y 3 de julio de 2007. El Comité ha considerado todas las alegaciones, documentos y declaraciones testimoniales presentadas y rendidas ante él.

B. La Diferencia

30. Con el objeto de poner término a la crisis económica desatada a fines de la década de los 80, el año 1989 Argentina adoptó un plan de recuperación económica que incluía un programa de privatización de industrias de propiedad del Estado y de servicios públicos. Para tal efecto, en Agosto de 1989 Argentina promulgó la Ley N° 23.696 sobre Reforma del Estado, en Marzo de 1991 la Ley N° 23.928 de Convertibilidad de la Moneda y el Decreto N° 2.128/91 que fijó la paridad de la moneda de Argentina con el dólar de los Estados Unidos.

31. Como parte de esta estructura, la Ley N° 24.076 sobre Gas de Mayo de 1992, implementada mediante diversos decretos, estableció el marco jurídico para la privatización de la industria de gas y reguló el transporte y distribución de gas natural.

Esta ley estableció un nuevo régimen regulador con ENARGAS, el órgano público regulador de la industria del gas, supervisando el apropiado funcionamiento de la industria y, en particular, determinando las tarifas cobradas por los transportistas a los distribuidores.

32. De esta manera, Gas del Estado, un monopolio nacional de propiedad del Estado, fue dividido en dos compañías de transporte y ocho compañías distribuidoras que serían privatizadas. Transportadora de Gas del Norte fue una de las compañías constituidas como resultado de esta reestructuración. En Diciembre de 1992, de conformidad con el Decreto 2.255/92, se concedió a TGN una licencia para el transporte de gas en Argentina mediante la operación de los gaseoductos Norte y Centro-Oeste.

33. Al mismo tiempo, Argentina vendió el 70% de sus acciones en TGN a un consorcio formado por varios inversionistas, destinó un 5% a un programa de acciones para Empleados y retuvo el 25% restante. En 1995 este 25% fue adquirido por CMS Gas Argentina, una subsidiaria de propiedad de CMS Gas Transmission Company. En 1999, CMS Gas Argentina compró a terceros una participación adicional del 4.42% en TGN.

34. Según fuera señalado por el Tribunal,² a juicio de CMS, bajo el régimen establecido por las mencionadas leyes y decretos y por la licencia concedida a TGN, las tarifas iban a ser calculadas en dólares, la conversión a pesos se produciría al tiempo de la facturación y las tarifas se reajustarían cada seis meses conforme al Índice de Precios del Productor de los Estados Unidos (US-IPP). Asimismo, el Tribunal señaló que Argentina tenía una interpretación diferente sobre la naturaleza y los efectos jurídicos de estos diversos instrumentos.

35. A fines de la década de los 90, en Argentina comenzó a desarrollarse una seria crisis económica. En Enero y Julio del año 2000, los representantes de las compañías de gas acordaron, bajo ciertas condiciones, postergar el reajuste de las tarifas de gas conforme al US-IPP. Sin embargo, en Agosto de 2000 un tribunal argentino dictó una medida precautoria que suspendía el segundo de tales acuerdos y en varias ocasiones

² *CMS c. Argentina* (2005) 44 *ILM* 1205, 1211 (párr. 57) (“Laudo”).

posteriores ENARGAS confirmó el continuo congelamiento del reajuste según el US-IPP.

36. A fines de 2001 la crisis se había profundizado y el 6 de enero de 2002, la Ley N° 25.561 declaró el estado de emergencia pública. Esta ley extinguió el derecho de los concesionarios de servicios públicos a reajustar las tarifas conforme al US-IPP y a su cálculo en dólares. Las tarifas fueron fijadas en pesos, a una tasa de un peso por dólar.³

37. En Julio de 2001, el CIADI había recibido de parte de CMS una solicitud de arbitraje referida principalmente a las decisiones adoptadas en Agosto de 2000, concernientes a la aplicación del IPP a las tarifas de la industria del gas. El tribunal de arbitraje quedó debidamente constituido en Enero de 2002. En su memorial de Julio de 2002, CMS extendió su reclamo a las medidas que Argentina había tomado con posterioridad, en particular aquellas adoptadas en Enero de 2002.

38. El Tribunal, mediante decisión de 17 de julio de 2003, determinó que la controversia en su integridad “se encuentra dentro de la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal”.⁴ Posteriormente, en el Laudo de 12 de mayo de 2005, el Tribunal rechazó las reclamaciones de CMS sobre expropiación conforme al Artículo IV, y de tratamiento discriminatorio y arbitrario conforme al Artículo II(2)(b) del Tratado Bilateral sobre Inversión Argentina-Estados Unidos (el TBI).⁵ Por otra parte, el Laudo estableció que Argentina “incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo garantizado por el Artículo II(2)(a) del Tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el Artículo II(2)(c) del Tratado”.⁶ El Tribunal no aceptó las “defensas” de Argentina basadas en el estado de necesidad y en el artículo XI del TBI. Asimismo, otorgó a CMS una indemnización de US\$133.2 millones.

³ A partir de Marzo de 2002, el tipo de cambio oficial para el peso en la región fue de 3-3.85 por dólar de los Estados Unidos, con una devaluación superior al 60%.

⁴ *CMS c. Argentina (Jurisdicción)* (2003) 7 ICSID Reports 494, 521-522 (párr. 131) (“Decisión sobre Jurisdicción”).

⁵ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 14 de noviembre de 1991 (en vigor desde el 20 de octubre de 1994).

⁶ Laudo, sub-párr. 1 de lo dispositivo.

39. En los sub-párrafos 3 y 4 de lo dispositivo del Laudo, el Tribunal añadió:

“3. Luego del pago de la indemnización decidida en este Laudo, el Demandante transferirá al Demandado la propiedad de sus acciones en TGN una vez que el Demandado haya pagado el monto adicional de US\$2,148,100. El Demandado tendrá hasta un año a partir de la fecha de notificación del presente Laudo a las partes, para aceptar dicha transferencia.

4. El Demandado pagará al Demandante interés simple a la tasa promedio anualizada de 2.51% de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos por el período comprendido entre el 18 de agosto de 2000 y 60 días después de la fecha de este Laudo, o la fecha de pago efectivo si fuera anterior, que será aplicable tanto a la pérdida de valor sufrida por el Demandante como al valor residual de las acciones establecidos en los puntos 2 y 3 arriba. Sin embargo, el interés sobre el valor residual de las acciones cesará de aplicarse una vez que Argentina informe por escrito al Demandante de que no ejercerá su opción de comprar las acciones del reclamante en TGN. Con posterioridad a la fecha arriba indicada, la tasa de interés será el promedio aritmético de las tasas de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos establecida en la fecha indicada y cada seis meses posteriores, capitalizada semestralmente.”

El Tribunal especificó que “[c]ada parte pagará la mitad de los gastos del arbitraje y sufragará sus propios costos legales”.⁷ El Tribunal rechazó todas las demás reclamaciones.

40. Argentina ha solicitado al Comité la anulación del Laudo.

C. Los Argumentos para la Anulación

41. Antes de iniciar el examen del presente caso, el Comité recordará la base sobre la cual debe tratar de los planteamientos de Argentina. Conforme al Artículo 52 del Convenio del CIADI, cada Parte puede requerir la anulación de un laudo invocando una o más de las siguientes causales:

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

⁷ Ibid., sub-párr. 5 de lo dispositivo.

42. En el presente caso, Argentina identifica un gran número de errores en las conclusiones jurisdiccionales del Tribunal, en sus conclusiones en relación a los Artículos II(2)(a), II(2)(c) y XI del TBI, a la necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario y en la evaluación de los perjuicios. Argentina sostiene que el Laudo debe ser anulado por cuanto, en varias de estas causales, el Tribunal excedió manifiestamente sus facultades (Artículo 52(b)) u omitió expresar los motivos en que se fundó para fallar (Artículo 52(e)).

43. Ambas partes reconocen que un comité *ad hoc* no es un tribunal de apelación y que su competencia sólo se extiende a la anulación fundada en una u otra de las causales establecidas expresamente en el Artículo 52 del Convenio del CIADI. Esta premisa fundamental fue señalada, por ejemplo, por el Comité *ad hoc* en *Vivendi c. Argentina*⁸ y ha sido ratificada por otros comités *ad hoc*.⁹ Sin embargo, Argentina asevera que “La presente causa constituye el primer laudo de un gran conjunto de arbitrajes CIADI pendientes de resolución iniciados contra la República Argentina”.¹⁰ Argentina hace hincapié en la importancia de los problemas promovidos por esos arbitrajes, concluyendo que “la naturaleza extraordinaria de las implicancias de la decisión del Tribunal exigen un análisis minucioso del razonamiento por parte del Comité de Anulación.”¹¹

44. En primer lugar, el Comité debe recordar que la anulación cumple una función limitada en el sistema CIADI. Tal como fue declarado en *MTD con Chile (Anulación)*:

“No puede [el Comité] sustituir la determinación del tribunal sobre los méritos de la disputa, ni puede dirigir a un tribunal, reasumiendo el caso, sobre la forma en

⁸ *CAA & Vivendi Universal con República Argentina* (2002) 6 ICSID Reports 340, 357-8 (párrs. 62, 64) (“*Vivendi*”).

⁹ Véanse *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH & Others c. República Unida de Camerún* (1985) 2 ICSID Reports 95, 119-120 (párr. 61) (“*Klöckner*”); *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (1986) 1 ICSID Reports 509, 515 (párr. 23); *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (1989) 4 ICSID Reports 79, 87 (párr. 5.04), 88 (párr. 5.08) (“*MINE*”); *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (1992) 9 ICSID Reports 9, 39 (párr. 7.19), 51 (párr. 8.08); *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto* (2002) 6 ICSID Reports 129, 135 (párr. 18) (“*Wena Hotels*”); *CDC Group c. República de Seychelles* (2005) 11 ICSID Reports 237, 248-250 (párrs. 34-37); *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, decisión de 1 de noviembre de 2006, párr. 21; *MTD Equity & MTD Chile con República de Chile*, Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, párr. 52 (“*MTD Chile*”); *Hussein Nuaman Soufraki con Emiratos Árabes Unidos*, Decisión de Anulación, 5 de junio de 2007, párr. 20.

¹⁰ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 10.

