

ratorios previos a la firma del Tratado. Abundando aún más, el Tribunal analizó la inversión realizada por Inceysa en relación con los principios generales de derecho a los que la Demandante no se ajustaba en ningún caso, como ya hemos comprobado anteriormente, ya que en ningún momento, observó el principio de la buena fe, pues la honradez que predica dicho principio no estuvo presente en el comportamiento de Inceysa, ni el del orden público internacional, por lo que en el caso totalmente improbable de que, el Tribunal hubiera emitido una sentencia favorable a Inceysa, habría violado el orden público siendo este un límite objetivo internacionalmente reconocido para poder reconocer y ejecutar un laudo arbitral, por lo que, el art. 82 Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador no habría permitido dicha ejecución y reconocimiento, como otras muchas legislaciones, entre ellas la española. Por todo lo anterior una inversión extranjera realizada con fraude y corrupción es inviable en el Derecho Internacional, y mucho más pretender que dichos actos sean tutelados y protegidos por un Tribunal Arbitral. Por eso, Inceysa al realizar su inversión de forma ilegal ella misma excluyó su inversión de la protección del APPRI, cualquier legislación nacional y consecuentemente de la jurisdicción del CIADI para conocer de sus controversias.

El estado de necesidad, como causal eximente de la responsabilidad por daños a las inversiones

(Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. / República de Argentina, Caso CIADI, núm. ARB/03/5)

Iñigo IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

1. Con fecha de 6 de junio de 2008 ha sido emitido el laudo sobre el fondo del Tribunal del CIADI encargado de resolver la demanda interpuesta por Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. contra Argentina¹. El procedimiento arbitral, iniciado con la solicitud de arbitraje efectuada el 3 de febrero de 2003, ha desembocado en esta decisión que declara sin lugar en todos sus extremos la demanda presentada por los demandantes. El presente caso arbitral debe situarse como una más entre las numerosas demandas recibidas por Argentina en el marco de la crisis económica, financiera y social sufrida entre los años 2001 y 2002.

Metalpar S.A y Buen Aire S.A. son dos compañías constituidas en la República de Chile que en su día decidieron realizar inversiones en Argentina, en una empresa de fabricación de carrocería para vehículos para el transporte

¹ Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/index.htm>.

público. Los demandantes, a causa de los supuestos perjuicios que habían sufrido sus inversiones con ocasión de las medidas financieras adoptadas por Argentina –a finales de 2001 y principios de 2002– para hacer frente a aquella situación de crisis, decidieron acudir a arbitraje del CIADI.

Los demandantes fundamentaron su demanda en las disposiciones del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrado en 1991 entre la República de Argentina y la República de Chile, en vigor desde 1 de enero de 1995.

2. La inversión de Metalpar S.A y Buen Aire S.A. había consistido en la compra de acciones y la capitalización de la empresa argentina Loma Hermosa S.A., que ascendía a una suma cercana a los US\$ 30 millones². Esta compañía, a su vez, en 1997 adquirió la compañía argentina Bus Carrocería S.A. (meses después denominada Metalpar Argentina S.A.) que se encontraba al borde de la quiebra.

Los demandantes alegan que algunas de las medidas financieras legales adoptadas por Argentina para dar respuesta a la crisis habían afectado negativamente a sus inversiones. De forma particular, Metalpar S.A y Buen Aire S.A. consideran, por una parte, que el Decreto 1570/2001, de 1 de diciembre de 2001, donde se establecen restricciones transitorias para los retiros de dinero en efectivo y las transferencias al exterior a la vez que se prohíbe la exportación de billetes y monedas extranjeras, viola de manera abierta la disposición del APPRI que garantiza la libertad de transferencia de los pagos relacionados con la inversión. Por otra parte, la Ley 25.561, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, conocida como la “Ley de pesificación”, del 6 de enero del 2002, en opinión de los demandantes también va en contra de la protección prevista en el APPRI.

En este sentido, los demandantes señalaron que Metalpar Argentina S.A. había suscrito varios contratos, que ascendían a un monto de US\$ 18 millones, con distintas personas. Estas personas recibieron financiación de la propia empresa para la compra de carrocerías para vehículos; los créditos se pactaron en dólares, por lo que según los demandantes la pesificación, respecto a estos créditos, supuso una medida similar a la expropiación conforme al APPRI chileno–argentino.

