

Las razones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI: análisis y evaluación del caso CMS contra Argentina*

*Catherine Ricaurte Herrera***

RESUMEN

Tras analizar y evaluar la argumentación jurídica efectuada por el Tribunal del CIADI respecto del caso CMS vs. Argentina, se aprecia que tal argumentación descansa sobre la errada concepción de que en el caso no existían aspectos que afecten derechos humanos. En realidad se trataba de un caso difícil, en materia de derechos sociales, que no podía ser resuelto por la simple aplicación de las reglas específicas del sistema (subsunción), como erróneamente lo hizo el Tribunal del CIADI, pues necesariamente debía acudir al procedimiento de la ponderación. Si se acude a la ponderación se podrá constatar que existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una solución incompatible con la del otro: por un lado, la protección del derecho a la seguridad jurídica del inversionista extranjero, que exige un respeto a los derechos pactados contractual y legalmente; y, por otro, el de la protección al derecho a la vivienda, que exige una congelación en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre ellos del transporte y distribución del gas. En este caso el segundo prevalece sobre el primero.

PALABRAS CLAVE: Argumentación jurídica, CIADI, TBI, arbitraje internacional, inversión extranjera, estado de necesidad, derechos humanos, principios, ponderación, enfoque de derechos, derechos sociales, privatizaciones.

ABSTRACT

After analyzing and evaluating the legal argumentation made by the International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID arbitral tribunal in the case CMS vs. Argentina, it is concluded that the argument expressed in the decision rests upon a misconception that there were not issues that affect human rights. In fact, it was a complex case of social rights, which could not be solved by the

* Una versión preliminar de este artículo fue elaborado en el marco del programa de maestría en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante, para el cual la autora contó con una beca otorgada por la Fundación General de la mencionada universidad.

** Profesora de Argumentación Jurídica en la Universidad de los Hemisferios. Exmiembro de la Comisión Técnica Presidencial para la Construcción de la Nueva Arquitectura Financiera Regional.

simple application of specific rules of a system (subsumption) as the ICSID tribunal did. In the case it was necessary the balancing of the rights affected. The article argues that by using the balancing of rights test, it can be found that there are two rights affected. Each of these leads to a solution incompatible with the other: on one hand the protection of the right of legal security of the foreign investor, which requires fulfilling the agreed contractual rights; and second, the protection of the right to housing, which requires a freeze in rates of essential basic services, including transport and distribution of gas. In this case the second one should prevail over the first one.

KEY WORDS: Legal argumentation, ICSID, BITs, international arbitration, foreign investment, state of necessity, human rights, balance of rights test, social rights, privatization.

FORO

PRESENTACIÓN

Desde 2008 he venido investigando las críticas negativas que recibe el mecanismo de arbitraje internacional aplicado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI);¹ tales críticas vienen acompañadas de análisis aislados de los laudos que emite el mencionado Centro.² Sin embargo, nunca se ha analizado la argumentación jurídica de un fallo,³ a través de un método que da cuenta de los elementos formales, materiales y pragmáticos de la resolución, como el método para el análisis de argumentaciones del profesor Manuel Atienza, con lo cual se podría observar los puntos fuertes y débiles de la argumentación del laudo y solo a partir de aquello, elaborar un juicio evaluativo.

Es así que decidí analizar el caso CMS Gas Transmission Company y República de Argentina (en adelante caso CMS vs. Argentina). Son dos los problemas que resolvió el Tribunal del CIADI; el primero fue sobre la responsabilidad o no de Argentina: para

-
1. Nace en 1966, con el propósito de establecer un instrumento –el arbitraje internacional– que permita resolver diferencias entre inversionistas privados de un país suscriptor del convenio del CIADI, y el Estado de aquel país en el que esos inversionistas han radicado sus capitales.
 2. Se toman fragmentos de sus fallos o laudos y se los analiza en relación con un concepto que normalmente tienen que ver con las cláusulas de protección a las inversiones insertas en los Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones (trato justo y equitativo, nación más favorecida, *umbrella clause*, entre otras).
 3. Entendida esta como el conjunto de argumentos y de líneas argumentativas que tienen lugar entre el planteamiento del problema y la respuesta o solución argumentativa del mismo.

determinar ello analizó si Argentina violó o no el Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones suscrito entre Estados Unidos de Norteamérica y la República de Argentina; y si se configuró o no el estado de necesidad, como eximente de responsabilidad. Y el segundo problema que analizó el Tribunal fue sobre el monto de la indemnización debida a CMS.

Para ello, en la primera parte de este artículo, me ocupo de describir brevemente el sistema de resolución de controversias que utiliza el CIADI, para resolver los problemas puestos a su decisión, ya que si bien este mecanismo es difundido entre los países que dirimen controversias ante el mismo, de seguro resulta muy novedoso en lugares y ámbitos en los que su uso no es muy común, por lo que proveer de una breve descripción acerca del mismo resulta necesario a fin de entenderlo.

En la segunda parte, narro brevemente el contexto en el cual se desencadenó el conflicto a resolverse “la crisis económica en Argentina”, lo cual también es muy necesario, sobre todo para el posterior análisis y evaluación del *estado de necesidad* alegado por Argentina, como eximente de responsabilidad.

El análisis del caso CMS *vs.* Argentina, utilizando el método para análisis de argumentos, desarrollado por Manuel Atienza, está contenido en la tercera parte de este artículo.

Y, en la cuarta parte, me dedico a la evaluación del caso. En primer lugar, detecto, la línea argumentativa más débil del Tribunal y, a propósito de ello, paso a revisar, brevemente, la relación entre el Derecho y la moral y luego las aportaciones de Alí Lozada, respecto al enfoque de derechos en las políticas de desarrollo, debido a que las críticas que dirijo a la argumentación del Tribunal, se soportan en las tesis planteadas por el mencionado autor.

SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL CIADI

CREACIÓN DEL CIADI Y SU VINCULACIÓN CON LOS TBIS

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue creado a través de un tratado internacional –el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados–;⁴ este con-

4. Convenio con fecha 18 de marzo de 1966. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

venio ofrece como mecanismo, para la resolución de controversias entre inversores y estados, el arbitraje internacional.

El funcionamiento del CIADI⁵ está estrechamente vinculado a los Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones (TBI),⁶ porque estos instrumentos son los que otorgan jurisdicción –a sus tribunales arbitrales–⁷ para resolver las disputas que se susciten entre inversores extranjeros y estados. De tal forma que los TBI, conjuntamente con el Convenio de creación del CIADI, conceden al inversor el privilegio de sustituir el sistema de justicia del Estado donde invierten, por un tribunal foráneo. La importancia de los TBI también se debe a que las normas contenidas en estos son las aplicadas por los tribunales del CIADI para resolver las controversias sometidas a su resolución.

PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS APLICADO POR EL CIADI

El CIADI, para prestar sus servicios de conciliación y arbitraje, en las diferencias surgidas en torno a una inversión entre los estados partes y los nacionales de otros estados partes, cuenta con su convenio constitutivo, que es la norma general y básica y con las reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con el artículo 6.1 (a-c) del convenio que comprenden el Reglamento Administrativo y Financiero y las Reglas Procesales aplicables a la iniciación, conciliación y arbitraje, cuya última enmienda entró en vigor el 10 de abril de 2006.

De acuerdo al art. 25.1 del convenio:

[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditado por el Centro por dicho Esta-

5. A octubre de 2010, 155 estados han suscrito el Convenio del CIADI y 144 estados han depositado sus instrumentos de ratificación. Ver [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home].

6. Existen más de 2.600 Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones TBI, que ofrecen diversas garantías al inversor extranjero (trato justo y equitativo, tratamiento nacional, prohibición a las expropiaciones, prohibición a tratamientos arbitrarios y discriminatorios, entre otras). Entre los factores que contribuyeron para la expansión de los TBI, está el proceso de privatizaciones que se dio en varios de los países latinoamericanos, a fin de atraer inversiones extranjeras, pues estos tratados dotaban de mayores garantías a las inversiones. Ver [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home].

7. Normalmente, los TBI ofrecen una alternativa al arbitraje del CIADI: el arbitraje *ad hoc*, bajo las reglas de UNCITRAL.

do) y un nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Se desprende de la norma citada, que el consentimiento para someterse al arbitraje del CIADI debe constar por escrito, pero dicha norma no especifica el instrumento en el cual debe estar dicho consentimiento, como consecuencia de ello —el consentimiento— puede constar en uno o varios instrumentos y ser materializado a través de diversas vías: convencional, contractual y legislativa. No obstante, si se observan los casos CIADI, se puede verificar que el consentimiento al arbitraje CIADI está siendo otorgado principalmente vía TBI.⁸

El tribunal se conforma por un número impar de árbitros nombrados por las partes, y si estas no se pusieran de acuerdo, cada parte designa a un árbitro y el tercero es nombrado por el presidente del CIADI. El nombramiento por parte del presidente debe hacerse de las listas que han sido inscritas por los estados, requisito que no se aplica cuando la designación de árbitros la hacen las partes. Los árbitros designados por el presidente no pueden tener la nacionalidad de las partes.⁹

La controversia de inversión se resuelve en derecho, salvo que las partes convengan que el fallo sea *ex aequo et bono*.¹⁰

En caso de que no exista acuerdo de las partes, el tribunal aplicará el derecho sustantivo del Estado parte en la controversia y “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”.¹¹ Respecto a las normas de procedimiento, el tribunal debe observar el convenio, salvo acuerdo en contrario de las partes y a falta de norma aplicable el tribunal decide.¹²

El tribunal del CIADI resuelve sobre: a) su propia competencia; b) medios de prueba; c) demandas incidentales, adicionales o de reconvencción que se relacionen directamente con la diferencia; d) medidas provisionales, si las circunstancias lo requieren.¹³

8. En ese sentido, El-Kosheri muestra la evolución sufrida en el seno del CIADI en cuanto las vías posibles de acceso al Centro y, por ende, los modos para determinar la jurisdicción, pues manifiesta que durante las dos primeras décadas de vida del CIADI el modelo de arbitraje era el de una cláusula inserta en un contrato de inversión, pero en lo posterior la aplicación de un TBI es preponderante. Ver: S. El-Kosheri, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, ICSID Rev., vol. 8, 1993, pp. 106-107.

9. Artículos 37 al 40 del Convenio CIADI.

10. *Ibid.*, art. 42.3 (de acuerdo a la equidad y a la conciencia de los árbitros o a su leal saber y entender prescindiendo la consideración de la norma jurídica).

