

Revisión judicial de laudos arbitrales de inversión: propuestas para navegar la zona de penumbra entre jurisdicción y admisibilidad¹

LUIS MIGUEL VELARDE SAFFER²
JONATHAN W. LIM³

I. Introducción⁴

En marzo de 2014, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó sentencia en el muy esperado caso de *BG Group v. Argentina*. Esta fue la primera vez en que un laudo arbitral en un arbitraje de inversión llegó a la Corte Suprema para su revisión. Y aunque la Corte ya había considerado la cuestión de si los tribunales o los árbitros tienen la última palabra en cuanto al cumplimiento de precondiciones para arbitrar una disputa, nunca había tenido la ocasión de considerar tal cuestión en el contexto de un arbitraje internacional entre partes no estadounidenses. Siendo un caso de muchos “primeros”, *BG Group* fue una oportunidad bien recibida para que la Corte Suprema ofreciera orientación sobre el alcance de la revisión judicial de decisiones arbitrales referidas a si precondiciones para el arbitraje de inversión han sido satisfechas o pueden ser dispensadas.

1 Los autores agradecen a Aurora Sánchez Palacio por su ayuda con la versión castellana de este artículo.

2 Luis Miguel Velarde Saffer es abogado graduado con honores por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Máster en Leyes (LL.M.) por la Universidad de Harvard y actualmente es Investigador Visitante del British Institute for International and Comparative Law (BIICL).

3 Jonathan W. Lim es abogado graduado con honores por la Universidad Nacional de Singapur. Es Máster en Leyes (LL.M) por la Universidad de Harvard y actualmente es Asociado del Departamento de Disputas Internacionales de Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr LLP.

4 Un previo artículo relacionado, escrito antes de que la Corte Suprema de Estados Unidos dictara sentencia en el caso *BG Group*, fue publicado en *Transnational Dispute Management* el 6 de enero de 2014.

El centro de atención era una muy criticada sentencia del Tribunal de Apelación de Washington D.C., la cual anuló un laudo arbitral de 185 millones de dólares en favor de BG Group. La controversia inicial surgió como consecuencia de las medidas de emergencia adoptadas por la República de Argentina a final de 2001. BG Group, una compañía del Reino Unido, poseía una importante inversión en una compañía argentina de distribución de gas. Debido a que las acciones del gobierno habían puesto en peligro la inversión de BG Group, esta compañía inició un procedimiento arbitral ante CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) contra Argentina, de acuerdo con el artículo 8° del Tratado Bilateral de Inversión celebrado por Argentina y Reino Unido (TBI). A pesar de que los artículos 8 (1) y 8 (2) del TBI establecen que el inversionista debe iniciar un procedimiento judicial ante los tribunales del Estado receptor durante 18 meses antes de presentar su demanda arbitral, BG Group inició el procedimiento arbitral sin haber recurrido a los tribunales argentinos previamente. No obstante lo anterior, el tribunal arbitral consideró que la demanda arbitral era admisible porque Argentina, mediante sus propias acciones, había unilateralmente imposibilitado o dificultado el acceso a sus Cortes. En el arbitraje, el tribunal decidió a favor de BG Group y el laudo arbitral fue posteriormente confirmado por el tribunal de distrito del Distrito de Columbia, el cual argumentó que había que dar deferencia a la decisión arbitral.

En apelación, el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia decidió en favor de Argentina y dejó el laudo sin efecto, estableciendo que (i) la Corte tenía autoridad para resolver *de novo* la cuestión de “arbitrabilidad”; y en consecuencia, que (ii) la Corte carecía de jurisdicción, ya que BG Group debía comenzar el procedimiento judicial ante las Cortes argentinas y esperar 18 meses antes de iniciar el arbitraje⁵.

