

Análisis del fallo “BG Group plc v. Republic of Argentina” dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: ¿Todos los caminos conducen a Roma?

Analysis of the case “BG Group plc v. Republic of Argentina” ruled by the Supreme Court of the United States of America: All roads do not lead to Rome.

Valerio de Oliveira Mazzuoli*

Diego Luis Alonso Massa**

Fecha de Presentación: febrero de 2015. Fecha de Publicación: marzo de 2015.

Resumen.

El presente ensayo tiene por finalidad analizar la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos recaída en la causa “BG Group plc v. Republic of Argentina”, el 5 de marzo de 2014, en

* Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Mato Grosso – UFMT (Brasil). Posdoctorado en Ciencias Jurídico-Políticas (Universidad Clásica de Lisboa (Portugal)). Doctor *summa cum laude* en Derecho Internacional (Universidad Federal de Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil)). Magíster en Derecho Internacional (Universidad Estadual Paulista – UNESP, *campus* de Franca (Brasil)). Miembro de la *Sociedad Brasileña de Derecho Internacional (SBDI)* y de la *Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD)*. Abogado y Asesor Jurídico. *E-mail*: mazzuoli@ufmt.br

** Abogado – Universidad de Buenos Aires. Magíster en Relaciones Internacionales (con especialización en Derecho Internacional) (*Institut de Hautes Études Internationales*, Université de Genève (Suiza)). Asesor jurídico en materia de arbitraje internacional y de propiedad intelectual. Ex-funcionario internacional - Organización Internacional del Trabajo – OIT (Ginebra, Suiza), UNCITRAL, Naciones Unidas (Viena, Austria), Organización Mundial del Comercio (Ginebra, Suiza). Especialización en Derecho de la Propiedad Intelectual, Universidad Austral (Buenos Aires). Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales, Universidad de Buenos Aires. *E-mail*: diego.luis.alonso@outlook.com

cuyo marco se decidió que la Argentina deberá pagar a la sociedad británica *BG Group* el monto de 185,3 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización por la decisión del Gobierno de la República Argentina de congelar los precios de las tarifas de gas en 2002. Así, se analizará el fondo de la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, centrando nuestra atención en el hecho de que ese Alto Tribunal haya omitido analizar normas básicas de derecho internacional general, y más concretamente, las normas pertinentes del derecho de los tratados, al dictar una decisión sobre una cláusula relativa a un arbitraje de inversiones inserta en un tratado bilateral de inversiones. Por otra parte, según se desprende de dicho fallo, se equiparan dos institutos jurídicos extremadamente diferentes, como son los contratos internacionales (en el presente caso, un convenio de arbitraje internacional) y un tratado internacional, al afirmarse que la diferencia que pudiere existir entre ambos institutos no tiene mayores consecuencias jurídicas respecto del razonamiento sobre el que se basa la decisión del Tribunal, aunque en realidad se trata de institutos jurídicos diametralmente opuestos.

Abstract.

The present essay aims to analyze the decision rendered by Supreme Court of the United States of America, on 5 March 2014, in re *BG Group plc v. Republic of Argentina*, whereby Argentina was ordered to pay the British company *BG Group* the amount of US\$ 185,3 million in damages as a result of Argentina's decision to impose a freeze on gas price in 2002. This essay discusses the merits of such a decision focusing, in particular, on the fact that basic norms concerning general international law and, more specifically, the law of treaties, have not been taken into account in reaching a decision on a matter involving an investment arbitration provided for in a bilateral investment treaty. Furthermore, it seems that extremely different legal institutions, such as international contracts (in the case at hand, an international arbitration agreement) and international treaties have been merged into one thing by asserting that they stand on an equal footing, while in fact they are diametrically opposed.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.
 - 1.1. La controversia.
 - 1.2. Objeto del estudio.
2. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA MAYORÍA.
 - 2.1. Objeto de la decisión judicial: ¿Acuerdo de arbitraje internacional o tratado internacional?
 - 2.2. ¿Aplicación de presunciones judiciales de derecho interno en relación con un tratado internacional?
 - 2.3. Consideraciones sobre las implicancias del principio de Kompetenz-Kompetenz.
 - 2.4. La condición relativa al consentimiento: desinterés manifiesto por la aplicación de las normas relativas a la interpretación de los tratados de la Convención de Viena de 1969.
3. ANÁLISIS DEL VOTO EN DISIDENCIA.
 - 3.1. Crítica razonada del voto de la mayoría.
 - 3.2. Consideraciones críticas sobre el exceso formalismo terminológico del voto de la mayoría.
 - 3.3. ¿Decisión a mitad de camino?
4. FUNDAMENTOS DISOCIADOS DE LAS REGLAS INTERNACIONALES Y TRANSNACIONALES: UNA CONTRADITIO IN TERMINIS AUTORIZADA?
 - 4.1. Complementariedad del derecho internacional público y del derecho transnacional del arbitraje.
 - 4.2. Expectativas de las partes: ¿qué función cumplen en un tratado internacional del inversiones?
5. CONCLUSIÓN.
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Palabras clave

Arbitraje comercial internacional; arbitraje de inversiones; tratado internacional; derecho internacional; derecho transnacional.

Keywords

International commercial arbitration; investment arbitration; international treaty; international law; transnational law.

1.- INTRODUCCIÓN.

El 5 de marzo de 2014, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió, por 7 votos contra 2, que la Argentina debía pagar a la sociedad británica de exploración y distribución de gas natural, *BG Group*, la suma de 185,3 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización por la decisión adoptada por el Gobierno Argentino de congelar los precios de las tarifas de gas en 2002. Es de destacar que esta decisión no ha pasado inadvertida, ni en el ámbito del derecho internacional público ni en el del derecho transnacional del arbitraje.

Esta controversia debe ser objeto de un análisis minucioso - especialmente en lo que atañe a los fundamentos jurídicos sobre los que se basó la Corte Suprema - para que de ese modo se puedan lograr avances en el debate sobre cuáles son los derechos y obligaciones de los Estados y de las personas físicas y/o jurídicas de carácter privado, a la hora de interpretar una disposición de un tratado bilateral de inversiones, celebrado entre dos Estados, siendo es este el objeto principal del presente artículo.

1.1 La controversia

En 2003, la sociedad *BG Group* consideró que se había visto perjudicada como consecuencia de la promulgación por parte del Gobierno Argentino de una serie de normas que violarían las disposiciones del Convenio concluido entre el Reino Unido (en donde se encuentra la casa matriz de *BG Group*) y la Argentina, el 11 de diciembre de 1990, sobre la promoción y protección

de inversiones (en lo sucesivo, el “Convenio” o el “Tratado”).¹ En particular, *BG Group* alegó que la nueva legislación argentina violaba las disposiciones del Tratado por las que se prohíbe la “expropiación” de las inversiones y se establece que cada Estado otorgará un “trato justo y equitativo” a los inversores de la otra parte.²

Ese mismo año, *BG Group* dio inicio a un arbitraje internacional con el fin de obtener una indemnización por los perjuicios que le habría causado la promulgación de la normativa argentina que imponía un congelamiento de las tarifas gas. Luego, las partes nombraron árbitros y escogieron la ciudad de Washington, DC, como sede del arbitraje.

A pesar de que la Argentina argumentó que *BG Group* inició un proceso arbitral sin observar la prescripción que impone, como primera medida, la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor (en adelante, “la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial”), vale decir, ante un tribunal argentino, lo cierto es que, la propia Argentina, cuando en 2003 *BG Group* intentó iniciar un proceso arbitral sobre la base del Art. 8 del Tratado, aceptó participar en el proceso de designación de los árbitros y de fijación de la sede del arbitraje (que se prosiguió en Washington, DC).

En 2007, el tribunal dictó un laudo definitivo, en el cual se resolvió que la conducta observada por la Argentina (de aceptar el nombramiento de árbitros, etc.) suponía haber renunciado a la prescripción del tratado por la se que impone la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor, para que luego solo de ese modo (y transcurridos 18 meses desde la incoación de la acción judicial respectiva) fuese posible iniciar un arbitraje internacional. Ello es así porque en el Art. 8) 2) b) del tratado bilateral de inversiones se establece una excepción a la obligación de tener que incoar una demanda en sede judicial de la Parte Contratante en cuyo territorio se

¹ Denominación oficial: Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones. Si se desea consultar la versión en lengua española, véase: Ley N° 24.184 (<<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/582/norma.htm>>). Si se desea consultar la versión en lengua inglesa, véase: *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 46.