Además, para los demandantes, la modificación del marco legal argentino también implicaba una actuación discriminatoria y arbitraria y la violación de la obligación convencional de dispensar un trato justo y equitativo.

Por el contrario, Argentina defiende que las medidas regulatorias que se encuentran cuestionadas por los demandantes son acordes con las exigencias del APPRI, el Derecho de Argentina y el Derecho internacional. Entre los razonamientos empleados, Argentina afirma que la jurisprudencia internacional ha ratificado la necesidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, y que el Derecho internacional también ha reconocido el “estado de necesidad” como circunstancia eximente de responsabilidad internacional del Estado.

² *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. c. Argentina*, pár. 224.

3. El que nos ocupa no es el primer caso arbitral en el cual Argentina ha planteado la cuestión del estado de necesidad como causa de exclusión de su responsabilidad frente al inversor extranjero. Le han precedido las decisiones emitidas en los asuntos *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* (caso núm. ARB/01/8), *LG&E c. Argentina* (caso num. ARB/02/1) y *Enron c. Argentina* (caso núm. ARB/01/3)³.

En los casos arbitrales mencionados, Argentina ha alegado que la recesión iniciada en 1998 ha tenido como resultado la crisis que ha afectado no sólo a la economía nacional, sino también a toda la sociedad argentina⁴. Según Argentina el estado de necesidad se encuentra justificado tanto por el Derecho interno argentino como por el Derecho internacional. Es de destacar que ha sido Argentina el primer Estado que, motivado por una crisis económica grave, ha hecho uso de la defensa fundada en el causal eximente del estado de necesidad por el incumplimiento de sus obligaciones conforme a un APPRI⁵. Argentina sostiene que la situación de crisis vivida por el Estado justifica todas las medidas regulatorias financieras adoptadas con el fin de superarla, aunque su adopción haya supuesto la violación de las obligaciones previstas en los APPRI.

4. Sin embargo, la operatividad de la circunstancia del estado de necesidad en el Derecho internacional consuetudinario, que encuentra reflejo en el art. 25 *proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* de la CDI, ha demostrado no ser nada pacífica en el marco de las controversias surgidas ante la crisis argentina. Más allá de su operatividad en el ámbito de las disputas de inversión que traen causa en la crisis de Argentina, es de señalar que el estado de necesidad ha sido durante mucho tiempo fuente de opiniones encontradas, incluso, respecto a su propia existencia como norma del Derecho internacional consuetudinario. En la actualidad la mayoría de la doctrina y la práctica de los Estados y la jurisprudencia comparten la opinión de que es una causa que forma parte de la costumbre internacional y que excluye la responsabilidad internacional del Estado que en otro caso sería responsable⁶.

El art. 25 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la CDI prevé el estado de necesidad

³ Vid. en general, M Valenti, "Lo stato di necessità nei procedimenti arbitrali ICSID contro l'Argentina: due soluzioni contrapposte", *riv. dir. int.*, vol. 91, n° 1, 2008, pp. 114-135. A.R. Dalla Via, "La invocación del principio de supremacía y del estado de necesidad en los arbitrajes internacionales ante el CIADI", *Debatos de actualidad*, vol. 20, n° 195, 2005, pp. 7-13. R.D. Bishop, J. Crawford y W.M. Reisman: *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, La Haya, 2005, pp. 1203-1217.

⁴ Vid. R.D. Bishop y R.J. Aguirre Luzi, "Investment Claims – First Lessons from Argentina", *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler, ed.), Gran Bretaña, 2005, pp. 465 ss.

⁵ Cf. *Ibid.*, p. 465.

⁶ Naciones Unidas *Proyecto de artículos y comentarios sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, p. 83.

como circunstancia que excluye la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁷. Esta circunstancia eximente, por su parte, presenta un carácter ciertamente excepcional⁸, puesta en evidencia en la formulación negativa del art. 25 y la enumeración de las rigurosas condiciones que han de cumplirse cumulativamente.

