

OPINIÓN SEPARADA DEL ÁRBITRO PEDRO NIKKEN

1. Estoy de acuerdo de acuerdo en que el Estado violó el estándar de trato justo y equitativo con su omisión en ajustar las tarifas aplicables a los servicios prestados por AASA, a partir del momento en que se consolidó la recuperación de la crisis económica y social que padeció la Argentina y que tuvo su estallido a fines de 2001 y principios de 2002.
2. Sin embargo, no estoy de acuerdo en la fundamentación de las conclusiones del Tribunal según la cual la violación del trato justo y equitativo obedece a la frustración de las expectativas legítimas de las Demandantes, a la alteración del marco regulatorio y a la renegociación de la Concesión decidida por el Estado en el marco de la crisis de 2001-2003. A pesar de que mi desacuerdo es parcial y de que no exonera a la Argentina por la violación del trato justo y equitativo, y a pesar también de la jerarquía académica y de la reconocida calidad intelectual y moral de mis colegas en este Tribunal, por quienes guardo el mayor respeto y aprecio, creo que los puntos en los que disiento tienen la relevancia suficiente para justificar este voto. Mi desacuerdo con la fundamentación de la presente Decisión sobre Responsabilidad (la Decisión) se extiende a los laudos recientes que identifican el trato justo y equitativo con la protección de las llamadas “expectativas legítimas del inversionista”, que, en mi parecer, desborda el sentido corriente de los términos de los TBIs y la intención de las Partes.
3. La afirmación de que el trato justo y equitativo incluye una obligación de satisfacer o de no frustrar las expectativas legítimas que tuvo el inversionista al hacer su inversión no se corresponde, en ningún idioma, al sentido corriente que puede atribuirse a los términos “trato justo y equitativo.” Por consiguiente, *prima facie*, semejante concepción del trato justo y equitativo está reñida con la regla de interpretación de derecho internacional consuetudinario expresada en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Asimismo, pienso que la interpretación que tiende a otorgar al estándar de trato justo y equitativo el efecto de una cláusula de estabilidad legal no encuentra fundamento alguno en los TBIs ni en las reglas de derecho internacional aplicables a la interpretación de los tratados.
4. “Trato justo y equitativo” es, ante todo, un “trato”, es decir, un comportamiento, una conducta de cada Estado Parte, cuando se encuentre en la posición de receptor de la inversión. Esa conducta debe ser “justa y equitativa”. En *su esencia* el trato justo y equitativo es un estándar de *conducta o comportamiento* del Estado frente a la inversión extranjera. La conducta que cada Estado Parte en un TBI está dispuesto y obligado a adoptar para la promoción y protección de las inversiones y, recíprocamente, lo que cada Estado tiene derecho a esperar y espera del comportamiento de la otra Parte en el mismo ámbito.¹

¹ Creo que esta es una nota esencial del TJE, que no está incluido en las características que lo describen en la Decisión (párr. 187), con las cuales, por lo demás, estoy de acuerdo: a) es un estándar definido de manera vaga y ambigua, cuyo alcance no está definido en los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras (TBIs); b) es un estándar ampliamente utilizado en centenares de TBIs en todo el mundo; c) los términos que definen el estándar son flexibles y se aplican a toda clase de inversiones y de emprendimientos; d) es un estándar factual, porque su aplicación está estrechamente ligada a los hechos particulares de cada caso, de modo que el juicio sobre lo que es justo y equitativo no puede formularse en abstracto sino que depende de los hechos particulares del caso; e) su amplia utilización en los TBIs, su

5. ¿Cuál es el “sentido corriente” que los Estados pudieron atribuir a su obligación de comportarse de manera “justa y equitativa” con respecto a las inversiones provenientes de la otra Parte? Algunos tribunales arbitrales han buscado ceñirse al significado normal, al sentido corriente, de lo que es “justo y equitativo” de acuerdo con diccionarios de reconocida autoridad. El Tribunal de Azurix, siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, concluyó que *justo y equitativo* significa “‘que obra con justicia y razón’, ‘arreglado a justicia y razón’, ‘que tiene equidad’ y de ahí ‘que obra con igualdad de ánimo’.”² En la versión inglesa del mismo laudo, las expresiones son tomadas del *Oxford Dictionary*, con el mismo resultado: “*the terms ‘fair’ and ‘equitable’ used in Article 3(1) of the BIT mean ‘just’, ‘even-handed’, ‘unbiased’, ‘legitimate’.*” Dentro del mismo concepto, el Tribunal de MTD agregó que esa obligación de comportamiento del Estado receptor no debía entenderse como meramente pasiva o negativa, sino que debía incluir el “*trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En vez de imponer un comportamiento pasivo por parte del Estado o condenar los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, el TBI define su objetivo en forma activa (‘promover’ ‘crear’ ‘estimular’).*”³
6. Los Estados partes en el TLCAN, por su parte, formularon una declaración interpretativa sobre el alcance de su obligación a dispensar un “trato justo y equitativo” a las inversiones extranjeras que reciben. Esa declaración fue una reacción a lo que consideraron una interpretación inexacta de

generalidad y su flexibilidad indican que se trata de un estándar concebido por los Estados Contratantes como el estándar básico de tratamiento que ellos se obligan recíprocamente a otorgar a las inversiones extranjeras protegidas por los TBIs.

² *Azurix Corp c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo de 14 de julio de 2006, párr. 360. De manera similar: *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Laudo de 25 de Mayo de 2004, párr. 113; *Siemens AG c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Laudo de 6 de febrero de 2007, párr. 290.

³ *MTD c. Chile*, párr. 113. El profesor Schreuer, en cambio, sugiere que el trato justo y equitativo no incluye obligaciones positivas:

As a matter of substance, the content of two standards is distinguishable. The fair and equitable standard consists mainly of an obligation of the host State’s part to desist from a certain course of action. By contrast, by promising full protection and security the host assumes an obligation to actively create a framework that grants security. The necessary measures must be capable of protecting the investment against adverse action by private persons as well as by State organs. In addition to physical protection, this requires the provision of legal remedies against adverse action affecting the investment and the creation of mechanisms of effective vindication of investors’ rights.

(C. Schreuer: *Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards*. Transnational Disputes Management. Volume 4, issue #05 – Septiembre 2007.

Sin embargo, aunque sugiriendo alguna reserva, el Comité Ad Hoc que decidió de Anulación del Laudo de MTD, consideró aceptable esa parte del razonamiento del Tribunal:

“... un criterio formulado en estos términos es defendible [...] [h]asta qué medida un Estado está obligado a ser pro-activo bajo el estándar de trato justo y equitativo está abierto a debate, pero es más una cuestión de aplicación del criterio que de su formulación; y, en todo caso, el énfasis de la formulación del Tribunal está en el ‘trato imparcial y ecuánime’.” (MTD c. Chile, Decisión sobre Anulación de 16 de febrero de 2007, párr. 71 (Énfasis añadido)).

algunos tribunales arbitrales, que fue más allá de lo que esos Estados habían considerado como el alcance de sus obligaciones según el tratado. Se produjo así la interpretación obligatoria de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN del 31 de julio de 2001, en la cual específicamente se declaró que el concepto de “trato justo y equitativo” no requiere un trato adicional al requerido por *el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario o que vaya más allá de éste*. En el mismo sentido se alinea la práctica de algunos Estados en sus modelos de TBI, como ocurre con Estados Unidos (2004), Canadá (2004) y Noruega (2007). Así ha quedado plasmado, por ejemplo, en los acuerdos de libre comercio de los Estados Unidos con Singapur (Art.15.5.2), Chile (Art. 10.4), Australia (Art. 11.5), Centroamérica y República Dominicana (CFTA-DR, Art. 10.5) y Marruecos (Art. 10.5). Más aún, el TBI USA-Ruanda de 2008, incluye una clarificación en el “Anexo A”, cuya elocuencia solo se explica como una *prevención frente a exorbitancia de la jurisprudencia arbitral sobre el trato justo y equitativo y sobre la cristalización del derecho internacional consuetudinario*:

Las Partes confirman su entendimiento común de que el “derecho internacional consuetudinario”, en general y como está específicamente referido en el artículo 5⁴ y en el Anexo B, resulta de una práctica general y constante de Estados que la siguen con un sentido de obligación legal. Con respecto al artículo 5, el estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario sobre el tratamiento a extranjeros se refiere a los principios de derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.⁵

7. No es aventurado presumir que numerosos países en desarrollo están de acuerdo con esta interpretación. En el sentido contrario, ningún otro Estado ha formulado manifestación alguna en el sentido de atribuir al trato justo y equitativo un significado distinto al del estándar mínimo internacional (y mucho menos en relacionarlo con las “expectativas legítimas” de los inversionistas ni con la estabilidad del entorno legal de la inversión). En todo caso, la importancia del TLCAN y de las economías de Estados Unidos y Canadá no pueden subestimarse a la hora de definir esta cuestión. Tampoco puede descartarse que los TBIs que se negocien en el futuro se alineen con la fórmula de los modelos estadounidense y canadiense.
8. Pienso que este punto tiene una importancia particular en estos casos, considerando el lenguaje que se utilizó en el **TBI entre Francia y la Argentina**. Según el artículo 3 de ese tratado, las Partes se obligaron a dispensar a las inversiones que recibieran “*un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional*” (“*un traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international*”). Esta expresión no aparece explícitamente en

⁴ Donde se establece que el TJE no requiere de un tratamiento adicional o que vaya más allá del estándar mínimo consuetudinario.

⁵ Original en inglés:

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 and Anne B results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

los TBIs Argentina-España y Argentina-Reino Unido, pero no puede ser dejada de lado, pues se trata, en mi opinión, una clara referencia al estándar mínimo, único estándar sobre “trato a extranjeros” en el derecho internacional general en la época en que se celebró el tratado.

9. Argentina invocó en términos generales esa interpretación. En su *Memorial de Contestación*, Argentina sostuvo, en términos generales, que “*la obligación de un trato justo y equitativo corresponde al estándar mínimo internacional*” (párrs. 865 y ss.) y, al referirse al TBI Argentina-Francia, agregó que la referencia al “*trato justo y equitativo conforme a los principios del derecho internacional*” [...] *confirma lo que ya se encuentra implícito, es decir: la disposición del TBI está atada a un estándar mínimo internacional.*” (Párr 875; subrayado en el original). Por lo tanto, Argentina no encontró especial relevancia en la diferencia de lenguaje entre los tres tratados porque, según su punto de vista, el tratado Francia-Argentina sólo “*confirma*” esa interpretación general. Aunque se trata de una afirmación general y el Tribunal no contó con la ayuda que hubiera obtenido si la Argentina hubiera elaborado una más prolífica argumentación sobre el tema, pienso que el Tribunal no debió ignorar este argumento.
10. El Tribunal desestimó el argumento basado en dos razones que no comparto. En primer lugar, la Decisión afirma que el Tratado Francés “*se refiere simplemente a ‘los principios de derecho internacional’ y no al ‘estándar mínimo en el marco del derecho internacional consuetudinario’*”. En segundo lugar, siendo que la expresión “*‘estándar mínimo internacional’ es tan conocida y está tan firmemente establecida en derecho internacional, que se puede presumir que si Francia y Argentina hubieran tenido la intención de limitar el contenido del tratamiento justo y equitativo al estándar mínimo internacional, la habrían utilizado expresamente.*”⁶ Por lo tanto, continúa la Decisión, la expresión “*conforme a los principios de Derecho Internacional*” significa exactamente lo que dice: “*que en el marco del artículo 3 del TBI Argentina-Francia el tribunal debe interpretar la referencia al tratamiento justo y equitativo teniendo en cuenta todas las fuentes pertinentes del derecho internacional, y que su interpretación no está limitada al estándar mínimo internacional*” En ese contexto, la Decisión concluye que esta expresión del Tratado Argentina-Francia no implica un contenido diferente para ese tratado, puesto que, como ya lo estableció el Tribunal al referirse al derecho aplicable a este caso, en los párrafos 60-62 de la Decisión, el Tribunal tiene el deber de aplicar los principios del derecho internacional (para. 186).
11. Estoy en desacuerdo con ese razonamiento. Es cierto que, con la excepción de los últimos modelos de TBI de Estados Unidos, Canadá y Noruega, la generalidad de estos tratados, incluidos los que se aplican al presente caso, omite una relación expresa entre el trato justo y equitativo y el estándar mínimo del derecho internacional general. Esto ha dado lugar a la interpretación en cierta forma a

⁶ Para 184. Esa línea de razonamiento es sugerida por el Profesor Schreuer: “*...it is inherently implausible that a treaty would use an expression such as ‘fair and equitable treatment’ to denote a well-known concept such as the ‘minimum standard of treatment in customary international law’. If the parties to a treaty want to refer to customary international law, it must be presumed that they will refer to it as such rather than using a different expression.*” (C. Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, 6 J. World Investment and Trade 357 (2005); p. 360; también en F. Ortino, L. Liberti. A. Sheppard y H. Warner (Ed.): *Investment Treaty Law. Current Issues II. Nationality and Investment Treaty Claims. Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law*, British Institute of International and Comparative Law. Londres 2007; pp. 94-95.

contrario, aplicada por el Tribunal al presente caso, de acuerdo con la cual esa omisión comprobaría que ambos estándares son diferentes, pues el concepto de estándar mínimo es bien conocido y está bien establecido en el derecho internacional, de modo que si las Partes hubieran querido referirse a él, lo habrían mencionado explícitamente.

12. Sin embargo, ese razonamiento no tiene presente la historia penosa del estándar mínimo para los Estados débiles. En verdad, la pregunta de por qué en los TBIs (salvo en los modelos últimos de Estados Unidos, Canadá y Noruega) no se menciona el estándar mínimo internacional no puede ser bien respondida si se prescinde por completo de la **controversia histórica sobre el concepto mismo de estándar mínimo**, como lo hace la Decisión. El concepto mismo de estándar mínimo fue rechazado como tal por los países latinoamericanos desde el siglo XIX y, en general, por el conjunto de los países en desarrollo surgidos de la Descolonización. No puede olvidarse que América Latina, y muy en particular la Argentina, fue la cuna de la *Doctrina Calvo*,⁷ conforme a la cual los extranjeros gozarían en el territorio de un Estado los mismos derechos que los nacionales, pero no derechos superiores. La misma doctrina fue acogida a lo largo del siglo XX por la mayoría de las naciones en desarrollo, como lo demuestra la **Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados**, aprobada por abrumadora mayoría por la **Asamblea General de las Naciones Unidas** el 12 de diciembre de 1974,⁸ en la cual se acogió el trato nacional (y no el estándar mínimo), como el aplicable al tratamiento de las inversiones extranjeras (Art. 2.2.a) y a los casos de expropiación (Art. 2.2.c). El reclamo subyacente de los Estados débiles fue bien expresado, aún en 1979, por el Juez Padilla Nervo en su **Opinión Separada en *Barcelona Traction***:

*La historia de la responsabilidad de los Estados en materia de tratamiento de extranjeros, es una historia de abusos, de injerencias ilegales en la jurisdicción interna de los Estados débiles, de reclamaciones injustificadas, de amenazas e incluso de agresiones militares bajo la cobertura del ejercicio de derechos de protección, y de la imposición de sanciones con el fin de obligar a un gobierno a efectuar las reparaciones demandadas.*⁹

⁷ C. Calvo: *Le droit international théorique et pratique*. Paris 1896; vol. VI, pp. 231 y ss.

⁸ (A/RES/ 29/3281).

⁹ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ICJ Reports (1970) 3. Opinión Separada del Juez Padilla Nervo, p. 246:

The history of the responsibility of States in respect to the treatment of foreign nationals is the history of abuses, illegal interference in the domestic jurisdiction of weaker States, unjust claims, threats and even military aggression under the flag of exercising rights of protection, and the imposing of sanctions in order to oblige a government to make the reparations demanded.