² Véase el Art. 2) 2): “Las inversiones de inversores de cada Parte Contratante recibirán en toda ocasión un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante perjudicará de alguna manera con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante”.

realizó la inversión, a saber, cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante decidiesen (expresa o tácitamente) recurrir a la vía arbitral, que fue precisamente lo que ocurrió en el caso objeto de análisis. Así, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que sería “absurdo” e “irrazonable”³ obligar a un particular, en tales circunstancias, a iniciar una demanda en sede judicial del país receptor, para que solamente así (y luego de transcurridos 18 meses desde la iniciación de la demanda) fuese posible iniciar el proceso arbitral.

En cuanto al fondo, finalmente, el tribunal arbitral condenó a la Argentina a pagar a la sociedad *BG Group* la suma de 185,3 millones de dólares estadounidenses en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

En marzo de 2008, ambas partes (*BG Group* y la Argentina) realizaron sendas presentaciones ante el Tribunal del Distrito de Columbia: *BG Group* a los efectos de *confirmar* el laudo arbitral, fundándose en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), y Ley de Arbitraje Federal (*Federal Arbitration Act*); y la Argentina, para que se *anulase* el laudo arbitral, sobre la base de que los árbitros que carecían de competencia para resolver la controversia.

El Tribunal del Distrito de Columbia *hizo lugar* a la pretensión de *BG Group* y *rechazó la petición* de la Argentina, confirmando así la *validez* del laudo arbitral. La República Argentina interpuso un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia, el cual, a su vez, revocó la decisión del Tribunal de Distrito, declarando así la nulidad del laudo arbitral en cuestión. El Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia sostuvo que era válido el argumento aducido por la Argentina en el sentido de que *BG Group* debería haber incoado una demanda ante los tribunales competentes argentinos (y esperado dieciocho meses a partir del inicio de dicha acción judicial), pues sólo así, podría haber

³ Véase “*BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*”, Laudo definitivo (24 de diciembre de 2007), p. 50, párr. 147: “Sin embargo, en lo atinente a la interpretación del tratado,” el Art. 8 2) a) i) no puede interpretarse como un obstáculo absoluto e insalvable que impida recurrir a la vía arbitral. Si el país receptor obstruye u obstaculiza la posibilidad de recurrir a sus propios tribunales, toda interpretación que se haga de esa situación conducirá a un resultado absurdo e irrazonable, tal como se prevé en el Art. 32 de la Convención de Viena [sobre el derecho de los tratados, de 1969], al permitir al Estado receptor sustraerse de manera unilateral al proceso arbitral, que ha sido el mecanismo que ha impulsado la transición de un sistema de protección diplomática basado en criterios políticos a un mecanismo de solución de controversias entre Estados y personas físicas y/o jurídicas de carácter privado”.

iniciado un proceso de arbitraje internacional. Por consiguiente, el Tribunal de Apelaciones declaró la nulidad del laudo arbitral.

BG Group, por su parte, disintió con la decisión adoptada por el Tribunal de Apelaciones, por lo que interpuso un recurso ante la Corte Suprema de los Estados Unidos que, a su vez, aceptó conocer de la causa, “dada la importancia que reviste la cuestión para el arbitraje comercial internacional”.⁴ Así, según el razonamiento del voto de la mayoría, la cuestión planteada ante la Suprema Corte consistía en “decidir a quién le compete —en primer lugar— (al tribunal o al árbitro) la responsabilidad de interpretar y aplicar la prescripción establecida en el Art.8 relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor”.⁵ Sin embargo, esa visión un tanto limitada de la controversia, en cierta medida, es puesta en tela de juicio por el voto en disidencia, al intentar encuadrar el análisis de la cuestión controvertida más bien en torno a determinar si se estaba frente a una oferta unilateral y permanente de arbitraje prevista en el marco de un tratado bilateral de inversiones o de una simple cuestión de *arbitrabilidad* (en la acepción estadounidense del término).⁶

1.2 Objeto del estudio

Tal como se señala en la mayoría de los comentarios al fallo objeto de análisis, la Corte Suprema de los Estados Unidos parece adoptar una posición favorable al arbitraje internacional al rechazar la tesis esgrimida por la Argentina en el sentido de que los árbitros habrían rebasado

⁴ Véase, “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*” núm. 12-138, 572 U.S. (5 de marzo de 2014), p. 5: “Dada la importancia que reviste la cuestión para el arbitraje comercial internacional, se concede la petición”.

⁵ *Idem*, p. 6.

⁶ Sabido es que la noción de *arbitrabilidad* en el derecho estadounidense presenta características propias que la diferencian del sentido que, en el derecho continental europeo, y en la gran mayoría de los sistemas jurídicos, se le otorga al término *arbitrabilidad*. Así, mientras la doctrina mayoritaria coincide en afirmar que la *arbitrabilidad* es principalmente una condición de validez de la convención de arbitraje, en el derecho estadounidense el término *arbitrability* tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio. En efecto, en dicho contexto, el concepto de *arbitrabilidad* comprende, además del consentimiento que las partes deben prestar para recurrir al arbitraje, el ámbito de aplicación personal de la convención de arbitraje (es decir, qué personas se encuentran sujetas a un acuerdo de arbitraje), también denominado “*substantive arbitrability*” y la observancia de determinadas prescripciones previas, para estar facultado a iniciar un proceso arbitral, lo que se conoce como “*procedural arbitrability*”. Por último, cabe mencionar que el concepto de *arbitrability* también comprende el ámbito de aplicación material (vale decir, qué materias pueden someterse a arbitraje), en donde por fin dicha concepción de la *arbitrabilidad* encuentra un denominador común con la noción de *arbitrabilidad* de la gran mayoría de los sistemas jurídicos.

los límites de su competencia al declararse competentes para conocer del proceso arbitral que iniciara *BG Group* sin haber cumplido previamente con la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor (es decir, la Argentina).

Así, según la opinión mayoritaria de los comentaristas, esta decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos representaría un hito importante en favor del arbitraje, incluido naturalmente el arbitraje en materia de inversiones internacionales, así como una interpretación que contribuiría a esclarecer determinadas cuestiones relativas a la *arbitrabilidad*⁷ y a reafirmar el principio de *Kompetenz-Kompetenz* en el derecho estadounidense, puesto que en dicha decisión se sugiere que la incorporación del Reglamento de Arbitraje de la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI) en el Art. 8) 2) b) y 8) 3) a) y b) del Tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina,⁸ presupone el fortalecimiento del principio de que los árbitros pueden resolver cuestiones relativas a su propia competencia. No obstante, como se analizará más adelante, la incorporación del Reglamento citado corresponde a otro supuesto que nada tiene que ver con el analizado en la controversia examinada por la Corte Suprema estadounidense, puesto que dicho *Reglamento* se aplica en caso de que el Estado receptor y el inversor convengan expresamente en recurrir a la vía arbitral, que no es precisamente lo que ocurrió en el presente caso. Por último, no podemos dejar de señalar que toda la interpretación realizada por la Corte Suprema estadounidense se basa, principalmente, en precedentes de arbitrajes internos, omitiendo analizar los precedentes en materia de arbitraje internacional, y más concretamente, en materia de inversiones internacionales, máxime cuando el principal argumento utilizado por la Corte para aceptar la causa consistió en la “importancia que reviste la cuestión para el arbitraje comercial internacional”.⁹

⁷ En realidad, la Corte Suprema utiliza la oportunidad que ofrece este caso para precisar una vez más que los árbitros son competentes para dirimir las cuestiones relativas a la *procedural arbitrability*, sin que esa decisión sea examinada en cuanto al fondo por los jueces, y que las cuestiones de *substantive arbitrability* deben ser decididas por los jueces, para así evitar que las partes puedan verse forzadas a recurrir al arbitraje, si así no lo hubiesen acordado.

⁸ Véase “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*”, cit., p. 14 (Voto de la mayoría): “Así pues, en el mismísimo tratado se autoriza a recurrir a instituciones administradoras de arbitrajes internacionales, en cuyos reglamentos se dispone que los árbitros serán competentes para interpretar este tipo de disposiciones. Art. 8 3) (en el que se establece que las partes pueden acordar someter una controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o a árbitros que se designarán de acuerdo con el *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*); en el mismo sentido, *Reglamento de la CNUDMI*, Art. 23) 1)) (rev. ed. 2010) (‘Art. 23) 1)): El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia’”.

⁹ Véase “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*”, cit., p. 5.