11. *Ibid.*, art. 42.1. (en el contexto del arbitraje, se refiere a la facultad de los árbitros a prescindir de la consideración de la ley y observar únicamente lo que entienden como justo y equitativo en el caso que nos ocupa).

12. *Ibid.*, art. 44.

13. *Ibid.*, art. 41.1; 43, 46 y, 47.

A petición de la parte presente, y luego de conceder un período de gracia a la parte ausente, el tribunal puede dictar el laudo que debe ser por escrito, estar motivado y ser adoptado y firmado por mayoría de votos. Los árbitros pueden aclarar su voto o hacer un voto salvado. El laudo solo se publica si las partes lo autorizan.¹⁴

El laudo puede ser completado por parte del tribunal o rectificar los errores materiales, aritméticos o similares, siempre que una de las partes lo solicite y con el mismo valor del original.¹⁵ También existen los recursos de *aclaración* acerca del alcance o sentido del laudo y *revisión* debido al descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir en el laudo.¹⁶ De ser posible, estos recursos se resuelven por el mismo tribunal y, si este lo considera pertinente, puede suspender la ejecución del fallo mientras los recursos se deciden.

También se puede solicitar la *anulación* del laudo en las siguientes circunstancias: a) que el tribunal se hubiera constituido incorrectamente; b) que el tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en su facultades; c) que hubiera habido corrupción de algún miembro del tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento; o e) que el laudo no hubiera explicado los motivos en que se funda. La anulación se resuelve por una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a la que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la lista de árbitros por cualquiera de aquellos estados y tampoco haber actuado como conciliador en la misma diferencia.¹⁷

Las facultades de la Comisión son las de anulación y no de sustitución del laudo, de tal forma que, si fuere anulado, la controversia –a petición de parte– debe someterse a un nuevo tribunal. Ejecutoriado el laudo es de cumplimiento obligatorio. Los laudos se ejecutan “de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencia, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda...”.¹⁸

Finalmente, cabe anotar que a través del *Mecanismo Complementario*, adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI, se autoriza al Secretariado del Centro administrar cierta categoría de procedimientos entre estados y nacionales de otros

14. *Ibid.*, art. 48.

15. *Ibid.*, art. 49.

16. *Ibid.*, art. 50 y 51.

17. *Ibid.*, art. 52.

18. *Ibid.*, art. 54. De tal forma que no es necesario acudir a los procedimientos de la Convención de la ONU sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958).

estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: i) procedimientos de comprobación de hechos; ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante; y iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.

CONTEXTO HISTÓRICO DEL CASO CMS VS. ARGENTINA

PROGRAMA DE PRIVATIZACIÓN DEL GOBIERNO ARGENTINO

A finales de los años de 1980, Argentina sufrió una crisis económica caracterizada por una profunda recesión e hiperinflación. El Gobierno argentino, como parte de su plan de recuperación económica, inició un proceso de privatización a través de la promulgación de la Ley de Reforma del Estado en agosto de 1989. Así, las grandes entidades gubernamentales de prestación de servicios públicos fueron privatizadas, entre ellas, la empresa monopólica estatal de transporte y distribución del gas natural, llamada Gas del Estado S.E.

El Gobierno argentino, para implementar su plan de privatización en el sector del gas, en junio de 1992 promulgó la Ley del Gas en la que se estableció una estructura reguladora global para la prestación del servicio de transporte y distribución de gas natural;¹⁹ el Reglamento a la mencionada Ley fue promulgado en septiembre de 1992 y de conformidad con sus disposiciones, las tarifas de transporte y distribución del gas serían calculadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y serían convertidas en pesos argentinos, al día de la facturación, sin que el Gobierno pueda rescindir o modificar las licencias a menos que cuente con el consentimiento de las licenciatarias.

La Ley del Gas y su Reglamento fueron completados con las Reglas Básicas de la Licencia, a través de las cuales se instauró el prototipo de la Licencia para la distribución y transporte de gas natural. A base de dichas Reglas, en las licencias se estableció

19. Creó, además, una entidad pública denominada Ente Nacional Regulador del Gas (ENERGAS) para supervisar la industria.

el deber del Gobierno de compensar a las licenciatarias, en caso de pérdidas derivadas de los cambios en el sistema tarifario garantizado. De la misma manera, estas reglas implementaron una revisión semestral de las tarifas basada en el Índice de Precios al Productor de los Estados Unidos de América (IPP), la cual se llevaría a cabo en enero y junio de cada año.

En virtud del nuevo régimen legal, Gas del Estado S.E. fue dividida en dos compañías de transporte y ocho compañías de distribución de gas natural. Transportadora de Gas del Norte (TGN) fue una de las compañías creadas para el transporte de gas natural.²⁰

El esquema de privatización implementado estaba ideado para inversionistas extranjeros, a los cuales se les incentivó a comprar acciones en estas nuevas empresas privadas, ya que estas acciones gozaban de garantías, principalmente el cálculo de las tarifas en dólares de los Estados Unidos, ajustes automáticos y periódicos a base del IPP y un régimen legal claro, que no podía ser modificado, unilateralmente, por el Gobierno.

Como parte de sus esfuerzos de comercialización, Argentina distribuyó un Memorando de Información en los mercados extranjeros el que contenía un compendio del marco legal que regulaba la privatización, los términos y las condiciones de la licitación y el marco regulatorio que sería aplicado a la nueva industria. Además, durante esa época, para acrecentar la seguridad de los inversionistas extranjeros, Argentina ratificó el Convenio del CIADI y varios TBI, entre ellos el TBI con Estados Unidos, que es el tratado en el que se basa el caso que analizaremos.

En 1995, atraída por las garantías e incentivos ofrecidos por el Gobierno argentino, CMS Gas Transmission Company (CMS)²¹ decide adquirir el 25% del capital accionario de TGN, a lo que más tarde se agregó la adquisición de un 4,42% adicional, así CMS pasó a ser propietaria del 29,42% del capital accionario de TGN y el resto del capital, pertenecía a inversionistas privados nacionales.

20. Decreto No. 1189/92, sobre la creación de TGN y otras compañías.

21. Sociedad constituida conforme a la legislación del Estado de Michigan (Estados Unidos).

**CRISIS ECONÓMICA EN ARGENTINA:
INICIO DE CONFLICTOS CON INVERSIONISTAS
DEL SECTOR DEL GAS**

A finales de los años de 1990 una nueva crisis económica le sobrevino a Argentina; dicha crisis²² estuvo acompañada de problemas sociales.²³ Pese a ello, las tarifas en los contratos de servicios públicos debían ser ajustadas en enero de 2000, sobre la base del IPP, tal como lo establecía el marco legal creado para la privatización.

El Gobierno argentino, al considerar que los ajustes tarifarios pendientes no eran razonables ya que implicaban un incremento en las tarifas en un contexto de recesión y deflación, se reunió con las licenciatarias de transporte del gas para discutir una suspensión temporal del ajuste tarifario semestral por IPP. Así, en enero del año 2000, se llegó a un primer acuerdo a través del cual las licenciatarias aceptaron suspender por seis meses el ajuste semestral correspondiente a enero de 2000 con la condición de que las tarifas serían recuperadas con intereses entre julio de 2000 y abril de 2001.

Durante los primeros seis meses del año 2000, la economía argentina se deterioró aún más, por lo que el Gobierno instó a las licenciatarias a aceptar una segunda suspensión, la que fue aceptada en agosto de 2000 y que incluía la suspensión de los ajustes hasta el 30 de junio de 2002. El acuerdo logrado incluía el compromiso de que los ingresos no obtenidos, en virtud de la nueva postergación, se recuperarían paulatinamente, a partir de junio de 2002 y que se respetaría la estructura legal creada para el proceso de privatización de la industria del gas natural. Lo acordado se formalizó en el Decreto No. 669/2000.

En agosto de 2000, el Defensor del Pueblo de Argentina interpuso una demanda ante la Corte Federal, solicitando una medida cautelar contra el Decreto 669/2000. La Corte dictó una orden provisional suspendiendo la aplicación del Decreto 669/2000 y del acuerdo llegado con las licenciatarias, hasta que se adoptara una decisión sobre la legalidad del ajuste basado en el IPP. En octubre de 2001, la Corte de Apelaciones confirmó la orden de suspensión y el caso fue elevado a la Suprema Corte. En noviembre de 2001, ENERGAS declaró que no ajustaría las tarifas hasta obtener una sentencia definitiva, lo cual no ocurrió hasta la fecha de emisión del laudo que será analizado.

22. El PIB de Argentina decreció, causando una depresión dramática en los precios internos, el consumo privado y las inversiones comenzaron a caer y como consecuencia de aquello entró en un período de deflación. Además el peso estaba sobrevaluado y muchos economistas consideraban que el esquema del cambio dólar debía ser abandonado. La prima de riesgo país se incrementó y Argentina fue excluido del mercado internacional de crédito.

23. Los niveles de desempleo, pobreza e indigencia comenzaron a incrementarse.

LA LEY DE EMERGENCIA

A finales de 2001 la crisis argentina se profundizó aún más, tanto que los argentinos temieron que el Gobierno pudiera inmovilizar los depósitos bancarios, por lo que los ahorros fueron masivamente retirados de los bancos. En respuesta a este hecho, en diciembre de 2001, mediante Decreto No. 1570/01, el Gobierno adoptó una medida conocida como el “Corralito” que consistió en la restricción de los retiros bancarios y la prohibición de las transferencias al extranjero. El caos económico, social y político se desencadenó en Argentina, provocando la dimisión del presidente De la Rúa y luego una sucesión de presidentes que asumían y dimitían de la presidencia en muy corto tiempo. Finalmente, Duhalde asumió la presidencia e implantó un nuevo plan económico.

En enero de 2002, el Congreso dictó la Ley No. 25.561, Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario (Ley de Emergencia). Esta ley, entre otras medidas, abolió el sistema de convertibilidad previsto en la Ley de Convertibilidad de 1991, que había establecido la paridad entre el peso y el dólar; devaluó el peso y se introdujeron diferentes tipos de cambio para diferentes transacciones. Además, adoptó medidas que modificaron los contratos de servicios públicos, incluyendo el cálculo de las tarifas en pesos en lugar de dólares; abolió todas las cláusulas que establecían ajustes de tarifas en dólares u otras monedas extranjeras; eliminó todos los mecanismos de indexación; y ordenó al Ejecutivo la renegociación de los contratos de servicio público. Las renegociaciones debían culminar, a más tardar, el 31 de diciembre de 2004, lo que ocurrió con algunas compañías de servicios públicos y materias relacionadas, pero no en el caso del sector del transporte y distribución del gas.