¹¹ *Ibid.*, párrs. 4, 10.

que debe resolver los aspectos sustanciales en litigio. Todo lo que puede hacer es anular la decisión del tribunal: puede extinguir la *res judicata* pero sobre una cuestión de méritos, más no puede crear una nueva. Una aproximación más intervencionista de los Comités sobre los méritos de las disputas tendría el riesgo de un ciclo renovado de tribunal y procedimientos de anulación, del tipo observado en *Klöckner* y *AMCO*.”¹²

45. Tal como Argentina indicó, el presente es el primero de una larga serie de arbitrajes relativos a la crisis argentina de 2001-2002. En consecuencia, el Comité procurará clarificar ciertos aspectos sustanciales respecto de los cuales, en su concepto, el Tribunal incurrió en manifiestos errores de derecho. Sin embargo, cabrá analizar si, a consecuencia de ello, el laudo debe ser anulado.

(a) Extralimitación manifiesta de facultades

46. En el presente caso, Argentina sostiene en primer término que el Tribunal “manifiestamente se extralimitó en sus facultades al ejercer jurisdicción sobre reclamos realizados por un accionista de una sociedad por las ganancias perdidas por dicha sociedad”.¹³ Señala también que el Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus facultades “al autorizar a CMS, que no era parte de ninguno de los instrumentos pertinentes, a accionar por incumplimiento de obligaciones” conforme al Artículo II(2)(c) del tratado, la denominada “cláusula paraguas”.¹⁴

47. Según el Comité *ad hoc* señaló en *Klöckner I*:

“Claramente, la falta de jurisdicción de un tribunal de arbitraje, sea parcial o total, necesariamente importa una “extralimitación de facultades” bajo el Artículo 52(1)(b).”¹⁵

48. Adicionalmente, Argentina sostiene que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al transformar las cláusulas en el TBI sobre lo “justo y equitativo” y la cláusula “paraguas” en disposiciones de responsabilidad objetiva. Según Argentina, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades “al no darle

¹² *MTD con Chile*, párr. 54.

¹³ Memorial de Anulación de Argentina, p. 32.

¹⁴ *Ibid.*, p. 43.

¹⁵ *Klöckner*, párr. 4.

efecto al Artículo XI del Tratado”.¹⁶ Alega además Argentina, que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al rechazar la defensa de Argentina de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.¹⁷ En forma más general, Argentina reclama que el Tribunal no utilizó el derecho aplicable.¹⁸

49. Se encuentra bien establecido que la causal de extralimitación manifiesta de facultades no se limita al error jurisdiccional. Una omisión absoluta en la aplicación del derecho a que está obligado el Tribunal conforme al Artículo 42(1) del Convenio del CIADI también puede constituir una extralimitación manifiesta de sus facultades.

50. Sin embargo, los Comités *ad hoc* han procurado distinguir entre la falta de aplicación del derecho y el error en su aplicación. Por ejemplo, en el caso *MINE* el Comité declaró que:

“La prescindencia por un tribunal de las reglas de derecho acordadas constituiría una derogación de los términos de referencia conforme a los cuales ha sido autorizado su funcionamiento. Ejemplos de tal derogación incluyen la aplicación de reglas de derecho distintas de las que han sido convenidas por las partes, o una sentencia no fundada en derecho alguno, salvo que las partes hubiesen acordado una decisión *ex aequo et bono*. Si la derogación es manifiesta, la misma implica una extralimitación manifiesta de facultades.

Debe distinguirse la prescindencia de las reglas de derecho aplicables de la errónea aplicación de dichas reglas la cual, aun si es manifiestamente injustificada, no constituye causal de anulación.”¹⁹

51. Tal como sostuvo el Comité en *MTD c. Chile (Anulación)*:

“Un laudo no escapará de la nulidad si el tribunal, mientras pretende aplicar el derecho relevante, realmente aplica otro derecho completamente diferente. Sin embargo, el error debe ser “manifiesto” e indiscutible; no es suficiente un malentendido (y menos aún un desacuerdo) respecto del contenido de una norma particular.”²⁰

¹⁶ Memorial de Anulación de Argentina, p. 63.

¹⁷ Ibid., párrs. 170-180.

¹⁸ Ibid., párrs. 181-205.

¹⁹ *MINE*, párrs. 5.03-5.04.

²⁰ *MTD Chile*, párr. 47.

52. El Comité tendrá en cuenta estas consideraciones al momento de ponderar las peticiones de Argentina sobre las conclusiones del Tribunal respecto de los Artículos II(2)(a), II(2)(c) y XI del TBI y del derecho internacional consuetudinario.

(b) Omisión en la expresión de los motivos

53. Argentina alega que el Tribunal, infringiendo el Artículo 52(e) del Convenio del CIADI, omitió expresar los motivos en que fundaba su decisión sobre jurisdicción, sus conclusiones relativas a la excepción de necesidad en el TBI y en el derecho internacional consuetudinario y en su evaluación de perjuicios.²¹

54. Los Comités han aplicado frecuentemente dicha norma. En el caso *Vivendi*, el Comité declaró a este respecto:

“..[S]e acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo *alguno* respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes... Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones.

En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52 (1) (e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas.²²

55. En otros procedimientos de anulación los Comités han expresado opiniones similares. Así, en el caso *MINE*, el Comité declaró que:

²¹ Memorial de Anulación de Argentina, párrs. 166-171, 206-223.

²² *Vivendi*, párrs. 64-65

“[E]l requisito de expresar los motivos se cumple en la medida en que el laudo le permite a uno seguir la forma en que el tribunal ha procedido desde el Punto A al Punto B y, eventualmente, a su conclusión, incluso si se incurrió en un error de hecho o de derecho. En particular, el requisito mínimo no es satisfecho por motivos contradictorios o frívolos.”²³

“[E]l requisito de que un laudo tiene que estar fundado implica que él debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal sobre puntos de hecho y de derecho. Supone eso y nada más que eso. Lo adecuado del razonamiento no es un estándar de revisión apropiado bajo el párrafo 1(e)...”²⁴

56. En *Wena Hotels*, el Comité agregó:

“Ni el Artículo 48(3) ni el Artículo 52(1)(e) especifican la forma en que el Tribunal debe expresar sus motivos. El objeto de ambos preceptos es asegurar que las Partes puedan entender el razonamiento del Tribunal. Este objetivo no requiere la declaración expresa de cada fundamento. Los motivos del Tribunal pueden estar implícitos en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo, siempre que estos puedan ser deducidos razonablemente a partir de los términos utilizados en la decisión.”²⁵

“Es de la naturaleza de esta causal de anulación que, si el laudo omite motivos impugnables conforme al sentido y alcance del Artículo 52(1)(e), el recurso no tiene que ser la anulación del laudo. El propósito de esta particular causal de anulación no es revocar el laudo en sus méritos, sino permitir a las partes entender la decisión del Tribunal. Si el laudo no cumple el requisito mínimo sobre los motivos expresados por el Tribunal, no es necesario someter el asunto a un nuevo Tribunal. Si el comité *ad hoc* así lo determina, basándose en el conocimiento de la controversia que ha adquirido, los motivos en que se sustentan las conclusiones del Tribunal pueden ser explicados por el propio Comité *ad hoc*.”²⁶

57. El Comité acepta este argumento y considerará la petición de Argentina fundada en el Artículo 52(1)(e).

²³ *MINE*, párr. 5.09.

²⁴ *Ibid.*, párr. 5.08.

²⁵ *Wena Hotels*, párr. 81.

²⁶ *Ibid.*, párr. 83.

D. *Jus Standi* de CMS

(a) El Laudo

58. El Tribunal analizó las objeciones de Argentina al *jus standi* de CMS, observando en su decisión sobre jurisdicción que dichas objeciones suscitaban dos problemas: “Primero...si un accionista puede reclamar por sus derechos en una sociedad extranjera en forma independiente de los derechos de esta sociedad y, en caso afirmativo, si estos derechos se refieren únicamente a su condición de accionista o incluyen derechos sustantivos relacionados con el desempeño jurídico y económico de su inversión. En segundo lugar...si el Demandante satisface las exigencias que el Convenio y el TPPI contienen”,²⁷ en particular si la supuesta controversia “surge directamente de la inversión”.²⁸

59. El Tribunal examinó la primera cuestión a la luz de la legislación argentina, el derecho internacional general, el Convenio del CIADI y el TBI Argentina-Estados Unidos.²⁹ Concluyó que la legislación argentina no era relevante a este respecto.³⁰ Asimismo, determinó que “no encuentra en el derecho internacional actual un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante”.³¹ El Tribunal arribó a la misma conclusión con respecto al Convenio del CIADI.³² Finalmente, decidió que CMS tenía un “derecho de acción directo” en su calidad de accionista bajo el TBI.³³

60. En relación al segundo punto, el Tribunal reafirmó que “los derechos del Demandante pueden ejercerse en forma independiente de los derechos de TGN y de aquellos relativos a la Licencia...”.³⁴ Agregó que “el Demandante tiene una acción

²⁷ Decisión Jurisdiccional, 502 (párr. 41).

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., 502-508 (párrs. 42-65).

³⁰ Ibid., 502 (párr. 42).

³¹ Ibid., 504 (párr. 48).

³² Ibid., 506 (párr. 56).

³³ Ibid., 508 (párr. 65).

³⁴ Ibid., 508 (párr. 68).

independiente bajo el Tratado respecto de la inversión protegida...”.³⁵ Concluyó que la controversia derivó directamente de la inversión.³⁶

61. Apoyándose en ambos argumentos, el Tribunal resolvió que CMS tenía *jus standi*.

(b) Las alegaciones de las Partes

62. Argentina sostiene que “el Tribunal no tenía jurisdicción sobre el caso porque CMS solicitaba indemnización por supuestas violaciones de derechos que no le pertenecían a ésta sino a TGN.”³⁷ En su opinión, “el Tribunal manifiestamente se extralimitó en sus facultades al ejercer jurisdicción sobre reclamos realizados por un accionista de una sociedad por las ganancias perdidas por dicha sociedad.”³⁸

63. A este respecto, Argentina en primer lugar asevera que el Tribunal “equivocadamente afirmó la no aplicabilidad del derecho argentino en la fase jurisdiccional.”³⁹ Destaca que el Tribunal “a pesar de esto, continuó haciendo referencia al derecho argentino en su proceso de decisión.”⁴⁰ Agrega que, al actuar de esa forma, el Tribunal omitió aplicar las normas del derecho argentino relevantes que tratan sobre los derechos de los accionistas.⁴¹

64. Argentina, criticando las conclusiones del Tribunal bajo el derecho internacional general, sostiene que

“en el proceso seguido para llegar a la decisión, el Tribunal intentaba establecer cuáles eran los accionistas que tenían derecho entablar acciones directas, cuando debería haber considerado si CMS estaba *invocando sus propios derechos en el proceso*, lo que nunca hizo. Para poder determinar esto último, reviste material importancia considerar si el inversor es parte de un contrato de concesión o una licencia celebrados con el Estado anfitrión. El Tribunal tenía jurisdicción limitada sobre ciertos aspectos de la diferencia relativa a inversiones que comprendía los derechos de CMS como accionista; no tenía jurisdicción sobre ningún aspecto de

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 68.