Si bien celebramos toda decisión judicial en la que se adopte una posición clara a favor del arbitraje, tal vez mediante una aplicación tácita del principio de derecho del arbitraje transnacional¹⁰ denominado *favor arbitrandum*,¹¹ también es válido señalar que ello no debe hacerse a cualquier costo, especialmente si tal posición trae aparejada la no aplicación de normas claras y precisas del derecho internacional público, en general, y del derecho de los tratados, en particular. En efecto, en el análisis realizado por la Corte Suprema se prescinde de la aplicación de las normas relativas a la interpretación de los tratados, previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.¹² Así pues, podría considerarse que ese desinterés por la aplicación de normas de derecho internacional público en un terreno como el del arbitraje de inversiones, que constituye el ámbito común, por excelencia, en que los sistemas jurídicos internacional y transnacional interactúan, no contribuye a fortalecer la articulación que debe existir entre estos¹³, ni a armonizar el derecho transnacional del arbitraje, incluido naturalmente, el arbitraje de inversiones, en detrimento de los esfuerzos que a tales efectos vienen desplegando jueces de diferentes Estados, árbitros provenientes de los más diversos sistemas jurídicos y numerosas organizaciones internacionales, cuyo mandato consiste en la armonización y/o uniformización del derecho mercantil internacional, incluido el Reglamento

¹⁰ En el presente ensayo se parte de la premisa de que se acepta la existencia de un sistema jurídico transnacional, diferente del sistema jurídico nacional y del internacional, puesto que toda digresión, por más acotada que fuera, sobre tal problemática, rebasaría los límites del presente ensayo.

¹¹ Así, el principio rector más importante del arbitraje internacional que se ha desarrollado en las últimas décadas es el principio de *favor arbitrandum*, que no es más que la extrapolación a nivel transnacional de una fuerte tendencia doctrinal, jurisprudencial y normativa en favor de la ampliación de los límites a los que puede verse confrontado el arbitraje como método de resolución de conflictos por excelencia. Véase, en este sentido, HANOTIAU, Bernard, L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen, *Journal de droit international*, n. 4, oct.-dez. 1994, p. 899; "Par l'effet d'une politique générale de faveur envers l'arbitrage, l'ordre public recule et la compétence de l'arbitre s'affirme. Toute l'évolution du droit de l'arbitrage international moderne tend en effet à reconnaître la compétence de l'arbitre dans les domaines touchant à l'ordre public. Le principe devient la validité de la convention d'arbitrage et l'exception la nullité pour contrariété à l'ordre public".

¹² Sobre la interpretación de los tratados de conformidad con la Convención de Viena de 1969, véase, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., actual. y ampl. Río de Janeiro: Forense, 2014, p. 263-281.

¹³ Véase en este sentido, GAILLARD, Emmanuel, L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité. Conférence commémorative John E.C. Brierley, *McGill Law Journal*, vol. 55, 2010, p. 906-907: "(...) le droit international et le droit de l'arbitrage ont aujourd'hui un territoire commun, celui de la protection d'investissements internationaux, qu'elle soit ou non fondée sur un traité. (...) Les relations privées relevant des transactions internationales (y compris celles qui impliquent l'État agissant en tant que commerçant ou en tant que contrepartie d'un investisseur opérant sur son territoire) ont le même besoin que les relations entre États d'être appréhendées par une vision dépassant la perspective de chaque droit interne ou se contentant de constater la dispersion des solutions des ordres juridiques nationaux. Plutôt que dans une logique de concurrence, l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique international devraient pouvoir s'articuler dans une logique de complémentarité".

de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado.¹⁴

En el presente ensayo trataremos de demostrar que una postura que favorezca al arbitraje a ultranza, en detrimento de las normas de derecho internacional general, puede terminar teniendo repercusiones negativas en el ámbito internacional y/o transnacional, en cuyo marco interactúan tanto Estados soberanos como personas jurídicas (físicas o de existencia moral). Por consiguiente, nos proponemos, dentro de los acotados límites del presente artículo, analizar la decisión de la Corte desde un punto de vista lo más amplio posible, que comprenda tanto al derecho internacional público como al derecho transnacional del arbitraje, ponderando así los beneficios y las desventajas de centrar la atención en un solo aspecto de la gran variedad de normas jurídicas de los sistemas jurídicos nacional, internacional y transnacional que están en juego en este tipo de procesos.

En efecto, se procurará demostrar que la cuestión que debió concitar la mayor atención de la Corte Suprema no gira en torno a la *arbitrabilidad* de la controversia ni a la aplicación del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, sino más bien a determinar cuál es la naturaleza jurídica, desde el punto de vista del derecho internacional general, de una disposición relativa al arbitraje prevista en un tratado bilateral de inversiones. A este respecto, adherimos en gran medida a las reflexiones del voto en disidencia, emitido por el Juez Roberts (véase *infra*), al tiempo que trataremos de profundizar dicha línea de razonamiento mediante la formulación de diversas hipótesis que nos permitan dilucidar si tales disposiciones relativas al arbitraje, cuando se encuentran sujetas a condiciones, como en el caso objeto de examen, constituyen o no un *acuerdo de arbitraje*.

En última instancia, la interrogante que a la que trataremos de responder consiste en saber si posiciones contrapuestas, como las expresadas en el voto mayoritario y en el voto en disidencia, pueden conciliarse para así jerarquizar aun más la institución del arbitraje a nivel internacional y/o transnacional, o si tales razonamientos siguen caminos paralelos que nunca se cruzarán para confluir en un denominador común.

¹⁴ Véase por ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, de reciente aprobación, (fecha de entrada en vigor: 1º de abril de 2014), disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html>.

2.- ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LA MAYORÍA.

Antes de pasar a analizar los fundamentos en los que se basó el voto de la mayoría, ha de verificarse lo establecido en el Art. 8) 1) y 2), del Tratado, celebrado el 11 de diciembre de 1990, entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la promoción y protección de inversiones,¹⁵ que es la disposición en torno a la cual giró la controversia entre *BG Group* y la Argentina: Así, en dicho artículo se dispone lo siguiente:

“Artículo 8º

Solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor

- 1) Las controversias relativas a una inversión que surjan, dentro de los términos de este Convenio, entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, que no sean dirimidas amistosamente, serán sometidas a solicitud de cualquiera de las partes en la controversia a decisión del tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó.
- 2) Las controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional en los siguientes casos:
 - a) a solicitud de una de las partes, en cualquiera de las circunstancias siguientes:
 - i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva;
 - ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa;
 - b) cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido. (...)

En primer lugar, cabe destacar una vez más, que la disposición citada forma parte de un *tratado internacional* entre dos potencias extranjeras (el Reino Unido y la Argentina). Ello significa que no se trata de un instrumento internacional *entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado*, sino entre dos personas jurídicas de derecho público. Por otra parte, todo lo que se

¹⁵ *Cit.* nota 1.

refiere a la interpretación de dicha cláusula convencional debe basarse en las normas sobre la interpretación de los tratados que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Art. 31 a 33), que también son válidas, para los Estados que no ratificaron dicha convención, como los Estados Unidos, al tratarse de una costumbre internacional cristalizada en una norma de carácter convencional.¹⁶

Como se desprende de la lectura del texto, las controversias relativas a una inversión realizada por un inversor de una Parte Contratante (en este caso, el *BG Group*, sociedad constituida en el Reino Unido) y la otra Parte Contratante (en este caso, la Argentina), *solo* podrán someterse a arbitraje internacional, a solicitud de una de las partes, cuando i) luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva, o ii) cuando la decisión definitiva del tribunal mencionado haya sido emitida pero las partes continúen en disputa (Art. 8) 2) a) i) y ii). Sin embargo, en el Art. 8) 2) b) del Tratado se establece una excepción a la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor: cuando la Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante así lo decidan, vale decir, cuando de común acuerdo, recurran a la vía arbitral, en cuyo caso, la prescripción relativa a la sustanciación previa del reclamo en sede judicial prevista en el Art. 8) 2) a) i), ya no sería exigible.

Esas son, por lo tanto, las premisas jurídicas, establecidas libremente por el Reino Unido y la Argentina en el Tratado celebrado el 11 de diciembre de 1990, sobre las cuales la Corte Suprema de los Estados Unidos se basó para dictar la sentencia de fecha 5 de marzo de 2014 en la causa “*BG Group plc v. Republic of Argentina*”.

Una vez que se comprendieron estas cuestiones preliminares, entonces, podemos pasar a analizar la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con sus aciertos y desaciertos, especialmente, en vista de la importancia que reviste el arbitraje internacional como método de resolución de controversias en la actualidad.

¹⁶ A este respecto, véase: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados. op.cit.* p. 41.

2.1 Objeto de la decisión judicial: ¿acuerdo de arbitraje internacional o tratado internacional?

Cabe señalar que el voto de la mayoría en la sentencia dictada por la Corte Suprema fue emitido por el juez Breyer, y son los argumentos allí expresados los que serán objeto de análisis en los párrafos subsiguientes. Este magistrado presentó la cuestión que debía dirimirse en los siguientes términos:

“A fin de responder a la interrogante planteada, este tribunal, en un principio, tratará el documento que tiene ante sí como si se tratase de un contrato corriente entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado. En caso de que fuese así, entonces llegamos a la conclusión de que la cuestión debe ser dirimida por los árbitros. Acto seguido, pasamos a determinar si el hecho de que el documento en cuestión es un tratado supone un cambio fundamental en el presente análisis. Sin embargo, la conclusión a la que llegamos es que ello no conlleva ningún cambio.”