Según el art. 25 sólo es posible invocar el estado de necesidad, como causal eximente de la responsabilidad del Estado, cuando la actuación de éste (contraria a una obligación internacional) sea el único modo para salvaguardar un interés esencial del Estado, de su población o de la comunidad internacional en su conjunto contra un peligro grave e inminente. Además, este hecho no podrá afectar gravemente a un interés esencial de los Estados con los cuales estuviera vinculado por la obligación internacional violada, o de la comunidad internacional en su conjunto. A pesar de cumplir estas condiciones, no podrá ser invocado el estado de necesidad si la obligación internacional violada excluye la posibilidad de invocarlo o si el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

El estado de necesidad, tal y como ha sido puesta de relieve en los comentarios del Proyecto de artículos de la CDI, por tanto, se presenta como una causa excepcional para excluir la responsabilidad del Estado por la infracción de una obligación internacional al estar sujeto a estrictas limitaciones que sirven para salvaguardar contra posibles abusos⁹.

5. De las decisiones arbitrales emitidas en los casos *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, *LG&E c. Argentina* y *Enron c. Argentina* pueden extraerse algunas conclusiones.

En primer lugar, los tres tribunales han considerado que el estado de necesidad forma parte del Derecho internacional consuetudinario, y que encuentra reflejo en el art. 25 del *proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* de la CDI, en contra de algunas voces contrarias presentes todavía en la doctrina¹⁰.

En segundo lugar, llama la atención (en sentido negativo) la disparidad de resultados alcanzado en estas decisiones. Especialmente, cuando los tres tri-

⁷ Vid. C. Gutiérrez Espada, "El estado de necesidad cabalga de nuevo", *REDI*, vol. LVI, nº 2, 2004, pp. 669-704. Sobre el art. 25 del *proyecto de artículos* del CDI *vid.* de forma particular los comentarios recogidos en Naciones Unidas, *Proyecto de artículos y comentarios...*, *op. cit.*, pp. 80-84; Naciones Unidas *Report of the International Law Commission on the work of its Thirty-second session*, 1980, pp. 34-52. Para un análisis más profundo del tema ver los trabajos de los relatores especiales R. Ago y J. Crawford.

⁸ J.D. González Campos L.I. Sánchez Rodríguez y P.A. Sáenz de Santa María: *Curso de Derecho Internacional Público*, 2ª ed. revisada, Madrid, 2002, p. 371. R. Ago (relator especial) *Addendum the Internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (part 1)*, A/CN.4/318/Add.5-7, p. 19.

⁹ Naciones Unidas, *Proyecto de artículos y comentarios...*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁰ *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, pár. 315; *Enron c. Argentina*, pár. 303; *LG&E c. Argentina*, pár. 245. M Valenti, "Lo stato di necessita...", *loc. cit.*, pp. 125-126. También ha reconocido esta circunstancia la CIJ, en el asunto *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría / Eslovaquia)*, 25 de septiembre de 1997, 1997 CIJ 7.

bunales debían valorar unos mismos hechos (la crisis económica, financiera, social y política de Argentina) en aras a determinar la procedencia de unas mismas medidas (de forma significativa la adopción de la Ley de Emergencia), sobre la base de unas mismas normas (el Derecho interno argentino, el Derecho internacional consuetudinario reflejado en el art. 25 del *proyecto de artículos* de la CDI y el APPRI celebrado entre Argentina y los EE UU), con el fin establecer si había lugar al estado de necesidad que excluyera la responsabilidad internacional del Estado argentino¹¹. La sorpresa es mayor cuando se constata que dos árbitros han formado parte en tribunales que han decidido de forma contradictoria.

Sólo el Tribunal del caso *LG&E c. Argentina* ha acogido la causal eximente del estado de necesidad invocado por Argentina. Tanto en el caso *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* como en el caso *Enron c. Argentina*, los tribunales arbitrales, siguiendo una argumentación similar, no han considerado cumplidos los requisitos que impone el Derecho internacional consuetudinario para poder excluir la responsabilidad de Argentina. La diferencia ha estado en la valoración de los hechos que se encuentran en el origen de las tres disputas, ya que la concurrencia de los requisitos depende en gran parte de circunstancias de hecho y, por tanto, según el tenor de esta valoración podrá invocarse o no el estado de necesidad para excluir la responsabilidad del Estado por la violación del APPRI¹².