³⁸ Ibid., 32.

³⁹ Ibid., párr. 77.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

dicha diferencia relativa a inversiones que comprendiera los derechos de las partes del contrato de concesión o Licencia.”⁴²

65. En cuanto al tema del *jus standi* bajo el Convenio del CIADI, Argentina resalta que, ante el Tribunal, “el interés de CMS no radicaba en los derechos que le asistían como accionista, sino con el supuesto ‘desmantelamiento’ de un régimen tarifario que confería derechos a TGN, no a CMS.”⁴³ De acuerdo a Argentina, esto era un “reclamo indirecto” que claramente escapaba de la jurisdicción del CIADI, como consta de los *travaux préparatoires* y del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.⁴⁴

66. Argentina concluye que el Tribunal carecía de facultad para sobrepasar los “límites externos” de la jurisdicción del CIADI, establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI, aun si el TBI de 1991 le autorizara a actuar de esa forma (lo que Argentina no acepta).⁴⁵ “Si el Tribunal hubiera seguido las reglas aplicables relativas a la interpretación de los tratados, conforme lo reflejado en la CVDT de 1969, hubiera evitado la extralimitación manifiesta en la que incurrió.”⁴⁶

67. CMS sostiene que “como el Tribunal correctamente determinó, la ley nacional no es ‘determinante’ para establecer el *jus standi* de CMS en el presente caso.”⁴⁷ Agrega que la declaración del Tribunal con respecto al derecho argentino es *obiter dicta*. Afirma que “ninguna parte de la controversia presentada por CMS se refiere a los derechos contractuales de TGN como tales. Por el contrario, todos los aspectos de la controversia hacen referencia a los propios derechos de CMS como inversor protegido” bajo el TBI y “como inversor traicionado en la privatización del gas en Argentina.”⁴⁸ Declara que “la jurisprudencia en materia de tratados de inversión reconoce el derecho de acción de los accionistas para reclamar por actos que son perjudiciales para su tenencia accionaria y

⁴² Ibid., párr. 82 (énfasis al original).

⁴³ Ibid., párr. 86.

⁴⁴ Ibid., párrs. 86-93.

⁴⁵ Ibid., párr. 92.

⁴⁶ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 92, citando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 *UNTS* 331.

⁴⁷ Memorial de Contestación sobre Anulación de CMS, párr. 25.

⁴⁸ Ibid., párr. 31.

que pueden estar dirigidos a la sociedad en la cual tienen acciones.”⁴⁹ Sostiene además que el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI “no tiene impacto alguno sobre el derecho independiente de un accionista en una sociedad inscrita en un país anfitrión a los efectos de entablar su propio reclamo por el TBI en forma independiente de la sociedad local.”⁵⁰ Así, el Tribunal correctamente analizó el reclamo y acertadamente determinó que tenía jurisdicción sobre todos los aspectos de la controversia.

(c) La visión del Comité

68. En primer lugar, el Comité recuerda que la jurisdicción del Centro es definida no por el Artículo 42(1) sino por el Artículo 25 del Convenio del CIADI. La competencia del Tribunal se rige por los términos de los instrumentos que manifiestan el consentimiento de las partes al arbitraje CIADI, *i.e.* en el presente caso el TBI Argentina-Estados Unidos. En consecuencia, como el Tribunal correctamente decidió, “las disposiciones jurídicas aplicables son sólo las del Convenio y las del TPPI [TBI], pero no aquellas que emanan de la legislación nacional.”⁵¹ A este respecto la ley argentina es irrelevante, tal como ha sido reconocido en el Laudo y en varias otras decisiones del CIADI.⁵² Por ende, las observaciones que, aprovechando la ocasión, el Tribunal hizo sobre el levantamiento del velo corporativo en el derecho argentino,⁵³ fueron *obiter dicta*.

69. En relación al derecho internacional general, el Comité aprecia que las partes propusieron diversas interpretaciones de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Barcelona Traction*⁵⁴ y *ELSI*.⁵⁵ Estos casos trataron de la protección diplomática bajo el derecho internacional consuetudinario y no se refirieron a la protección de los derechos de los inversionistas bajo los tratados relativos a la protección

⁴⁹ Dúplica sobre Anulación de CMS, párr. 21.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 28.

⁵¹ Decisión Jurisdiccional, 502 (párr. 42).

⁵² Véanse e.g. *Azurix Corporation c. República Argentina* (2003) 43 *ILM* 262, 276 (párr. 72) (“*Azurix*”); *Siemens AG c. República Argentina* (2004) 44 *ILM* 138, 161-162 (párr. 141); *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de febrero de 2006, párr. 82 (“*Continental Casualty*”).

⁵³ Decisión Jurisdiccional, 502 (párr. 42).

⁵⁴ *Caso concerniente a Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica con España)*, Informes CIJ 1970, p. 3.

de inversiones.⁵⁶ Conforme sostuvo el Tribunal, dichas sentencias no son “directamente relevantes para la actual controversia”.⁵⁷ Más aún, según destacó la Decisión Jurisdiccional de 17 de julio de 2003, nada en el derecho internacional general prohíbe celebrar tratados que permitan “reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante...ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores.”⁵⁸ Dichos tratados, y en particular el Convenio del CIADI, deben ser aplicados como *lex specialis*.⁵⁹

70. Conforme al Artículo 25(1) del Convenio:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.”

71. El Artículo 25 del Convenio CIADI no intentó definir lo que es “inversión”. Por el contrario, esta tarea fue delegada en general a los términos de los tratados bilaterales de inversión u otros instrumentos en que la jurisdicción se sustenta. En el presente caso, esa definición está contenida en el Artículo I(1) del TBI Argentina-Estados Unidos, que señala:

“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...”

⁵⁵ *Caso concerniente a Elettronica Sicula S.p.a. (Estados Unidos de América con Italia)*, Informes CIJ 1989, p. 15.

⁵⁶ Esta distinción fue reconocida claramente por la Corte Internacional en el caso *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea con República Democrática del Congo) (Objeciones Preliminares)*, Sentencia de 24 de mayo de 2007, párrs. 87-88.

⁵⁷ Decisión Jurisdiccional, 503 (párr. 44).

⁵⁸ *Ibid.*, 504 (párr. 48).

⁵⁹ *Ibid.*

72. El Comité aprecia que esta definición de “inversión” es muy amplia, como ha sido observado por varios Tribunales del CIADI en casos similares.⁶⁰ Sin embargo, esta definición es compatible con el objeto y fin del Convenio del CIADI.

73. El Comité, en particular, hace presente que, respecto del capital accionario, el TBI no contiene disposición alguna que indique que el inversionista en acciones de capital deba tener una mayoría de las acciones o el control sobre la administración de la sociedad. Las inversiones efectuadas por accionistas minoritarios están cubiertas por los términos reales de esa definición, como también ha sido reconocido tribunales de arbitraje del CIADI en casos comparables.⁶¹

74. Cabe agregar que el hecho de que la sociedad constituida en el país receptor de la inversión pueda reclamar por sí sola de la violación de sus derechos bajo contratos, licencias u otros instrumentos, en particular bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, no afecta el derecho de los accionistas extranjeros bajo el TBI de accionar en resguardo de sus propios intereses en una inversión, como ha sido reconocido en diversos laudos del CIADI.⁶²

75. Por lo tanto, en el presente caso, y según determinó el Tribunal, CMS debe ser considerado como un inversionista al tenor del TBI. En efecto, CMS realizó una inversión de capital en TGN, amparada por el TBI. Asimismo, CMS entabló demandas bajo el TBI en relación a dicha inversión protegida. Por consiguiente, sus reclamos por la violación de sus derechos bajo el TBI se hallan comprendidos dentro de la jurisdicción del Tribunal. Esto es sin perjuicio de la determinación del ámbito de tales derechos, cuestión que el Comité revisará más adelante.

⁶⁰ Véanse e.g. *AES Corporation c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005, párr. 88; *Azurix*, párr. 73; *Enron Corporation c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 44 (“*Enron*”); *Sempra Energy International c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de mayo de 2005, párr. 93 (“*Sempra Energy*”).

⁶¹ Véanse e.g. *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de mayo de 2005, párr. 81; *Enron*, párr. 44; *LG&E c. República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, párr. 78; *Sempra Energy*, párr. 93.

⁶² Véanse e.g. *Continental Casualty*, párr. 86; *Enron*, párr. 49.

76. Por estas razones el Comité concluye que, a este respecto, no existe extralimitación manifiesta de facultades.

E. Trato Justo y Equitativo

(a) El Laudo

77. CMS sostuvo ante el Tribunal que Argentina había incumplido las normas contempladas en el Artículo II(2)(a) del TBI referentes al trato justo y equitativo de las inversiones cubiertas por el Tratado. El Tribunal declaró que “la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo”⁶³ y observó que “[l]as medidas de que se reclama en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica.”⁶⁴ El Tribunal concluyó que estas medidas “tuvieron el efecto de producir una contravención objetiva del estándar establecido en el Artículo II(2)(a) del Tratado.”⁶⁵

(b) Las alegaciones de las Partes

78. En primer término, Argentina sostiene que el Tribunal omitió determinar la extensión del derecho internacional y doméstico que aplicó a la controversia. El Tribunal desestimó las doctrinas jurídicas argentinas de la “*imprevisión*” y de la “*revisión contractual*”.⁶⁶ En su lugar, el Tribunal se basó en una sola sentencia francesa, a saber, la decisión del Consejo de Estado en *Gaz de Bordeaux*.⁶⁷ De este modo, el Tribunal no realizó un examen apropiado de la situación en el derecho argentino.

79. Argentina agrega que “el Tribunal no interpretó el Tratado de 1991 y procedió a emitir un laudo sobre la base de la suposición insensata e infundada de que los inversores poseen una expectativa legítima de estabilidad total en la economía del Estado anfitrión

⁶³ Laudo, párr. 274.

⁶⁴ Ibid., párr. 275.

⁶⁵ Ibid., párr. 281.

⁶⁶ Memorial de Anulación de Argentina, paras. 189-200.

