

RESEÑAS DE CASOS



BG GROUP VS. ARGENTINA ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO DECISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Carlos H. Reyes Díaz*

Resumen. La Suprema Corte de Estados Unidos resolvió el pasado 5 de marzo de 2014, en última instancia, la controversia entre Argentina y la empresa gasera *BG Group* de nacionalidad inglesa, originalmente planteada en un arbitraje de inversión bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (“UNCITRAL”, por sus siglas en inglés). La decisión de la Suprema Corte estadounidense arroja, entre otras, algunas enseñanzas para el tratamiento del consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión.

Palabras clave. Arbitraje de inversiones, consentimiento al arbitraje, interpretación de tratados, reconocimiento de laudos, UNCITRAL.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Profesor en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Co-editor en Jefe de la Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones comenzó a tener auge en la década de los setenta y ochenta, aunque su apogeo se manifestó de forma más clara en la década de los noventa y, al día de hoy, es uno de los mecanismos más utilizados dentro del gran universo de mecanismos de solución de controversias.¹ Recientemente, el pasado 5 de marzo, la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió (con voto concurrente en parte y con otro disidente) sobre la validez del laudo de arbitraje de UNCITRAL en el caso de una empresa gasera londinense con operaciones en Argentina.

El objetivo de este trabajo consiste en el análisis de la controversia en sus diferentes etapas y continuar con el debate existente respecto de la validez y eficacia de los arbitrajes

¹ Ver: UNCTAD. *Recent developments in investor-State dispute Settlement (ISDS)*, April, 2014. En: <www.unctad.org/diae> en el que se menciona un número de 274 casos resueltos hasta esta fecha, derivados de un total aproximado de 568 tratados. Por su parte, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, en su más reciente informe de 2014, con datos hasta el 31 de diciembre de 2013, registra 459 casos presentados ante el Organismo. Cfr. <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>>. Consultado el 12 de abril de 2014.

de inversión y su permanente conflicto con las jurisdicciones nacionales, con especial atención en América Latina.

II. ANTECEDENTES

A. ORIGEN DE LA CONTROVERSI

La crisis argentina, una de las de mayor impacto en su historia, fue también una crisis que inauguró el Siglo XXI y que, todavía hoy, no deja de mostrar sus efectos. En los años de 2001 y 2002, como resultado de esta crisis, el gobierno argentino promulgó algunas leyes internas para dar respuesta y buscar alternativas que mitigaran el desastre económico y financiero que se avecinaba y que, al final, no pudo evitarse. El contenido de estas leyes (en lo que respecta a este trabajo, al menos) afectó los derechos de inversión de empresas extranjeras, entre ellas *BG Group* (Metrogas, su filial argentina), en virtud de que se cambiaron las reglas para el cálculo de las tarifas del gas de dólares a pesos argentinas, con una paridad cambiaria injusta, ya que se estableció a razón de un peso argentino por un dólar estadounidense, cuando la paridad a ese momento era de tres pesos argentinos por cada dólar. Esto conllevó mucha pérdida económica para la empresa londinense.

A esta situación debe de agregarse que el Presidente argentino decretó (2002) la suspensión por un período de 180 días, de la ejecución de decisiones de sus tribunales que resultaran de demandas de daño como consecuencia de las decisiones económicas del gobierno.

Un efecto adicional a lo anterior, fue que el gobierno argentino estableció un “proceso de renegociación” de los contratos de servicios públicos, con la finalidad de dar alivio al impacto negativo de las medidas económicas implementadas, pero impidió participar en este proceso a las empresas que hubieran iniciado procedimientos litigiosos ante tribunales locales o ante arbitraje, situación en la que estaba ya *BG Group*, que había invocado el Artículo 8 (solicitud de arbitraje) del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre el Reino Unido y Argentina desde 1990 (“TBI”), y que fue la causa que discriminó a la reclamante para acogerse al proceso de renegociación antes referido.

El impedimento de acudir a las instancias nacionales para combatir las medidas adoptadas por Argentina, orilló a *BG Group* a iniciar un procedimiento arbitral conforme al artículo 8 del TBI ante instancias de UNCITRAL.²

² Debe recordarse que Argentina no es suscriptor del Convenio de Washington, por el que se constituye el arbitraje del CIADI, del Banco Mundial.