En los tres casos mencionados, Argentina ha invocado el estado de necesidad conforme al Derecho interno argentino, el Derecho internacional consuetudinario y dos cláusulas de emergencia previstas en el APPRI de EEUU y Argentina –arts. XI y IV.3–. En lo que respecta a los estrictos requisitos que impone el Derecho internacional consuetudinario, reflejados en el art. 25 del *proyecto de artículos* de la CDI, el Estado argentino aprecia que la crisis ha puesto en peligro la existencia misma del Estado, enfrentándose, por tanto, a un peligro grave e inminente que afectaba a un interés esencial. Además, considera que Argentina no ha contribuido de un modo sustancial a crear el estado de necesidad, ya que la crisis se debe, sobre todo, a factores exógenos. En opinión de Argentina, la pesificación de las relaciones contractuales y demás medidas financieras adoptadas constituían el único medio para salvaguardar los intereses económicos esenciales afectados por la crisis. Por último, aprecia que las medidas adoptadas no han afectado a intereses esenciales de los EE UU (beneficiario de la protección prevista en el APPRI) ni a los de la comunidad internacional en su conjunto¹³.

Los demandantes, por el contrario, rechazan la existencia de un Estado necesidad basándose, todo ellos, en argumentos similares. En su modo de valorar los hechos de la crisis, la crisis había sido profunda pero no suponía un peligro grave e inminente para un interés esencial de Argentina. Además, no creen que

¹¹ Vid. M Valenti, “Lo stato di necessita...”, *loc. cit.*, p. 126.

¹² *Ibid.*, p. 126.

¹³ *CMS c. Argentina*, párs. 309–312; *Enron c. Argentina*, párs. 294–298; *LG&E c. Argentina*, párs. 215–219.

se haya acreditado que Argentina no haya contribuido al estado de emergencia, ya que, en su opinión, la mayoría de los factores que dieron lugar a la crisis eran endógenos, resultado de la política económica desarrollada por Argentina durante los años anteriores a la crisis. Por último, tampoco creen que se haya demostrado que las medidas adoptadas por Argentina fueran el único medio disponible para superar la crisis¹⁴.

Ante este planteamiento de posiciones, los Tribunales de los asuntos *CMS Gas Transmission Company c. Argentina* y *Enron c. Argentina* han apreciado no haber lugar para el estado de necesidad, al no cumplirse los requisitos exigidos por el Derecho internacional consuetudinario y las condiciones de las cláusulas de emergencia del APPRI de EE UU y Argentina, ya que en opinión de los dos Tribunales estas condiciones exigen un enfoque restrictivo. Para llegar a tal conclusión han valorado los hechos de la crisis Argentina de tal modo que han llegado a las siguientes conclusiones: Si bien han reconocido la severidad de la crisis, no creen que la misma haya comprometido la propia existencia e independencia del Estado y, por tanto, haya afectado a un interés esencial de Argentina. No se han convencido, dado el efecto relativo de la crisis, que existiera un peligro grave e inminente de modo que fuera posible excluir la ilicitud de sus actos. Por su parte, han apreciado que las medidas adoptadas por Argentina no eran el único medio posible para afrontar la crisis. En lo referente al requisito según el cual el Estado no debe contribuir al estado de necesidad (contribución suficientemente importante y no simplemente instrumental según se señala en los comentarios al art. 25 del *proyecto de artículos* de la CDI¹⁵), los Tribunales han apreciado la relevancia de los factores endógenos de la crisis atribuibles al Estado y, en consecuencia, han considerado que la contribución de Argentina a la crisis ha sido lo suficientemente importante. Por todo ello, y teniendo en cuenta que todos los requisitos mencionados deben cumplirse de forma cumulativa, los Tribunales concluyen que no es posible excluir la responsabilidad de Argentina por la violación del APPRI en cuestión¹⁶.

Fue otro el juicio del Tribunal arbitral del caso *LG&E c. Argentina* respecto al estado de necesidad alegado por Argentina. La primera diferencia que merece la pena destacar entre esta decisión y las dos anteriores, y que ha de ser saludada positivamente, es que en este caso el Tribunal, atendiendo al carácter temporal del estado de necesidad, ha delimitado el período de necesidad a la época comprendida entre las fechas de 1 de diciembre de 2001 y 26 de abril de 2003. Por tanto, Argentina no será responsable del ilícito internacional, pero sólo por las violaciones de APPRI acaecidos dentro del plazo indicado¹⁷.