⁶⁷ Consejo de Estado, *Compagnie Générale d’Eclairage de Bordeaux*, Rec. 125, 30 de marzo de 1916.

que pueden hacer valer, independientemente de las circunstancias.”⁶⁸ El Tribunal “de ningún modo tuvo en cuenta el derecho legítimo de la Argentina de regular mediante medidas generales adoptadas por razones de orden público...”⁶⁹ El Tribunal no evaluó “la propiedad de las medidas cuestionadas a la luz de la terrible emergencia que enfrentaba Argentina...”⁷⁰ “En esencia, el Tribunal sostuvo que los inversores tienen una expectativa legítima exigible de estabilidad total en la economía del Estado receptor, sin perjuicio de las circunstancias.”⁷¹ El Tribunal aplicó mecánicamente el Artículo II(2)(a), convirtiéndolo en una norma de responsabilidad objetiva.⁷² El Tribunal no ofreció razones para esa resolución y se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

80. CMS niega que el Tribunal, al declarar que Argentina había vulnerado el Artículo II(2)(a) del Tratado, se haya extralimitado manifiestamente en sus facultades. Sostiene que “la objeción de Argentina a la decisión del Tribunal no es más que la repetición de su defensa en primera instancia y una apelación a las conclusiones del Tribunal respecto de los méritos.” Alega que el Laudo aplicó el derecho argentino pertinente. El Tribunal, al aplicar el TBI, no ignoró el “contexto” y no “aplicó el estándar de trato justo y equitativo en un vacío”.⁷³ “En lugar de igualar trato justo y equitativo con responsabilidad objetiva, el Tribunal reconoció que era necesario un “nuevo balance” entre Argentina y CMS debido a los cambios en las circunstancias económicas y que dicho nuevo balance no había tenido lugar – en perjuicio de CMS.”⁷⁴ CMS agrega que el Tribunal ofreció fundamentos adecuados para su declaración sobre este punto.

(c) La visión del Comité

81. El Artículo II(2)(a) del TBI prescribe: “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.”

⁶⁸ Réplica de Anulación de Argentina, párr. 43.

⁶⁹ Ibid., párr. 44.

⁷⁰ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 117.

⁷¹ Ibid., párr. 123.

⁷² Ibid., párrs. 123-124.

⁷³ Memorial de Contestación sobre Anulación de CMS, párrs. 52 y 58.

82. El Tribunal observó que este Tratado “como la mayoría de los tratados bilaterales sobre inversiones, no contiene una definición del estándar de trato justo y equitativo...”⁷⁵ A la luz del Preámbulo del Tratado, el Tribunal declaró que “la estabilidad del entorno jurídico y empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo.”⁷⁶ Adicionalmente, sostuvo que este estándar “es inseparable de la estabilidad y la previsibilidad”.⁷⁷ Según el Tribunal, el marco jurídico existente al tiempo de la inversión no requiere ser congelado, “pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias”, pero no puede “eliminarse...por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario”.⁷⁸

83. Entrando a la controversia, el Tribunal hizo alusión a las conclusiones previas acerca del régimen de tarifas. Analizó los principios generales del derecho argentino aplicables en esta materia, mencionando la sentencia dictada en el caso *Gaz de Bordeaux* como un fallo señero que dio origen a la teoría de la “*imprevisión*”.⁷⁹ Sin embargo, agregó que no necesitaba revisar los principios generales del derecho para encontrar una respuesta sobre la forma en que, en este caso, el contrato podría haber sido adecuado a las nuevas realidades económicas.⁸⁰ Observó que los mecanismos pertinentes se hallaban incorporados en el Derecho y la Licencia misma y que tales mecanismos no habían sido utilizados.

84. El Tribunal concluyó que “[l]as medidas de que se reclama en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica.”⁸¹ Agregó asimismo, que “las garantías otorgadas a este respecto en el marco jurídico y sus diversos componentes revistieron crucial importancia para adoptar la decisión de invertir.”⁸² El Tribunal llegó a la conclusión de que el Artículo II(2)(a) del TBI había sido transgredido.

⁷⁴ Ibid., párr. 59.

⁷⁵ Laudo, párr. 273.

⁷⁶ Ibid., párr. 274.

⁷⁷ Ibid., párr. 276.

⁷⁸ Ibid., párr. 277.

⁷⁹ Ibid., párrs. 200-227.

⁸⁰ Ibid., párr. 228.

⁸¹ Ibid., párr. 275.

⁸² Ibid.

85. A juicio del Comité, esta parte del Laudo se encuentra adecuadamente fundada en cuanto al derecho aplicable y a los hechos relevantes. El Tribunal efectuó un detenido análisis de los derechos de la Demandante,⁸³ de la “realidad de la economía argentina” al tiempo de la crisis, de las medidas adoptadas y de sus consecuencias,⁸⁴ para luego concluir que el estándar de trato justo y equitativo había sido vulnerado.⁸⁵ Contrario a lo sostenido por Argentina, el Tribunal evaluó la legalidad de las medidas cuestionadas a la luz de todas las circunstancias del caso, sin transformar el Artículo II(2)(a) en una norma de responsabilidad objetiva. El Comité carece de jurisdicción para controlar la interpretación que el Tribunal ha dado a dicho Artículo,⁸⁶ y menos aun tiene jurisdicción para reconsiderar la evaluación de los hechos que aquél ha realizado. Para el Comité es suficiente declarar que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

F. La Cláusula Paraguas

(a) El Laudo

86. En primer lugar, el Tribunal recordó que, de acuerdo a lo señalado por CMS, Argentina había infringido el TBI, cuyo Artículo II(2)(c) dispone que cada parte “cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones” (la denominada “cláusula paraguas”).⁸⁷ El Tribunal declaró que “no analizará los aspectos jurisdiccionales involucrados en el argumento del Demandado pues ellos fueron tratados en la decisión sobre jurisdicción.”⁸⁸ El Tribunal también concluyó que “el Demandado no ha dado cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula general del Artículo II(2)(c) del Tratado en cuanto se han contravenido las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión llevando a la violación de los estándares de protección estipulados del Tratado.”⁸⁹

⁸³ Ibid., párrs. 127-151.

⁸⁴ Ibid., párrs. 53-67, 152-166.

⁸⁵ Ibid., párr. 281.

⁸⁶ El Comité destacaría únicamente que el estándar justo y equitativo ha sido invocado en un gran número de casos de arbitraje CIADI y que a este respecto existe alguna variación en la práctica de los tribunales arbitrales. Véase Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice” (2005) 6 *Journal of World Investment and Trade* 357.

⁸⁷ Laudo, párr. 296.

⁸⁸ Ibid., párr. 299.

⁸⁹ Ibid., párr. 303.

(b) Las alegaciones de las Partes

87. Argentina sostiene que ni la República Argentina ni ninguna de sus dependencias asumieron obligación alguna frente a CMS, aparte de las normas del mismo TBI de 1991.⁹⁰ Por ende, CMS no podía invocar obligación alguna bajo el Artículo II(2)(c) del Tratado. Argentina enfatiza que, no obstante lo anterior, el Tribunal autorizó a CMS para reclamar el incumplimiento de obligaciones bajo la cláusula paraguas incurriendo en una extralimitación manifiesta en sus facultades y omitiendo indicar fundamento alguno.⁹¹

88. CMS señala que no entabló un reclamo por un incumplimiento de los derechos tarifarios de TGN propiamente dichos, sino por el incumplimiento de las seguridades dadas a CMS respecto del régimen de tarifas resultante de “los instrumentos legales relacionados con la privatización del gas, incluso la Licencia” otorgada a TGN.⁹² Dichas garantías “constituyeron compromisos que Argentina debía cumplir conforme a la Cláusula Paraguas.”⁹³ En vista de las conclusiones alcanzadas en otros pasajes del laudo, el Tribunal determinó correctamente que Argentina no había cumplido sus obligaciones bajo dicho Artículo. No existe extralimitación manifiesta de facultades como tampoco ausencia de razonamiento.⁹⁴

(c) La visión del Comité

89. El Artículo II(2)(c) del TBI establece que “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.” Se entiende que el término “obligaciones” significa obligaciones legales. Aunque de una negociación entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión pudieren emanar legítimas expectativas, estas, como tales, no constituyen obligaciones legales, a pesar de que puedan ser de importancia para la aplicación de la cláusula de trato justo y equitativo contenida en el TBI.⁹⁵

⁹⁰ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 96.

⁹¹ Ibid., párr. 97.

⁹² Dúplica de Anulación de CMS, párr. 32.

⁹³ Ibid., párr. 32.

⁹⁴ Ibid., párrs. 34-36.

⁹⁵ Véase *MTD c. Chile*, párrs. 67-69.

90. CMS declaró categóricamente ante el Comité que su reclamo no se basaba en derecho alguno de CMS, bajo la legislación argentina, al cumplimiento de los términos de la Licencia.⁹⁶ Además, esto esta de acuerdo con lo que el Comité entiende es el derecho argentino, en cuya virtud, bajo la Licencia, Argentina tiene obligaciones para con TGN y no para con CMS, y esta última no tiene derecho a exigir su cumplimiento.

91. Durante las audiencias CMS se refirió a la posibilidad de que un inversionista adquiriese un derecho internacional a exigir el cumplimiento de compromisos vinculados a inversiones. En definitiva, sin embargo, CMS aceptó que este derecho no era la base de su reclamo ante el Tribunal o del propio razonamiento del Tribunal.⁹⁷

92. En suma, CMS se basó en una interpretación literal del Artículo II(2)(c). CMS sostuvo que Argentina había asumido obligaciones legales bajo la Licencia, las que “decían relación con inversiones” conforme a ese Artículo. No obstante que CMS no estaba facultada, como accionista minoritaria, para hacer valer dichas obligaciones en el derecho argentino (no siendo titular del derecho), el efecto del Artículo II(2)(c) era conferirle legitimación a CMS para invocar tales obligaciones bajo el TBI.

93. En el párrafo 303 del Laudo, el Tribunal concluyó que “el Demandado no ha dado cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula general del Artículo II(2)(c) del Tratado en cuanto se han contravenido las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión llevando a la violación de los estándares de protección estipulados del Tratado.”

94. Se encuentra implícito en este razonamiento que el Tribunal pudo haber aceptado la interpretación del Artículo II(2)(c), mencionada en el párrafo 92 anterior. Sin embargo, en parte alguna del laudo el Tribunal se refirió expresamente al punto. Por el contrario, el Tribunal, en forma reiterada, se refirió a la Decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003, la que no trató en absoluto sobre esta materia específica.⁹⁸ Adicionalmente, el

⁹⁶ Véase audiencia sobre procedimiento de anulación, 27 de marzo de 2007, 206-209, 242-244; también Dúplica de Anulación de CMS, párr. 15.

⁹⁷ Audiencia sobre procedimiento de anulación, 27 de marzo de 2007, 246; 28 de marzo de 2007, 514.

⁹⁸ Véase Laudo, párrs. 132, 148, 299, y cfr. Decisión Jurisdiccional, párr. 65.

extenso análisis hecho por el Tribunal sobre si CMS tenía derecho a exigir el cumplimiento de los términos de la Licencia y de la Ley de Gas argentina⁹⁹ habría sido innecesario si su decisión se hubiese basado en que el Artículo II(2)(c) confería a CMS legitimación para invocar las obligaciones de Argentina para con TGN.