Ante todo, cabe señalar que no se comprende muy bien cómo el magistrado puede partir de la premisa de que un *tratado internacional* es equiparable a un *contrato* entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado. Así pues, resulta obvio que si se parte de una premisa tan equivocada como esa, la conclusión a la que se llegará – y el Juez Roberts, en su voto en disidencia, al cual también adhirió el Juez Kennedy¹⁷, no dejó de poner en evidencia ese detalle, será también totalmente equivocada, para no decir carente de todo sustento jurídico. Si se *tratase de* un contrato personas físicas y/o jurídicas de carácter privado, los árbitros estarían habilitados para decidir la cuestión, como efectivamente sucedió, rechazando la necesidad de recurrir, como primera medida, a un tribunal competente argentino para luego poder iniciar el proceso arbitral, motivo por el cual el Tribunal de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia no podría haber revocado la decisión del Tribunal de primera instancia que había *confirmado* el laudo arbitral por el que se condenó a la Argentina a pagar 185,3 millones de dólares estadounidenses a *BG Group*.¹⁸ Sin embargo, dado que *no se trata de* un contrato, sino por el contrario, de un verdadero *tratado internacional* que se encuentra vigente entre dos Estados soberanos, la conclusión a la que habría de llegarse debería ser completamente opuesta: la decisión del Tribunal de Apelaciones que revoca el decisorio del Tribunal de primera

¹⁷ Véase, “BG Group plc vs. Republic of Argentina”, cit.; voto en disidencia del Juez Roberts, p. 1-2.

¹⁸ Véase, “BG Group Plc. v. Republic of Argentina”, cit., p. 14: “Así, la interpretación y aplicación de la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor, corresponde, en primer lugar, a los árbitros. El Tribunal de apelaciones no podrá revisar la decisión de los árbitros mediante un nuevo examen de fondo. Por el contrario, la revisión judicial deberá tener debidamente en cuenta lo decidido por aquellos”.

instancia, que confirmó el laudo, es válida; dado que el laudo no fue confirmado judicialmente, sobre la base de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Ley Federal de Arbitraje, la Argentina se encontraría exenta de realizar el pago que se ordena en el laudo, a menos que *BG Group* iniciase una demanda ante un tribunal argentino y, transcurridos 18 meses de incoada dicha acción, dé inicio a un nuevo proceso arbitral internacional.

Conviene observar, una vez más, que la sociedad *BG Group* sólo pudo iniciar un proceso arbitral para solicitar una indemnización por los perjuicios sufridos, porque dos Estados soberanos, a saber, el Reino Unido y la Argentina, le confirieron esa ventaja por el hecho de ser una sociedad constituida una de las Partes Contratantes (el Reino Unido). *A priori*, esa la posibilidad de recurrir a un proceso arbitral no habría existido, si esos dos Estados soberanos no hubiesen celebrado el Tratado.

No era en absoluto necesario, que la Corte Suprema, para dirimir la cuestión planteada, expresase que trataría el documento que tenía ante sí como si “fuese” un contrato entre personas físicas o jurídicas de carácter privado. Hubiese bastado con comprobar que en el Art. 8) 2) b) del Tratado, se autoriza a una Parte Contratante y a un inversor de la otra Parte Contratante a decidir (expresa o tácitamente) recurrir a la vía arbitral, que fue lo que en cierto modo sucedió en este caso, puesto que, *BG Group* requirió el inicio de un proceso arbitral en 2003 y la Argentina, al menos tácitamente, aceptó dicha solicitud, dado que participó en el nombramiento de los árbitros y convino en que la ciudad de Washington, DC, fuese la sede de arbitraje. De este modo, la Argentina, según nuestro entender, “no exigió el cumplimiento” de la cláusula según la cual “[l]as controversias arriba mencionadas serán sometidas a arbitraje internacional (...) a) a solicitud de una de las partes (...) i) cuando, luego de la expiración de un plazo de dieciocho meses contados a partir del momento en que la controversia fue sometida al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, dicho tribunal no haya emitido una decisión definitiva” (Art. 8) 2) a) i).

Tampoco era necesario haber utilizado algunos argumentos doctrinales – erróneos para el caso objeto de examen, puesto que la cuestión versaba sobre un *tratado* entre Estados soberanos y no sobre un *contrato* entre personas físicas o jurídicas de carácter privado – en el sentido de que la observancia de los mecanismos de índole procedimental que figuran en un acuerdo de arbitraje (o en un acuerdo bilateral de inversiones) por lo general no constituye un requisito previo de carácter procedimental, así como que tales cláusulas imponen una pesada carga a la

parte que intenta iniciar un proceso arbitral, contando con bajas probabilidades de llegar a un acuerdo respecto de la controversia. Por otra parte, cabe señalar que las partes deben *cumplir* las disposiciones de un tratado, sin que sea necesario aducir que no constituyen un “requisito previo de carácter procedimental”, o que tales cláusulas imponen “una pesada carga para una parte”, etc. Cabe señalarlo una vez más: el acuerdo entre el Reino Unido y la Argentina no es un acuerdo de arbitraje, sino un *tratado internacional* entre dos Estados soberanos, cuyas normas son obligatorias, entre otras normas, en virtud de la primera parte del Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.¹⁹

2.2 ¿Aplicación de presunciones judiciales derecho interno en relación con un tratado internacional?

Otra crítica de la que puede ser objeto la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos se relaciona con la aplicación por parte de dicho Tribunal de presunciones judiciales basadas en decisiones de derecho *interno* para dirimir una cuestión que atañe a un tratado *internacional*. Ello sucede en varios países, aunque no puede ser una constante en las decisiones de una Corte Suprema. Las cuestiones relacionadas con el derecho de los tratados han de resolverse de conformidad con las normas del derecho internacional público, en especial, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, convención esta que, a pesar de no tener valor jurídico en los Estados Unidos como derecho convencional, habida cuenta de que aún no ha sido ratificada por dicho país, sí puede hacerse valer como una norma de derecho *consuetudinario* en materia de tratados, como así lo reconoce el propio Departamento de Estado de los Estados Unidos.²⁰

Sin embargo, el Juez Breyer, no lo entendió de ese modo y procedió a aplicar las presunciones establecidas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos, aunque el objeto de la controversia se relacionase con un tratado internacional, al expresar que:

“Cuando se pide a un tribunal federal, como sucede en las presentes actuaciones, que interprete esa intención en el marco de un proceso en el que una parte

¹⁹ Cita literal: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

²⁰ A este respecto, véase la información que figura en: *U.S. Department of State, Diplomacy in Action*. in: <<http://www.state.gov/s//treaty/faqs/70139.htm>>. El sitio Web fue visitado por última vez el 11.09.2014.

pretende anular y la otra confirmar un laudo dictado en virtud de la Ley de Arbitraje Federal (*Federal Arbitration Act*), dicho tribunal deberá aplicar, normalmente, las *presunciones establecidas en la legislación estadounidense.*" [Sin cursivas en el original]

Tan solo cabe recordar, que las partes al solicitar tanto la confirmación como la nulidad del laudo arbitral, también fundaron sus argumentos en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), la cual pasó, según parece, a tener *menos valor* que la Ley de Arbitraje Federal (*Federal Arbitration Act*), a pesar de que es mediante esa convención que se autoriza a aplicar la legislación interna para resolver cuestiones relativas a la arbitrabilidad de la controversia.

No sería en absoluto censurable la utilización de presunciones de carácter procesal establecidas en la legislación interna estadounidense si se tratara de dirimir una controversia relativa a un contrato entre personas físicas y jurídicas de carácter privado, porque incluso a la luz del Art. III de la Convención de Nueva York de 1958, "cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución *de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada*, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes." [Sin cursivas en el original]. Es evidente que, Corte Suprema al haber partido de una premisa falsa, a saber, que el documento objeto de análisis debe ser analizado como si fuese un *contrato* entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado, no pudo llegar a una conclusión correcta. De ello se desprende que, la afirmación que se realiza en el voto de la mayoría, sobre la base del fallo *Sullivan v. Kidd*, 254 U.S. 433 (1921), en el sentido de que "los tratados deben interpretarse de conformidad con los principios que rigen la interpretación de los contratos", carece de sentido; si fuese así no existiría toda una sección – la Sección tercera de la Parte III - de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dedicada a la "Interpretación de los Tratados" (Arts. 31 a 33).