L'histoire de la responsabilité des Etats, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées.

13. Una de las consecuencias o componentes de la Doctrina Calvo fue la *Cláusula Calvo*, que un autor contemporáneo califica como un “caballo de batalla” de los países latinoamericanos durante mucho tiempo.¹⁰ Otro destacado académico actual ha reconocido que la *Doctrina Calvo* y la *Doctrina Drago* (ambas de origen argentino) representaron “esfuerzos para limitar la dominación de las grandes potencias” por parte de los países latinoamericanos.¹¹ En el mismo sentido, un distinguido profesor europeo se ha referido al estándar mínimo como “disfraz jurídico con el que proteger los intereses de los países poderosos.”¹² El Convenio del CIADI y la participación generalizada de los países latinoamericanos en los TBIs pueden ser vistos, en cierta forma, como el abandono implícito de la *Cláusula Calvo*, lo cual no es enteramente exacto, puesto que dicha cláusula estaba dirigida contra la protección diplomática, que en la experiencia latinoamericana siempre resultó en una expresión de dominación de los países fuertes contra los débiles. Teóricamente, el sistema del CIADI y de los TBIs se basa en una relación entre iguales que no justificaría las prevenciones que animaron a Calvo, Drago y sus seguidores en América Latina, puesto que, en su diseño conceptual, resulta de tratados negociados entre Estados iguales, que aceptan, por anticipado, someter a arbitraje las disputas relativas a inversiones.
14. Por lo tanto, no es tan sencillo afirmar que el concepto de estándar mínimo internacional era un concepto bien establecido. Lo era sin duda para los países exportadores de capitales, pero no así para el resto del mundo. Los cambios ocurridos en las últimas décadas del Siglo XX, entre las cuales estuvo el asentamiento de la internacionalización de los derechos humanos y sus estándares aplicables sin distinción de nacionalidad, bien por encima de *Neer* en 1926, dejaron atrás la relevancia de ese debate, de modo que el concepto de estándar mínimo internacional como tal, no es ya inaceptable para los países en desarrollo.
15. Sin embargo, aunque desde fines del siglo XX el debate sobre ese concepto podía considerarse superado, la carga histórica del fraseo no se ha desvanecido. Difícilmente podrían pactarse cláusulas de tratamiento a inversiones extranjera refiriéndolas a un “estándar mínimo internacional” que algunas de las Partes en esos tratados no estaban dispuestas a aceptar *expressis verbis*. “Estándar mínimo internacional” eran “palabras prohibidas” en un tratado para los muy numerosos países que lo habían rechazado porque estaba asociado con una era inicua de las relaciones internacionales, como ha sido reconocido por algunos académicos que se han referido al tema.¹³ La explicación que sugiere la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, que revela la intención de las Partes en ese tratado de considerar idénticos el trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional, fue que se quiso hallar una fórmula para decir lo

¹⁰ D. Carreau: *Droit International*. 8^e édition. Pedone. Paris. 2004; p. 472.

¹¹ A. Cassese: *International Law*. Second edition. Oxford University Press. 2005; pp. 32-34.

¹² J.A. Carrillo Salcedo: *El derecho internacional en un mundo en cambio*. Tecnos. Madrid. 1984; p. 104.

¹³ La dificultad de los países en vías de desarrollo, en especial de América Latina, para aceptar que el estándar mínimo se halla incorporado del derecho internacional consuetudinario, es advertida por S. Vasciannie: *The Fair and Equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice*, B.Y.I.L., Vol. 70, 1999; p. 105. También: A. Newcombe y L. Paradell: *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International. The Netherlands, 2009; p. 269.

mismo, pero con distintas palabras, con palabras neutras, que no estuvieran satanizadas históricamente. La frase “trato justo y equitativo” es una expresión neutra, sobre la que no existía controversia alguna y ya había sido utilizada, en otro contexto en la Carta de La Habana firmada en 1948 y en el Convenio Económico de Bogotá, firmado también en 1948.

16. Tampoco comarto el razonamiento de la Decisión con respecto al **vínculo entre el estándar de trato justo y equitativo y los principios del derecho internacional al que alude el artículo 3 del Tratado Argentina-Francia**. Según la Decisión, esto no es más que una referencia general al derecho internacional y sólo indica al tribunal que debe interpretar dicho estándar con arreglo a todas las fuentes del derecho internacional, en el mismo sentido como lo determina el artículo 8.4 del mismo tratado. Esa conclusión priva de efecto útil a la referencia a los principios del derecho internacional en el artículo 3 de ese TBI y es, en consecuencia, irrazonable. En efecto, como lo menciona la Decisión al considerar el derecho aplicable al presente caso, el artículo 8.4 del Tratado Argentina-Francia incluye en el derecho aplicable por el Tribunal a “*los principios del Derecho Internacional en la materia*” (“*des principes de droit international en la matière*”). Esta expresión es la que debe ser leída como una referencia a que **todo el tratado Argentina-Francia debe ser interpretado de acuerdo con los principios legales derivados de todas las fuentes de derecho internacional**. Por lo tanto, la referencia a los principios del derecho internacional, contenida en el artículo 3, no puede interpretarse como una simple e inútil repetición de la regla general contenida en el artículo 8.4, sino que debe encontrarse una razón lógica para que las partes hicieran esa referencia específica. La explicación más razonable es que las Partes consideraron al trato justo y equitativo como un estándar existente en derecho internacional, en el tiempo en que suscribieron y ratificaron el TBI, y el único que existía en la época era el estándar mínimo internacional.

17. La relevancia del tipo de redacción del artículo 3 del TBI ha sido advertida en la jurisprudencia arbitral¹⁴ y también en la doctrina jurídica.¹⁵ Incluso, un autor citado por las Demandantes en su *Réplica* coincide con el razonamiento anterior:

*No puede excluirse que un Estado que ha suscrito un compromiso de tratamiento [justo y] equitativo se haya opuesto resueltamente a toda referencia al estándar mínimo a causa de las analogías ambiguas a las cuales esta noción se ha prestado a veces. Si dos Estados entienden referirse al derecho consuetudinario, no faltan fórmulas consagradas para así hacerlo, como se ha notado. En ese sentido, algunas Convenciones hacen mención de un trato equitativo conforme al derecho de gentes; la intención recíproca es entonces manifiesta, y no se presentan las mismas dificultades.*¹⁶ (Énfasis añadido).

¹⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22), Laudo de 24 de julio de 2008, párr. 590.

¹⁵ Cfr. R. Dolzer y C. Schreuer: *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press. 2008; p. 121.

¹⁶ Jean-Pierre Lavie, *Protection et promotion des investissements*. Presses Universitaires de France, 1985, p. 94. Réplica de las Demandantes p. 207, nota a pie 726. El original en francés reza:

18. En mi parecer, la interpretación más razonable sobre el contenido del trato justo y equitativo debería atribuirle el mismo sentido que el del *estándar mínimo actualizado para el tiempo en que se celebró el TBI correspondiente y no en 1926 (Neer)*. En el curso del siglo XX la tolerancia frente al abuso de poder fue progresivamente menor, de modo que un tratamiento arbitrario no tiene por qué llegar a ser ultrajante, odioso o atroz para ser considerado injusto o inequitativo.¹⁷ En particular, es suficiente con la arbitrariedad *objetiva* del hecho ilícito del Estado, sin que se requiera mala fe o intención de dañar. Este podría ser el resultado de la interacción entre el derecho convencional de las inversiones y el derecho consuetudinario, siempre, claro está, que se reúnan las condiciones para la cristalización de este último. De hecho, algunos tribunales arbitrales, como el de *Saluka*, han sugerido que la discusión teórica sobre la relación entre ambos estándares es, en la práctica, superflua, y su aplicación “*a los hechos específicos de un caso, bien puede ser más aparente que real.*”¹⁸ (Énfasis añadido). Más recientemente, en *Biwater Gauff*, el tribunal concluyó que “*el contenido actual del estándar convencional de trato justo y equitativo no es materialmente diferente del contenido del estándar mínimo de tratamiento en derecho internacional consuetudinario.*”¹⁹
19. Sin embargo, aun como *estándar mínimo actualizado*, e incluso dentro del concepto que ha prevalecido en la doctrina y jurisprudencia recientes, en el sentido de que el trato justo y equitativo es diferente y autónomo del estándar mínimo consuetudinario, nunca podría perder su esencia como *un estándar de conducta o comportamiento del Estado con respecto a las inversiones extranjeras*, que no se debe traducir automáticamente en una fuente de derechos subjetivos de los

On ne peut exclure qu'un Etat, qui a souscrit à un engagement de traitement équitable, se serait résolument opposé à toute référence au standard minimum, du fait des analogies ambiguës auxquelles cette notion s'est parfois prêtée. Si deux Etats entendent se référer au droit coutumier, il ne manque pas de formules consacrées pour le faire, comme on l'a noté. En ce sens, quelques Conventions font état d'un traitement équitable, conformément au droit des gens; l'intention réciproque est alors manifeste, et ne présente pas les mêmes difficultés.