95. Esta amplia interpretación del Artículo II(2)(c) crea, además, importantes dificultades.

- (a) En cuanto señala “los compromisos que hubiera *contraído* con respecto a las inversiones”, parece claro que el Artículo II(2)(c) se refiere a obligaciones consensuales que derivan independientemente del propio TBI (*i.e.* conforme al derecho del Estado receptor o posiblemente al derecho internacional). Más aún, debe tratarse de obligaciones específicas relativas a la inversión. Estas no comprenden requisitos generales impuestos por el derecho del Estado receptor.
- (b) Las obligaciones consensuales no se contraen *erga omnes* sino con respecto a personas determinadas. Similarmente, el cumplimiento de dichas obligaciones o requisitos se produce entre deudor y acreedor.
- (c) El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las *partes* de la obligación (*i.e.*, las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas.
- (d) La obligación del Estado comprendida en el Artículo II(2)(c) a menudo es una obligación bilateral o una obligación intrínsecamente asociada a las obligaciones de la sociedad de inversión. Con todo, un accionista aparentemente facultado para hacer valer los derechos de la sociedad en su propio beneficio, no estará vinculado por las obligaciones de la sociedad, *e.g.* en cuanto a la solución de controversias.

⁹⁹ Laudo, párrs. 127-151.

- (e) Si la interpretación implícita del Tribunal es correcta, el mecanismo contemplado en el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI resulta innecesario dondequiera que exista una cláusula paraguas.
- (f) El laudo no contiene un examen de los *travaux* del TBI sobre este punto, o de las interpretaciones previas de los proponentes de la cláusula paraguas con respecto a su función.

96. En definitiva, no es para nada clara la forma en que el Tribunal concluyó que CMS podía exigir las obligaciones de Argentina para con TGN. Pudo haber arribado a esa conclusión mediante la interpretación del Artículo II(2)(c), antes señalada, pero en ese caso se habría esperado un análisis de los problemas de interpretación indicados previamente. O bien, el Tribunal pudo haber determinado que CMS tenía un derecho, conforme a la ley argentina, a exigir el cumplimiento de las obligaciones, no obstante que CMS no lo alega y que el derecho argentino parece no reconocerlo.¹⁰⁰

97. En estas circunstancias, el Laudo exhibe una omisión importante, que impide al lector seguir el razonamiento en este aspecto. El presente no es un caso en que las respuestas al problema planteado “puedan inferirse razonablemente de los términos utilizados en la sentencia”.¹⁰¹ Por consiguiente, la conclusión del Tribunal sobre el Artículo II(2)(c) debe ser anulada por omisión en la expresión de los motivos.

98. En vista de lo anterior, no es necesario que el Comité decida si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al resolver que el Artículo II(2)(c) permite a CMS exigir el cumplimiento de los derechos de TGN bajo la legislación argentina.

99. Del hecho que la conclusión del Tribunal sobre responsabilidad debe anularse no se sigue que el Laudo, en su totalidad, sea afectado. Tal como el Comité de Anulación determinó en el caso *Vivendi*,¹⁰² las partes escindibles de un laudo que no han sido anuladas deben ser mantenidas, situación expresamente contemplada en el Artículo 52(3) del Convenio del CIADI.

¹⁰⁰ Véase arriba, párrafo 90.

¹⁰¹ *Wena Hotels*, párr. 81.

¹⁰² *Vivendi*, párr. 68.

100. En el presente caso, la condena en perjuicios impuesta por el Tribunal se basó en conclusiones independientes de la infracción del Artículo II(2)(a) y (c) del TBI. De hecho, el mismo Tribunal hizo presente que “las cláusulas generales invocadas por el Demandante no agregan nada diferente del conjunto de obligaciones del Tratado que el Demandado debe cumplir si no se acepta la invocación de necesidad.”¹⁰³ Por lo tanto, la conclusión del Comité acerca de la cláusula paraguas no implica la anulación total del Laudo, sino que importa exclusivamente la anulación de lo resuelto en el párrafo 1 de la parte dispositiva del Laudo, en cuya virtud el Tribunal decidió que “[e]l Demandado incumplió sus obligaciones...de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el Artículo II(2)(c) del Tratado.”

G. Estado de Necesidad conforme al Derecho Internacional Consuetudinario y al Artículo XI del TBI

(a) El Laudo

101. El Tribunal señaló que “el Gobierno argentino ha invocado como defensa en la alternativa que el Demandado debería estar exento de responsabilidad con motivo de la existencia de un estado de necesidad o un estado de emergencia.”¹⁰⁴ Argentina invocó la existencia de dicho estado bajo el derecho internacional consuetudinario y el Artículo XI del TBI. El Tribunal notó que, al hacerlo, Argentina había planteado “una cuestión fundamental”,¹⁰⁵ que debía examinar conforme al derecho internacional consuetudinario en forma previa a su examen bajo el TBI.

102. El Tribunal consideró que el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹⁰⁶ “refleja adecuadamente el concepto de estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario.”¹⁰⁷ Este artículo dispone lo siguiente:

¹⁰³ Laudo, párr. 378.

¹⁰⁴ Ibid., párr. 304.

¹⁰⁵ Ibid., párr. 308.

¹⁰⁶ Los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, anexados a la Resolución de AGNU 56/83, de 14 de Diciembre de 2001.

¹⁰⁷ Laudo, párr. 315.

“1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

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

a) la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

103. A continuación, el Tribunal se abocó a la tarea de analizar si la crisis argentina reunía los diversos requisitos previstos en el Artículo 25. El Tribunal manifestó dudas sobre si la materia involucraba “un interés esencial” del Estado y si, en este caso, existía un “peligro grave e inminente”.¹⁰⁸ Declaró, además, que las medidas tomadas por Argentina “no eran las únicas disponibles” para proteger su interés, concluyendo que no se habían cumplido las condiciones establecidas en el párrafo 1(a) del Artículo 25.¹⁰⁹

104. Por el contrario, el Tribunal decidió que las medidas adoptadas por Argentina no habían perjudicado seriamente un interés esencial de los Estados Unidos¹¹⁰ ni un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto.¹¹¹ Por consiguiente, el Tribunal declaró que la alegación de necesidad no sería excluida por el párrafo 1(b) del Artículo 25.¹¹²

105. En relación al párrafo 2 de ese Artículo, el Tribunal discurrió sobre si el objeto y fin del TBI excluían la necesidad. El Tribunal concluyó que “la crisis argentina fue grave

¹⁰⁸ Ibid., párrs. 319-322.

¹⁰⁹ Ibid., párr. 324.

¹¹⁰ Ibid., párr. 358.

¹¹¹ Ibid., párrs. 325, 358.

¹¹² Ibid., párr. 358.

pero no llevó a un total colapso económico y social”¹¹³ y que, en tal situación, “el Tratado prevalecerá sobre la invocación del estado de necesidad.”¹¹⁴

106. El Tribunal también observó que “las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis”¹¹⁵ y que, en consecuencia, el estado de necesidad quedaba descartado por el párrafo 2(b) del Artículo 25.

107. Finalmente, el Tribunal destacó que todas las condiciones que regulan el estado de necesidad conforme al Artículo 25 deben satisfacerse.¹¹⁶ Concluyó que “no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional como para permitir que se excluya la ilicitud de los actos.”¹¹⁷

108. Posteriormente, el Tribunal aseveró que “[e]l análisis de la necesidad y emergencia no se limita al derecho internacional consuetudinario debido a que el Tratado contiene disposiciones específicas sobre la materia.”¹¹⁸ Sobre el particular, el Tribunal recordó que el Artículo XI del TBI establece:

“El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

109. En esta materia, el Tribunal primero determinó que “ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del Artículo XI.”¹¹⁹ Añadió que “[n]uevamente, la cuestión es la de establecer qué grado de gravedad debe alcanzar una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad, aspecto ya analizado anteriormente.”¹²⁰

¹¹³ Ibid., párr. 355.

¹¹⁴ Ibid., párr. 354.

¹¹⁵ Ibid., párr. 329.

¹¹⁶ Ibid., párr. 331.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid., párr. 332.

¹¹⁹ Ibid., párr. 359.

¹²⁰ Ibid., párr. 361.

110. Posteriormente, a la luz del extenso análisis de la cuestión efectuado por las Partes y sus expertos, el Tribunal manifestó que “la cláusula del Artículo XI del Tratado no tiene carácter discrecional”.¹²¹ Consecuentemente, el Tribunal sostuvo que la revisión judicial que había realizado conforme a esa norma era una “revisión sustantiva”.¹²²

(b) Las alegaciones de Argentina

111. Argentina asevera que, ante el Tribunal, ella se fundó tanto en el Artículo XI del TBI como en la doctrina de necesidad reflejada en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI. Argentina también sostuvo que “[e]s claro que tales argumentos se relacionan entre sí pero son jurídicamente distintos.”¹²³ Argentina hace hincapié en que “el Tribunal mezcló el argumento del Artículo XI con el de necesidad y no logró distinguir el reclamo en virtud del tratado del reclamo derivado del derecho consuetudinario.”¹²⁴ Por haber considerado como idénticos estos argumentos, “el Tribunal cometió un grave error.”¹²⁵ El Tribunal incorporó “en la interpretación y aplicación del Artículo XI el enfoque impuesto por la ley de la Responsabilidad del Estado pero sin dar explicación alguna sobre por qué ese es el enfoque adecuado.”¹²⁶ De esta forma, el Tribunal fracasó completamente en la tarea de interpretar el Artículo XI e ignoró su tenor.

112. Argentina además argumenta que el Tribunal decidió equivocadamente que el Artículo XI no es “discrecional” y que debía procederse a una revisión sustantiva de las medidas adoptadas. Asimismo, indica que el Tribunal, habiendo determinado que el Artículo XI requería tal revisión, no la realizó o, al menos, no efectuó la revisión de buena fe propuesta por Argentina.¹²⁷ En ninguna parte del Laudo el Tribunal hace “análisis alguno sobre si las medidas en cuestión fueron...necesarias para mantener la seguridad pública y los intereses de seguridad esenciales según las circunstancias.”¹²⁸

¹²¹ Ibid., párr. 373.

¹²² Ibid., párr. 374.

¹²³ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 125.

¹²⁴ Ibid., párr. 126.

¹²⁵ Ibid., párr. 127.

¹²⁶ Ibid., párr. 131.

¹²⁷ Ibid., párrs. 136-144.

¹²⁸ Ibid., párr. 155.