En este orden de ideas, cabe señalar que la Corte decide rechazar el argumento de la Argentina en el sentido de que los árbitros excedieron sus atribuciones al resolver que el Decreto del Poder Ejecutivo por medio del cual se establecía una suspensión de los procesos judiciales por un plazo de 180 días conducían necesariamente a un resultado "absurdo e irrazonable", y por lo tanto, exoneraban a *BG Group* del cumplimiento de la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor. En efecto, la Corte sostiene que:

“Si bien este Tribunal no tendría necesariamente que interpretar que esas medidas tornan el requisito de agotamiento de recursos internos “absurdo e irrazonable”, al mismo tiempo, no podemos afirmar que las resoluciones de los árbitros están prohibidas por el Tratado. Así, los árbitros no ‘se apartaron de la interpretación y aplicación del acuerdo’ ni de ninguna otra manera ‘impusieron efectivamente ‘su propia justicia.’ Véase *Stolt-Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int’l Corp.*, 559 U. S. 662, 671 (2010) (en donde se resolvió que solo cuando un árbitro realiza un acto semejante “‘el laudo que dicte podrá no tener fuerza ejecutoria’ (con cita del fallo *Major League Baseball Players Assn. v. Garvey*, 532 U. S. 504, 509 (2001) (decisión unánime)).”

Sin embargo, ha de señalarse la contradicción en la que incurre la Corte Suprema en su razonamiento al confirmar la decisión del Tribunal Arbitral – que a su vez, se basa en el Art. 32 de la Convención de Viena – a partir de precedentes jurisprudenciales en los que no está en juego la interpretación de un tratado ni de normas de aplicación inmediata (*lois de police*) de un Estado soberano. Por otra parte, también cabe destacar que ni el Tribunal Arbitral ni la Corte citan correctamente el Art. 32 b) de la Convención de Viena, muy probablemente por inadvertencia, o tal vez porque su cita correcta podría menoscabar la solidez de sus argumentos. En efecto, los árbitros aplican el Art. 32 b) de la Convención de Viena, omitiendo al citar dicha disposición el término (adverbio) “manifiestamente” que califica a los adjetivos “absurdo e irrazonable”.²¹ Cabría preguntarse, pues, si dicha omisión no supone una desvirtuación del espíritu de la disposición objeto de análisis. La introducción del término “manifiestamente” presupone que el juez o, en su caso, el árbitro encargado de analizar la disposición de que se trate debe tan solo realizar un examen escueto, superfluo de la cuestión para poder llegar a la conclusión de que una determinada interpretación de una disposición de un tratado conducirá a un resultado “absurdo e irrazonable”. Por el contrario, la eliminación del término “manifiestamente” conlleva un análisis más profundo de la cuestión, que es lo que sucedió en el marco del laudo arbitral. Así, los árbitros, para poder llegar a la conclusión de que la aplicación del Decreto del Poder Ejecutivo núm. 214/2002, que tenía como finalidad limitar el acceso a la vía judicial por un plazo de 180 días, conduciría a un resultado absurdo e irrazonable debieron realizar un examen pormenorizado de las implicancias del mismo. Sin embargo, también podría argüirse que la suspensión de los procesos judiciales por un plazo de 180 días, en el marco de un plazo mucho mayor, como es el previsto en el Art. 8 2) a) i) del tratado bilateral de inversiones

²¹ Para obtener mayores detalles sobre la interpretación del Art. 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, véase, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 269-272.

entre el Reino Unido y la Argentina, que se extiende por 18 meses, no conduce a un resultado “*manifestamente*” absurdo e irrazonable, máxime tratándose de la interpretación de normas de emergencia del Estado receptor. En cualquier caso, nos parece pertinente reparar en las implicancias que trae aparejadas la omisión del adverbio “*manifestamente*” en la interpretación de la cuestión, puesto que esta constituye el elemento central para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor, para luego poder iniciar un proceso arbitral. Sin embargo, la Corte Suprema no solo pasó por alto dicha omisión, sino que también la convalidó, soslayando así la importancia de realizar una correcta interpretación de las normas de la Convención de Viena relativas a la interpretación de los tratados, lo que podría calificarse, por lo menos, de paradójico.

2.3 Consideraciones sobre las implicancias del principio de *Kompetenz-Kompetenz*.

Tal como lo expresamos anteriormente, celebramos que, según la opinión de cierta corriente doctrinaria, la Corte Suprema a través de la decisión objeto de análisis, haya contribuido a fortalecer, aunque de forma indirecta, el principio de *Kompetenz-Kompetenz* en el derecho estadounidense. En efecto, el fortalecimiento de dicho principio se produciría como consecuencia de que en el voto de la mayoría se sostuvo que la incorporación del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI en el tratado, presupondría que los árbitros serán competentes para decidir cuestiones como la que se examina en el presente caso, a saber, cuáles son las consecuencias de la inobservancia de la prescripción del Art. 8 2) a) i) del Tratado. A ese respecto, la Corte Suprema decidió que:

“Así pues, en el mismísimo tratado se autoriza recurrir a instituciones administradoras de arbitrajes internacionales, en cuyos reglamentos se dispone que los árbitros serán competentes para interpretar este tipo de disposiciones. Art. 8(3) (en el que se establece que las partes pueden convenir en someter una controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o a árbitros que se designarán de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)); en el mismo sentido, Reglamento de la CNUDMI, Art. 23 1) (rev. ed. 2010) (‘Art. 231: El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia’); Convenio CIADI, Reglamento y Reglas, Art. 41 1) (ed. 2006) (‘El tribunal resolverá su propia competencia’). Cf. *Howsam, supra*, pág. 85 (en donde se tiene debidamente en cuenta la incorporación por las partes del

Código de Arbitraje de la Asociación Nacional de Empresas de Corretaje en Valores Mobiliarios (National Association of Securities Dealers' (NASD) Code of Arbitration) al contrato, en el que se estipulaba una competencia de similares características, como prueba de que la intención de las partes era que los árbitros tuviesen competencia para "interpretar y aplicar las reglas relativas a los plazos del NASD")."

Sin embargo, la referencia que realiza la Corte Suprema al Art. 8) 3) del Tratado no contribuye a la dilucidación de la cuestión controvertida en estas actuaciones. Ha de señalarse que dicha disposición se relaciona con el Art. 8) 2) b) del Tratado en el que se prevé la vía arbitral para el supuesto en que las partes así lo hayan convenido. Empero, las partes no celebraron ningún acuerdo al respecto. Por ende, esa cláusula no es aplicable, y parecería que nada aporta su análisis a la resolución de la verdadera cuestión controvertida. Por el contrario, el análisis que realiza la Corte Suprema de las consecuencias jurídicas que traen aparejadas la incorporación, por referencia, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sirve para reforzar su decisión de no apartarse de las presunciones habituales en materia de arbitraje (interno) establecidas en precedentes como el citado fallo "Howsam". Por consiguiente, de ello se sigue que la supuesta reafirmación del principio de *Kompetenz-Kompetenz* solo alcanzaría a casos de arbitraje interno, lo que no es censurable en absoluto, pero poco parece contribuir a la resolución de un caso de arbitraje de inversiones entre un Estado soberano y un persona física o jurídica de otro Estado. Tal vez, hubiese sido más conveniente reafirmar tal principio en el marco de otra causa en la que no se dirimiese una cuestión relativa a un arbitraje de inversiones. En ese sentido, es de destacar que existen varios precedentes jurisprudenciales estadounidenses sobre la cuestión de la incorporación de reglamentos de arbitraje y sus consecuencias jurídicas, de modo que la Corte podría haber pasado por alto el análisis de esa cuestión, que no resulta pertinente al caso que nos ocupa.²²

²²Véase en este sentido, los siguientes fallos en los que prácticamente todas los tribunales de apelaciones que analizaron el tema consideraron que la incorporación del Reglamento de la *American Arbitration Association* (AAA) constituye una prueba clara e inequívoca de que las partes convinieron en someter a arbitraje la cuestión relativa a la arbitrabilidad. Véase, *Petrofac, Inc. v. DynMcDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir. 2012); *Fallo v. High-Tech Inst.*, 559 F.3d 874, 878 (8th Cir. 2009); *Qualcomm Inc. v. Nokia Corp.*, 466 F.3d 1366, 1373 (Fed. Cir. 2006); *Terminix Int'l Co. v. Palmer Ranch LP*, 432 F.3d 1327, 1332 (11th Cir. 2005); *Contec Corp. v. Remote Solution Co.*, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir. 2005). Un solo tribunal de apelaciones ha llegado a una conclusión opuesta, a saber: *Riley Mfg. Co. v. Anchor Glass Container Corp.*, 157 F.3d 775, 777 & n.1, 780 (10th Cir. 1998). En el Reglamento de Arbitraje de la AAA figura una disposición relativa a la competencia que es similar a la establecida en el Art. 21 1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y casi idéntica a la prevista en el Art.23 1) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Las conclusiones a las que llegaron el Tribunal del Segundo Distrito y del Circuito de Washington, DC, relativas a la incorporación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI guardan coherencia con las opiniones mayoritarias sobre los efectos de la incorporación del Reglamento de Arbitraje de la AAA en un convenio