It cannot be excluded that a state, which has entered into a [fair and] equitable treatment commitment, would be firmly opposed to any reference to the minimum standard, given the ambiguous analogies this notion has at times allowed. If two states wish to refer to customary law, there is no dearth of established formulations to do so, as we have noted. In this way, a number of Conventions refer to a [fair and] equitable treatment in accordance with the law of nations; the mutual intention is in this case manifest, and does not present the same difficulties. (Traducción de las Demandantes).

¹⁷ Como lo afirmó el Tribunal de *Mondev*: “*To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith.*” (*Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de America* (Caso CIADI No. N° ARB(AF)/99/2), Laudo de 11 de octubre de 2002, párr. 116).

¹⁸ *Saluka BV (The Netherlands) c. República Checa*, Laudo Parcial de 17 de marzo de 2006; párr. 291. Traducción no oficial, original reza: “*The difference between the Treaty standard laid down in Article 3.1 and the customary minimum standard, when applied to the specific facts of a case, may well be more apparent than real.*”

¹⁹ *Biwater Gauff c. Tanzania*, cit., párr. 592. Traducción no oficial, original reza: “*... the actual content of the treaty standard of fair and equitable treatment is not materially different from the content of the minimum standard of treatment in customary international law.*”

inversionistas. Los TBIs contienen un catálogo de obligaciones de los Estados con respecto a sus inversiones respectivas, y no una declaración de derechos de los inversionistas. Independientemente de lo que se juzgue sobre la autonomía del trato justo y equitativo con respecto al estándar mínimo, el trato justo y equitativo representa el grado de *diligencia debida* que los Estados Partes en el TBI se comprometieron recíprocamente a observar con respecto a las inversiones provenientes de los nacionales de uno y otro Estado. El lenguaje utilizado en el Tratado Francés refuerza esta interpretación, puesto que la referencia a los principios de derecho internacional no puede entenderse sino, por lo menos, prescribiendo una obligación de diligencia debida.

20. ¿Qué alcance puede haber tenido el compromiso de los Estados Partes en el TBI de comportarse de manera justa y equitativa con las inversiones provenientes de la otra Parte? No es razonable presumir que los Estados hayan estado dispuestos a comprometerse más allá de lo que impondrían los cánones de un *buen gobierno*. Con la propiedad del gobierno “*de un Estado moderno razonablemente bien organizado*.²⁰ No hay nada en el texto de los TBIs, ni en su contexto ni en su objeto y fin que indique que los Estados Partes estuvieran refiriendo la obligación de dispensar trato justo y equitativo a las inversiones protegidas a conceptos ajenos a los de su propio comportamiento, como lo son las llamadas “expectativas legítimas” de los inversionistas. Por el contrario, choca a la lógica que se pretenda extender la protección de trato justo y equitativo que los Estados Partes se comprometieron a brindar a las inversiones (*no a los inversionistas*) provenientes de la otra parte que vaya más allá de lo que el proceder de un buen gobierno indica, así como tampoco lo tendría que se ofreciera un trato por debajo de lo que cabría esperar de un buen gobierno. Las expectativas de los inversionistas no son el instrumento apropiado para medir si un gobierno actuó o no correctamente conforme a los cánones de un Estado bien organizado. Creo que es desmesurado interpretar que los Estados que se han comprometido a un trato justo y equitativo entendieran que se estaban obligando a someter a sus gobiernos a semejante *test*.
21. En el mismo sentido, el objeto y fin de los TBIs tampoco es útil, en mi opinión, para otorgar al trato justo y equitativo un significado que no está presente en los *términos del tratado* conforme a su *sentido normal*. Más aún, el derecho internacional de las inversiones, en su conjunto, tiene un propósito de protección y, como tal, invita a una interpretación favorable al objeto protegido, pero esto no autoriza a abandonar la letra de los tratados ni a reescribirlos. En mi parecer, en el razonamiento de la Decisión, como de otros laudos que han seguido una argumentación semejante, falta un eslabón importante, pues no se explica por qué el objeto y fin de los TBIs autoriza para introducir en ellos el concepto de *expectativas legítimas de los inversionistas*, que no figura para nada en los *términos del tratado* conforme a su sentido ordinario. Al interpretar una convención internacional, el objeto primario de la interpretación es el de elucidar el significado de los términos del tratado, de modo que al hacerlo a la luz de su objeto y fin el intérprete no debería atribuir a esos términos un significado claramente exorbitante del sentido normal de los mismos, sin que haya evidencia de que la intención de las Partes fue atribuir a los términos del tratado un *sentido especial* (CVDT, art. 31.4).

²⁰

“...a reasonably well organized modern State.” *Asian Agricultural Products Ltd c. Sri Lanka* (Caso CIADI No ARB/87/3) Laudo Final de 27 de junio de 1990; párr. 170.

22. El **concepto de confianza legítima** no es extraño a los diferentes sistemas jurídicos, los cuales, en distinta medida y sobre la base de la buena fe, consideran repreensible a la parte en una relación jurídica que incurre en contradicciones en perjuicio de la otra parte. En las relaciones humanas, en general, la palabra empeñada debe respetarse y quien traiciona la confianza de otro debe ser sancionado. Sin embargo, la formulación concreta de ese concepto varía en los distintos sistemas jurídicos. Ni siquiera el estoppel del derecho inglés tiene una formulación unitaria ni coincide con la misma institución en otros países anglosajones. Tampoco son idénticas la *doctrina de los actos propios* en el derecho de los contratos de algunos países de derecho civil y la *doctrina de la confianza legítima* en el derecho administrativo en los mismos países. Uno de los temas en los cuales pueden establecerse diferencias es en el umbral de confianza que debe alcanzarse para que la conducta de la parte que la genera pueda considerarse como una traición a esa confianza, que debe ser indemnizada en la medida en que cause un daño a la otra parte. En derecho internacional, en las relaciones entre Estados, este principio se encarna en el *estoppel*, con el cual se ha tratado de conectar al trato justo y equitativo. No creo necesario examinar aquí si, en derecho internacional, el estoppel puede ser invocado por un particular en una situación en la cual no es sujeto de derecho internacional, frente al Estado, o si el estoppel está circunscrito a las relaciones entre sujetos de derecho internacional²¹. Aceptando *gratia arguendi*, que el estoppel pudiera invocarse en el contexto de la protección de inversiones, el umbral requerido por el derecho internacional es más alto que el de una simple expectativa. Así lo ha establecido varias veces la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. La Corte se ha referido en numerosas ocasiones a los requisitos generales para que el *estoppel* pueda ser invocado. Uno de ellos *un comportamiento, declaraciones, etc., de un Estado que hayan revelado de una manera clara y constante (clearly and consistently; d'une manière claire et constante) la aceptación por el Estado de un régimen particular*.²² O como lo dijo el Tribunal de *Duke*:

*...para que la conducta o declaración de una entidad estatal pueda ser invocada como causa de estoppel, debe ser inequívoca, es decir, debe resultar de una acción o conducta que, conforme a la práctica usual y a la buena fe, sea percibida por los terceros como la expresión de la posición del Estado, incompatible con la posibilidad de ser contradicha en el futuro.*²³ (Énfasis en el original).