113. Por otra parte, Argentina expresa que el Tribunal también omitió declarar los motivos que tuvo para rechazar la excepción argentina de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario y que, nuevamente, en este aspecto, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.¹²⁹ Al respecto, indica que “[e]l Tribunal rechazó la excepción de necesidad alternativa planteada por la República Argentina en virtud del derecho consuetudinario internacional basándose en el incumplimiento de dos de los factores establecidos en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados elaborado por la CDI: las medidas no eran el único accionar disponible, y la propia Argentina contribuyó al desarrollo de la crisis.”¹³⁰

114. Según Argentina, el Tribunal fundó su decisión sobre el primer aspecto “en la mera existencia de opiniones dispares sobre temas de política económica, sin considerar si había otras alternativas factibles.”¹³¹ Tampoco evaluó el impacto de recurrir a los mecanismos de reajuste previstos en la Ley del Gas y la Licencia, o de no adoptar acción alguna en respuesta a la emergencia.¹³²

115. Además, en dos frases ambiguas, el Tribunal afirmó que Argentina había contribuido sustancialmente a la crisis, sin realizar un verdadero análisis de las supuestas “limitaciones” en las políticas gubernamentales.¹³³

(c) Las alegaciones de CMS

116. CMS señala que, contrariamente a lo aseverado por Argentina, el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades ni omitió expresar los motivos. CMS afirma que “[e]n la medida en que haya alguna mezcla de cuestiones relacionadas con el Artículo XI y con el estado de necesidad conforme al derecho consuetudinario internacional, es Argentina y no el Tribunal quien está en falta.”¹³⁴ En concepto de CMS,

¹²⁹ Ibid., párr. 180.

¹³⁰ Ibid., párr. 170.

¹³¹ Ibid., párr. 175 (énfasis en el original).

¹³² Ibid., párr. 176.

¹³³ Ibid., párr. 178.

¹³⁴ Memorial de Contestación sobre Anulación de CMS, párr. 81.

el Tribunal consideró ambas defensas paso a paso y por separado, en el orden en que fueron opuestas por Argentina.¹³⁵

117. Adicionalmente, CMS aduce que el Tribunal correctamente rechazó la excepción de necesidad de Argentina conforme al derecho internacional consuetudinario, al declarar que las medidas de Argentina no eran las únicas alternativas que disponía y que ella contribuyó a la crisis.¹³⁶ Agrega que, conforme al Artículo 52 del Convenio del CIADI, el Comité carece de competencia para reconsiderar las conclusiones del Tribunal acerca de los hechos.¹³⁷

118. Asimismo, CMS hace presente que “una vez rechazada la defensa presentada por Argentina conforme al derecho consuetudinario internacional y habiendo concluido que el Artículo XI no es *self-judging*, el Tribunal volvió correctamente a los estándares del derecho consuetudinario internacional por ser aplicables para analizar el Artículo XI.”¹³⁸ “[H]abiéndolo realizado una vez y determinado que Argentina no había cumplido con las condiciones necesarias para establecer la existencia de un estado de necesidad, no era necesario para el Tribunal duplicar el análisis en relación con su revisión del Artículo XI.”¹³⁹ En todo caso, la revisión sobre si el Tribunal interpretó o aplicó correctamente el Artículo XI en su resolución acerca de la defensa de Argentina, excede la esfera del mandato otorgado al Comité.¹⁴⁰ “Es suficiente notar que el Tribunal –paso a paso y metódicamente, ya sea correcta o incorrectamente– interpretó y aplicó el Artículo XI a la luz del derecho consuetudinario internacional y a las presentaciones de las partes.”¹⁴¹

(d) La visión del Comité

119. El Comité se referirá a los argumentos de Argentina relativos a la omisión de expresar los motivos bajo el Artículo 52(e) antes de examinar sus peticiones basadas en la extralimitación manifiesta de facultades conforme al Artículo 52(b).

¹³⁵ Ibid., párr. 91.

¹³⁶ Ibid., párrs. 115-121.

¹³⁷ Ibid., párr. 120.

¹³⁸ Ibid., párr. 84.

¹³⁹ Ibid., párr. 82.

¹⁴⁰ Ibid., párr. 91.

¹⁴¹ Ibid.

(i) *Omisión en la expresión de motivos*

120. El Comité observa que, en la Sección D del Laudo, previo a analizar el Artículo XI del TBI, el Tribunal se hizo cargo de la defensa planteada por Argentina fundada en el estado de necesidad o emergencia conforme al derecho internacional consuetudinario.

121. El Tribunal consideró que el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI refleja el derecho internacional consuetudinario en esa área y examinó una a una las condiciones enumeradas en dicho Artículo. El Tribunal adoptó una decisión respecto de cada uno de ellos, expresando con detalle los motivos. Arribó a la conclusión de que dos de dichas condiciones no habían sido reunidas, recordó que todos los requisitos debían ser cumplidos en su integridad y determinó que el supuesto de necesidad, acorde al derecho internacional consuetudinario, no había sido satisfecho completamente. En esa parte del Laudo, el Tribunal claramente expresó sus motivos y el Comité carece de jurisdicción para determinar si, al proceder de esa forma, el Tribunal incurrió en un error de hecho o de derecho.

122. En relación a la defensa basada en el Artículo XI del TBI, el Tribunal estudió los argumentos de las Partes y concluyó, en primer término, que “ninguna norma de costumbre internacional como tampoco el objeto y fin del Tratado, excluyen de por sí las crisis económicas agudas del alcance del Artículo XI.”¹⁴² Luego trató de la discusión promovida por las partes sobre si el Artículo XI es discrecional. El Tribunal decidió que, en virtud del Artículo XI, tenía facultad para hacer una revisión sustantiva y que “debe determinar si el estado de necesidad o de emergencia cumple con las condiciones previstas en la costumbre internacional y las disposiciones del tratado y, por tanto, si ello permite o no excluir la ilicitud.”¹⁴³

123. El problema es, sin embargo, que el Tribunal se detuvo ahí sin ofrecer razonamiento adicional alguno sobre su decisión respecto del Artículo XI. En cierta medida esto es comprensible teniendo en cuenta los argumentos expuestos en su momento tanto por Argentina como por CMS. Argentina, apoyándose en la opinión

¹⁴² Laudo, párr. 359.

experta de la Profesora Anne-Marie Slaughter,¹⁴⁴ alegó ante el Tribunal que el Artículo XI era “discrecional” y que, en consecuencia, el Tribunal debía restringirse a sí mismo para considerar si Argentina había actuado de buena fe al invocar este Artículo. El perito designado por CMS, el Profesor José E. Álvarez, controvirtió en su declaración tal apreciación, sosteniendo que el Artículo XI “debe ser leído a la luz de...la derogación afirme de la necesidad ahora codificada en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI.”¹⁴⁵ CMS, avalando en la audiencia esta opinión, expresó que el “Artículo XI no es discrecional y...su invocación está sujeta a la aprobación del examen de necesidad conforme al derecho internacional.”¹⁴⁶ Argentina adoptó idéntica postura, mezclando el “estado de emergencia” y el “estado de necesidad” y agregando que el estado de necesidad está incluido en el Artículo XI.¹⁴⁷

124. En ese sentido, el Tribunal claramente consideró que el Artículo XI debía ser interpretado a la luz del derecho internacional consuetudinario relativo al estado de necesidad y que, si las condiciones establecidas por ese derecho no eran cumplidas, la defensa de Argentina bajo el Artículo XI debía igualmente ser rechazada.¹⁴⁸ De esta forma, habiendo considerado los argumentos finalmente expuestos por las Partes en relación al Artículo XI, el Tribunal no encontró necesario retornar a su evaluación previa sobre la aplicación del derecho internacional consuetudinario y repetir las conclusiones que había alcanzado durante el análisis de la primera defensa de Argentina.

125. El fundamento del Laudo en este punto es inadecuado. El Tribunal ciertamente debió haber sido más explícito y especificar, por ejemplo, que las mismas razones que impedían a Argentina asilarse en el derecho general de necesidad¹⁴⁹ implicaban que las medidas que había adoptado tampoco podían ser consideradas “necesarias” para los efectos del Artículo XI.

¹⁴³ Ibid., párr. 374.

¹⁴⁴ Declaración de la Profesora Anne Marie Slaughter, Audiencia sobre el Fondo, 18 de agosto de 2004, 1844-1847.

¹⁴⁵ **Declaración del Profesor José E. Álvarez, Audiencia sobre el Fondo, 17 de marzo de 2004, 32.**

¹⁴⁶ Audiencia sobre el Fondo, 9 de agosto de 2004, 110.

¹⁴⁷ Ibid., 295, 300.

¹⁴⁸ Véase Laudo, párrs. 308, 374.

¹⁴⁹ Ibid., 320, 323, 324, 329, 355, 356.

126. No obstante, ambas Partes entendieron el Laudo en ese sentido y CMS señaló ante el Comité que el Tribunal había incorporado en su interpretación del Artículo XI la posición que había tomado respecto del derecho sobre responsabilidad del estado.¹⁵⁰ Argentina no controvertió ese punto, alegando únicamente que el Tribunal no “realiza el examen sustantivo” que, correctamente, había considerado necesario.¹⁵¹

127. A juicio del Comité, aunque la fundamentación del Laudo ciertamente pudo haber sido más clara, un lector atento puede seguir el razonamiento implícito del Tribunal, tal como se ha indicado en el párrafo 124 anterior. Por lo tanto, la petición de Argentina en esta materia no puede ser acogida.

(ii) *Extralimitación manifiesta de facultades*

128. Según se ha señalado anteriormente, el Tribunal y las partes asimilaron los requisitos necesarios para la aplicación del Artículo XI del TBI a aquellos concernientes al estado de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario. Más aún, siguiendo la presentación de Argentina,¹⁵² el Tribunal se refirió a la defensa basada en el derecho consuetudinario antes de analizar la defensa fundada en el Artículo XI. Argentina sostuvo ante el Comité que, al actuar de ese modo, en ambos aspectos el Tribunal se había extralimitado manifiestamente en sus facultades.

129. El Comité observa, antes que nada, que existe cierta analogía entre el lenguaje utilizado en el Artículo XI del TBI y aquél empleado en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI. El primero menciona las medidas “necesarias” y el segundo se refiere al “estado de necesidad”. Sin embargo, el Artículo XI especifica las condiciones bajo las cuales el Tratado puede ser aplicado, mientras que el Artículo 25 está redactado de manera negativa: éste excluye la aplicación del estado de necesidad en el fondo, a menos que se reúnan ciertos requisitos estrictos. Más aún, el Artículo XI es un requisito de piso: si se cumple, las obligaciones sustantivas bajo el Tratado no tienen aplicación. Por el contrario, el Artículo 25 es una excusa que sólo es

¹⁵⁰ Audiencia sobre Procedimiento de Anulación, 27 de Marzo de 2007, 179-182.