2.4 La condición relativa al consentimiento: desinterés manifiesto por la aplicación de las normas relativas a la interpretación de los tratados de la Convención de Viena de 1969.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es uno de los pocos tratados en el mundo que tiene valor jurídico – bien como tratado, bien como *costumbre* internacional cristalizada en una norma convencional - incluso para los Estados que aún no la hayan ratificado.²³

Los Estados Unidos firmó la Convención de Viena de 1969, el 24 de abril de 1970, pero aún no la ha ratificado.²⁴ En efecto, en el Art. 18) a) de la Convención se establece que “[u]n Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado, a) si *ha firmado* el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado...”. Ello significa que con la firma de un tratado *ya surgen* obligaciones para los Estados signatarios en el período comprendido entre su firma y la futura ratificación del mismo. Se trata de una obligación que los tribunales internos deben conocer, pero lamentablemente, parece que no es así. Este argumento, sumado al hecho de que la Convención se aplica en los Estados también como norma consuetudinaria cristalizada, hace suponer que para resolver una cuestión jurídica relacionada con un tratado internacional no se puede conferir preeminencia a la legislación interna de un Estado por sobre las disposiciones relativas al derecho de los tratados, reconocidas por la sociedad internacional en su conjunto, como lo son las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

Este manifiesto desinterés por la aplicación de las normas de interpretación de los tratados previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 no parece resultar de utilidad para una Corte Suprema cuando debe decidir una cuestión relacionada con un tratado internacional. Es evidente que la legislación nacional no ha sido concebida para resolver cuestiones sobre tratados, puesto que las normas elaboradas por la comunidad internacional en su conjunto tienen un carácter mucho más democrático y participativo, sobre todo si se trata de la Convención de Viena de 1969, que representa, en muchos aspectos, la *costumbre* internacional cristalizada en materia de tratados internacionales.

arbitral.

²³ Véase, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 41.

²⁴ Véase, Vienna Convention on the Law of Treaties, Status as at: 20.09.2014. Puede consultarse en: <<https://treaties.un.org>>.

A nuestro juicio, tampoco puede considerarse correcto el argumento que adujo la Corte Suprema en el sentido de que “la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del Estado receptor constituye una condición de naturaleza esencialmente procedimental — una norma relativa a la tramitación de reclamos que determina el momento oportuno en que puede iniciarse un proceso arbitral”,²⁵ en virtud del cual la interpretación de ese tipo de prescripciones corresponde que la realicen, en primer término, los árbitros (y no así, los jueces).

La cuestión no debería haberse resuelto a partir de la inferencia de que se trataba de una condición “de carácter eminentemente procedimental”, puesto que cuando se prevén tales condiciones en el marco de un *tratado*, también son fundamentalmente obligatorias para los Estados Partes. La cuestión que se plantea en este contexto es la siguiente: de conformidad con el Art. 8) 2) b) del Tratado, al ponerse de acuerdo las partes en recurrir a un proceso arbitral, ¿deviene abstracta la prescripción establecida en Art. 8) 1) relativa a la sustanciación del reclamo, en primer lugar, en sede judicial del Estado receptor? Así, bien podría argüirse que fue precisamente eso lo que ocurrió entre la Argentina y la sociedad *BG Group*; en efecto, cuando esta última inició el proceso arbitral en 2003, la Argentina habría aceptado tal acto, tanto es así que participó en la designación de los árbitros y en la selección de Washington, DC, como sede del arbitraje, renunciando de ese modo a la cláusula general de admisibilidad relativa al arbitraje.

Como puede apreciarse, en el marco de la decisión objeto de análisis, no reviste importancia determinar si se trata de una condición “de carácter eminentemente procedimental” o no. Así, cabe preguntarse cuáles serían los cambios que acarrea el hecho de que efectivamente se trate de una condición de esa naturaleza. Es a todas luces evidente que las disposiciones de un tratado entre las Partes Contratantes son obligatorias.²⁶ Lo que no advierte la Corte Suprema de los Estados Unidos es que en el *propio tratado* se encuentra la solución al problema, si se toma en consideración la disposición expresa del Art. 8) 2) b). A nuestro entender, hubiese bastado con interpretar el tratado a la luz del Art. 31) 1) de la Convención de Viena de 1969, en el que se establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Así pues, si el objeto y fin del tratado entre el Reino Unido y la Argentina consistía en “crear condiciones favorables para un aumento de las inversiones por parte de los inversores

²⁵ Véase, “*BG Group Plc. v. Republic of Argentina*”, cit., p. 9.

²⁶ Véase, el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

de un Estado en el territorio del otro Estado”,²⁷ parece evidente que el Estado Parte puede renunciar a la cláusula general de admisibilidad prevista en el Art. 8) 1), cuando este “y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido” (Arte. 8) 2) b).

La cuestión, en definitiva, si se interpreta correctamente el tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina, habría de resolverse de la siguiente manera: mediante la disposición prevista en el Art. 8) 2) b) se permite que una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante convengan espontáneamente (expresa o tácitamente) en someter la controversia a arbitraje, sin que sea necesario que previamente se sustancie el reclamo en sede judicial del Estado receptor como condición de admisibilidad del arbitraje, en aplicación del principio transnacional de *favor arbitrandum*. Al actuar de ese modo, la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante se comprometen a delegar en *los árbitros* la competencia para dirimir la controversia de que se trate.

Si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ha llegado, por coincidencia, a la misma conclusión, el camino recorrido no fue el correcto desde un punto de vista jurídico. Cabría preguntarse entonces: ¿todos los caminos conducen a Roma? La respuesta sería afirmativa, pero no se puede dejar de resaltar que algunos caminos son jurídicamente correctos, y otros no. Ir a Roma por la ruta adecuada, es lícito; ir a Roma de contramano, no es lo más adecuado desde una perspectiva jurídica. Un tribunal debe centrar su atención no solo en llegar a la solución justa, sino también hacerlo sobre la base de un razonamiento jurídicamente correcto. En el caso que nos ocupa, hubiese bastado con leer e interpretar correctamente el cristalino Art. 8) 2) b) del tratado entre el Reino Unido y la Argentina para llegar, a nuestro entender, a esa decisión.

3.- ANÁLISIS DEL VOTO EN DISIDENCIA.

El juez Roberts, presidente del Corte Suprema de los Estados Unidos, a cuyo voto adhirió el Juez Kennedy, emitió el voto en disidencia. Por lo tanto, resulta conveniente analizar dicho voto sobre la base de las críticas que allí se expresan respecto del voto de la mayoría. Aun cuando, el voto en disidencia se basa en fundamentos más adecuados que los del voto de la mayoría,

²⁷ Véase el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones, cit. nota 1.

estimamos que dicho voto transitó solamente la “mitad del camino”, como veremos más adelante (véase Sección 3.3, *infra*).

3.1 Crítica razonada del voto de la mayoría.

En el voto en disidencia, reiteramos, se exponen argumentos más adecuados, a nuestro parecer, que los expuestos en el voto de la mayoría, sobre todo porque el Juez Roberts comprende que el documento que la Corte Suprema tiene ante sí es un *tratado* celebrado entre Estados soberanos, y no así, un acuerdo de arbitraje, tanto más cuanto que los inversores ni siquiera son *partes* en dicho instrumento internacional (como realmente no podrían serlo al tratarse de acto *convencional*). De hecho, en los primeros párrafos del voto en disidencia, se ironiza sobre la decisión a la que se llegó en el voto de la mayoría, al subrayarse lo siguiente:

“Lo que esta Corte “tiene ante sí,” no es naturalmente un instrumento que pueda caracterizarse en absoluto de esa manera [vale decir, un contrato corriente entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado]. Por el contrario, no se trata sino de un tratado concertado entre dos naciones soberanas: el Reino Unido y la Argentina. Ningún inversor es parte en el acuerdo. [...] No es de extrañar que, tras haber comenzado a transitar por el camino equivocado, el voto de la mayoría llegue al lugar equivocado.”²⁸

La observación, como ya se señaló anteriormente, es pertinente. En efecto, no se alcanza a comprender las razones por las cuales la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió que el instrumento que tenían delante de sí era un *contrato*. Como ya lo adelantamos, hubiese bastado con leer el instrumento para darse cuenta de que se trataba de una norma *convencional*, es decir, de un *tratado* internacional de inversiones, en cuyo Art. 8 se prevé simplemente la posibilidad de recurrir a la vía arbitral, siempre que se cumplan determinados requisitos, nada más que eso. Así, es sobre la base de esta premisa que la Suprema Corte de los Estados Unidos debería haber dirimido la cuestión en examen, y no partiendo de la idea falsa e incongruente de que se trataba de un *contrato* entre personas físicas y/o jurídicas de carácter privado que, incluso, debía ser interpretado de conformidad con las normas internas de ese país.