²¹ En el caso *Duke c Perú* (*Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. c. República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/28), Laudo del 18 de agosto de 2008), el Tribunal aplicó el principio del estoppel, pero el problema al que aludo no se planteó puesto que, en la opinión de las Partes (y del Tribunal) en el caso, el estoppel encontraba completa correspondencia en la *doctrina de los actos propios*, aplicable en el derecho interno peruano, particularmente en el derecho civil peruano, que regía el convenio de estabilidad jurídica sobre el que se fundó la reclamación de la Demandante (cfr. párr. 231).

²² *North Sea Continental Shelf: Judgment*, I. C. J. Reports 1969, p. 26, párr. 30; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*), *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 392, párr. 51; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (*El Salvador c. Honduras*), *Application to Intervene, Judgment*, I. C. J. Reports 1990, p. 118, párr. 63; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, *Preliminary Objections, Judgment*, I. C. J. Reports 1998, p. 275, párr. 57.

²³ *Duke c. Perú*, cit.; párr. 249.

23. Pienso que, en algunos casos, los tribunales del CIADI han aplicado este principio sin mencionarlo expresamente,²⁴ pero encuentro que la doctrina de las llamadas “expectativas legítimas” es inconsistente o errónea con respecto al estoppel. Si esas expectativas surgen de actos que alcanzan el umbral requerido en el derecho internacional para obligar al Estado como consecuencia del estoppel, el concepto de expectativas legítimas es irrelevante; pero si no alcanzan ese umbral, no habría base, en derecho internacional, para afirmar una obligación del Estado, pues los tribunales arbitrales no tienen poder para crear una suerte de *soft* estoppel. Tampoco para asumir que la *representation* del Common Law es un principio general de derecho internacional.
24. La Decisión se fundamenta en buena medida en la jurisprudencia arbitral reciente que ha identificado el trato justo y equitativo con la salvaguarda de las “expectativas legítimas” de los inversionistas. No estoy de acuerdo con la consideración que hace la Decisión, en el sentido de que esa jurisprudencia entra dentro de lo previsto en el artículo 38.1.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como “*medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*”, pues no puede conjeturarse que la Corte de La Haya acepte como tal a la jurisprudencia arbitral sobre inversiones. Estoy conforme, en cambio, en el concepto de que casos iguales deberían ser resueltos de igual manera o, como lo ha expresado una distinguida académica miembro de este Tribunal, que si bien no existe una obligación legal de atenerse a los precedentes sí puede identificarse una obligación moral de seguir los precedentes a fin de promover un entorno legal predecible.²⁵ Sin embargo, es necesaria mucha prudencia a la hora de identificar casos como iguales, especialmente cuando se manejan temas factuales, como ocurre con el trato justo y equitativo y cuando, además, los TBIs a menudo contienen diferencias significativas a pesar de su semejanza. Adicionalmente, entiendo que la obligación moral comprende la visión crítica de los precedentes, precisamente porque no son vinculantes. O más bien, porque por eso no son vinculantes.
25. En mi opinión, las sentencias arbitrales que refieren el trato justo y equitativo al concepto de “expectativas legítimas” no han fundamentado ni explicado cómo tal interpretación resulta de la aplicación de las reglas de derecho internacional contenidas en el artículo 31.1 de la CVDT. Esta noción surgió del laudo de *Tecmed*, en un *dictum* severamente criticado, y luego se ha repetido con variantes en varias decisiones en los últimos cinco años de los tribunales del CIADI, como se

²⁴ Aunque el estoppel no fue mencionado explícitamente en *MTD* ni en *SPP (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No ARB/84/3), Laudo de 20 de mayo de 1992), ambos casos implican el principio del estoppel. En *MTD*, el inversionista y el Presidente de la Comisión de Inversiones Extranjeras, en nombre de Chile, habían firmado un contrato para un desarrollo inmobiliario en un sitio determinado, tras lo cual el inversionista inició la actividad prevista, pero luego el gobierno denegó los permisos por no adecuarse a su política urbanística. En *SPP*, después que el inversionista y Egipto habían firmado un contrato para un desarrollo turístico en un sitio determinado en el área de las Pirámides, el gobierno canceló el permiso por haberse descubierto antigüedades en el sitio (lo que debió ser previsto por el gobierno de Egipto, de haber actuado con la diligencia debida). En ambos casos el inversionista tenía un derecho firme (no una expectativa), que fue destruido por causas exclusivamente imputables a la voluntad del Estado. Además, ambos casos presentan contradicciones en los actos del Estado, en contravención del principio general *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*.

²⁵ *Cfr.* G. Kaufmann-Kohler: *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* Arbitration International, Volume 23 Issue 3; p.374.

indica en la Decisión. No es el momento ni el lugar para hacer una crítica pormenorizada de esa jurisprudencia, por lo que me limito a subrayar que, en mi opinión, ninguna de esas decisiones argumenta de manera convincente cómo la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas pueden considerarse incluidas en la expresión “trato justo y equitativo” aplicando el artículo 31.1 de la CVDT. Ni la expresión ni el concepto de “expectativas legítimas” figuran en ningún TBI. La práctica de los Estados más bien se ha orientado a rechazar ese concepto y a acogerse a la identificación del trato justo y equitativo con el estándar mínimo internacional, como lo demuestran los nuevos modelos de TBIs de los Estados Unidos, Canadá y Noruega, así como la interpretación obligatoria de la Comisión de libre Comercio del TLCAN. No encuentro ninguna decisión arbitral que se haya preguntado por la intención de las Partes cuando se han obligado a dispensar trato justo y equitativo a las inversiones cubiertas por los TBIs.

26. Por lo demás, la expresión misma “expectativas legítimas” es equívoca y se presta a confusiones.²⁶ Si con ella se quiere aludir a compromisos específicos relativos a la inversión que luego son desconocidos o contradichos por el Estado, la infracción al trato justo y equitativo encuentra su fundamento en la conducta inapropiada del Estado con respecto a la congruencia de sus actos, como lo ordenan los cánones del *buen gobierno*. Pero si se trata de expectativas con respecto a declaraciones generales o a la política general de estímulo de inversiones extranjeras, no existe base en los TBIs para ni en el derecho internacional general considerarlas como fuente de obligaciones legalmente exigibles.
27. Encuentro, en verdad, que la elaboración de la doctrina de las expectativas legítimas es el resultado de la interacción de lo que reclaman los inversionistas demandantes y su aceptación por los tribunales arbitrales, con el refuerzo que proporciona la presunta autoridad moral de los precedentes. Pienso que se ha interpretado el estándar de trato justo y equitativo con una amplitud que se traduce en la imposición a las Partes, por los tribunales arbitrales, de obligaciones que no se deducen de los términos con los que las mismas Partes definieron sus compromisos. En definitiva, se ha atendido más a lo que los demandantes han considerado el alcance de sus derechos que a lo que las Partes definieron como el alcance de sus obligaciones. Lamentablemente no he tenido la inteligencia ni la capacidad de convencer a mis colegas en este Tribunal, en deliberaciones que han sido amplias, respetuosas y enriquecedoras de nuestras conclusiones comunes, sobre la debilidad legal de esa jurisprudencia, de lo cual estoy convencido.
28. En otro orden de ideas, la Decisión, siguiendo también en esto algunas decisiones precedentes, concluye que el estándar de trato justo y equitativo fue violado porque la Argentina modificó el marco regulatorio de la Concesión dentro del marco de la Ley de Emergencia, dictada para atender la grave crisis económica, social y política que estalló a fines de 2001 y principios de 2002. En mi parecer, la interpretación según la cual el trato justo y equitativo incluye una obligación de

²⁶ En mi parecer la definición intentada en *LG&E (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006; párr 130), a la que parece acogerse la Decisión del presente caso, está lejos de ser satisfactoria, pues incurre en nuevas ambigüedades, tautologías y en *petito principii*.

estabilidad del entorno legal de la inversión es aún más exorbitante que la doctrina de las expectativas legítimas.