¹⁵¹ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 131.

relevante una vez que se ha sido decidido que, de otra forma, dichas obligaciones sustantivas han sido incumplidas.

130. Más aún, el Artículo XI es sustancialmente distinto del Artículo 25. El primero comprende medidas necesarias para la conservación del orden público o la protección de los intereses de seguridad esenciales de cada Parte, sin calificar dichas medidas. Por su parte, el segundo supedita el estado de necesidad al cumplimiento de cuatro condiciones. Este requiere, por ejemplo, que la acción tomada “no perjudique seriamente un interés esencial del Estado o Estados respecto de los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”, requisito que es ajeno al Artículo XI. En otros términos, los requisitos contemplados en el Artículo XI no son los mismos que aquellos bajo el derecho internacional consuetudinario codificado en el Artículo 25, tal como las Partes de hecho lo reconocieron durante la audiencia ante el Comité.¹⁵³ Sobre este punto, el Tribunal incurrió en un manifiesto error de derecho.

131. Teniendo ambos textos una operación y contenido diversos, el Tribunal tuvo que tomar una posición sobre su relación y decidir si ambos tenían aplicación en el presente caso. El Tribunal no entró en ese análisis, asumiendo simplemente que el Artículo XI y el Artículo 25 tienen un mismo fundamento.

132. Al proceder de esta forma, el Tribunal cometió otro error de derecho. Aunque es pertinente preguntarse si el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario se refiere a la cuestión de la ilicitud o de la responsabilidad, en todo caso la excusa fundada en el derecho internacional consuetudinario sólo puede ser subsidiaria a la exclusión basada en el Artículo XI.

133. Si el estado de necesidad significa que ni siquiera ha existido una violación *prima facie* del TBI, aquél constituiría, conforme a la terminología de la CDI, una norma primaria de derecho internacional. Pero esto también sucede con el Artículo XI. En otras palabras, como ha sido declarado por la Corte Internacional de Justicia en un caso

¹⁵² Memorial de Contestación de Argentina sobre Méritos, paras. 716-742; Réplica sobre Méritos de Argentina, paras. 841-996; Audiencia sobre Méritos, 9 de Agosto de 2004, 100-112, 295-296.

similar, si el Tribunal quedó convencido de los argumentos basados en el Artículo XI, tendría que haber declarado que no hubo transgresión del TBI.¹⁵⁴ Así interpretados, el Artículo XI y el Artículo 25 cubrirían el mismo ámbito y el Tribunal debería haber aplicado el Artículo XI como *lex specialis* que regula la materia y no el Artículo 25.

134. Si, por el contrario, el estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario atañe al problema de la responsabilidad, constituiría una norma secundaria de derecho internacional, posición adoptada por la CDI.¹⁵⁵ En este caso, el Tribunal habría tenido la obligación de considerar en primer término si se había cometido alguna infracción al TBI y si dicho incumplimiento estaba excluido por el Artículo XI. Únicamente si el Tribunal hubiese concluido que la conducta no se conformó al Tratado, habría tenido que considerar si la responsabilidad de Argentina podía ser excluida total o parcialmente conforme al derecho internacional consuetudinario.

135. Los dos errores en que el Tribunal incurrió podrían haber tenido un impacto decisivo en la parte resolutive del Laudo. Tal como CMS ha admitido, el Tribunal dio una errónea interpretación al Artículo XI. En efecto, no evaluó si se habían cumplido los requisitos establecidos en el Artículo XI y si, por consiguiente, las medidas adoptadas por Argentina eran capaces de configurar, incluso *prima facie*, un incumplimiento del TBI. Si el Comité actuase como un tribunal de apelación tendría que revocar el Laudo sobre esta base.

136. El Comité recuerda, una vez más, que sólo tiene una jurisdicción limitada con arreglo al Artículo 52 del Convenio CIADI. En concreto, lisa y llanamente el Comité no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del Tribunal. A pesar de los errores y vacíos identificados en el Laudo, en definitiva el Tribunal aplicó el Artículo XI del Tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades.

¹⁵³ Audiencia sobre Procedimiento de Anulación, 27 de marzo de 2007, 339-340; 28 de marzo de 2007, 69-70, 177.

¹⁵⁴ *Caso concerniente a Oil Platforms (República Islámica de Irán con Estados Unidos de América)*, Sentencia sobre el Fondo, 6 de noviembre de 2003, párr. 34.

¹⁵⁵ Véase la discusión publicada en *ILC Ybk 1999* vol II(2), 73-74, 85; CDI, Comentario a la Parte 1, Capítulo V, párrs. (2)-(4), (7).

H. Carácter transitorio de la necesidad y efectos en la indemnización

(a) El Laudo

137. Tras haber resuelto que los requisitos de necesidad conforme al derecho internacional consuetudinario y al Artículo XI del TBI no habían sido cumplidos, rechazando la defensa respectiva de Argentina, el Tribunal consideró las consecuencias que cabía desprender de esas conclusiones en cuanto a la indemnización. El Tribunal recordó que conforme al Artículo 27 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI:

“La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud se entenderá sin perjuicio de

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

El Tribunal se manifestó “convencido de que el Artículo 27 contiene la norma apropiada del derecho internacional en esta materia.”¹⁵⁶ Asimismo, sostuvo que “[a]unque se aceptara la invocación de necesidad, el deber de cumplir la obligación se reanudaría tan pronto como la circunstancia que excluye la ilicitud hubiese dejado de existir, lo cual ya ha sucedido en el presente caso.”¹⁵⁷ Concluyó señalando que “la suspensión del derecho a una indemnización es estrictamente transitoria y ese derecho no se extingue por los acontecimientos de la crisis.”¹⁵⁸

138. El Tribunal estimó la indemnización debida sobre la base de los daños que CMS experimentarían entre los años 2000 y 2027.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Laudo, párr. 390.

¹⁵⁷ Laudo, párr. 382. El Tribunal ya había decidido que el período había finalizado “en algún momento entre fines de 2004 y principios de 2005” (párr. 250).

¹⁵⁸ Laudo, párr. 392.

¹⁵⁹ Laudo, párr. 419.

(b) Las alegaciones de Argentina

139. Argentina sostiene que el Artículo 27 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI “no establece el pago de una indemnización debido a medidas sujetas a la excepción de necesidad.”¹⁶⁰ Según Argentina, esta norma sólo contempla la posibilidad de tal indemnización en ciertos casos y no intenta especificar en qué circunstancias la indemnización podría ser pagada. Añade que, en el presente caso, la materia está regulada por el Artículo XI del TBI, el cual necesariamente excluye la indemnización.¹⁶¹

140. Además, Argentina cuestiona “la opinión del Tribunal respecto de la naturaleza transitoria del período de necesidad”¹⁶² y asevera que “El Tribunal no consideró la posibilidad de que la estabilidad permanente posterior a la crisis *dependía de la continuación* de, precisamente, el tipo de medidas cuestionadas en el presente caso...Asimismo, la opinión del Tribunal respecto de la naturaleza transitoria del período de necesidad no es coherente con la indemnización por daños y perjuicios otorgada a la otra parte por supuestos daños causados *durante* el período de necesidad.”¹⁶³

141. Así, para Argentina, en este punto el Laudo debe ser anulado por extralimitación manifiesta de facultades.

(c) Las alegaciones de CMS

142. CMS afirma que “la solicitud de revisión efectuada por Argentina de las conclusiones del Tribunal respecto de la naturaleza transitoria de la emergencia excede el mandato del Comité por varias causas.”¹⁶⁴ De hecho, “[e]l análisis del Tribunal respecto de la cuestión constituyó *obiter dicta* y...no podría identificarse como una extralimitación manifiesta en sus facultades.”¹⁶⁵ Asimismo, “no es una tarea del Comité reevaluar las conclusiones de hecho efectuadas por el Tribunal.”¹⁶⁶

¹⁶⁰ Memorial de Anulación de Argentina, párr. 162.

¹⁶¹ Ibid., párr. 161.

¹⁶² Ibid., párr. 160.

¹⁶³ Ibid., párr. 160.

¹⁶⁴ Memorial de Contestación sobre Anulación de CMS, párr. 93.

¹⁶⁵ Ibid., párr. 94.

¹⁶⁶ Ibid., párr. 96.

143. CMS sostiene también que “la consideración del Tribunal respecto de la obligación de Argentina de pagar indemnización en forma retroactiva en caso de un estado de necesidad era *obiter dicta*, teniendo en cuenta el rechazo previo del Tribunal de las defensas de Argentina basadas en el Artículo XI y en el derecho internacional consuetudinario.”¹⁶⁷ En este aspecto, además, el Laudo es coherente con los planteamientos de ambas Partes ante el Tribunal.

(d) La visión del Comité

144. En los párrafos 379 a 394 del Laudo, el Tribunal analizó el Artículo 27 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI relativos a la naturaleza transitoria de la necesidad y las condiciones bajo las cuales la indemnización podría deberse incluso si la necesidad es establecida.

145. El Comité observa que el Artículo 27 comprende las situaciones en las cuales el estado de necesidad excluye la ilicitud conforme al derecho internacional consuetudinario. En el presente caso, el Tribunal rechazó la defensa de Argentina basada en el estado de necesidad. De este modo, el Artículo 27 no era aplicable y los párrafos relativos a ese Artículo eran *obiter dicta*, lo que no podría tener incidencia alguna sobre la parte resolutive del Laudo.

146. Sin embargo, el Comité cree necesario hacer presente que, en esta materia, nuevamente el Tribunal incurrió en un manifiesto error de derecho. El Artículo 27 se refiere, entre otros, a las consecuencias de la existencia del estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario, pero con antelación a analizar ese Artículo, incluso en forma *obiter dicta*, el Tribunal debió haber examinado la posibilidad de indemnización bajo el TBI si las medidas adoptadas por Argentina hubiesen estado comprendidas por el Artículo XI. La respuesta a esa interrogante es evidente: el Artículo XI, si fuese aplicable, excluye la operación de las normas sustantivas del TBI. De este modo, no cabía posibilidad alguna de que la indemnización pudiese pagarse durante ese período.

¹⁶⁷ Ibid., párr. 100.

147. El Comité nota además que el propio Artículo 27 es una disposición “sin perjuicio”, no una estipulación. Él se refiere a la “cuestión de la indemnización” y no tiene por objeto especificar en qué circunstancias la indemnización podría adeudarse, a pesar del estado de necesidad.¹⁶⁸

148. Dado que los párrafos 379 a 394 del Laudo son *obiter dicta*, debe examinarse el fundamento sobre el cual el Tribunal determinó que Argentina debía una indemnización a CMS por el daño que ésta sufrió entre los años 2000 y 2027.