²⁸ Véase, “BG Group Plc. v. Republic of Argentina”; voto en disidencia del Juez Roberts, p. 1.

3.2 Consideraciones críticas sobre el exceso formalismo terminológico del voto de la mayoría.

En otro orden de ideas, cabe señalar que la decisión del voto de la mayoría gira en torno a dilucidar si el Art. 8) 2) a) i) constituye una condición relativa al consentimiento que debe prestar la Argentina para poder recurrir a la vía arbitral o si se trata de una condición de carácter procedimental (una norma relativa a la tramitación de reclamos). Así, esa “caracterización” de la disputa solo sirve para poder aplicar los precedentes estadounidenses de carácter interno que establecen que cuando se trata de una “condición relativa al consentimiento” son los jueces quienes tienen competencia – en primer lugar – para decidir la cuestión y cuando se trate de una “condición de carácter procedimental” es entonces a los árbitros a quienes incube decidir – en primer lugar – esa cuestión. Es por ello, que en el voto de la mayoría se llega a la conclusión que para tratarse de una condición relativa al consentimiento, las Partes²⁹ deberían haber utilizado expresamente dicha palabra: “consentimiento”³⁰, y ante su ausencia, la Corte decide que se trata de una cuestión puramente procedimental que debe ser dirimida – en un primer momento – por los árbitros.

²⁹ Respecto de la utilización de la palabra “Partes” en el Art. 8) 2) a) i y ii) nos permitimos hacer una pequeña digresión. Debe ponerse de relieve que se utiliza el término “Partes” y no así las “Partes Contratantes” como en el Art. 8. 2) b). Ello se debe a que en el primer caso, *no* se trata de un acuerdo de arbitraje sino solamente de una “oferta unilateral permanente” (ciñéndonos a los términos utilizados por el Juez Roberts en su voto en disidencia) que ambos países realizan a persona “determinable”, vale decir, a una persona física y/o jurídica del Estado receptor. Por lo tanto, no tendría sentido referirse concretamente al término “consentimiento” en esa etapa previa a la formación del contrato, en donde solo existe una oferta, puesto que se sobreentiende que el acuerdo de arbitraje solo quedará perfeccionado cuando la otra “Parte” preste su consentimiento a la oferta inicial, en los mismos términos en que fue formulada. Es de destacar, que en el Art. 8) 2) b) se utiliza el término “Parte Contratante” e inversor, puesto que en este supuesto se hace referencia a la posibilidad concreta de que el Estado receptor y el inversor (determinable) convengan en recurrir a la vía arbitral. Por consiguiente, la presunción de derecho interno estadounidense no corresponde exactamente a la situación que las Partes Contratantes previeron en el Art. 8) 2) a) i).

³⁰ Véase “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (Resumen de las actuaciones - en relación con el voto de la mayoría): “Empero, habida cuenta de que en el presente Tratado no se dispone que la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial del país receptor (en lo sucesivo “la prescripción relativa a la sustanciación del reclamo en sede judicial”) sea una condición que presuponga “prestar consentimiento” para el inicio de un proceso arbitral, el tribunal no debe precisar cuál sería el efecto que tendría una prescripción en tal sentido. Así, el tribunal no tiene por qué no limitarse a resolver que, ante la inexistencia, en el marco de un tratado, de una disposición que indique que la intención de las partes ha sido conferir una delegación de autoridad diferente, se aplica el razonamiento habitual en materia de interpretación. Págs. 10 a 13. [...] En el Tratado no figura disposición alguna que indique que la intención de las partes se contraponen a las presunciones habituales respecto de quién debe decidir las cuestiones relativas al “criterio mínimo” para la procedencia o no del arbitraje. Tanto la redacción como la estructura de la prescripción establecida en el Art. 8 indican claramente que se trata de una condición procesal previa al inicio de un proceso arbitral.

Sin embargo, el Juez Roberts, en su voto en disidencia, advierte esta cuestión al afirmar que no existe razón alguna para que deba figurar una designación tan evidente como “condición relativa al consentimiento”, puesto que la Corte, por lo general, no exige que existan “palabras mágicas” en los tratados.³¹

De lo precedentemente expuesto se desprende que, la atención del voto de la mayoría parece más centrada en lograr que las relaciones jurídicas dimanantes de un tratado internacional encuadrasen en las presunciones internas del derecho estadounidense del arbitraje, que en analizar la cuestión desde una perspectiva transnacional o verdaderamente internacional como lo amerita la causa objeto del presente análisis.

3.3 ¿Decisión a mitad de camino?

En el voto de la disidencia, a su vez, tampoco se advirtió que en el Art. 8) 2) b) del tratado se permite que el inversor de un Estado Contratante y el otro Estado Contratante podrán recurrir al arbitraje, *independientemente* de sustanciar el reclamo en sede judicial del Estado receptor, sin que sea necesario esperar 18 meses a partir del momento en que se inició la controversia en sede judicial del Estado en cuyo territorio se realizó la inversión.

Según lo expresado en el voto en disidencia, ello solo sería posible si el consentimiento se obtuviese “por medio de un acuerdo específico”.³² Sin embargo, esto no es así, puesto que en el Art. 8) 2) b) se prevé solamente que se podrá recurrir a la vía arbitral “cuando la Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido”. Cabría preguntarse, entonces, si ha de observarse algo forma específica para la celebración de dicho acuerdo. Sin embargo, en la disposición objeto de análisis solo se hace referencia a un acuerdo de partes, por lo que este puede ser expreso o tácito.

Como se puede constatar, en el voto en disidencia, se formuló un razonamiento correcto en lo que atañe a la comprensión de que se está ante un *tratado* entre Estados soberanos, y no ante

³¹ Véase “BG Group plc vs. Republic of Argentina”, cit., p. 3 (Voto de la disidencia), p. 6-7: “Sin embargo, no existe razón alguna para considerar que deba exigirse una designación tan evidente de dicha condición relativa al consentimiento, habida cuenta de que esta Corte, por lo general, no exige que figuren “palabras mágicas” en los tratados. *Medellín v. Texas*, 552 U. S. 491, 521 (2008)”.

³² Idem; voto en disidencia del Juez Roberts, p. 5.

un acuerdo de arbitraje entre personas físicas o jurídicas de carácter privado. En realidad, el tratado permite que se realice una “concesión” respecto de la posibilidad de recurrir a la vía arbitral de conformidad con las condiciones en él enumeradas, a saber: cuando se agotan los recursos internos, sin éxito, o cuando las partes (el inversor y el Estado en el que se realizó la inversión) convienen en someter la controversia a un proceso arbitral (que es lo que ocurrió en este caso, si bien la Argentina, en su contestación, sin que le asistiese la razón, negó que el tribunal arbitral fuese competente conocer de la controversia).

En la medida que en el voto de la disidencia no se percibe la dificultad concreta que establece el Art. 8) 2) b) del Tratado, se llega a la conclusión de que “le incumbe a un tribunal judicial, y no a un árbitro” la competencia para resolver la cuestión, lo que también resulta incorrecto. Por lo tanto, a pesar de haber mejorado sustancialmente su razonamiento en comparación con el del voto de la mayoría, y de haber comprendido más adecuadamente los conceptos jurídicos sobre los que gira la controversia, el voto en disidencia transitó solamente la “mitad del camino”. Según nuestro parecer, lo correcto habría sido entender que la facultad para recurrir a la vía arbitral provino de la voluntad de las partes (es decir, del inversor y del Estado en cuyo territorio se realizó la inversión), según reza el Art. 8) 2) b) del tratado bilateral de inversiones. A pesar de que la Argentina, como se señaló, haya negado la “competencia” del tribunal arbitral, lo cierto es que, dicho país, se mostró, de alguna manera, de acuerdo en recurrir a la vía arbitral en el año 2003 y, hasta participó en la selección de los árbitros y en la selección de la sede del arbitraje, (Washington, DC), de lo que puede colegirse que aceptó, si bien de forma indirecta, la facultad establecida en el Art. 8) 2) b) del Tratado.

4.- FUNDAMENTOS DISOCIADOS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES Y TRANSNACIONALES: UNA CONTRADITIO IN TERMINIS AUTORIZADA?