La Corte Suprema de Estados Unidos predeciblemente revocó la sentencia del Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia, aunque el modo en que llegó a este resultado fue quizá menos predecible⁶. La mayoría, encabezada por el Juez Breyer, determinó que el requisito de litigar ante los tribunales nacionales era una cuestión procesal de arbitrabilidad, ya que era similar a la regla de “tramitación de reclamaciones” que establece *cuándo* el deber de arbitrar surge y no *si* dicho deber existe. En base a dicho argumento, y postulando que no existe razón para interpretar tratados de forma diferente a los contratos ordinarios, la Corte aplicó un estándar de revisión judicial deferencial y ratificó el laudo. La Juez Sotomayor emitió un voto particular concurriendo en la decisión, pero

5 República de Argentina v. BG Group PLC, 665 F.3d 1363, 1371 (D.C. Cir. 2012).

6 República de Argentina v. BG Group PLC, 572 U. S. __ (2014).

expresando su desacuerdo con el *dictum* de la mayoría de que la estipulación expresa de “condiciones de consentimiento” en un tratado probablemente no cambiaría el análisis de la Corte. Ni siquiera el voto particular disidente afirmó la sentencia recurrida, y en su lugar recomendó la remisión del caso al Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia. En este voto particular, los Jueces Roberts y Kennedy argumentaron que la sumisión de la disputa a los tribunales nacionales era una condición para la formación del acuerdo de arbitraje, enfatizando el carácter de Estado soberano de la Argentina y la diferencia entre tratados y contratos ordinarios.

II. Jurisdicción vs. admisibilidad: el argumento sobre consentimiento

La cuestión central en apelación fue si, en el contexto de un arbitraje de inversión, los tribunales estadounidenses deben prestar deferencia a las decisiones de los árbitros sobre prerequisites para arbitrar una disputa, o si pueden decidir tales controversias *de novo*. En otras palabras, la cuestión no era simplemente si un inversionista podía presentar una demanda de arbitraje válidamente sin haber cumplido con el prerequisite de litigar localmente establecido por el Tratado en cuestión, sino si son los árbitros o las Cortes quienes tienen la última palabra en cuanto a dicha cuestión. Esta es una meta-cuestión relacionada con la distribución de responsabilidades entre Cortes y árbitros.

La solución a tal meta-cuestión tiene un impacto fundamental sobre si las partes reciben el proceso que negociaron y si, en consecuencia, el proceso de arbitraje de inversión es reconocido como legítimo y efectivo⁷. El reto yace en identificar correctamente si una controversia presenta una cuestión de jurisdicción, la cual las Cortes pueden decidir *de novo*, o si se trata de una mera cuestión de admisibilidad, donde ha de darse deferencia a la decisión de los árbitros⁸. A pesar de que algunos casos son claros, la mayoría de comentaristas está de

7 Un autor explica que: “[d]ecisiones de las cortes que no respetan las normas de jurisdicción pueden ser invalidadas por la pertinente autoridad. Pero si las partes han consentido sobre la jurisdicción de un determinado tribunal, las decisiones de éste sobre admisibilidad de demandas debe ser firme. La clasificación de cuestiones de admisibilidad como jurisdiccionales por error puede por tanto resultar en una extensión injustificada de los motivos para impugnar laudos, y frustrar las expectativas de las partes de que su disputa sea decidida por el tribunal neutral elegido”. Jan Paulsson, “Jurisdicción y Admisibilidad”, en Gerald Aksen y otros (eds), *Reflexiones Globales sobre Derecho Internacional, Comercio y Resolución de Disputas: Liber Amicorum* en Honor de Robert Briner 601, 601 (CCI Publicaciones 2005) [en adelante “Paulsson”].

8 Un modo de hacer esta distinción conceptualmente es: las objeciones jurisdiccionales se relacionan con el poder de los árbitros para decidir la disputa, mientras que las objeciones de admisibilidad se relacionan con la demanda misma, independientemente de quién toma la decisión.

acuerdo en que existe una “zona de penumbra” de casos difíciles, es decir, un espectro de casos difíciles que resisten una sencilla clasificación. El caso BG Group es interesante precisamente porque pertenece a esta zona.