BG Group vs. Argentina
Carlos H. Reyes Díaz

B. RECLAMACIONES DE *BG GROUP*

La empresa del Reino Unido reclamó que las medidas del gobierno argentino (legales y administrativas-regulatorias) violaban las disposiciones del TBI, hicieron caso omiso de la obligación de Argentina de brindar un trato conforme al derecho internacional, así como expropiar *de facto* sus derechos como inversionista, garantizados por el propio TBI.

En particular, *BG Group* argumentó que Argentina violó el trato justo y equitativo que estaba obligado a brindarle, así como las expectativas legítimas que razonablemente esperaba obtener de su inversión, lo que conllevó a una falta de protección y de seguridad plenas de sus derechos, así como la erosión de sus derechos de inversión constituía, por sí misma, una expropiación indirecta o *de facto* sobre su inversión.

El impedimento establecido en las medidas argentinas para agotar las instancias nacionales, pues sus procedimientos estaban suspendidos por 18 meses, dejó sin opciones a *BG Group*, que encontró en el arbitraje de inversiones su única alternativa para remediar el daño causado por las medidas nacionales argentinas.

C. ARGUMENTOS DE ARGENTINA

La defensa de Argentina se basó en negar las reclamaciones de la inversionista, pero desconoció la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de esta controversia en particular.

Para Argentina, *BG Group* debió agotar las instancias nacionales antes de iniciar el arbitraje. La decisión de la empresa londinense no involucraba a Argentina en el proceso, en virtud de que el gobierno nunca aceptó someterse al arbitraje bajo el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

III. DECISIÓN ARBITRAL

A. AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA NACIONAL

El tribunal arbitral emitió su laudo en 2007. De manera resumida, el tribunal resolvió de la siguiente manera:

- a) Admitió jurisdicción para conocer de la controversia; y
- b) Decidió que *BG Group* era un inversionista conforme al TBI y que sus intereses podían considerarse como inversiones, igualmente con el mismo fundamento en el TBI.

En opinión del tribunal arbitral, el argumento de Argentina para agotar las instancias nacionales previo a solicitar el arbitraje, cuando existía la prohibición de acudir a los tribunales argentinos por un período de 18 meses, era en sí mismo un absurdo, como también obligar a *BG Group* a hacerlo hubiera sido una decisión irracional.

Para el tribunal arbitral, Argentina no incurrió en expropiación indirecta de los derechos de inversión de la reclamante; sin embargo, Argentina le había negado trato justo y equitativo, razón suficiente para condenar a Argentina al pago de 185 millones de dólares a *BG Group*, por daños y perjuicios.

IV. TRIBUNALES ESTADOUNIDENSES

A. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. CORTES FEDERALES

Las cortes federales estadounidenses tuvieron conocimiento en 2008 de la controversia, en virtud de que la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, dispone que las partes en un procedimiento arbitral pueden acudir a la jurisdicción de cualquier Estado signatario de la Convención para hacer efectivo el laudo válidamente emitido por un tribunal arbitral, como lo dispone también la *Federal Arbitration Act* estadounidense. El artículo 1, párrafo 1 de la Convención de Nueva York, dispone:

Artículo 1

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicara también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

BG Group buscaba confirmar lo resuelto en arbitraje, en tanto que Argentina buscaba dejar sin efecto lo resuelto por el arbitraje por las mismas razones anteriormente formuladas.

La Corte de Distrito de Columbia negó la reclamación de Argentina y confirmó el laudo arbitral, pero la Corte de Apelaciones de Circuito de Columbia revocó lo resuelto por la Corte de Distrito.

La Corte de Apelaciones resolvió que la interpretación y aplicación del artículo 8 del TBI era un asunto que le correspondía haberlo resuelto a los tribunales locales argentinos *de novo*, y no era un asunto que debiera haberse resuelto por los tribunales arbitrales “por deferencia”. Para la Corte de Apelaciones, *BG Group* debió agotar la instancia nacional

BG Group vs. Argentina
Carlos H. Reyes Díaz

y esperar a que pasaran los 18 meses para iniciar el arbitraje; es decir, las circunstancias especiales de la situación argentina no eran excluyentes para que se cumpliera con el requerimiento de agotar la instancia local.

B. SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS. OPINIÓN DE LA MAYORÍA

La Corte Suprema de los Estados Unidos asumió jurisdicción para definir aspectos muy precisos de la controversia, no sin antes tomar en cuenta que el fondo de la misma le corresponde al tribunal arbitral.

La pregunta consistía en: ¿Debe la Corte analizar lo resuelto por el tribunal arbitral como una cuestión *de novo*, o debe aplicar el principio de deferencia respecto del propio tribunal?