ANÁLISIS DE LAS ARGUMENTACIONES DEL CASO CMS *VS.* ARGENTINA

EL CASO

En el contexto reseñado, CMS demanda a Argentina²⁴ porque considera que las medidas que adoptó el Gobierno a partir de enero de 2000 violan los compromisos asumidos frente a CMS en su calidad de inversionista extranjero, compromisos contenidos en el Memorando Informativo de Oferta, Ley y Reglamento del Gas y la

24. En base al TBI suscrito entre Argentina y Estados Unidos.

licencia de transporte otorgada a TGN, lo cual le trajo graves pérdidas económicas. Los compromisos irrespetados, de acuerdo a CMS, fueron: i) el cálculo de las tarifas del transporte del gas en dólares de los Estados Unidos de América, con la conversión a pesos argentinos a la fecha de facturación; y ii) el reajuste de las tarifas cada seis meses en función del índice de precios al productor de los Estados Unidos de América (IPP). Al haber incumplido los mencionados compromisos –dice CMS– Argentina violó las siguientes cláusulas de protección de inversiones previstas en el Tratado Bilateral de Protección a las Inversiones entre Argentina y Estados Unidos:

Art. IV.1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación, pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del artículo II.

Art. II.2 (a). 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.

Art. II.2 (b). Ninguna de las partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones.

Art. II.2 (c). Cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.

Entonces, CMS solicita al Tribunal CIADI que declare la responsabilidad de Argentina por la violación de las cláusulas del TBI y, por ende, disponga el pago de una indemnización a su favor por la suma de US\$ 261,1 millones, en caso de que Argentina decida tomar las acciones de TGN o de US\$ 243,6 millones, en caso de que el título de las acciones permanezca en poder de CMS, más intereses y costas.

Por su parte, Argentina considera que no se violaron ninguna de las obligaciones asumidas por el Gobierno frente a los inversionistas, ya que ningún gobierno puede comprometerse a “mantener una determinada política económica o cambiaria siendo libre de modificar esas políticas, sin que este sea un derecho que puedan impugnar personas o sociedades”. En todo caso –dice Argentina–, las pérdidas económicas que sufrió CMS responden a una grave crisis social, política y económica por la que atravesó el país durante esa época, por lo que –alternativamente– se ampara en el estado de necesidad, como un eximente de responsabilidad de un Estado previsto en el derecho internacional y en el propio TBI entre Argentina y Estados Unidos.

1. El Tribunal, para resolver este caso, sobre el cual tiene competencia, se plantea dos problemas: a) el de si Argentina es o no responsable; y, en caso de que la respuesta, a dicho problema, sea positiva; b) el del monto de la indemnización debida, por Argentina, a CMS.
2. Para resolver el primer problema, el de si *Argentina es o no responsable*, el Tribunal empieza por determinar, la legislación aplicable y, como no hubo acuerdo de las partes, aplica el art. 42.1 del Convenio CIADI;²⁵ es decir, observará "... la legislación y los reglamentos que rigen la privatización del gas, la licencia y el derecho internacional, según este se recoge en el Tratado [o sea en el TBI entre Argentina y EE. UU.] y el Derecho Internacional consuetudinario",²⁶ pero aclara además que no corresponde aplicar tratados sobre derechos humanos "al considerar que los aspectos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales".²⁷ Determinado ello, si Argentina es o no responsable, depende a su vez de dos cuestiones: si violó o no el TBI entre Argentina y EE. UU., y la concerniente a si operó o no el estado de necesidad que alegó.
 - 2.1. La cuestión de si Argentina violó o no el TBI entre Argentina y EE. UU., a su vez, depende de la transgresión a una o más de las cuatro cláusulas del TBI alegadas por CMS; es decir: prohibición de *expropiación indirecta; trato justo y equitativo*; prohibición de *medidas arbitrarias y discriminatorias*; y, violación a la *umbrella clause*:
 - 2.1.1. Si Argentina violó o no la prohibición de *expropiación indirecta* prevista en el art. IV.1 del TBI entre Argentina y Estados Unidos, el Tribunal considera que no, por la siguiente razón:
 - 2.1.1.1. Para que se configure la expropiación indirecta deben cumplirse los supuestos que en este caso no se han cumplido, puesto que CMS ejerce el control de la inversión; el Gobierno argentino no administra las operaciones diarias de la empresa (TGN); y, el inversionista (CMS) tiene la plena propiedad y el control de la inversión.²⁸

25. "Art. 42. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquella norma de derecho internacional que pudieran ser aplicables".

26. Ver párrafo 117 del Laudo.

27. *Ibid.*, párr. 121.

28. *Ibid.*, párr. 263 y 264.

2.1.2. Si Argentina contravino la obligación de otorgar un *trato justo y equitativo*, estándar previsto en el art. II. 2 (a), depende a su vez de la respuesta a las siguientes subcuestiones:

2.1.2.1. De si tiene derecho CMS a una tarifa calculada en dólares de los Estados Unidos, y convertida a pesos a la fecha de facturación. La respuesta que da el Tribunal a esta subcuestión es que sí, básicamente por las siguientes razones:

2.1.2.1.1. La Ley del Gas, el Decreto del Gas (Reglamento) y la Licencia concedida a TGN preveían específicamente el cálculo de la tarifa en dólares y su conversión a pesos a la fecha de facturación.²⁹

2.1.2.1.2. Uno de los principales elementos determinantes para que CMS invirtiera en TGN fue la garantía otorgada por el Gobierno, sobre el derecho a que las tarifas se calcularían en dólares.³⁰

2.1.2.2. De si tiene derecho CMS a un ajuste de tarifas basado en el IPP de los Estados Unidos. La respuesta es que sí, por las siguientes razones:

2.1.2.2.1. Se trata de un derecho establecido en el marco de las disposiciones legales y la Licencia.³¹

2.1.2.2.2. El segundo elemento determinante, para que CMS decidiera invertir en TGN, fue la seguridad de que la tarifa se reajustaría en función del IPP de los Estados Unidos en enero y julio de cada año.³²

2.1.3. Si las medidas adoptadas por Argentina fueron *arbitrarias o discriminatorias*, violando así el art. II.2(b) previsto en el TBI entre Argentina y EE. UU., el Tribunal considera que no, por las siguientes dos razones:

2.1.3.1. Para que haya arbitrariedad, las medidas reclamadas deben haber impedido la administración, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión o liquidación de la inversión. En el presente caso, si bien se observan algunos efectos adversos en el uso, expansión y liquidación de la inversión, estos no han sido absolutos, además de que no ha habido impedimento respecto de la administración y operación de la inversión.

29. *Ibid.*, párr. 133.

30. *Ibid.*, párr. 134, 137.

31. *Ibid.*, párr. 144.

32. *Ibid.*, párr. 139.

2.1.3.2. “[S]olo existe discriminación entre grupos o categorías de personas que se encuentran en una situación similar (...), no apreciándose que exista discriminación en este aspecto”.³³

2.1.4. Si Argentina contravino la protección otorgada en la cláusula de obligación general (*umbrella clause*),³⁴ prevista en el art. II.2(c), depende de si transgredió las dos cláusulas de estabilización previstas en la Licencia: por un lado, la obligación asumida de no congelar el régimen tarifario ni someterlo a controles de precio, y, por otro, la obligación de no modificar las reglas básicas que regulan la licencia sin el consentimiento escrito de TGN.³⁵

2.1.4.1. Si Argentina violó la obligación asumida de no congelar el régimen tarifario ni someterlo a controles de precio, el Tribunal considera que sí, por la siguiente razón:

2.1.4.1.1. Las tarifas deben ser justas y razonables como lo prevé el régimen jurídico aplicable. No obstante, la congelación de las tarifas dispuesta por el Gobierno argentino “no puede reconciliarse con el objetivo de una tarifa justa y razonable”,³⁶ debido a que “el efecto combinado de las congelaciones de las tarifas y la devaluación (...) significó la virtual desaparición de los ingresos provenientes de las operaciones, produjo resultados invariablemente negativos en el balance...”.³⁷

2.1.4.2. Si Argentina violó la obligación de no modificar las reglas básicas que regulan la licencia sin el consentimiento escrito de TGN, el Tribunal considera que sí, por las siguientes razones:

2.1.4.2.1. “[L]a ley y la Licencia ofrecían mecanismos que permitían restablecer cuando fuera necesario el equilibrio de los compromisos contractuales en virtud de la modificación de las circunstancias económicas y de sus efectos en cuanto a costos y rentabilidad”.³⁸ Por lo que el Gobierno

33. *Ibid.*, párr. 293.

34. La *umbrella clause* o cláusula paraguas pretende garantizar el respeto a las obligaciones que hubieran contraído las partes (inversor y Estado receptor de la inversión) en otro instrumento distinto al TBI, y que le resultaren más favorables al inversor. De tal forma que, a través de la *umbrella clause*, se incluye en el ámbito del respectivo TBI, las obligaciones contractuales asumidas por el Estado. Por ejemplo, en el caso que estamos analizando, debido a la *umbrella clause*, el Gobierno argentino debe respetar las obligaciones contraídas en la Licencia de transporte del gas, otorgada a TGN. Ver Alejandro Escobar, *Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States*, vol. 11, No. 1, New York, Publicaciones del CIADI, 1996, p. 86.

35. *Ibid.*, párr. 302.

36. *Ibid.*, párr. 180 y 181.

37. *Ibid.*, párr. 182.

38. *Ibid.*, párr. 238.

argentino no podía modificar unilateralmente las reglas previstas en la licencia.

2.1.4.2.2. No obstante “[e]n ausencia de disposiciones expresas y claras que permitan a una de las partes prescindir de obligaciones contractuales solemnes asumidas frente a la otra parte, la santidad de los contratos establecida en el Código Civil y la protección de la propiedad ordenada por la Constitución Argentina deben sin lugar a duda prevalecer...”³⁹

2.2. Por lo que respecta a la segunda cuestión, la de *si operó o no el estado de necesidad*, el Tribunal decide revisar la configuración de este, en: a) el Derecho argentino; b) en uno de los Artículos, el número 25, sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos,⁴⁰ ya que considera que en estos artículos se refleja, adecuadamente, el concepto de estado de necesidad en el derecho internacional consuetudinario; y c) en las cláusulas de emergencia previstas en los artículos XI y IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU.

2.2.1. El Tribunal considera que el estado de necesidad previsto en el *Derecho argentino* no excusa a Argentina por las medidas adoptadas, debido a las siguientes razones:

2.2.1.1. El estado de emergencia económica puede ser aceptado cuando las medidas adoptadas fueren razonables, pero no ofrecen excusa cuando las medidas en cuestión den lugar a una modificación sustancial o esencial de los derechos contractualmente adquiridos, como en el presente caso.