Como ya lo adelantamos a lo largo del presente artículo, los fundamentos que sirven de sustento al fallo en análisis (tanto los expuestos en el voto de la mayoría, y en cierta medida también, en el voto en disidencia), presuponen, a nuestro entender, una contradicción en sí misma. En efecto, la aseveración de que un *presunto* acuerdo de arbitraje es equiparable a un *tratado internacional* no constituye sino una contradicción en sí misma. No obstante, esa contradicción parece verse autorizada por el fin último que persigue: otorgarle a la controversia planteada ante la Corte un encuadre jurídico tal que permita la aplicación de las presunciones habituales en

materia de arbitraje basada en una mirada de precedentes jurisprudenciales, entre los que destacan, *First Options*³³ y *Howsam*.³⁴

4.1 Complementariedad del derecho internacional público y del derecho transnacional del arbitraje.

Nadie podría soslayar el hecho de que, los últimos tiempos, la interacción del orden jurídico internacional y el orden jurídico transnacional ha venido cobrando cada vez mayor visibilidad y robustez. Esa reflexión es especialmente válida para la clase de controversias como la planteada en el caso objeto de análisis. En efecto, la controversia de la que conoció la Corte Suprema se originó en un pedido de anulación (por la parte condenada) y de ejecución (por la parte vencedora) de un laudo definitivo dictado por un tribunal arbitral *ad hoc*, formulados ante el Poder Judicial del país en el que se prosiguió el arbitraje (Estados Unidos de América), de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNDUMI, versando la controversia sobre un arbitraje de inversiones en el marco de un tratado bilateral de inversiones. Así pues, resulta palpable la interacción de múltiples sistemas jurídicos en el marco de esta serie de decisiones y apelaciones.

La interrelación de los tres sistemas jurídicos es más que evidente. Más que evidente también tendría que ser la aplicación armonizada de los principios dimanantes de tales sistemas jurídicos que en los que confluyen normas de interpretación del derecho internacional general, del derecho de los tratados (Convención de Viena de 1969), las normas de derecho transnacional del arbitraje y, en cierta medida, las normas procesales del ordenamiento jurídico nacional en donde se dictan decisiones sobre el laudo y se interponen apelaciones. Sin embargo, en el presente caso se advierte que las normas del ordenamiento jurídico interno tuvieron prevalencia absoluta por sobre las normas internacionales y transnacionales, que en realidad, serían las más adecuadas para resolver correctamente la cuestión planteada. Tales normas, además de haber sido concebidas para dilucidar casos como el que nos ocupa, también comportan una extrapolación de principios generales de derecho derivados de una gran cantidad de ordenamientos jurídicos nacionales, entre los que se encuentran los de las Partes Contratantes. Así pues, el desinterés por su aplicación al caso en análisis también menoscaba el razonamiento

³³ Véase "First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan", 514 U. S. 938, 942 (1995).

³⁴ Véase "Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.", 537 U. S. 79, 84 (2002).

de la Corte, que no obstante ello, llegó a una decisión acertada, pero por el camino equivocado, abriendo así la puerta a que otros Tribunales inferiores se hagan eco de la mecánica subyacente a tal razonamiento y lo apliquen en casos similares, con el riesgo de que tal vez lleguen a un resultado equivocado.

4.2 Expectativas de las partes: ¿qué función cumplen en un tratado internacional del inversiones?

En otro orden de ideas, centramos ahora nuestra atención en un elemento esencial en todo acuerdo de arbitraje, ya sea interno o internacional, a saber, *las expectativas de las partes*. Como primera medida, deberíamos procurar saber si ese elemento, que cumple una función crucial en el marco de un arbitraje entre personas físicas o jurídicas, puede también revestir importancia para contribuir a una correcta interpretación del Art. 8) 2) a) i) del tratado bilateral de inversiones entre el Reino Unido y la Argentina.

De conformidad con el razonamiento expuesto en el voto de la disidencia, al que adherimos plenamente en lo que atañe a esta cuestión concreta, parecería que dichas expectativas no podrían cumplir una función muy relevante, ya que aún no se habría perfeccionado el convenio arbitral. Por consiguiente, la frase “expectativas de las partes” en este caso concreto, debería modificarse para así significar “expectativas de las Partes Contratantes”, vale decir, del Reino Unido y la Argentina. Siguiendo esta línea de razonamiento, los precedentes jurisprudenciales citados en el voto de la mayoría³⁵ tal vez revestirían importancia si la controversia hubiese versado sobre el Art. 8) 2) b) en el que sí se prevé que las Partes en un contrato de arbitraje (vale decir, una Parte Contratante y el inversor de la otra Parte Contratante) hayan convenido en recurrir a la vía arbitral. Pero tal como también lo explica, incluso el Procurador General (de los Estados Unidos de América), “la prescripción relativa a la sustanciación de un reclamo en sede judicial del Estado receptor pued[e] ser ‘una condición por parte del Estado para prestar su consentimiento a fin de celebrar un acuerdo de arbitraje.’”

Ahora bien, la decisión plasmada en el voto de la mayoría de rechazar el dictamen del Procurador General, y de sostener que “[e]n general, *un tratado es un contrato, si bien celebrado*

³⁵ Véase “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 10 (Voto de la mayoría): *Air France v. Saks*, 470 U. S. 392, 399 (1985); *Wright v. Henkel*, 190 U. S. 40, 57 (1903).

entre naciones[...] [El énfasis ha sido añadido] ... [de modo que] su interpretación consiste normalmente, como sucede con la interpretación de los contratos, en determinar la intención de las partes”³⁶, no resultaría de gran utilidad para interpretar el Art. 8) 2) a) i), en torno al cual gira el fallo objeto de análisis, puesto que, como ya lo explicásemos, en este artículo el concepto de “partes” hace referencia a las *Partes Contratantes* (el Reino Unido y la Argentina). Ello se debe a que mediante dicho artículo no se perfecciona un acuerdo de arbitraje, sino que se formula una oferta unilateral y permanente en favor de las partes “determinables” (o sea, los inversores de algunos de los dos Estados soberanos), que solo dará lugar a un convenio de arbitraje, una vez que dicha oferta haya sido aceptada por el inversor *determinable*, luego de haber cumplido con las prescripciones o condiciones en él establecidas. Por consiguiente, *las expectativas de las partes* en este contexto no pueden servir de base para interpretar un artículo de un tratado bilateral de inversiones, menos aun cuando el fin último de dilucidar la intención y/o expectativas de las partes conlleva la interpretación de un acuerdo (en este caso, de arbitraje) que nunca no se perfeccionó.

5. CONCLUSIÓN.

La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del 5 de marzo de 2014, recaída en las actuaciones “BG Group plc v. Republic of Argentina”, fue correcta: el arbitraje entre *BG Group* y la Argentina fue declarado válido, confirmándose así la condena a pagar 185,3 millones de dólares. Sin embargo, como se ha demostrado a lo largo del presente artículo, los fundamentos expresados la Corte Suprema de los Estados Unidos en sustento de su decisión son totalmente erróneos. De hecho, en dicha decisión, además de haberse confundido un contrato con un tratado internacional, por una parte, y el derecho interno con el derecho internacional, por la otra, también se presentaron fundamentos totalmente disociados de los principios y normas rectores de las relaciones internacionales y transnacionales contemporáneas, de manera que la decisión “correcta” de la Corte Suprema de los Estados Unidos no fue más que una pura coincidencia, como sería si se hubiese dictado ciñéndose a las normas que el derecho internacional, en general, y el derecho de los tratados, en particular, imponen para la resolución de cuestiones similares.

¿Todos los caminos conducen a Roma? En el caso de “BG Group plc v. Republic of Argentina” el camino seguido por la Corte Suprema de los Estados Unidos condujo a al resultado esperado, pero de una manera confusa y equivocada, a excepción, en parte, del voto disidente

³⁶ *Ibid.*

emitido por el juez Roberts, al cual adhirió el Juez Kennedy. Así, cabe señalar que varios caminos pueden conducir a Roma, empero, algunos son jurídicamente correctos, y otros no. Ir a Roma por el camino correcto, es lícito; ir a Roma en contramano, no es jurídicamente aceptable. Un tribunal debe realizar los mayores esfuerzos para llegar a la solución correcta siempre por la vía adecuada desde un punto de vista jurídico, en especial, cuando se trata de una Corte Suprema.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

GAILLARD, Emmanuel. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité. Conférence commémorative John E. C. Brierley. *McGill Law Journal*, vol. 55, 2010, p. 892-907.

HANOTIAU, Bernard, L'arbitrabilité et la *favour arbitrandum*: un réexamen. *Journal de droit international*, n. 4, oct.-dez. 1994, p. 899-966.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREUER, Christoph. Consent to arbitration (Cap. 21). In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico & SCHREUER, Christoph (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 830-867.