En cuanto a la valoración de la crisis, el Tribunal aprecia que se vieron amenazados intereses esenciales de Argentina; en este sentido concluye que una

¹⁴ *CMS c. Argentina*, párs. 313–314; *Enron c. Argentina*, pár. 299–302; *LG&E c. Argentina*, párs. 220–225.

¹⁵ Naciones Unidas, *Proyecto de artículos y comentarios...*, op. cit., p. 84.

¹⁶ *CMS c. Argentina*, párs. 317–331. A.R. Dalla Vía, “La invocación del principio...”, loc. cit., pp. 11–13.

¹⁷ *LG&E c. Argentina*, párs. 227–229.

profunda crisis económica constituye un interés esencial de seguridad¹⁸. Para llegar a tal resultado el Tribunal valoró los indicadores económicos de mayor importancia que alcanzaron proporciones catastróficas durante diciembre de 2001¹⁹, el problema de la fuga de capitales²⁰ y el aumento desmesurado de los niveles de desempleo, pobreza e indigencia²¹.

El Tribunal en el asunto *LG&E c. Argentina* sostiene que la sobrevivencia económica y política de Argentina, la operatividad sus servicios esenciales y el mantenimiento de su paz interna estuvieron en peligro. Además, no observa evidencia contundente alguna que demuestre la contribución de Argentina a la crisis que dio lugar al estado de necesidad. Para el Tribunal un paquete de medidas como la adoptada por Argentina era la única forma de hacer frente a la crisis; en este sentido, aunque existieran otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas, una solución general resul-

¹⁸ *Ibid.*, pár. 238, sostiene que “concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar”. Es posible sostener que la sobrevivencia política o económica y el continuo funcionamiento de los servicios esenciales figuran en el elenco ejemplificativo de los motivos que pueden constituir el interés esencial de un Estado, al fin de invocar el estado de necesidad. *Vid.* M Valenti, “Lo stato di necessita...”, *loc. cit.*, p. 127. En la misma línea C. Gutiérrez Espada, “El estado de necesidad...”, *loc. cit.*, p. 674.

¹⁹ *LG&E c. Argentina*, pár. 232: “Un deterioro acelerado del Producto Interno Bruto Argentino (PIB) comenzó en diciembre de 2001, cayendo entre 10% y 15% más que el año anterior. El consumo privado, acompañado por los precios de productos domésticos, decayó dramáticamente en el último trimestre del 2001. Durante este período se registró la caída generalizada de precios y la disminución del valor de los bienes situados en Argentina. El Índice Merval, que mide el valor de la participación en las principales compañías de Argentina, incluidas en la Bolsa de Valores de Buenos Aires, cayó drásticamente en un 60%, a finales de diciembre de 2001. Para mediados de ese mismo año, el riesgo país de Argentina se ubicó como el más alto del mundo, impidiéndole solicitar préstamos en el mercado internacional y reflejando la gravedad de la crisis económica”.

²⁰ *Ibid.*, pár. 233: “233. Para la época, la fuga de capitales representó un grave problema para el Gobierno. En el cuarto trimestre de 2001, el Banco Central de Argentina perdió once billones de dólares de Estados Unidos en reservas líquidas, lo cual alcanza el 40% de las mismas. El sistema bancario perdió el 25% del total de sus depósitos”.