29. Algunos tribunales han llegado a la conclusión de que el trato justo y equitativo incluye la estabilidad del marco legal de la inversión, basados en una interpretación en extremo amplia del Preámbulo de algunos TBIs suscritos por los Estados Unidos.²⁷ No es mi propósito formular en esta opinión mis particulares críticas a esa interpretación del Preámbulo de los aludidos TBIs.²⁸ Me basta con subrayar que esa interpretación está circunscrita a los TBIs cuyo preámbulo contiene términos como los que fundamentaron las conclusiones de esos tribunales, lo cual no ocurre con los TBIs de Argentina con Francia, España y el Reino Unido, que rigen estos casos.²⁹
30. Es posible que el Estado asuma explícitamente la obligación de estabilidad legal, particularmente cuando el derecho interno así lo permite y el Estado concluye un “convenio de estabilidad legal” con el inversionista, como ocurre, por ejemplo, con el Perú.³⁰ En otros casos, el Estado asume la obligación contractual, a través del contrato de concesión por ejemplo, de no aplicar a la inversión

²⁷ Por ejemplo: *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*. London Court of International Arbitration. Administered Case No. UN 3467. Laudo Final de 1 de julio de 2004; párr. 183; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No.ARB/01/18), Laudo del 12 de mayo de 2005; para 274.

²⁸ Así lo hizo el Tribunal de *Continental Casualty Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/9), Laudo de 5 de septiembre de 2008):

La estabilidad del marco jurídico de las inversiones se menciona en el Preámbulo del TBI. No se trata de una obligación jurídica de por sí para las Partes Contratantes, ni puede definirse adecuadamente como un objeto del Tratado. Se trata más bien de una condición previa de uno de los dos objetos básicos del Tratado, es decir, promover el flujo de inversiones, en lugar de estar relacionada con el otro objetivo, consistente en otorgar protección a las inversiones en un contexto de reciprocidad. No cabe duda de que la estabilidad del marco jurídico favorece la captación de inversiones extranjeras, especialmente inversiones directas cuyos planes empresariales pueden prolongarse durante cierto número de años, más aún cuando se trata de inversiones por montos iniciales sustanciales y que recién se recuperan a lo largo de un período prolongado. Por otra parte, un país actuaría en forma imprudente si prometiera abstenerse de modificar su legislación aunque la época y las circunstancias varíen, o, aún más, si se atara las manos a través de una estipulación de ese género para el caso de que se produjera un tipo de crisis de cualquier género u origen. Inferir esa estabilidad a partir del Preámbulo del TBI sería contrario a una interpretación eficaz del Tratado; estaría fuera de lugar y, de hecho, no sería razonable, que un inversionista extranjero se basara en esa inferencia. De todos modos, no es objeto de controversia el hecho de que el régimen legal y reglamentario del negocio de seguros de CNA en general se mantuvo estable a lo largo de toda la crisis.²⁸ (Párr. 258; Énfasis añadidos).

²⁹ Es sorprendente que una de esas decisiones, a pesar de estar explícitamente basada en el Preámbulo del TBI Argentina-USA, haya llegado al extremo de afirmar “que la estabilidad del marco legal y comercial del Estado parte es un elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo”; y que “el Tribunal considera esta interpretación como un estándar emergente de trato justo y equitativo en el Derecho internacional.” (*LG&E Energy Corp c. República Argentina*, cit.; párr. 125).

³⁰ Cfr. *Duke c. Peru*.

determinadas enmiendas legislativas, como las referentes al impuesto a la renta.³¹ Pero esos son casos de obligaciones específicas y explícitas, cuya infracción es, por sí misma, un hecho jurídicamente ilícito, que no requiere invocar el trato justo y equitativo, y menos aún las “expectativas legítimas”, para explicar la infracción.

31. Sin embargo, una obligación internacional que comprenda la renuncia del Estado a ejercer su poder regulatorio no puede presumirse, considerando, como lo expresó el Tribunal en *Myers*, “*el alto grado de respeto que el derecho internacional generalmente dispensa al derecho de las autoridades internas a regular las asuntos dentro de sus propias fronteras.*”³² El poder regulatorio es esencial para la realización de los fines del Estado, de modo que la renuncia a ejercerlo es un acto extraordinario que debe surgir de un compromiso inequívoco, más aún cuando está en juego su capacidad para ocuparse de una grave crisis. Como lo dijo el Tribunal de *Continental*, “*un país actuaría en forma imprudente si prometiera abstenerse de modificar su legislación aunque la época y las circunstancias varíen, o, aún más, si se atara las manos a través de una estipulación de ese género para el caso de que se produjera un tipo de crisis de cualquier género u origen.*”³³ Tal compromiso tocaría competencias esenciales del Estado, a las cuales sería inconcebible que renunciara tácitamente. Una obligación convencional, mediante la cual el Estado garantiza la estabilidad de su orden legal y que renuncia al ejercicio del poder regulatorio, debe ser explícita y no puede presumirse a través de una declaración implícita, diluida en expresiones generales y ambiguas relativas a un estándar de tratamiento a las inversiones (ni del preámbulo de un tratado, de paso sea dicho).
32. Los TBIs no contienen cláusula alguna en la que la Argentina acepte estar obligada a no ejercer su poder regulatorio, cuando fuera necesario, particularmente si surgía, como surgió, una necesidad social imperiosa de así hacerlo. No hay fundamento en los TBIs para concluir que sólo podría ejercer su poder regulatorio si se reunían los requisitos del estado de necesidad, según el derecho internacional. En ese sentido, creo que la defensa subsidiaria presentada por la Argentina fundada sobre el estado de necesidad es inapropiada e innecesaria, puesto que los TBIs no contienen ningún compromiso explícito de estabilidad legal y un compromiso de esa naturaleza no puede deducirse o presumirse como implícito en ninguna convención internacional. Como quedó dicho, semejante compromiso debe ser expreso o, cuando menos, inequívoco. Eso no ocurre en los TBIs bajo examen en los casos a los cuales la presente Decisión se refiere.

³¹ Ese fue el caso de *Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, Laudo de 24 de agosto de 1978. (Autoridades legales de las Demandantes No. 34). Según lo expresa el laudo, “*(t)he 1967 Agreement prescribed the amount of taxes and royalties which were to be payable to the Government by RJA and provided, inter alia that no further taxes or financial burdens would be imposed on RJA and that the Government would do nothing to derogate from RJA's rights concerning the project.*” Se trataba, pues, de una obligación contractual explícita.

³² Traducción no oficial. “*...the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders.*” *S.D. Myers c. Canadá*. Primer Laudo Parcial. Ad hoc—Reglamento CNUDMI, IIC 249 (2000). 13 de noviembre de 2000; párr. 263.

³³ En inglés: “*...it would be unconscionable for a country to promise not to change its legislation as time and needs change, or even more to tie its hands by such a kind of stipulation in case a crisis of any type or origin arose.*” *Continental Casualty Company c. República Argentina*, cit.; párr. 258.

33. Es verdad que la Decisión no afirma que la obligación de estabilidad del entorno legal de la Concesión era absoluta. Citando el párrafo 306 de *Saluka*, afirma que deben tenerse presentes los legítimos intereses regulatorios del Estado receptor de la inversión. Creo que el párrafo 307 del mismo laudo de *Saluka* contribuye a aclarar el concepto expresado, pues allí se afirma que cabe esperar que el Estado receptor

... implemente sus políticas bona fides mediante una conducta que, en tanto afecte a las inversiones de los inversionistas, está razonablemente justificada por políticas públicas y que tal conducta no viole manifiestamente los requisitos de congruencia, transparencia, ecuanimidad y no discriminación. En particular, ningún tratamiento diferencial a un inversionista extranjero debe estar basado en distinciones y exigencias irrazonables, y debe ser justificada mostrando que tiene una relación razonable con políticas racionales no motivadas por preferencia de otros inversionistas por sobre la inversión extranjera.³⁴

34. El párrafo citado de *Saluka* es, en mi parecer, irreprochable. Pone de manifiesto que el trato justo y equitativo es un estándar de comportamiento, cuyo énfasis recae en los deberes al Estado más que en los derechos del inversionista. El trato justo y equitativo, según el *dictum* anterior, no impone al Estado una obligación de no alterar el entorno legal de la inversión, sino a requerir que el ejercicio de su poder regulatorio en materias conectadas con la inversión extranjera cumpla con los requisitos de manera oportuna, congruente, razonable, proporcional, ecuánime y no discriminatoria. En otros términos, lo que debe someterse a escrutinio es si esas medidas se conforman a los cánones de buen gobierno en un Estado moderno bien organizado.