149. El Tribunal había determinado que Argentina había incumplido sus obligaciones internacionales bajo el Artículo II(2)(a) y el Artículo II(2)(c) del TBI. Asimismo, el Tribunal había decidido que, en el presente caso, no existía estado de necesidad, haciéndolo en términos que, necesariamente, excluían también la aplicación del Artículo XI. Así, bajo el conocido principio de derecho internacional mencionado en el Artículo 1 de los Artículos de la CDI, Argentina fue responsable de las medidas ilícitas que implementó.

150. El Comité concluye que, cualesquiera puedan haber sido los errores en que el Tribunal incurrió en esta materia, no se extralimitó manifiestamente en sus facultades ni omitió razonamiento en la parte del Laudo concerniente al Artículo XI del TBI y al estado de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.

I. Indemnización

(a) El Laudo

151. No existiendo un acuerdo sobre la forma de reparación, el Tribunal determinó -en los párrafos 409 a 469 del Laudo-, el monto de indemnización debido por Argentina a CMS. Para tal efecto, decidió utilizar el estándar del justo valor de mercado y calcular ese valor mediante el método de flujo de caja descontado. El Tribunal hizo presente que el perito designado por CMS había sido el único que estimó el valor del daño sufrido por CMS en sus acciones en TGN. El Tribunal tomó esa estimación como punto de partida,

¹⁶⁸ Véase el comentario de CDI sobre el Artículo 27, paras. (1), (6): *Yearbook of the International*

pero nombró sus propios peritos y, en vista del informe evacuado por estos, modificó la evaluación preliminar en diversos puntos. Tras esta modificación, el Tribunal concluyó en “una valoración de la pérdida para el Demandante según el método FCD de US\$133.2 millones, al 17 agosto de 2000, que representa la indemnización debida al respecto por el Demandado al Demandante a esa fecha”.¹⁶⁹ El Tribunal declaró que Argentina debía pagar esa cantidad, agregando lo siguiente:

“Luego del pago de la indemnización decidida en este Laudo, el Demandante transferirá al Demandado la propiedad de sus acciones en TGN una vez que el Demandado haya pagado el monto adicional de US\$2,148,100. El Demandado tendrá hasta un año a partir de la fecha de notificación del presente Laudo a las partes, para aceptar dicha transferencia.”¹⁷⁰

El Tribunal determinó luego el interés a pagarse.¹⁷¹

(b) Las alegaciones de las Partes

152. Argentina sostiene que el Tribunal omitió expresar “los motivos por los cuales un porcentaje del valor de la *compañía* debería ser la base para el otorgamiento de una compensación a un *accionista* en un caso en el que no ha existido expropiación. En el Laudo se pone este principio en práctica sin darse una explicación adecuada acerca de las cifras escogidas.”¹⁷² Además, según Argentina, el Tribunal se contradijo al decidir que no había existido expropiación y al servirse del estándar de indemnización aplicable a la expropiación.¹⁷³ El Tribunal efectuó su cálculo sin indicar las bases de varias de sus estimaciones. “[E]n el Laudo no se expresan las razones por las que se arriba a la conclusión de que CMS –en lugar de simplemente TGN– tenía derecho a calcular las tarifas en dólares, a obtener ajustes de tarifas en base al PPI y a beneficiarse con la supuesta cláusula de estabilización de la Licencia.”¹⁷⁴

Law Commission 2001, vol. II(2), 209, 211.

¹⁶⁹ Laudo, párr. 468.

¹⁷⁰ Ibid., sub-párr. 3 de lo dispositivo.

¹⁷¹ Ibid., párrs. 470-471.

¹⁷² Réplica sobre Anulación de Argentina, párr. 99.

¹⁷³ Ibid., párr. 101.

¹⁷⁴ Ibid., párr. 100.

153. Por su parte, CMS hace hincapié en que el Tribunal expresó sus motivos para adoptar el estándar del valor justo de mercado por una infracción del Artículo II del TBI y explicó claramente la metodología que empleó para tal fin a la luz de los informes de varios peritos.¹⁷⁵ Además, no se aprecia contradicción alguna en el Laudo, cuya parte sustantiva no puede ser revisada por el Comité.¹⁷⁶

(c) La visión del Comité

154. El Comité observa que el Laudo es una de las decisiones más detalladas en materia de perjuicios de la jurisprudencia del CIADI. Bajo el epígrafe “Reparación”, el Tribunal destinó 25 páginas a este tema. Se declaró “convencido de que la naturaleza acumulativa de los incumplimientos analizados en el presente caso se atiende más adecuadamente mediante la aplicación del estándar del valor justo de mercado.”¹⁷⁷ Igualmente, señaló que “[a]unque este estándar tiene una relación principal con las expropiaciones, no se excluye la posibilidad de que también sea apropiado en el caso de otros incumplimientos, si tienen el efecto de generar pérdidas importantes en el largo plazo.”¹⁷⁸ Al así hacerlo, el Tribunal explicó claramente sus motivos y no contradujo su decisión que rechazó el reclamo de expropiación de CMS.

155. El Tribunal posteriormente enumeró diversos métodos que podían ser utilizados para calcular el valor justo de mercado y concluyó, por las razones indicadas en los párrafos 411 a 417 del Laudo, que el método de flujo de caja descontado (FCD) es el que “que debe aplicarse.”¹⁷⁹

156. En cuanto a la evaluación de los perjuicios, el Tribunal examinó cuidadosamente los informes de los peritos designados por ambas partes, confrontándolos con el informe de sus propios peritos. El Tribunal utilizó el método del “valor patrimonial directo” para calcular el valor de la compañía y sus títulos valores.¹⁸⁰ Modificó en varios puntos los supuestos que formaron la base del informe pericial de CMS, especificando las causas de

¹⁷⁵ Memorial de Contestación sobre Anulación de CMS, párrs. 170-173.

¹⁷⁶ Ibid., párrs. 173-174.

¹⁷⁷ Laudo, párr. 410.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid., párr. 411.

cada cambio. En particular, el Tribunal analizó dos escenarios diferentes de FCD: uno en un contexto “sin cambios regulatorios” (“sin pesificación”) y otro en “nuevo marco regulatorio” posterior a las medidas (“con pesificación”).¹⁸¹ Este último escenario incluiría el impacto de la crisis de Argentina sobre el cumplimiento de TGN en ausencia de las medidas reclamadas por CMS. De esta manera, contra lo que sostiene Argentina, dicho elemento fue tomado en consideración.

157. El Comité, por tanto, concluye que no hubo omisión de razones ni contradicción en el razonamiento respecto del estándar de indemnización aplicado por el Tribunal ni de la evaluación de los perjuicios que efectuó.

J. Conclusión

158. El Comité ha identificado una serie de errores y defectos al examinar el Laudo. En efecto, éste contiene evidentes errores de derecho, vacíos y omisiones, todos los cuales han sido identificados y destacados por el Comité. Sin embargo, el Comité está consciente de que ejerce su jurisdicción bajo el limitado mandato que le confiere el Artículo 52 del Convenio del CIADI. El alcance de este mandato permite la anulación como una alternativa sólo cuando se cumplen determinadas condiciones. Tal como se ha declarado (párrafo 136 anterior), en estas circunstancias el Comité no puede reemplazar la apreciación de los hechos y del derecho realizada por el Tribunal por la suya.

159. En definitiva, la solicitud de anulación de Argentina debe ser acogida en lo que respecta a la cláusula paraguas. Sus demás peticiones son rechazadas.

160. En consecuencia, la suspensión de la ejecución mantenida por la Decisión del Comité de 1 de septiembre de 2006 se alza automáticamente desde la fecha de la presente Decisión, conforme a la Regla de Arbitraje 54(3). Por consiguiente, se restablece la obligatoriedad del pago por parte de Argentina de la suma concedida (véase el párrafo 15 anterior), reactivándose lo dispuesto por el Laudo¹⁸² en cuanto a que, una vez pagada la suma adeudada, con más la cantidad de US\$2.148.100, las acciones de CMS en TGN

¹⁸⁰ Ibid., párrs. 430-433.

¹⁸¹ Ibid., párr. 422.

serán transferidas a Argentina. Conforme al Artículo 44 del Convenio del CIADI (aplicable al procedimiento de anulación en virtud del Artículo 52(4)), el Comité resuelve que Argentina dispone de 228 días, contados desde la fecha en que la presente Decisión sea remitida a las Partes, para aceptar la transferencia de propiedad de las acciones de CMS en TGN, conforme se establece en el sub-párrafo 3 de lo dispositivo del Laudo.

161. Se confirma lo resuelto en cuanto a las costas del procedimiento tramitado ante el Tribunal. En cuanto a las costas del procedimiento de anulación, esta es una materia sujeta a la discreción del Comité. Salvo una sola excepción, en todos los procedimientos de anulación los Comités han resuelto que las Partes deben soportar las costas del CIADI por mitades.¹⁸³ En las circunstancias del presente caso, el Comité seguirá esta práctica.

162. Los costos de representación de las Partes incurridos durante el procedimiento de anulación quedan también dentro de la discreción del Comité. Atendida la decisión de anulación parcial y teniendo en consideración todas las circunstancias, el Comité decide que no instruirá respecto de los costos de representación que se han incurrido ante el mismo.

¹⁸² Laudo, sub-párr. (3) de lo dispositivo, y véase arriba párrafo 10.

¹⁸³ Véase *MTD con Chile*, párr. 110 (nota 139).

K. Decisión

163. Por las razones precedentes, el Comité decide:

(1) Que se anula el Sub-párrafo 1 de lo dispositivo del Laudo en cuanto éste establece que “El Demandado incumplió sus obligaciones...de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el Artículo II(2)(c) del Tratado.”

(2) Que se rechazan los otros reclamos de la República de Argentina.

(3) Que Argentina dispone de 228 días, contados desde la fecha en que la presente Decisión sea remitida a las Partes, para aceptar la transferencia de propiedad de las acciones de CMS en TGN, conforme se establece en el sub-párrafo 3 de lo dispositivo del Laudo.

(4) Que cada Parte pagará la mitad de los costos incurridos por el Centro en relación al presente procedimiento de anulación.

(5) Que cada Parte pagará sus propios costos de representación en relación al presente procedimiento de anulación.

[firma]

JUEZ GILBERT GUILLAUME
Presidente del Comité
Fecha: 21 de agosto de 2007

[firma]

JUEZ NABIL ELARABY
Miembro
Date: 12 de julio de 2007

[firma]

PROFESOR JAMES CRAWFORD
Miembro
Date: 12 de julio de 2007