Para responderlo, la Corte identifica al TBI con las relaciones contractuales privadas (algo que, por sí mismo resulta controversial desde la perspectiva del derecho de los tratados, pero que por tratarse de una cuestión incidental, no forma parte de este análisis), argumentando que si la controversia se tratara de un contrato, el fondo de la misma le correspondería resolverlo al tribunal arbitral, situación que no cambia en el fondo si se tratara de un tratado internacional.

Como consecuencia de este primer análisis, la Corte se pregunta si las partes están obligadas por una cláusula arbitral, o si esta cláusula se encuentra inmersa en el propio TBI. Para reforzar su argumento, la Corte se remitió a casos previos en los que se había resuelto que le corresponde a la propia Corte resolver si las partes habían decidido o no someterse al arbitraje, cuando ello no se desprendiera de manera clara y sin lugar a dudas del acuerdo arbitral. Tratándose de una cuestión de forma y no de fondo, el asunto debe ser resuelto por la Corte y nunca por el propio tribunal arbitral.

Este es, precisamente el fondo de la controversia. Para la Corte, el artículo 8 del TBI dispone que sólo el fondo de la controversia es materia del arbitraje, no el sometimiento al arbitraje, por tratarse de una disposición procesal.

Aunque la Corte estaba de acuerdo en que el consentimiento al arbitraje es una decisión soberana del Estado, es igualmente cierto que este consentimiento puede darse desde la suscripción del TBI. Pero, para efectos prácticos de este caso, la interpretación debe de ser en el sentido de que las partes, con independencia de su soberanía, intentaron darle autoridad plena al tribunal arbitral para resolver sobre las disposiciones contenidas en el contrato que da origen al arbitraje, es decir, en el TBI.

De acuerdo con la opinión de la Corte, el tribunal arbitral resolvió tres cuestiones importantes:

- a) La disposición contenida en el artículo 8 del TBI, no puede constituirse como un impedimento absoluto para acudir al arbitraje;

- b) Argentina, por medio de ciertas leyes, obstaculizó acudir ante los tribunales nacionales a aquellos afectados en sus derechos comerciales o de inversión por las medidas de emergencia que intentaban evitar interferencias judiciales; y
- c) Por lo anterior, sería absurdo e irracional interpretar el artículo 8 del TBI bajo la óptica de que exigiera al solicitante inversionista acudir a los procedimientos locales antes de solicitar un arbitraje.

Si esto fuera así, se podría entender que Argentina podría incluso prohibir el arbitraje promulgando leyes que impidieran acudir a los tribunales locales bajo ciertas circunstancias o prohibiendo que los inversionistas extranjeros utilizaran sus sistemas jurisdiccionales locales.

Para Argentina, ninguna circunstancia era suficiente para que los inversionistas pudieran renunciar a acudir a los tribunales nacionales, antes de iniciar un arbitraje, porque es un requisito que dispone el artículo 8 del TBI.

C. OPINIÓN PARCIALMENTE CONCURRENTE

La Juez (*Justice*) Sotomayor elaboró un voto concurrente sólo en parte con la decisión formal de la Corte. De acuerdo con ella, el arbitraje es un asunto de “consentimiento”, que debe de ser expresado de manera que no exista duda de ello.

Para la Juez Sotomayor, el TBI no es un acuerdo expreso al arbitraje previamente determinado por las partes, sino una oferta abierta al arbitraje que hace el Estado receptor con un ente aún no determinado previamente. La razón de esto consiste en que las partes no pudieron dar, utilizando un mecanismo silencioso o tácito, un sometimiento al arbitraje en el TBI, porque ello implicaría que el propio Tratado estaría jerárquicamente subordinado a la decisión de un tribunal local que determina este sometimiento.

Concuera con la opinión mayoritaria, sin embargo, difiere en que la precondition de acudir a los tribunales locales antes de iniciar el arbitraje es una cuestión que debe de ser interpretada por el árbitro (como deferencia) y no por un tribunal local (*de novo*).

D. OPINIÓN DISIDENTE

Dos Jueces (*Roberts* y *Kennedy*) presentaron su voto disidente, con base en los siguientes argumentos:

Para ellos, la mayoría se equivoca por iniciar su debate equiparando la relación que da origen a la controversia como un contrato entre particulares, cuando se trata de un tra-

BG Group vs. Argentina
Carlos H. Reyes Díaz

tado celebrado entre “naciones soberanas”: Reino Unido y Argentina. Ningún particular participó en la firma de este Tratado, suscrito desde 1990.