²¹ *Ibid.*, pár. 234: “Desde principios de 1998, los niveles de desempleo, pobreza e indigencia gradualmente fueron aumentando hasta alcanzar límites intolerables en diciembre de 2001. El desempleo llegó a casi un 25%, y aproximadamente la mitad de la población argentina estaba viviendo en niveles extremos de pobreza. El sistema de salud estuvo al borde de un colapso. Los precios de los productos farmacéuticos se elevaron, mientras el país se iba hundiendo en un profundo período deflacionario, llegando a ser inasequibles para la población de bajos ingresos. Los hospitales sufrieron un severo recorte en sus insumos básicos. Las inversiones en infraestructura y equipo para los hospitales públicos declinaron como nunca antes. Estas condiciones obligaron al Gobierno a declarar la emergencia del sistema de salud a nivel nacional, con el objeto de asegurar el acceso de la población a los servicios básicos de cuidado médico. Al mismo tiempo, un cuarto de la población no tenía acceso a un mínimo de productos alimenticios para asegurar su subsistencia. Dado el nivel de pobreza y la falta de acceso al sistema de salud y a una nutrición apropiada, sobrevinieron las enfermedades. Frente a la creciente presión para proporcionar servicios sociales y seguridad a las masas de gente indigente y pobre, el Gobierno estuvo forzado a disminuir en un 74% su gasto *per capita* en servicios sociales”.

taba necesaria; además, entre las medidas debía incluirse la regulación de las tarifas de los servicios públicos²². En definitiva, el Tribunal concluye que el estado de necesidad estaba justificado tanto en el marco del art. XI del APPRI como conforme al Derecho internacional consuetudinario.

6. En este escenario dibujado por decisiones contradictorias debía pronunciarse el Tribunal del caso *Metalpar S.A y Buen Aire S.A. c. Argentina*. No obstante, tal y como se verá a continuación, el Tribunal no entra a analizar el fondo de la cuestión del estado de necesidad, considerándolo estéril en aras a resolver la disputa que le ocupa.

Tal y como se observa en el laudo, Argentina planteó la cuestión del estado de necesidad en la misma línea que en las controversias anteriormente mencionadas. Argumenta que cumple todos los requisitos impuestos por el Derecho internacional consuetudinario, reflejados en el art. 25 del *proyecto de artículos* de la CDI. A diferencia de los casos de CMS, Enron y LG&E, en este caso, el APPRI de Chile y Argentina no contiene una cláusula de emergencia específica como la que preveía el APPRI de EE UU y Argentina, aunque esta circunstancia apenas influye en la argumentación de las partes contendientes.

134. Argentina adujo, como eximente de responsabilidad, el estado de necesidad. Según su criterio:

« [...] la situación de colapso que la afectó y la sigue afectando constituye estado de necesidad que la exime de responsabilidad internacional en tanto:

- El Estado no ha contribuido a que se produzca tal estado de necesidad.
- Las medidas adoptadas constituyeron el único modo de salvaguardar ese interés esencial de un peligro grave de disolución social y anarquía política;
- No se ha afectado gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados en relación con los cuales existe la obligación, o de la comunidad en su conjunto, ni se ha visto afectado el cumplimiento de ninguna obligación de *ius cogens*.
- No se ha tratado de modo desigualitario a los inversores extranjeros en relación con los argentinos ni a los inversores con el resto de los inversores de la misma actividad.
- La obligación internacional invocada, el TBI, no excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad» (Memorial de Contestación, párrafo 854).

135. Según Argentina, la crisis que sufrió se vincula con innumerables factores exógenos en los cuales ese país tuvo una nula o irrelevante participación (Memorial de Contestación, párrafo 859; Dúplica, párrafo 497).

136. Argentina manifestó además, con fundamento en el caso *Sea–Land Service, Inc. contra Irán*, Laudo No. 135–33–1 del 20 de junio de 1984, del Tribunal Irán–Estados Unidos, que en situaciones de crisis las autoridades de gobierno pueden utilizar « [...] una amplia gama de facultades sin incurrir en responsabilidad internacional» (Memorial de Contestación, párrafo 864).

137. A juicio de Argentina, durante la crisis existió un riesgo cierto de desintegración del Estado mismo (Dúplica, párrafo 491). Las medidas que adoptó frente a ese riesgo constituyeron el único modo de salvaguardar un interés esencial de un peligro grave e inminente (Dúplica, párrafo 517). También agregó que « [...] el estado calamitoso en que se hallaba el país configura sin lugar a du-

²² *Ibid.*, párs. 239–257.

das el estado de necesidad que es una clara causa de justificación tanto bajo el Derecho argentino como bajo el Derecho internacional» (Dúplica, párrafo 280).