2.2.1.2. El estado de necesidad podría ser aceptado, si las medidas en cuestión, fueren temporales, pero no cuando superen un plazo estrictamente definido, como efectivamente ha ocurrido.⁴¹

2.2.2. En el marco de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* (No. 25)⁴² –al no haberse cumplido

39. *Ibid.*, párr. 239. El principio básico de la legislación argentina que rige los contratos y consiguientes obligaciones, se encuentra previsto en el art. 1197 del Código Civil, que dispone: “[l]as convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

40. Los referidos artículos fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 56/83, el 28 de enero de 2002.

41. *Ibid.*, párr. 217.

42. “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”.

con la exigencia de *carácter acumulativo*⁴³ de todos los requisitos previstos en el mencionado artículo, compuestos por cuatro condiciones básicas y dos límites– el Tribunal considera que no se operó el estado de necesidad:

2.2.2.1. Respecto al requisito de si el interés esencial del Estado estaba o no comprometido, el Tribunal considera⁴⁴ que, si bien la crisis argentina fue grave, el efecto relativo que puede razonablemente atribuirse a la mencionada crisis no permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud.⁴⁵

2.2.2.2. En cuanto al requisito de la existencia de un peligro grave e inminente, el Tribunal considera que la situación era difícil, “como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía. Pero tampoco aquí el efecto relativo de la crisis permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”.⁴⁶

2.2.2.3. En relación con el requisito de que las medidas adoptadas debían ser el único modo que tenía el Estado para salvaguardar un interés esencial, ya que la invocación del estado de necesidad queda excluida si existen otras formas disponibles, el Tribunal concluye que las medidas adoptadas no eran las únicas disponibles, pues había una amplia gama de alternativas como dolarizar la economía, otorgar subsidios directos, etc.⁴⁷

2.2.2.4. Sobre el requisito de que las medidas adoptadas no deben afectar gravemente 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, el Tribunal cree que, efectivamente, no se ha afectado gravemente un interés esencial del Estado o de la comunidad internacional en su conjunto.⁴⁸

43. Para el análisis de los requisitos el Tribunal tiene en cuenta, que la Corte Internacional de Justicia, en el caso Gabcikovo-Nagymaros “hizo referencia, de manera convincente, a la Opinión de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que todas las condiciones que rigen el estado de necesidad, deben cumplirse de manera ‘acumulativa”. Ver párr. 330.

44. *Ibid.*, párr. 320 y 321.

45. La transgresión de una obligación internacional de un Estado, constituye un comportamiento ilícito de este. La exclusión de dicho comportamiento ilícito o de la ilicitud, puede darse por la concurrencia de determinadas circunstancias, como por ejemplo, el que haya operado el estado de necesidad, y ello le exime de responsabilidad al Estado transgresor de la obligación internacional.

46. *Ibid.*, párr. 322.

47. *Ibid.*, párr. 324.

48. *Ibid.*, párr. 325 y 358.

2.2.2.5. El primero de los dos límites, a la aplicación del estado de necesidad, surge cuando, la obligación internacional del Estado⁴⁹ excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad.⁵⁰ El Tribunal cree que este aspecto debe ser analizado en el marco del TBI y a partir del mismo concluye que las obligaciones internacionales de Argentina, no excluyen la posibilidad de que el Estado invoque el estado de necesidad, porque el Tratado está diseñado para proteger las inversiones, pero justifica ciertas circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas. No obstante, en ausencia de condiciones de profunda gravedad –como considera el Tribunal que es el caso– son las obligaciones internacionales asumidas a través del Tratado las que prevalecen sobre la invocación del estado de necesidad.⁵¹

2.2.2.6. Y el segundo límite es que el Estado no haya contribuido a que se produzca el estado de necesidad, pero el Tribunal cree que la contribución de Argentina a la crisis fue lo suficientemente importante: “las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia”.⁵²

2.2.3. En cuanto a las *cláusulas de emergencia previstas en el TBI entre Argentina y EE. UU.*, el Tribunal analiza la configuración del estado de necesidad, en cada una de ellas:

2.2.3.1. El art. XI del TBI entre Argentina y EE. UU.,⁵³ no es aceptado por el Tribunal como causa de exclusión de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones que surgen del mismo Tratado, por las siguientes razones:

2.2.3.1.1. Si bien no están excluidas de por sí las crisis económicas agudas del alcance del art. XI, la cuestión es establecer el grado de gravedad de una crisis para entenderse como un interés esencial de seguridad, ante lo

49. El límite a la invocación al estado de necesidad se da por la imposibilidad de la vulneración de una norma de *ius cogens*; es decir una norma imperativa de Derecho, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados como una norma que no admite acuerdo en contrario, por ejemplo: la prohibición de la tortura, la privación arbitraria de la vida.

50. *Ibid.*, párr. 327.

51. *Ibid.*, párr. 354 y 355.

52. *Ibid.*, párr. 329.

53. “Art. XI. 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”.

cual el Tribunal está convencido de que la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social.⁵⁴

2.2.3.1.2. La cláusula contenida en el art. XI del Tratado no es discrecional, de tal forma que si la legitimidad de las medidas adoptadas por un Estado es objetada ante un tribunal internacional, no es competencia de dicho Estado determinar si la invocación del estado de necesidad puede excluir la ilicitud, sino competencia de la jurisdicción internacional⁵⁵ y en este caso el Tribunal considera que no ha operado el estado de necesidad invocado por Argentina.

2.2.3.2. En cuanto al art. IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU.,⁵⁶ el Tribunal no lo acepta como cláusula de emergencia que excluya de las responsabilidades previstas en el Tratado, por la siguiente razón:

2.2.3.2.1. Este artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos a los inversionistas por el Tratado, lo que hace es asegurar que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria.⁵⁷

2.3. Basado en lo expuesto, el Tribunal del CIADI resolvió que Argentina es responsable porque incumplió su obligación de otorgar a CMS el *trato justo y equitativo* y de cumplir los compromisos respecto de las inversiones que garantiza la *umbrella clause*.

3. Al ser Argentina responsable, el segundo problema que pasa a resolver el Tribunal es el monto de la indemnización debida a CMS.⁵⁸

3.1. La determinación del monto de la indemnización que Argentina debe a CMS depende del método que se utilizará para tal determinación. Al respecto, el Tribunal decide que el método de valoración que utilizará es el *método de flujo de caja descontado (FCD)*.⁵⁹ Por las siguientes razones:

54. *Ibid.*, párr. 359 y 361.

55. *Ibid.*, párr. 373.

56. “Art. IV.3. A los nacionales o sociedades de una parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas”.

57. *Ibid.*, párr. 375.

58. *Ibid.*, párr. 408.

59. El Tribunal ejerció discreción para identificar el estándar o método de valoración que mejor atiende a la naturaleza del caso. Ver: parte final del párrafo 409 y párrafo 411.

3.1.1. No se puede utilizar el método de referencia a otra empresa u otras empresas de transporte de gas natural que cotizan en Bolsa, porque las acciones de TGN no cotizan en Bolsa, ni en ningún otro mercado público, además de que existen grandes diferencias entre TGN y esas empresas.⁶⁰

3.1.2. El método de valor de activos tampoco es adecuado. “CMS es un accionista minoritario de TGN, que es una empresa en marcha con un historial de rentabilidad”.⁶¹

3.1.3. No se puede aplicar el método de las operaciones comparables, porque “el Tribunal no ha recibido información significativa acerca de esas transacciones y determinar la indemnización de CMS sobre esa base sería un enfoque sumamente especulativo”.⁶²

3.1.4. El método de valoración de las opciones tampoco parece útil, porque TGN es una compañía de transporte de gas, por ende los gasoductos no pueden servir para otros usos que no sean para el transporte del gas.⁶³

3.1.5. “TGN era y es una empresa en plena marcha; las técnicas del FCD han sido usadas universalmente, incluso por numerosos tribunales arbitrales, como un método apropiado para la valoración de los activos de las empresas; también fue utilizado por ENERGAS en la revisión tarifaria de 1996-1997. Por último existen datos suficientes para realizar una valoración racional de TGN utilizando este método”.⁶⁴

3.2. En aplicación del método FCD, el Tribunal concluye que Argentina debe pagar a CMS una indemnización por el monto de US\$ 133,2 millones, más la suma adicional de US\$ 2.148,100 millones, solo en el caso de que Argentina decida tomar las acciones de CMS, opción que puede ejercerla en el plazo máximo de un año, contado a partir de la fecha del laudo,⁶⁵ más intereses.

60. *Ibid.*, párr. 412.