35. Argentina, como cualquier otro Estado, estaba en el deber de tomar medidas excepcionales, sin excluir la modificación del régimen legal de la Concesión, para atender a una situación también excepcional. Esas medidas eran imprevisibles e impredecibles cuando se adoptaron los TBIs, como imprevisible e impredecible era la gravedad de la emergencia por la que atravesó la Argentina en 2001-2003. Los TBIs, lo mismo que el derecho internacional general, no proporcionan fundamento alguno para concluir que, en semejante contexto de crisis, adoptar medidas impredecibles o que afecten la predictibilidad de un marco regulatorio constituya la violación de una obligación internacional sujeta a reparación según el derecho internacional.

36. La experiencia de la reciente crisis financiera internacional muestra como los Estados se ven compelidos a adoptar medidas de emergencia que nunca pasaron por la mente de gobernantes que más bien habían combatido durante su vida entera la intervención del Estado en ciertas áreas de la economía. Pero esa imprevisibilidad ni determina la ilegitimidad de dichas medidas, ni puede ser una base legal para que quienes sean afectados adversamente por ellas invoquen derechos

³⁴ Traducción no oficial. “...implements its policies bona fide by conduct that is, as far as it affects the investors' investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not manifestly violate the requirements of consistency, transparency, even-handedness and nondiscrimination. In particular, any differential treatment of a foreign investor must not be based on unreasonable distinctions and demands, and must be justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by a preference for other investments over the foreign-owned investment.” *Saluka c. República Checa*, cit.; párr. 307.

adquiridos o pretendan indemnizaciones. Lo que podría tachar su legitimidad es que fueran irrazonables, desproporcionadas, discriminatorias o, de cualquier modo, arbitrarias. Una vez más, lo que debería verificarse es si las medidas del gobierno se conforman a los cánones de un Estado moderno y bien organizado.

37. En ese contexto, el Tribunal debió establecer si las diferentes medidas de la Argentina entraban dentro de lo que razonablemente cualquier buen gobierno de un Estado moderno bien organizado hubiera podido adoptar si debía lidiar con una crisis de las proporciones de la sufrida por la Argentina, o si, por el contrario, y en qué medida, ellas fueron irrazonables, desproporcionadas, discriminatorias o, de cualquier modo, arbitrarias. No creo que sea materia para que el Tribunal se pronuncie el determinar las medidas alternativas que hubiera podido adoptar, porque no le corresponde sustituir *ex post facto* al Gobierno argentino cuando le correspondió hacer frente a la grave crisis por la que atravesaba el país.
38. El Tribunal no entró a analizar las medidas argentinas en particular, sino que concluyó que ellas violaban el trato justo y equitativo, porque alteraron el Marco Regulatorio en aspectos que entraban dentro de las expectativas legítimas de los inversionistas.
39. Según la Decisión, la mera alteración del Marco Regulatorio violó el trato justo y equitativo, porque Argentina sólo podía ejercer su legítimo derecho a regular, dentro de las reglas del detallado marco legal que la misma Argentina había establecido para la Concesión (párr. 237). Esta afirmación no es irrazonable, siempre que está referida a situaciones de relativa normalidad, pero no es atinada cuando una grave situación sobrevenida exige la adaptación del ordenamiento legal del Estado a la nueva situación. En ese contexto, lo que es razonable es, precisamente, el ejercicio del poder regulatorio en el sentido más adecuado al bien común.
40. En ese sentido, encuentro alguna contradicción en la Decisión, pues a, tiempo que afirma que Argentina conservaba su legítimo poder regulatorio, también se afirma que no podía ejercitarlo para modificar en ninguna forma el Marco Regulatorio, ni siquiera para atender, de manera oportuna, congruente, razonable, proporcional, ecuánime y no discriminatoria las exigencias del bien común en una situación de emergencia. Esto significaría que el Estado no puede, por sí mismo, ejercer el poder regulatorio. Entonces, podría concluirse que el poder regulatorio existe y no existe al mismo tiempo.
41. El Tribunal no entró a analizar las medidas argentinas en particular, sino que concluyó que ellas violaban el trato justo y equitativo, porque alteraron el Marco Regulatorio en aspectos que entraban dentro de las expectativas legítimas de los inversionistas. Sin embargo, la Decisión alude a varias medidas dictadas por Argentina, ordenando a las autoridades regulatorias no respetar importantes elementos del marco regulatorio, identificando esas medidas por el número de los anexos correspondientes (Párr 240). Esas acciones, según la Decisión, estuvieron fuera del ámbito del derecho legítimo a regular del Estado y, en efecto, constituyeron un abuso de la discreción regulatoria. Esas medidas son las siguientes:

- C-85: Ley de Emergencia;

- C-90: Decreto No 293/02 de 14-2-02, mediante el cual se encomienda al Ministerio de Economía la renegociación de los contratos de servicios públicos, con un lapso de 120 días para concluir el proceso;
- C-91: Carta de ETOSS a AASA No. 14.505 de 14 de febrero de 2002, mediante la cual se notifica a AASA que, de acuerdo con la Ley de Emergencia, el régimen de revisión de tarifas por modificación de la paridad cambiaria ha sido modificado y que las tarifas quedan temporalmente congeladas, hasta que se reglamente la Ley de Emergencia y se acuerde lo pertinente en la renegociación del Contrato;
- C-97: Resolución MoE 38/2002 de 10 de abril de 2002, que ordenó a las dependencias regulatorias y de control “... *abstenerse de adoptar cualquier decisión o ejecutar acciones que afecten directa o indirectamente los precios y las tarifas de los servicios públicos...*”
- C-101: Decreto 1090/02 de 26 de junio de 2002 (C-101), del Presidente de la Nación, mediante el cual se dispuso que toda reclamación por incumplimiento de los contratos sujetos a renegociación debía ser incluida en dicho proceso y formar parte de los acuerdos; y que los concesionarios que formularan reclamos fuera de ese marco quedarían fuera del proceso de renegociación (art. 1º).
- C-108: Resolución 308/02 de 20 de agosto de 2002, mediante la cual se establecieron modalidades especiales para la consideración de sanciones a los concesionarios por incumplimientos que pudieran originarse a la situación de emergencia, incluida la suspensión de sanciones por hechos originados en la emergencia. También se dispuso que aquellos concesionarios que, en contravención con el Decreto 1090/02, “*efectuaren una presentación en sede judicial o arbitral sobre el presunto incumplimiento contractual fundado en las normas dictadas en razón de la emergencia, serán intimadas [...] a desistir de tal acción, bajo apercibimiento de que si así no lo hicieran, se instarán los actos para disponer su exclusión de dicho proceso.*” Según esto, aunque la amenaza de exclusión de la renegociación a los concesionarios que acudieran al arbitraje para sus reclamaciones se mantuvo, la exclusión no sería automática.

42. Algunas de estas medidas apuntan hacia la congelación temporal de las tarifas, mientras que otras (a la que me refiero más adelante), se refieren a la renegociación del contrato. No puede afirmarse que las medidas sobre congelación temporal de las tarifas, en sí mismas y en el tiempo en que se adoptaron, fueron desproporcionadas, irrazonables, discriminatorias o arbitrarias, ni que salieran del rango de decisiones que cualquier gobierno razonable hubiera podido adoptar en las mismas circunstancias.