En opinión de los demandantes, por su parte, no se cumplen las condiciones del Derecho argentino ni del Derecho internacional. Entre otros extremos, en opinión de éstos, la crisis es consecuencia de los desmanejos del propio Estado y, además, a pesar de reconocer la potestad del Estado argentino para adoptar cuantas medidas cree oportunas frente a la crisis, el estado de necesidad no excluye la obligación del Estado de compensar por el daño efectivo causado al inversor extranjero.

138. Según las Demandantes, el derecho de emergencia o de necesidad, basado en jurisprudencia interna, se encuentra limitado y supeditado a la comprobación de ciertas circunstancias establecidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina (Réplica, párrafo 23). Para la Corte, la medida que tome un Estado, será constitucional si restringe temporalmente el momento de ejecución del contrato o la sentencia, manteniendo incólume y en su integridad la sustancia de estos (Réplica, cita al pie de página número 5, página 13).

139. En opinión de las Demandantes, “[...] es admisible que la necesidad de proveer al bien común implique la limitación de ciertos derechos individuales; pero en tal caso esa privación debe ser indemnizada” (Réplica, párrafo 31).

140. Otro argumento expuesto por las Demandantes sobre este tema es que la emergencia en Argentina «[...] no surgió de la nada, ni se trató de un desastre natural, sino que fue la consecuencia de sus propios desmanejos» (Réplica, párrafo 47).

141. Las Demandantes enfatizaron que no cuestionan la potestad de Argentina para dictar las medidas (Réplica, párrafo 54), ni buscan la declaratoria de ilegalidad de la pesificación o de la devaluación (Réplica, párrafo 56); tampoco cuestionan el poder soberano de Argentina para devaluar, «[...] Argentina tenía el *imperium* suficiente para –mediante leyes de orden público– modificar convenciones libremente pactadas entre las partes de los contratos» (Réplica, párrafo 57). A criterio de las Demandantes, la pesificación no era necesaria ni obligatoria (Réplica, párrafo 98), fue una medida que se juzgó conveniente y ellas no cuestionan el poder de tomarla (Réplica, párrafo 101). Concluyeron en que, aunque no dudan de la facultad soberana de Argentina para tomar las medidas cuestionadas, esa Nación debe indemnizarlas por las pérdidas que sufrieron.

142. Las Demandantes afirmaron que Argentina “[...] no tenía ni tiene derecho a exigir a un inversor extranjero ninguna ‘contribución patriótica’, y que la disminución, mengua o privación parcial de su propiedad (la inversión instrumentada en los contratos) debe ser indemnizada” (Réplica, párrafo 115).

143. El estado de necesidad, en opinión de las Demandantes, es una excusa de carácter excepcional y cabe solo de acuerdo con condiciones estrictas (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, páginas 82 y 86). No puede alegarse «[...] si el Estado responsable ha contribuido deliberadamente o por negligencia a que se produzca esa situación de necesidad» (página 96). “El estado de necesidad no excluye la obligación del Estado de compensar por la pérdida efectiva causada” (página 102).

Puestos sobre la mesa los argumentos de la partes en conflicto, el Tribunal llega a reconocer la gravedad de la crisis sufrida por Argentina. Señala que determinar si las medidas adoptadas por Argentina han sido adecuadas u oportunas no le corresponde al propio Tribunal. Pero además de exceder de su ámbito de acción, en el caso concreto, sostiene que dicha valoración resulta innecesaria para resolver la controversia.

El Tribunal considera innecesario valorar cuales son las circunstancias que permiten hablar un estado de necesidad, cual es la duración de la emer-

gencia o cuales son las consecuencias de las acciones que adopta un Estado en una situación de necesidad –si subsiste la obligación de compensar o no–. Ello es así porque, según el propio Tribunal, los demandantes no han podido demostrar que las medidas adoptadas por Argentina hayan producido perjuicios en sus inversiones. El laudo hace referencia a los casos de LG&E y Enron, donde sí se demostró la existencia de daños sobre la inversión.

En definitiva, para el Tribunal, el análisis de la cuestión del estado de necesidad, como causal eximente de responsabilidad, sólo tiene sentido cuando la conducta violatoria del Estado de los derechos de un inversor haya ocasionado daños, y cuando su monto haya sido probado.