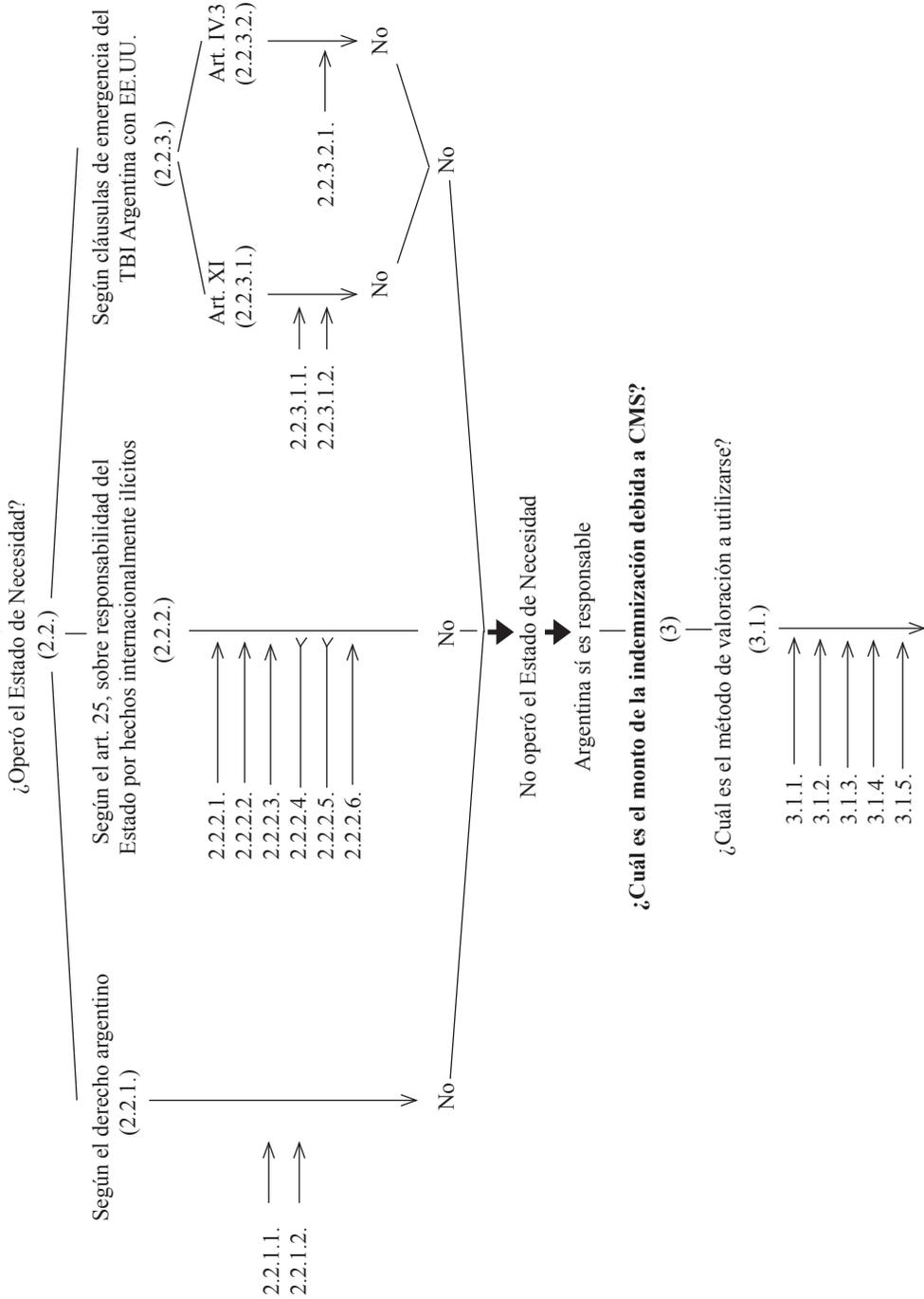
61. *Ibid.*, párr. 413.

62. *Ibid.*, párr. 414.

63. *Ibid.*, párr. 415.

64. *Ibid.*, párr. 416.

65. El plazo es de un año, porque el Tribunal no considera que sería adecuado dejar abierta esta opción.



U\$ 133,2 millones. Si Argentina decide tomar las acciones de CMS, a ese valor debe sumarse U\$ 2,148 millones. Más intereses.

EVALUACIÓN DE LAS ARGUMENTACIONES DEL CASO CMS *VS.* ARGENTINA

La primera observación, aunque de forma, que en mi opinión merece el laudo del Tribunal del CIADI es sobre su redacción desordenada, pues ello provoca que el fallo sea obscuro, limita la comprensión de la estructura argumentativa y, por ende, su reconstrucción fue complicada; además ello ocasiona –o puede ocasionar– una motivación deficiente. De acuerdo con el art. 19 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, motivar las decisiones es “expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”.

Para solventar este problema –de falta de orden y claridad– viene bien la recomendación de los profesores Manuel Atienza y Ali Lozada, respecto de trazar un esquema para la redacción de la sentencia “en el que se distingan: la historia procesal del caso (incluyendo, si es necesario, los argumentos que hayan dado quienes anteriormente hayan participado en el proceso); el problema que se plantea al tribunal, bien defendido; las cuestiones de las que depende la solución al problema; las respuestas a esas cuestiones, y las razones en las que se basan; la solución que da el tribunal”.⁶⁶

Ahora bien –dejando de lado la anterior observación, que debe ser corregida con la recomendación de los mencionados profesores–, quizá lo que más debilita la línea argumentativa del tribunal del CIADI es que de entrada anuncia que, para resolver los problemas planteados en el caso, utilizará la legislación argentina aplicable; el derecho internacional, según este se recoge en el TBI; y el derecho internacional consuetudinario, pero que *no* aplicará tratados sobre derechos humanos “al considerar que los aspectos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”.⁶⁷

Considero que esta apreciación equivocada del Tribunal responde a que trató de resolver el caso prescindiendo de argumentaciones que involucren derechos fundamentales, pensando quizá en que de esta manera se podrían dejar de lado cuestiones de carácter moral, y así facilitársele la resolución de los problemas, en especial del problema de si operó o no el estado de necesidad en Argentina. Pero en la práctica, dejarse llevar por esa concepción le ocasionó dificultades, pues, cuando tuvo que dar respuestas a cuestiones que no podían estar despojadas de apreciaciones morales, no tuvo más remedio que hacer valoraciones; no obstante, al momento de arribar a conclusiones, en más de una ocasión, incurrió en contradicciones, y esto además porque

66. Manuel Atienza y Ali Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009, p. 88.

67. Ver Laudo, párr. 121.

en la aplicación del Derecho al caso, se observa que el Tribunal opta por utilizar un esquema subsuntivo, al tiempo que desestima la utilización de la ponderación.

DERECHO Y MORAL: LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS

Autores positivistas como Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio, Ferrajoli, etc., defienden como una de sus tesis centrales la separación entre Derecho y moral, el que el concepto del derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta solo propiedades descriptivas.⁶⁸ Los positivistas sostienen que es posible describir un derecho sin valorarlo. Esto querría decir que la resolución de casos como el analizado (CMS vs. Argentina), dejaría al margen cualquier consideración de tipo valorativa, cabe decir *moral*, siendo suficiente la aplicación de la ley (sin considerar que la ley contiene valores), pues en estos textos se encontrarían descritas las respuestas suficientes para llegar a la resolución, sentencia o laudo, no siendo necesario ningún tipo de argumentación moral. Esta –al parecer– es la concepción del derecho del Tribunal del CIADI que resolvió el caso CMS vs. Argentina, pues, como ya lo señalamos, antes de entrar a resolver los problemas advirtió que para hacerlo *no* aplicará tratados sobre derechos humanos, al creer que en la controversia de las partes no hay “materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”.

Esta posición positivista ha sido contradicha por múltiples autores cuya tesis central viene a ser, entonces, la conexión entre el Derecho y la moral. Así, por ejemplo, para Manuel Atienza las relaciones del Derecho y la moral se pueden apreciar desde distintos planos; así en el plano objetivo de las normas existen grandes afinidades terminológicas ya que en ambos casos se hablan de derechos y deberes, etc.; bastantes normas jurídicas coinciden con normas morales; y el propio Derecho positivo no deja de incidir en la moral social. En el plano subjetivo de los diversos operadores jurídicos, dice el autor, el resultado es semejante, porque, por ejemplo, los jueces se enfrentan con problemas morales cada vez que tienen que aplicar normas que consideran injustas.⁶⁹

Robert Alexy sostiene que las normas, las decisiones judiciales y los sistemas jurídicos, en tanto un todo, formulan necesariamente una *pretensión de corrección*,⁷⁰ de tal forma que si quien emite una norma, o toma una decisión, afirma que tal norma o

68. Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 13a. reimp., p. 37.

69. Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2009, 5a. imp., p. 89.

70. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio, Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ra. reimpresión de la 2a. ed., 2008.

decisión no está justificada, caería en una incongruencia. Así estos autores fundamentan la necesaria conexión entre el Derecho y la moral.

El carácter práctico y valorativo del Derecho es evidente.⁷¹ En el caso que nos ocupa, para decidir sobre si operó o no el estado de necesidad, dada la crisis económica social y política que en esa época vivía Argentina, el Tribunal del CIADI, necesariamente, valoró lo acaecido en Argentina, tanto que dijo “la República de Argentina se vio afectada por una profunda crisis de carácter económico, social y político”,⁷² caracterizada por “crecientes niveles de pobreza”,⁷³ y que la Ley de Emergencia “fue aprobada con el solo propósito de contener la situación caótica que se hubiera producido tras el colapso económico y social que enfrentaba Argentina”.⁷⁴ En el mismo sentido explicó “que la situación era lo suficientemente difícil como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía”,⁷⁵ aunque la conclusión a la que arriba, a reglón seguido, es que “el efecto relativo de la crisis [no] permite llegar a la conclusión de exclusión de ilicitud”,⁷⁶ de esta manera observamos una incongruencia, en mi opinión, producto de la camisa de fuerza “positivista” que se puso para resolver el caso, y de la falta de ponderación de los principios que de hecho entraron en choque.

Para resolver el caso CMS vs. Argentina efectivamente son necesarias las razones que obtenemos de los instrumentos legales (legislación argentina, TBI y otros tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos), jurisprudencia (del CIADI e inclusive otros órganos internacionales) y doctrina de derecho internacional, pero también serán necesarias, en palabras de Alí Lozada, “razones no autoritativas, de índole moral (las que, desde la perspectiva de un operador jurídico, acaban internalizándose en el Derecho)”,⁷⁷ y es que, como el autor concluye –a propósito de la concepción de Carlos Nino, sobre las normas jurídicas–, “todas las normas jurídicas, así como las decisiones basadas en estas, hallan su justificación última en la moral”,⁷⁸ es decir en principios y valores de carácter moral, entre otros en los derechos fundamentales; o sea en los derechos humanos, pero estos ya no entendidos como meros derechos positivos, sino como derechos morales.⁷⁹

71. Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, p. 40.

72. Ver Laudo, párr. 211.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*, párr. 306.

75. *Ibid.*, párr. 322.

76. *Ibid.*

77. Alí Lozada Prado, *Los derechos sociales en la globalización, una mirada filosófica al “enfoque de derechos en las políticas de desarrollo*, trabajo presentado en el IV seminario interdisciplinar de bioética y nutrición, Alicante, Universidad de Alicante, 2009, p. 19.

78. *Ibid.*, p. 18.

79. *Ibid.*

Para continuar con la *evaluación* del caso, tomaré la argumentación que efectivamente tuvo lugar en el Tribunal, y la compararé con la alternativa que vendría a ser la corrección de la argumentación, claro está utilizando el método de la ponderación. Por el alcance de este artículo, la *evaluación* se centrará, exclusivamente, en los argumentos que tienen que ver con el estado de necesidad.

Para defender las críticas a la argumentación del Tribunal, me sustentaré en las aportaciones de Alí Lozada, respecto al enfoque de derechos en las políticas de desarrollo.⁸⁰ Por tanto, en seguida pasaremos a revisar, muy brevemente, dichas teorías.