Bajo la ley de arbitraje en vigor en Estados Unidos, la distribución de roles entre tribunales y árbitros se realiza bajo el concepto de “arbitrabilidad”⁹. En relación con la cuestión de la “arbitrabilidad”, los tribunales estadounidenses han de preguntarse si la voluntad de las partes es someter dichas cuestiones a arbitraje o a los tribunales. En respuesta a esta cuestión, la línea de precedente iniciada por *Howsam*¹⁰ distingue entre cuestiones de “arbitrabilidad sustantiva” (es decir, jurisdicción) y “arbitrabilidad procesal” (es decir, admisibilidad): las Cortes pueden revisar *de novo* laudos sobre la primera, pero deben brindar deferencia a los laudos en el segundo caso. Bajo esta dicotomía en Derecho estadounidense, la Corte Suprema ha determinado que “las condiciones que preceden a una obligación a arbitrar” son “procesales” y por tanto se presume que los árbitros deben decidir sobre ellas¹¹. Sin embargo, a pesar de esta aparentemente inequívoca clasificación, los argumentos presentados en el caso BG Group ponen en tela de juicio la asunción de que “las condiciones precedentes” siempre han de ser tratadas por las Cortes como “procesales” por naturaleza.

Los artículos relevantes del TBI mediante entre Reino Unido y Argentina son los artículos 8 (1) y 8 (2) de la cláusula de resolución de disputas, que estipulan¹²:

- “1) Las controversias relativas a una inversión que surjan, dentro de los términos de este Convenio, entre un inversionista 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 la 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:

9 Éste es un uso confuso – el que cuestiones de entrada vayan a ser decididas por jueces o por árbitros – ya que está en oposición al consenso internacional acerca del significado de “arbitrabilidad,” que normalmente se entiende referido a “arbitrabilidad de la materia controvertida” o, en otras palabras, límites de orden público sobre las materias que pueden ser sometidas a arbitraje. La ley modelo de CNUDMI refleja este significado de “arbitrabilidad”.

10 *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.* 537 U.S. 79 (2002).

11 *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964).

12 *Supra* nota 3.

- 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 inversionista de la otra Parte Contratante así lo hayan convenido”.

En un inteligente planteamiento, Argentina había caracterizado el requisito de litigación nacional como una condición para su consentimiento al arbitraje. Así, se estableció que dicha litigación constituía una condición para la existencia de un acuerdo de arbitraje, en lugar de un prerrequisito para el cumplimiento de la obligación de arbitrar (lo cual presume un acuerdo de arbitraje válido). Este análisis efectivamente modifica los términos del debate, ya que la validez o existencia de un acuerdo de arbitraje está contemplada, bajo la regulación en vigor, como una cuestión de “arbitrabilidad sustantiva”. El análisis de Argentina supone que la Corte debe decidir si solo existe consentimiento para arbitrar cuando los prerrequisitos que requieren litigación en el foro nacional hayan sido satisfechos, o si el consentimiento de los Estados tiene lugar una vez el Tratado ha sido celebrado.

Sin negar la lógica interna del argumento de Argentina, tal vez exista una peligrosa circularidad en él. Si la Corte Suprema hubiera aceptado la proposición de Argentina, hubiera abierto la puerta a que los demandados pusieran objeciones basadas en falta de consentimiento cada vez que un requisito procesal no sea cumplido, sin importar su trivialidad. Ello explica la aparente obsesión de la Corte Suprema durante los argumentos orales con cómo el requisito de que algo “se presente en papel azul” debe ser analizado, y si ello puede también dar lugar a una objeción basada en la falta de consentimiento si los documentos se presentaron en papel blanco¹³. Aunque obviamente una *reduction ad absurdum*, demuestra que el argumento de Argentina amenaza con rechazar la sistematización establecida por la actual jurisprudencia estadounidense, sin proponer ninguna alternativa mejor.

13 Véase la transcripción del argumento oral, BG Group PLC v. República Argentina (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2 Dic 2013), en 21, 31, 51.

El análisis de Argentina simplemente esquiva la cuestión de cómo deben ser distribuidas las responsabilidades entre tribunales y árbitros. Si la propuesta de Argentina hubiera sido aceptada, en cualquier caso en que una parte alegara falta de consentimiento, los tribunales revisarían la excepción *de novo*, decidiendo si el consentimiento había sido prestado o no. Si el tribunal decide que había consentimiento al arbitraje, los prerequisites serían cuestiones de mera “arbitrabilidad procesal” y debería prestarse deferencia a la decisión de los árbitros. Por otra parte, si el tribunal estima que no había consentimiento, los árbitros se habrían equivocado al asumir jurisdicción y el tribunal habría de confirmar la anulación del laudo. En breve, un tribunal podría alcanzar la decisión que quisiera a través de un examen de la cuestión *de novo*. Pero, sin embargo, ello presume la respuesta a la meta-cuestión presentada ante en tribunal en primer lugar, esto es, si debe brindar deferencia a la decisión de los árbitros. La propuesta de Argentina, por tanto, favorece anticipadamente una revisión *de novo*.