208. La autopreservación es uno de los deberes fundamentales que tienen los gobiernos de los países. Desaparecido el gobierno, sobrevienen el caos y enormes penurias para los habitantes de la nación. En el caso concreto, como ya lo ha expresado anteriormente, el Tribunal está convencido de la gravedad de la crisis que sufrió Argentina a finales del año 2001 y principios de 2002. Según se reseñó, hubo entonces, y todavía hoy persiste, la discusión sobre si las medidas que tomaron en esa época los gobernantes de la República Argentina fueron las adecuadas o no y si se dictaron oportunamente. También expresó el Tribunal en párrafos anteriores que la definición de ese asunto excede su ámbito de acción y, además, es innecesaria para resolver la disputa que existe entre las partes.

209. Los representantes de la República Argentina afirmaron en este proceso que las medidas que tomó el Gobierno, durante los meses en los que la crisis fue más aguda y posteriormente, eran absolutamente indispensables para superar la situación que vivía esa Nación. Agregaron, además, que, en lo que respecta a las Demandantes, esas medidas tuvieron un efecto benéfico y contribuyeron, de manera definitiva, a su recuperación económica. Estas, por su parte, sostienen que Argentina contribuyó a causar la crisis y, aunque reconocen el derecho soberano de esa Nación a tomar las medidas que juzgara oportunas para solventar la crisis, dijeron que como esas acciones las perjudicaron, Argentina debe indemnizarlas.

210. Las partes discrepan sobre cuáles son las circunstancias en las que es posible hablar de un “estado de necesidad”, sobre la duración de la declaratoria que lo imponga y sobre las consecuencias de las acciones que tome un estado en esas circunstancias. Para defender sus puntos de vista en relación con este asunto presentado extensos alegatos, orales y escritos.

211. Para los efectos de este proceso, como se explicará a continuación, no es necesario dilucidar ese asunto ya que, según se expondrá adelante, las Demandantes no demostraron que sus inversiones en la República Argentina sufrieran perjuicios por las acciones tomadas por el gobierno de esa Nación, por lo que resultaría ocioso decidir si las medidas que Argentina tomó y que las Demandantes cuestionan se ejecutaron debido a la existencia de un “estado de necesidad”, que extinguiera la responsabilidad que pudiera corresponderle a la Demandada.

212. La conclusión anterior distingue claramente a este asunto de otros tramitados contra la República Argentina. A manera de ejemplo, se citan los arbitrajes de LG&E (caso CIADI ARB/02/1) y Enron Corporation (caso CIADI ARB 01/3) en los cuales también se discutió sobre la existencia de un “estado de necesidad” en Argentina y sobre sus consecuencias. Ambos se diferencian netamente del presente porque en ellos la existencia de los daños a las inversiones sí fue demostrada.

213. El análisis del tema del *estado de necesidad*, como causal eximente de responsabilidad, es necesario en los casos en los que se demuestra una conducta de un Estado violatoria del derecho de una persona, física o jurídica, a que sus inversiones en esa Nación sean respetadas. Si, además de la existencia de esa conducta lesiva a las inversiones se comprueba que, como consecuencia de ella se causaron daños y además, se prueba su monto, la definición de si se está en presencia o no de un estado de necesidad que exime de responsabilidad al Estado, es ineludible. Nada de eso sucede en este caso y, por esa razón, adentrarse en el análisis de ese tema resultaría totalmente estéril.

El laudo del Tribunal en el caso *Metalpar S.A y Buen Aire S.A. c. Argentina* supone una oportunidad perdida para reconducir la controvertida cuestión del estado de necesidad en el marco de la crisis económica y social argentina. Parece correcto exigir la prueba del daño sobre la inversión como previo a cualquier consideración sobre el estado de necesidad; sin embargo, no deja de ser una oportunidad perdida. Sobre todo, porque la situación actual, que toma cuerpo en laudos contradictorios de los tribunales del CIADI, produce una inseguridad y una incertidumbre poco aceptables. Estas consecuencias negativas de la contradicción existente podrían haberse atenuado mediante un análisis a fondo, una explicación detallada de los hechos controvertidos y el planteamiento de conclusiones más razonadas. La ausencia en los laudos precedentes (de forma particular en los de Enron y CMS) de conclusiones más razonadas hubiera añadido valor a una nueva decisión más exhaustiva sobre el tema.