ENFOQUE DE DERECHOS

Alí Lozada, aborda el “contenido y rol que *deberían tener* los derechos humanos en los procesos de globalización”.⁸¹ En concreto sus dos tesis centrales son:

que el diseño, la gestión y la evaluación de las políticas de desarrollo –desde cualquier enfoque– supone necesariamente la aplicación de una determinada concepción moral, deliberada o espontánea, explícita o implícitamente. Y, (...) la tesis de que el uso del enfoque de derechos en las políticas de desarrollo es normativamente imprescindible.⁸²

Las mencionadas tesis las infiere, a su vez, de dos premisas: por un lado, que en el plano normativo la política, la economía y el Derecho, se vinculan necesariamente con la moral; y, por otro, que la moral correcta es una moral basada en derechos de signo igualitario.⁸³

Respecto a la primera premisa, justifica que la política, la economía y el Derecho tienen una vinculación necesaria con la moral y añade que

la pretendida insularidad de la política, la economía o el Derecho respecto de la moral, aparte de ser conceptualmente errónea, puede ser llevada a la práctica solo en forma aparente: es decir, la decisión de construir o evaluar la acción colectiva únicamente a partir de criterios políticos, económicos y/o jurídicos, pero no de criterios morales, supone ya (implícita o explícitamente) una toma de decisión moral (deliberada o espontánea).⁸⁴

De esta manera el autor fundamenta la primera de sus tesis.

80. Alí Lozada Prado, *Los derechos sociales en la globalización, una mirada filosófica al “enfoque de derechos en las políticas de desarrollo”*.

81. *Ibid.*, p. 8.

82. *Ibid.*, p. 9.

83. *Ibid.*, pp. 9 y 24.

84. *Ibid.*, p. 20.

Sobre la segunda premisa, señala que “de acuerdo con el procedimentalismo kantiano, en cualquiera de sus versiones, los cimientos de la moral están dados por un conjunto de derechos básicos derivados de la estructura misma del discurso moral. Por lo que la moral correcta no puede ser sino basada en derechos”.⁸⁵ Más adelante señala que una teoría moral basada en derechos “es indispensable para abordar el diseño, la gestión y la evaluación de las políticas públicas: a partir de ella –añade, siguiendo a Francisco Laporta– que, los derechos humanos, cualquiera sea su ‘generación’, pueden ser vistos como titulaciones morales básicas, de las que deriva un conjunto de obligaciones tanto negativas como positivas”.⁸⁶ De esta manera el autor sustenta su segunda tesis.

Pues bien, al amparo de las tesis descritas, la evaluación a la argumentación del Tribunal, que en adelante se realizará en el caso *CMS vs. Argentina*, considerará que el análisis de la crisis económica, política y jurídica por la que atravesó Argentina, a inicios de esta década –a fin de determinar si operó o no el estado de necesidad, alegado–, supondrá necesariamente la aplicación de una *determinada concepción moral, deliberada o espontánea, explícita o implícitamente*; y que *la moral correcta aplicable, es una moral basada en derechos de signo igualitario*.

Antes de continuar, me parece preciso recordar lo dicho por Manuel Atienza: “una de las condiciones para poder utilizar con éxito el Derecho como instrumento para promover la justicia consiste en ser consciente de sus límites; y uno de ellos –quizá el más importante– es que el Derecho nunca podrá sustituir a la moral”.⁸⁷

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL: EXCLUSIÓN DE ILICITUD EL “ESTADO DE NECESIDAD”

El hecho generador de la responsabilidad internacional de un sujeto internacional, descansa en la *ilicitud* de un comportamiento de este –por acción u omisión– o sea el comportamiento de un sujeto es *ilícito* cuando, conforme al Derecho internacional, constituye una violación de una obligación internacional, sea cual sea el origen de dicha obligación. De tal forma que son dos los elementos para la calificación de una determinada conducta como hecho *internacionalmente ilícito*: i) la infracción de una obligación internacional que un sujeto tiene para con otro, apreciada según las normas del derecho internacional; y ii) la atribución a dicho sujeto de tal infracción.⁸⁸

85. *Ibid.*, p. 21.

86. *Ibid.*, p. 23.

87. Manuel Atienza, *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 3ra. impresión, 2007, p. 60.

88. Ver Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 745.

Prima facie, el comportamiento *ilícito* de Argentina sería el impedir que las tarifas de transporte de gas continúen calculándose en dólares de los Estados Unidos de América; así como el prohibir el ajuste de dichas tarifas, cada seis meses, a base del IPP de Norte América, lo cual terminó cristalizándose con la vigencia de la Ley de Emergencia. Con ello, entonces, Argentina habría violado las garantías otorgadas al inversionista extranjero CMS, en la Licencia, Ley del gas, su reglamento; y en definitiva en el TBI de Argentina y Estados Unidos.

Sin embargo, por la concurrencia de determinadas circunstancias, se *excluye* que el comportamiento haya sido *ilícito* y, por tanto, origine responsabilidad. Una de esas circunstancias *excluyentes* de la *ilicitud* es el *estado de necesidad*.⁸⁹

Por *estado de necesidad* se conoce a aquella situación o circunstancia por la que un Estado no tiene más remedio –a fin de preservar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente– que el de adoptar un comportamiento que infringe una obligación internacional para con otro sujeto internacional.⁹⁰ En el estado de necesidad, el peligro grave que se aduce está representado por “un peligro grave para la existencia del Estado mismo para su supervivencia política o económica, para la preservación de la posibilidad de funcionamiento de sus servicios esenciales, para el mantenimiento de su paz interna, etc.”⁹¹

Las condiciones necesarias para que se pueda alegar la existencia de un *estado de necesidad* son muy restrictivas. De acuerdo con la Comisión Internacional de las Naciones Unidas (ONU), son estas:

- a) carácter absolutamente excepcional de la situación: únicamente cabe alegar el estado de necesidad en supuestos en los que se afecte a un interés esencial para el Estado; b) el estado de necesidad debe representar el único medio de conjurar el peligro extremadamente grave e inminente que percibe el Estado que alega el estado de necesidad; c) evidentemente, el interés protegido por el derecho subjetivo atribuido al Estado extranjero, que se sacrificaría a la salvaguardia de un interés esencial del Estado obligado, debe ser inferior a ese otro interés; d) no cabe vulnerar una norma *ius cogens* por la vía de alegar un estado de necesidad; e) el Estado que lo invoque no deberá haber contribuido a su existencia; f) no se podrá invocar el estado de necesidad si existe un trato que implícita o explícitamente excluye la posibilidad respecto de una concreta obligación que vincule a los Estados parte.⁹²

89. *Ibid.*, p. 764.

90. Ver Julio D. Gozález Campos y otros, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 2003, 8a. ed., p. 373.

91. *Ibid.*

92. Informe de la Comisión de la Asamblea General de la ONU sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, *Anuario CDI*, Nueva York, 1980, 2a. parte, p. 33.

En el caso que nos ocupa, Argentina se amparó –alternativamente– en el *estado de necesidad*, como circunstancia eximente de responsabilidad, en caso de que el Tribunal decidiera que incumplió con sus obligaciones internacionales, para con CMS. Para alegar el *estado de necesidad* argumentó que las pérdidas económicas que sufrió CMS responden a una grave crisis social, política y económica por la que atravesó el país durante esa época.

Este es un caso difícil, en materia de derechos fundamentales, que exige deliberación práctica *juris prudentia* (ponderar el Derecho para el caso). No obstante, para determinar si se configuró o no el *estado de necesidad* alegado por Argentina, el Tribunal utiliza –exclusivamente– una justificación por subsunción, mostrando que el caso concreto que trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico regulado por las reglas, aplicables en: a) el Derecho argentino; b) el marco del art. 25 sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; y c) las cláusulas de emergencia previstas en los artículos XI y IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU., lo cual le lleva a cometer el error de sostener que no hubo estado de necesidad, como lo veremos a continuación en la evaluación de sus argumentos.

El estado de necesidad en el Derecho argentino

El Tribunal consideró que el *estado de necesidad* previsto en el Derecho argentino, no excusó a Argentina por las medidas adoptadas, debido a las siguientes razones: i) porque si bien el estado de emergencia económica puede ser aceptado cuando las medidas adoptadas fueren razonables, dice que no ofrecen excusa, cuando las medidas en cuestión dan lugar a una modificación sustancial o esencial de los “derechos contractualmente adquiridos”, como efectivamente ocurrió; y ii) porque el estado de necesidad, no puede ser aceptado si las medidas adoptadas, superan un plazo estrictamente definido, como ha ocurrido.

No hay duda sobre la importancia de la inversión extranjera, tanto que la viabilidad de los sistemas económicos locales dependen, en gran medida, de esta. Por ello el derecho a la seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros, a fin de que todos los derechos que han adquirido contractualmente sean respetados, hace razonable aceptar que el mismo pueda ser limitado de manera excepcional (*estado de necesidad*). De ahí que para justificar la limitación e inclusive suspensión, de los derechos contractualmente adquiridos por los inversionistas extranjeros, tenga sentido establecer las condiciones generales del *estado de necesidad*, como que se lo acepte por una finalidad de gran importancia, para salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; que sea mediante medidas adecuadas, necesarias y proporcionadas para obtener el fin; y que todo ello esté debidamente justificado por el Tribunal que acepte el *estado de necesidad*, como *excluyente* de la *ilicitud* al Estado, por el incumplimiento de sus obligaciones contractualmente adquiridas con el inversionista extranjero y por ende de la responsabilidad.

En este caso ocurre que todas esas circunstancias se cumplen: la crisis económica, social y política por la que en esa época atravesó Argentina fue de tal gravedad que –al parecer– justificó la adopción de las políticas impuestas por el Gobierno (Argentina, explicó, que el transporte y la distribución de gas constituyen un servicio público nacional que debe tener en cuenta necesidades especiales de importancia social).⁹³ En el mismo sentido expresó que la regulación de las tarifas debe tener en cuenta consideraciones sociales y otras consideraciones de interés público y que deben garantizar a los consumidores el costo mínimo compatible con la certeza del suministro;⁹⁴ las medidas adoptadas parecen idóneas y necesarias, pues se trató de una situación de emergencia nacional que requirió de un cambio en las políticas económicas, de modo que no es fácil pensar en algún medio alternativo de parecida eficacia y menor lesividad; en cuanto a la proporcionalidad, esta se advierte en que las medidas fueron adoptadas sin discriminación alguna (su alcance fue general) y en que también, el Gobierno argentino, estableció medidas tendientes a la renegociación contractual con los inversionistas privados, tratando de aminorar la afectación a sus derechos; y sobre la justificación de la resolución del Tribunal, este tenía suficientes razones, contenidas en los propios datos que constan de autos.