El TBI, por sí mismo no puede considerarse como un acuerdo de arbitraje por la simple razón de que no hubo inversionistas involucrados en la suscripción de este acuerdo. Al no existir un acuerdo expreso para acudir al arbitraje, *BG Group* debió acudir a los tribunales locales después de esperar los 18 meses que disponía la medida argentina para que el tribunal local decidiera y en caso de que persistieran las circunstancias de la reclamación.

El artículo 8 del TBI constituye una oferta unilateral al arbitraje, la que podría ser aceptada por el inversionista siempre que cumpla con los requisitos establecidos en este mismo ordenamiento. No interpretarlo así, significaría que Argentina hubiera formalizado un acuerdo de arbitraje con todos los potenciales inversionistas del Reino Unido, además de *BG Group*.

Esta sería una interpretación errónea del artículo 8 del TBI, porque sería tanto como suponer que una Nación soberana está sujeta permanentemente a la voluntad de los particulares que intenten demandarla ante tribunales internacionales que pueden ubicarse en cualquier parte del mundo.

El sometimiento al arbitraje, de acuerdo con este voto disidente, puede darse si se toma cualquiera de las rutas establecidas en el artículo 8 del TBI, que incorpora un procedimiento de solución de controversias más complejo que una simple cláusula de sometimiento al arbitraje. De acuerdo con este artículo, para acceder al arbitraje se debió esperar: a) a que transcurrieran los 18 meses desde que fue presentada la controversia ante los tribunales del Estado receptor de la inversión y el tribunal no hubiera decidido de forma definitiva; o b) una vez emitida la decisión del dicho tribunal, que las partes siguieran en disputa. En cualquiera de ambos casos, la vía nacional es inexcusable. Hay una tercera vía que no requiere acudir a los tribunales nacionales, pero exige el acuerdo expreso al arbitraje, tanto por el Estado como por el inversionista, circunstancia que no corresponde a este caso en particular.

El arbitraje, en su opinión, es un procedimiento por el que se revisan las políticas públicas de los Estados y las decisiones arbitrales pueden anular los actos de autoridad derivados de una ley, de un acto administrativo y de una decisión judicial, lo que no puede tomarse a la ligera.

Por otra parte, el voto disidente se pronuncia porque el requisito de acudir a la jurisdicción nacional no es una mera formalidad, sino un tema de importancia fundamental que debe de ser interpretado por un tribunal local, de *novvo*. Si no fuera de este modo, las partes en un arbitraje someterían a decisión del tribunal arbitral si ellos están sujetos al arbitraje o no, lo cual nunca sucede. Si a esto se agrega que los árbitros no pueden considerarse expertos para resolver una controversia mejor que como lo harían los jueces nacionales, refuerza el argumento.

V. ANÁLISIS CRÍTICO

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, tanto en su opinión mayoritaria, como en los votos concurrente y disidente sentó criterios que contribuyen al debate de diversos temas controversiales en el mundo del arbitraje de inversión. Por una parte, el consentimiento al arbitraje como una cuestión que le corresponde a los tribunales nacionales decidirla de *novo*, pero sin perder la precedencia que se le debe al tribunal arbitral para decidir el fondo de la controversia.

El debate de fondo es si los Estados, al suscribir un tratado de libre comercio o uno bilateral de inversión (TBI), consienten por ese mismo acto en el sometimiento al arbitraje, o si se requiere de un acto posterior para formalizar este sometimiento. La opinión mayoritaria admite este sometimiento desde el mismo momento de la suscripción del tratado, pero la opinión disidente cuenta con un argumento que ha sido apoyado largamente por muchos Estados. La formalización de este consentimiento tendría que ser lo más clara posible, como lo exige el arbitraje desde su mismo origen, la inclusión de una cláusula arbitral en un tratado no puede considerarse como letra muerta dentro del texto jurídico, sino una intención manifiesta de los suscriptores para someter sus conflictos a una instancia independiente de los tribunales y cortes nacionales. El debate sobre este tema no concluye con este análisis, sino por el contrario, aviva las posturas encontradas sobre el tema.

Otro aspecto relevante de la Corte fue el análisis y conclusión que hizo sobre la imposibilidad de *iure* y de *facto* de que un gobierno pueda obstaculizar el acceso y el camino al arbitraje mediante la promulgación de ordenamientos jurídicos y decisiones administrativas nacionales. Concluir lo contrario sería tanto como revertir el espíritu del arbitraje como mecanismo alternativo al procedimiento estatal para la solución de controversias.