43. Sin embargo, precisamente por ser excepcionales, esas medidas debían aplicarse por el tiempo estrictamente necesario para atender la emergencia. La temporalidad es parte esencial de la razonabilidad de este género de medidas. La Argentina no cumplió con este requerimiento, pues algunas de las medidas que afectaban gravemente a AASA, particularmente la congelación de las tarifas, se prolongaron indefinidamente, lo cual no se adecuó a la conducta que un buen gobierno debería seguir en todo momento. No es razonable que se mantengan congeladas las tarifas de un servicio público prestado por un particular a través de una concesión y no subsidiado, mientras hay evidencia de que los costos de su operación han subido significativamente, por causas ajenas al

concesionario. La congelación pudo explicarse por un tiempo breve, mientras se restablecía un grado razonable de normalidad económica y social. Si bien la eficiencia era uno de los componentes del régimen tarifario, había evidencia de suficientes causas externas a la concesión, muchas de ellas relacionadas con las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno, para ofrecer al concesionario soluciones que tendieran a restablecer la ecuación económico-financiera de la concesión, más aún cuando estaba bajo el deber jurídico de revisar las tarifas. Al omitir acciones concretas que hicieran viable ese resultado, la Argentina se apartó de los cánones del buen gobierno, en un Estado moderno razonablemente bien organizado y, por lo tanto, no dispensó a la inversión de las Demandantes el trato justo y equitativo que imponen los TBIs.

44. En ese sentido, la infracción del trato justo u equitativo no surge, en mi opinión, como una consecuencia inmediata de la promulgación de la Ley de Emergencia ni de las otras medidas conexas que adoptó el Gobierno inmediatamente después de dicha Ley, sino a partir del momento en que se alcanzó el grado mínimo de normalidad para atender también a la normalización de la Concesión.
45. También difiero de la Decisión en su conclusión de que la renegociación decidida unilateralmente por el Estado constituye otra infracción del trato justo y equitativo.
46. La renegociación dispuesta por la Ley de Emergencia fue una medida de carácter general que afectó a todos los contratos relativos a obras y servicios públicos. Como cuestión de principio, no podía considerarse una medida irrazonable en el contexto de la supresión del régimen de convertibilidad del peso con respecto al dólar, que había sido un componente esencial de la política de privatización emprendida por la Argentina en los años noventa, de la que formaba parte la Concesión de AASA.
47. La renegociación de contratos de concesión a largo plazo dista de ser excepcional. Varios testigos de las Demandantes reconocieron que era normal que se renegociaran las condiciones originales de ese tipo de contratos frente a hechos nuevos e imprevistos. Sobre esa base se estableció un primer proceso de renegociación de la Concesión de AASA, en el cual se procuró solventar numerosos problemas que se habían presentado a la concesionaria en los primeros años de ejecución del contrato, debidos a hechos nuevos e imprevistos. Asimismo, en relación con la renegociación dispuesta por la Ley de Emergencia, existen manifestaciones de representantes de las Demandantes, respecto de las cuales no se ha alegado ni demostrado coacción alguna, que expresaban su conformidad con la renegociación, aunque requiriendo siempre que se preservara el equilibrio económico-financiero de la Concesión. Incluso, el 10 de agosto de 2002, AASA se dirigió al Gobierno indicando que la solución al quebranto financiero que sufría la Concesión “*no puede ser exclusivamente tarifario, sino responder a una lógica de recomposición integral del equilibrio involucrando a los distintos actores de la Concesión*” (nota N° 41.704/02 del 20 de agosto de 2002; anexo R-124).
48. No concuerdo con la conclusión de la Decisión (párr 239), en el sentido de que AASA se vio coaccionada a acceder a la renegociación porque, de haber rehusado, podría haber sido acusada de infringir el artículo 5.1 del Contrato de Concesión, que obligaba a ambas partes a “*arbitrar todos*

los medios a su alcance para establecer y mantener una relación fluida que facilite el cumplimiento de este Contrato de Concesión.” Por el contrario, en mi opinión lo que esa cláusula evidencia es que la obligación de renegociar no tenía como única fuente la Ley de Emergencia sino el Contrato de Concesión mismo y que AASA no podía legítimamente rehusarse a renegociar (como en efecto no se rehusó). Por lo demás, el estándar internacional para este tipo de contratos, en el supuesto de excesiva onerosidad o “*hardship*”, apunta hacia imponer a las partes una obligación de negociar la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias o su terminación,³⁵ lo cual es por lo demás, en mi opinión, un corolario de la buena fe que debe prevalecer en la ejecución de todo contrato.

49. Aunque en el proceso de renegociación se registran episodios ciertamente censurables, no creo que los mismos afectaron la esencia del proceso.³⁶ Por el contrario, un análisis global del mismo revela que las partes negociaron en los términos prescritos por el derecho internacional,³⁷ al punto que para el momento en que AASA y las Demandantes dieron por terminadas las negociaciones sólo las separaban diferencias en cuatro temas, según se expresó en una carta emanada de las Demandantes.³⁸ Puede especularse sobre qué habría ocurrido si la Argentina hubiera definido esos puntos o si AASA y las Demandantes no hubieran perdido la paciencia o las esperanzas de llegar a un arreglo, pero la omisión de una u otra conducta no puede considerarse como una prueba de mala fe o de ruptura de los estándares que deben guiar una negociación. A pesar de haber negociado adecuadamente, las partes no llegaron a un acuerdo. No puede verse en este desenlace, por sí mismo, el incumplimiento de ningún deber jurídico de ninguna de ellas.

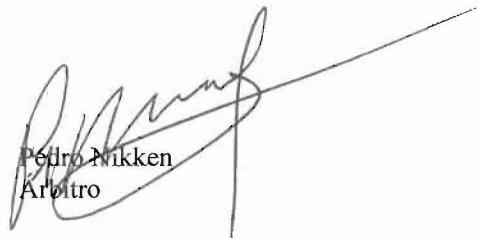
³⁵ Cfr. *Principles of European Contract Law* (elaborados por la Commission on European Contracts Law), **Article 6:111: Change of Circumstances**; *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004: Article 6.2.2 (Definition of hardship); Article 6.2.3 (Effects of hardship)*.

³⁶ Cabe destacar la inaceptable disposición del Gobierno según la cual se debía excluir del proceso de renegociación a los concesionarios o inversionistas que hicieran uso de su derecho de recurrir al arbitraje. Sin embargo, la gravedad de este hecho baja su tonalidad porque se trató de una amenaza que nunca se cumplió. En el presente caso, las Demandantes, conforme era su derecho, recurrieron al presente arbitraje y no fueron por ello excluidas de la renegociación.

³⁷ Me refiero al el estándar definido por la Corte Internacional de Justicia, en el sentido de que las partes “*tienen la obligación de comportarse de tal manera que la negociación tenga un sentido, lo que no ocurre cuando una de ellas insiste sobre su propia posición sin contemplar ninguna modificación.*” (The parties “*are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists under upon its own position without contemplating any modification on it.*” Les parties “*ont l’obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n’est pas le cas lorsque l’une d’elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification.*”) Northern Sea Continental Shelf. Judgement. ICJ. Reports 1969, par. 85.

³⁸ Cfr. carta personal que dirigió el Sr. Jean Louis Chaussade (Suez) al Ministro de Planificación Julio de Vido, el 7 de septiembre de 2005 (anexo C-367).

50. Lo que a mí manera de ver no tiene justificación satisfactoria es que, mientras se extendía aquel prolongado proceso de negociaciones, se mantuvieran congeladas las tarifas, sin arbitrar siquiera un remedio transitorio para las notorias dificultades financieras que sufría AASA, tal como fue requerido por ésta de manera reiterada e insistente. Ese hecho configura, sin duda, una violación de la obligación de trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes. Pero esa infracción no se debe a la renegociación en sí misma, sino a la negativa argentina de revisar las tarifas, en contravención de sus obligaciones según les TBIs. De todo lo anterior, mi conclusión de que el proceso de renegociación no fue *per se* una contravención de las obligaciones del Estado bajo el estándar de trato justo y equitativo.



Pedro Nikken
Arbitro