Para resolver este caso –como ya lo hemos dicho– debe necesariamente acudir al procedimiento de la ponderación pues es un caso que no puede ser resuelto por la simple aplicación de las reglas específicas del sistema, como erróneamente lo hizo el Tribunal. Al hacerlo tenemos que existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una solución incompatible con la del otro: la protección del derecho a la seguridad jurídica del inversionista extranjero, que exige un respeto a los derechos pactados contractual y legalmente; y el de la protección al derecho a la vivienda, que exige una congelación en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre ellos del transporte y distribución del gas; entonces, en este caso en concreto, ¿cuál prevalece sobre el otro?

El Comité de derechos económicos, sociales y culturales (Comité DESC), órgano encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dictó dos observaciones generales, mediante las cuales establece los estándares que integran el contenido del *derecho a la vivienda*, incluyendo la disponibilidad de servicios esenciales, que deben ser accesibles económicamente. En este sentido, el Comité DESC explicó que el derecho a la vivienda no debe interpretarse en un sentido estricto y restrictivo. Por el contrario, una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente

93. Ver Laudo, párr. 93.

94. *Ibid.*, párr. 94.

a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.⁹⁵

Si realizamos una apreciación moral basada en derechos, del contexto de la situación acaecida en Argentina en esa época y de las políticas públicas diseñadas para atender a dicha situación, llegamos a la conclusión que –en esa época– un aumento en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre esos el transporte y distribución del gas (haciendo que prevalezcan el derecho a la seguridad jurídica de los inversionistas extranjeros), hubiese tenido un impacto sustancial en la capacidad de gran cantidad de ciudadanos argentinos de acceder a estos servicios, poniendo a su vez en jaque el ejercicio efectivo del derecho social a la vivienda.

Entonces es evidente que, en este caso, el derecho social a la vivienda se sobrepone al derecho de la seguridad jurídica del inversionista, y este juicio no es arbitrario. Robert Alexy muestra que el mismo depende, esencialmente, de tres factores: el grado de afectación de cada uno de los principios en el caso concreto; el peso abstracto que se asigne a los principios relevantes; y la seguridad que pueda tener en relación con las apreciaciones empíricas que se refieren a la afectación que la medida examinada, en el caso en concreto, proyecta sobre los principios relevantes. Y como conclusión se obtiene una regla que empareja las circunstancias antes mencionadas con la consecuencia jurídica del principio que prevalece.⁹⁶

En nuestro caso si se trata de proteger el derecho a la vivienda en toda su extensión, no hay otras medidas disponibles que las políticas adoptadas por Argentina –al menos de parecida eficacia–, lo que hace que se conviertan en medidas lícitas y por ende válidas.

Cabe notar que el Tribunal se equivoca, enormemente, al sostener que en “los derechos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”,⁹⁷ ya que la política pública, mediante la cual se prohibió la subida de las tarifas –y que es la que el Tribunal juzga– se dirige a la realización del derecho fundamental a la vivienda, pues el gas es parte de este derecho, y el alza de su tarifa, en momentos en que la mitad de la población argentina estaba sumida en la pobreza, habría provocado la violación de dicho derecho.

Entonces, las medidas adoptadas por Argentina fueron totalmente razonables, de lo cual está consciente el Tribunal, tanto que señala “que la situación era lo suficientemente difícil como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar

95. Comité DESC, *El derecho a la vivienda adecuada art. 11(1) del PIDESC*, Observación general No. 4, anexo III, 6to período de sesiones, 1991. Disponible en [http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=428687&parent_id=425976].

96. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

97. *Ibid.*, Laudo, párr. 121.

que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía”.⁹⁸ No obstante, su concepción equivocada, al momento de decidir, le lleva a incurrir en incongruencias.

Finalmente, es necesario referirse al segundo argumento por el cual, el Tribunal niega la configuración del *estado de necesidad* en el Derecho argentino. Dice el Tribunal que las medidas en cuestión han excedido un plazo que debería ser restringido, y en eso tiene razón, pues un *estado de necesidad* no puede prolongarse indefinidamente y peor al capricho del Estado, pero el enfoque es equivocado.

Sostiene que esta es una razón para negar la existencia del *estado de necesidad*, lo cual es un error, ya que la ilicitud del incumplimiento de una obligación internacionalmente adquirida, como en el presente caso, es excluida solo por el tiempo en que dura la circunstancia del estado de necesidad.⁹⁹ Por tanto, este no puede ser un argumento que descalifique el *estado de necesidad* alegado. Este es un argumento para, a base de las evidencias que se tiene, que el Tribunal establezca el plazo durante el cual operó el *estado de necesidad* y determinar el momento en el cual la responsabilidad del Estado argentino se restableció, sin que tenga excusa para seguir incumpliendo sus obligaciones internacionales.

Este período debería ser de carácter rigurosamente excepcional y aplicarse, únicamente, en circunstancias extraordinarias. Al respecto se puede argumentar que el inicio del *estado de emergencia* se habría dado con la expedición del Decreto de Emergencia y Necesidad, el 1 de diciembre de 2001 y concluyó el 26 de abril de 2003, fecha de la elección del presidente Kirchner, por cuanto a partir de esta fecha se observó un considerable recuperación de la economía y el orden social. Todas las medidas tomadas por Argentina en violación al TBI, antes y después del período durante el cual se produjo el *estado de necesidad*, deberían surtir todos sus efectos y ser tomadas en consideración para el cálculo de los daños.

El estado de necesidad en el art. 25 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado *estado de necesidad* se refleja en el derecho internacional, en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre responsabilidad

98. *Ibid.*, párr. 322.

99. Como lo señalan los tratadistas de Derecho internacional: “[l]a concurrencia de una de estas circunstancias –conviene subrayarlo– no anula ni da por terminada la obligación, limitándose a justificar su incumplimiento mientras está presente. Desaparecida la circunstancia el cumplimiento de la obligación es, de nuevo, exigible”. Ver Remiro Brotons y otros, *Derecho Internacional*, p. 764.

de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Allí está definido, por ciertas características, que deben estar presentes para que un Estado pueda invocarlo como defensa. En tal sentido, en el informe elaborado por Roberto Ago, uno de los mentores del referido proyecto, afirma que ha de tratarse de un *perigo grave* para la existencia del Estado, para su supervivencia política o económica, para el mantenimiento de las posibilidades de funcionamiento de sus servicios esenciales, para la conservación de la paz interior, para la supervivencia de una parte de su territorio; es decir se trata de intereses que se hacen valer, normalmente, como intereses esenciales o muy importantes para el Estado.¹⁰⁰

Sin embargo, cuando desde el punto de vista del derecho internacional se evalúen las políticas públicas adoptadas por un Estado, habrá que tener en cuenta que los derechos humanos son los criterios últimos de evaluación.

Por tanto, para la evaluación de las políticas adoptadas por el Gobierno argentino, en el plano del derecho internacional, se debe apreciar que los intereses de seguridad de Argentina se vieron amenazados; su permanencia misma, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y con ello la preservación de los derechos sociales de sus ciudadanos.

Pero el Tribunal CIADI, lejos de tener en cuenta el mencionado enfoque de derechos en el plano internacional, adopta un razonamiento jurídico de tipo subsuntivo, pues lo que hace es verificar el encaje de todos y cada uno de los requisitos previstos, en el referido art. 25 de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y así determinar la configuración o no del estado de necesidad. El problema de la subsunción en casos concretos puede generar desajustes, entre el caso analizado y el caso genérico regulado por la regla, problema que se dio en el caso CMS vs. Argentina.

Por otro lado, como consecuencia de su desapego al enfoque de derechos para resolver el caso, el Tribunal emite juicios pragmáticamente contradictorios; dice que si bien la crisis era grave “como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía (...) el efecto relativo de la crisis [no] permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”. No es posible justificar simultáneamente ambos juicios, pues la primera afirmación, “la crisis argentina fue grave, tanto como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que empeorara”, presupone la negación de la segunda: “el efecto relativo de la crisis no permite llegar a la conclusión de exclusión

100. Giancarlo Scalese, *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica srl, 2004, pp. 9-45.

de la ilicitud”. Es algo así como el ejemplo famoso en filosofía: “el gato esta sobre el felpudo, pero yo no lo creo”, que incurre en una contradicción pragmática, ya que la primera parte de la afirmación (“el gato está sobre el felpudo”) presupone que quien la emite lo cree así.

La tesis de Alexy sobre que el Derecho incorpora una *pretensión de corrección* sirve también para mostrar lo difícil que resulta aceptar un argumento como el contenido en el punto 2.2.2.1 y 2.2.2.2, pues ha sido defendida, por este autor, en términos parecidos: el juez que sentencia diciendo “condeno a X a la pena P, pero creo que mi condena es injusta”, incurriría en una contradicción pragmática.

Cabe señalar también que en este punto el criterio interpretativo dista de ser claro, ya que no es fácil saber qué significa que una crisis tenga “efecto relativo”, puesto que no basta con decir que el efecto es relativo, se necesita precisar qué significa eso y evidenciar que entonces el efecto fue relativo.

El estado de necesidad en las cláusulas de emergencia del TBI entre Argentina y EE. UU.

En cuanto a si se configuró o no el *estado de necesidad* en las cláusulas de emergencia previstas en los artículos XI y IV.3 del TBI entre Argentina y EE. UU., el tribunal considera que no, básicamente porque piensa que si bien la crisis argentina fue grave, no llevó a un “total” colapso económico y social.

El tribunal se equivoca, constantemente, en no tomar las razones morales como las razones últimas que en definitiva tiene para adoptar una decisión, y que para hacerlo es imprescindible que haga una valoración moral y ponderada del caso, basada en derechos; así como de las políticas públicas, trazadas para atender la situación de emergencia, vivida por Argentina, en esa época.

Si así lo hacemos veremos que los numerosos reportes de catástrofe económica; huelgas masivas; fatídicos tiroteos; cierre de escuelas; negocios; paralización del sistema bancario y del sistema de salud; etc., obligaron al Gobierno a tomar medidas consecuentes con la situación de emergencia y por tanto plenamente justificadas. En el caso en concreto –como vimos–, el derecho a la vivienda de los argentinos se sobrepone al derecho de seguridad jurídica del inversionista CMS.

Las condiciones vividas desde finales de 2001 en Argentina representaron un alto grado de desorden público y por tanto una amenaza a los intereses esenciales de seguridad argentinos. El diseño de las políticas públicas evaluadas no respondieron simplemente a un nuevo plan económico, pues se trató de una crisis que amenazó fuertemente la subsistencia de derechos sociales. Los indicadores económicos de mayor importancia alcanzaron proporciones terribles durante diciembre de 2001; al igual que

el deterioro acelerado del PIB. Durante la crisis argentina se registró la caída generalizada de precios y la disminución del valor de bienes situados en Argentina. El riesgo país se ubicó, a finales de 2001, como el más alto del mundo. El desempleo, pobreza e indigencia fueron, gradualmente, aumentando y con ello la necesidad del Estado de diseñar políticas que precautelen los derechos sociales, de los ciudadanos.