Este debate demuestra lo difícil que resulta distinguir entre cuestiones de jurisdicción y de admisibilidad en la “zona de penumbra”. A diferencia de aquellos casos claramente situados hacia el lado de admisibilidad (como plazos de prescripción y la doctrina de los actos propios), y aquellos otros que sin duda caen dentro de jurisdicción (como la validez del acuerdo de arbitraje), los casos en la “zona de penumbra” son difíciles de clasificar. En tales casos, la concepción estadounidense, que se centra en la voluntad de las partes respecto a quién debe tener la última palabra respecto a cuestiones de “arbitrabilidad” resulta irrealista, ya que normalmente las partes no consideraron tal cuestión. En ausencia de voluntad expresa de las partes, trazar la línea entre jurisdicción y arbitrabilidad recae en la incierta base de las intenciones presuntas de las partes, lo cual deja demasiada discreción a los tribunales para decidir un caso *de novo*, pudiendo frustrar el mecanismo de resolución de disputas elegido por las partes.

III. Orientación existente para navegar la “zona de penumbra”

No es sorprendente que BG Group sea un caso en “zona de penumbra”, dada la profusión de *amicus curiae* recibidos en favor de ambos contendientes. El artículo 8° del TBI entre Argentina y Reino Unido es inusual en cuanto requiere el recurso a los tribunales nacionales, a la vez que estipula que las decisiones de dichos tribunales no serán finales y que un inversor podrá recurrir a arbitraje si está insatisfecho con el veredicto del tribunal o han pasado 18 meses sin haberse emitido sentencia. Debido a la estipulación que permite el recurso

a arbitraje transcurrido un plazo, esta cláusula no alcanza a ser una exigencia de agotar los remedios a nivel nacional, la cual es comúnmente considerada como jurisdiccional por naturaleza¹⁴. Por otro lado, a diferencia de las cláusulas de resolución de disputas multietapas que requieren mediación previa u otros intentos de resolución de la controversia, y que han sido considerados en los Estados Unidos como cuestiones de admisibilidad, el artículo 8° requiere previo recurso a los tribunales nacionales de Argentina, es decir, a un foro muy distinto con poderes resolutorios.

La jurisprudencia y la doctrina proponen diversos tests para analizar la “zona de penumbra”, pero desafortunadamente tales tests son imprecisos en el caso de BG Group. En *John Wiley*, la Corte tomó en consideración cuan vinculados están la satisfacción del prerequisite y el fondo del asunto controvertido¹⁵. La Corte estimó que “sería una regla curiosa la que requiriera que cuestiones interrelacionadas de ‘fondo’ y ‘proceso’ con origen en una misma disputa y presentando dudas en relación a los mismos hechos tuvieran que ser determinadas en dos foros distintos, uno decidiendo después del otro”. Aplicando este razonamiento a BG Group, los mismos hechos que dieron lugar a la disputa (las medidas de emergencia adoptadas por Argentina) son prácticamente inseparables de los hechos en los que el tribunal arbitral se basó para excusar a BG Group del cumplimiento del requisito de litigación nacional. Ello apoya la interpretación de que la satisfacción del requisito es una cuestión de admisibilidad.