La Corte se pronunció para determinar cierto límite sobre la arbitrabilidad de un litigio. La Corte resolvió que el sometimiento al arbitraje no puede ser una cuestión arbitrable (el fondo de la controversia es arbitrable y esto es un hecho incontrovertible) porque es una contradicción en sí misma. No debe confundirse esto con la facultad del propio tribunal para decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), lo que tampoco está a debate.

Lo que sí destaca de la argumentación es el hecho de que si hay sometimiento o no al arbitraje, es algo que no puede ser competencia arbitral, porque sería absurdo que un tribunal del que se controvierte su válida existencia, tuviera en sus manos esta decisión. En este tema es diferente discutir sobre jurisdicción que sobre competencia. El árbitro puede decidir su competencia en una controversia sólo cuando el arbitraje ha iniciado formalmente, por todo ello fue que la Corte asume que son los tribunales locales los únicos indicados para resolver sobre este tema (de *novo*) y el tribunal arbitral tendrá que resolver el fondo de la controversia (precedencia).

BG Group vs. Argentina
Carlos H. Reyes Díaz

La opinión disidente de la Corte, respecto de un tema accesorio a este anterior, va en el mismo sentido de la opinión general de Estados Unidos en cuanto al arbitraje. Para los disidentes, los árbitros no están lo suficientemente calificados (como expertos) para depositar en sus manos una decisión en la que está involucrado un Estado soberano, al menos no tan calificados como pueden estar los jueces.

VI. CONCLUSIÓN

Esta decisión, además de resolver en cuanto a la validez de sus decisiones, plantea serias interrogantes respecto a la conveniencia del arbitraje como alternativa de protección contra actos violatorios de los gobiernos. Primero, hay poco que decir en cuanto a la rapidez del arbitraje. Trece años después de las primeras afectaciones a *BG Group*, se dicta un fallo a su favor. ¿Justicia pronta y expedita? Está en duda, por lo menos. Si a esto se le agrega que falta que Argentina cumpla con el fallo, peor todavía.

Haciendo a un lado lo anterior, la decisión mayoritaria de la Corte fortalece sin duda los derechos de inversión y le da un golpe duro a la libertad soberana del Estado para reaccionar política y jurídicamente ante una crisis (económica, en este caso). Los derechos de inversión, amparados por un TBI o por un tratado de libre comercio, siguen siendo la vía más adecuada para atraer la confianza de inversionistas extranjeros a otros países, aunque no son una garantía contra violaciones de sus derechos, ni tampoco constituyen pólizas de seguro contra sus inversiones.

El respaldo que ha dado la Suprema Corte estadounidense al arbitraje de inversiones es, al mismo tiempo, una manera de fortalecer la jurisdicción nacional y da muestras de una justicia menos local ante problemas globales. Una controversia entre un inversionista inglés y un Estado soberano, que se resuelve en los tribunales de tres instancias de un tercer Estado, es una muestra muy clara de los efectos de la globalización jurídica.

La argumentación que hace la Corte no debe de entenderse como una forma de cesión de soberanía jurisdiccional hacia un tribunal extranjero, sino que es precisamente con la intervención del tribunal local que puede fortalecerse la administración de justicia, la objetividad, la independencia y la protección de valores jurídicos, económicos y financieros.

El consentimiento al arbitraje ha encontrado, como resultado de esta decisión, nuevas vías para definir sus límites, especialmente en lo que tiene que ver con las cláusulas inmersas en los TBIs.

Los tratados internacionales no son contratos, como en un principio intentó explicar la Corte, y en esta desafortunada comparación puede caerse en la tentación de criticar la labor entera de la Corte, lo que sería un error. La comparación tenía como finalidad destacar la manifestación del consentimiento en un negocio jurídico, pero nunca buscaba equiparar ambas relaciones jurídicas en un mismo nivel jerárquico.

Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional
Vol. 2, Núm. 1, Año 2014

Lo que es indudable, después del análisis de esta decisión, es que el debate sobre el acceso al arbitraje y la eficacia de sus decisiones, son temas que seguirán debatiéndose en estos y en otros foros. Por ahora, esta decisión debe de tomarse como un elemento más que contribuye al debate sobre el arbitraje, el trato justo y equitativo de los inversionistas y de las inversiones y, de manera general, del mecanismo global de solución de controversias.