En diciembre de 2001 se produjo un temor generalizado de que el Gobierno cayera en *default*¹⁰¹ y restringiera los retiros para prevenir la quiebra del sistema bancario, con el objeto de prevenir esta posible quiebra, el 1 de diciembre de 2001, el Gobierno dictó el Decreto de Necesidad y Emergencia No. 1570/01, decreto que desencadenó el descontento social, dándose violentas manifestaciones y protestas.

Todo este escenario negativo –económico, político y jurídico– descrito a breves rasgos debe ser analizado desde una perspectiva moral con enfoque de derechos; si así lo hacemos llegaremos a la conclusión que Argentina tuvo razones suficientes para adoptar las políticas tomadas durante la crisis y, por tanto, sí operó el estado de necesidad, que le eximiría de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales con CMS, durante el período de emergencia. Ciertamente las condiciones vividas en Argentina, desde diciembre de 2001, exigían una acción inmediata y decisiva para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía y en suma para garantizar los derechos sociales básicos de los ciudadanos argentinos.

Concluir que una crisis económica grave como la argentina no constituye un interés esencial de seguridad sería minimizar el caos que la economía puede causar en los derechos sociales básicos de una población entera. Un Estado puede tener múltiples respuestas para proteger sus intereses esenciales que, en suma, son la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos. En tal sentido es perfectamente plausible que el Gobierno argentino haya suspendido el cálculo de las tarifas en dólares americanos y el ajuste semestral de las tarifas de acuerdo al IPP de EE. UU.,¹⁰² pues esta fue una manera legítima de proteger su sistema económico y los derechos sociales de los argentinos. De tal forma que sería del todo desatinado y contraria a la última razón que se puede esgrimir un aumento en las tarifas y en dólares.

La expedición de la Ley de Emergencia¹⁰³ fue también una medida necesaria y legítima, pues bajo esta ley –elaborada en seis días– se tomaron rápida y unilateral-

101. Es decir en suspensión de pagos o cesación de pagos, tanto de su deuda interna como externa por falta de liquidez o dinero en efectivo.

102. Además la severa devaluación del peso con relación al dólar hace necesaria la decisión de abandonar el cálculo de las tarifas en dólares así como congelar las tarifas del gas durante el período de crisis.

103. Al elaborar la Ley de Emergencia, el Gobierno argentino consideró los intereses de los inversionistas extranjeros, y concluyó que “nosotros no podíamos dejar que hubieses segmentos de la economía que estuviesen funcionando con el esquema de economía virtualmente dolarizada que venía en crisis sino que había que discontinuar ese proceso y establecer una nueva regla general para todos”.

mente las acciones necesarias para combatir la crisis económica, ya que el tiempo era un factor importante a tener en cuenta.

Respecto al artículo IV.3 del TBI, como bien señala el tribunal, lo que hace es asegurar que las medidas adoptadas no sean adoptadas de una manera discriminatoria; en el presente caso la estrategia de Argentina fue implementar “medidas generales” y luego renegociar los contratos de servicios públicos. El error en el que incurre el tribunal, respecto a esta cláusula, es más bien de forma, pues no debió tratarlo de manera separada al art. XI del TBI, sino de manera complementaria.

CONCLUSIONES

Las conclusiones se pueden sintetizar en las siguientes:

- La redacción del laudo del Tribunal del CIADI, en el caso *CMS vs. Argentina*, es desordenada, lo que limitó su comprensión y, por ende, su reconstrucción fue complicada. Para solventar este problema –de falta de orden y claridad–, se sugiere observar la recomendación de los profesores Manuel Atienza y Alí Lozada, respecto a trazar un esquema para la redacción de la sentencia.
- El Tribunal se equivoca en su apreciación de “que [en] los aspectos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”.¹⁰⁴ Lo que está detrás de esta equivocada forma de razonar, es una determinada concepción del Derecho, que deja de lado cuestiones de carácter moral.
- Para resolver un caso son necesarias las razones que obtenemos de los instrumentos legales, jurisprudencia y doctrina de Derecho, pero también serán necesarias, en palabras de Alí Lozada, “razones no autoritativas, de índole moral”.
- Para la evaluación del caso, se debe considerar que el análisis de la crisis económica, política y jurídica por la que atravesó Argentina supone necesariamente la aplicación de una “determinada concepción moral, deliberada o espontánea, explícita o implícitamente”; y que “la moral correcta” aplicable es “una moral basada en derechos de signo igualitario”.
- El comportamiento de un sujeto es ilícito cuando, conforme al derecho internacional, constituye una violación de una obligación internacional; sin embargo, por la concurrencia de determinadas circunstancias, se excluye que el comportamiento haya sido ilícito y, por tanto, origine responsabilidad. Una de esas circunstancias es el estado de necesidad, entendido este como aquella situación

104. Ver Laudo, párrf. 121.

por la que un Estado no tiene más remedio que adoptar un comportamiento que infringe una obligación internacional para con otro sujeto internacional, en atención a la preservación de intereses esenciales del Estado.

- Es imprescindible realizar una apreciación moral basada en derechos del contexto de la situación acaecida en Argentina en esa época y de las políticas públicas diseñadas para atender a dicha situación.
- El caso *CMS vs. Argentina* es un caso difícil en materia de derechos fundamentales; para resolverlo debe necesariamente acudir al procedimiento de la ponderación, si lo hacemos tenemos que existen dos principios aplicables, cada uno de los cuales lleva a una solución incompatible con la del otro: la protección del derecho a la seguridad jurídica del inversionista extranjero, que exige un respeto a los derechos pactados contractual y legalmente; y el de la protección al derecho a la vivienda, que exige una congelación en las tarifas de servicios básicos esenciales, entre ellos del transporte y distribución del gas. En este caso el segundo prevalece sobre el primero.
- El Tribunal se equivoca al sostener que en “los derechos que las partes controvierten no hay materia alguna que afecte derechos humanos fundamentales”,¹⁰⁵ ya que la política pública mediante la cual se prohibió la subida de las tarifas –y que es la que el Tribunal juzga– se dirige a la realización del derecho fundamental a la vivienda, pues el gas es parte de este derecho, y el alza de su tarifa, en momentos en que la mitad de la población argentina estaba sumida en la pobreza, habría provocado la violación de dicho derecho.
- Cuando desde el punto de vista del derecho internacional se evalúen las políticas públicas adoptadas por un Estado, habrá que tener en cuenta que los derechos humanos son los criterios últimos de evaluación.
- Como consecuencia de su desapego al enfoque de derechos para resolver el caso, el Tribunal emite juicios pragmáticamente contradictorios; dice que si bien la crisis era grave “como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que ella empeorara y se produjera un colapso total de la economía (...) el efecto relativo de la crisis [no] permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”. No es posible justificar simultáneamente ambos juicios, pues la primera afirmación “la crisis argentina fue grave, tanto como para justificar que el Gobierno adoptara medidas tendientes a evitar que empeorara”, presupone la negación de la segunda “el efecto relativo de la crisis no permite llegar a la conclusión de exclusión de la ilicitud”.

105. *Ibid.*, Laudo, párr. 121.

- Las condiciones vividas en Argentina desde diciembre de 2001 exigían una acción inmediata y decisiva para restaurar el orden civil y detener la caída de la economía y, en suma, para garantizar los derechos sociales básicos de los ciudadanos argentinos. Por ende sí operó el estado de necesidad, contrario a lo sostenido por el Tribunal del CIADI.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 2a. ed., 1a. reimp.
- Álvarez Ávila, Gabriel, “Las características del arbitraje del CIADI”, en *Procesos: Revista Jurídica Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, No. 2, México DF, UNAM, 2002.
- Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2009, 5a. imp.
- *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 2007, 3a. imp.
- Atienza, Manuel, y Alí Lozada Prado, *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004, 2a. ed.
- Brotóns, Remiro, y otros, *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- De Velasco Vallejo, Manuel Diez, *Instituciones del derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2007, 16a. ed.
- El-Kosheri, S, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, ICSID Rev., vol. 8, 1993.
- Escobar, Alejandro, *Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States*, vol. 11, No. 1, New York, Publicaciones del CIADI, 1996.
- Ferrer Lloret, Jaume, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1998.
- González Campos, Julio D., y otros, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.
- Lozada Prado, Alí, “Los derechos sociales en la globalización, una mirada filosófica al ‘enfoque de derechos en las políticas de desarrollo’”, trabajo presentado en el IV seminario interdisciplinar de bioética y nutrición, Alicante, Universidad de Alicante, 2009.
- Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, 13a. reimp.

- Oraá, Jaime, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Claredon Press, 1992.
- Pascual Vives, Francisco José, *El derecho de los tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Reiner, Claudia, y Christoph Schrever, *Human Rights and International Investment Arbitration*, disponible en [http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/97_h_rights_int_invest_arbitr.pdf].
- Ricaurte, Catherine, “Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI”, tesis presentada para la obtención del grado de magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, diciembre 2009. Disponible en [<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/658/1/T778-MDE-Ricaurte-Criterios%20para%20la%20construcci%C3%B3n%20de%20un%20Sistema.pdf>].
- Ripinsky, Sergey, *State of Necessity: Effect on Compensation*, octubre de 2007. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1546991].
- Scalese, Giancarlo, *La definitiva affermazione del principio di necessità nel diritto internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica srl, 2004.
- Siseles, Osvaldo, *Los tratados de protección de inversiones extranjeras. Eficacia de los mismos*, Madrid, Real Instituto Elecano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, disponible en [<http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/siseles.pdf>].
- Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Boston, Kluwer Law International, 2001.

OTROS

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York, UNCTAD, 2007.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Latest Development in Investor-State Dispute Settlement*, New York, UNCTAD, 2006.
- Comité DESC, *El derecho a la vivienda adecuada art. 11(1) del PIDESC*, Observación general No. 4, anexo III, 6º período de sesiones, 1991. Disponible en [[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument)].
- Naciones Unidas, Comisión de la Asamblea General, sobre la labor realizada en su trigésimo segundo período de sesiones, *Anuario CDI*, Nueva York, 1980.
- Naciones Unidas, Informe A/CN.4/SER.A/1980.

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2012
Fecha de aprobación: 14 de marzo de 2013