Otro test, no obstante, apunta en la otra dirección. Jan Paulsson ha sugerido que la “relevancia para la naturaleza del foro” de la objeción es una pauta prometedora para determinar si una cuestión es jurisdiccional o de admisibilidad¹⁶. En otras palabras, la cuestión es “si el éxito de la objeción necesariamente niega el consentimiento al foro” (énfasis añadido)¹⁷. Teniendo en cuenta que el prerequisite en BG Group consiste en el recurso a los tribunales argentinos, la objeción de Argentina en este caso está efectivamente dirigida a determinar cuál es el foro competente para el caso. Bajo este test, por tanto, es posible argumentar que la objeción tiene carácter jurisdiccional. Sin embargo, el resultado opuesto también puede ser defendido bajo el test de Paulsson. Debido a que el artículo

14 Véase Paulsson, supra nota 5, en 616. Véase también *Maffezini v España*, Decisión sobre Jurisdicción, 25 Enero 2000, par. 38 et seq., 40 ILM 1129 (2001). De hecho, el artículo 26° de la Convención de Washington explícitamente establece que en caso de arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), los Estados pueden requerir el agotamiento de los remedios nacionales “como condición de su consentimiento al arbitraje” [en adelante “Convención de Washington”].

15 *John Wiley*, supra nota 9, en 556.

16 Paulsson, supra nota 5, en 616.

17 *Ibid.*

8° autoriza al inversionista a presentar una demanda de arbitraje transcurrido cierto plazo, la objeción de Argentina no niega necesariamente el consentimiento al foro arbitral para decidir la disputa. Si éste es el caso, entonces se trataría de una cuestión de admisibilidad.

IV. Propuestas de los autores

A pesar de que la opinión mayoritaria decidió el caso *BG Group* correctamente al clasificar el prerrequisito de litigación nacional como una cuestión procesal de admisibilidad, las opiniones de los Jueces no ofrecen mucha orientación sobre cómo decidir futuros casos en “zona de penumbra”. La opinión de la mayoría es formalista en su aplicación del Derecho de contratos tradicional (sin matices), y en su equiparación de dichas precondiciones como reglas de tramitación de reclamaciones, el análisis de la mayoría no consigue apreciar la calidad y naturaleza del prerrequisito, en concreto, la elección de las partes de recurrir al foro judicial en primer lugar – lo cual es cualitativamente diferente a periodos de espera o prescripción. Por otra parte, el voto particular disidente da demasiado crédito al argumento de Argentina sobre consentimiento, y puede ser sometido a crítica por su circularidad, ya que no provee orientación sobre cómo identificar verdaderas condiciones de consentimiento en casos futuros.

Aunque esto enfatiza que el ejercicio de trazar la línea en los casos de la “zona de penumbra” no es fácil, una orientación clara es necesaria para la resolución de futuros casos difíciles de forma consistente. Por ello, los autores realizan dos contribuciones a la posible racionalización de casos difíciles en la “zona de penumbra,” y en particular, a cómo debe entenderse el caso *BG Group*.

En primer lugar, se sugiere que una solución específica para el caso *BG Group* podría haberse basado en la particular forma y estructura de la cláusula multietapas de resolución de disputas del TBI entre Argentina y Reino Unido. A pesar de que la decisión de la mayoría se basa en un análisis detallado del artículo 8° y sus estipulaciones, aquella descansa en el argumento formalista de que los prerrequisitos están relacionados con el tiempo antes que con la existencia de la obligación. Este análisis erra al no conceder la debida atención a la *calidad* y *naturaleza* del prerrequisito. Debería haberse hecho una adecuada distinción entre un prerrequisito que requiere el previo recurso a un foro judicial capaz de tomar una decisión firme y vinculante, y un prerrequisito que requiere recurso a un foro no-judicial o no-vinculante. En el último caso, aplicable en *BG Group*, como “todos los caminos llevan al arbitraje” puede concluirse que hay consenti-

miento a que el tribunal arbitral decida la disputa. Por el contrario, en el primer caso, la disputa puede resolverse de forma firme y vinculante en el foro judicial, y por tanto el consentimiento a arbitraje puede entenderse como condicionado por el previo recurso al foro judicial. Por ejemplo, un prerequisite de litigación nacional del tipo del artículo 8°, pero sin la posibilidad de apelar la decisión del tribunal nacional (existe la posibilidad de que las Cortes locales emitan una decisión vinculante), sería jurisdiccional. Bajo este análisis, la piedra angular para decidir si la litigación nacional es un prerequisite para la propia existencia del acuerdo de arbitraje es la forma de la cláusula: si tiene forma de “pirámide”, de modo que todos los caminos llevan al arbitraje en la cúspide, o de “tenedor”, de manera que las partes pueden someterse a más de un foro capaz de proveer una resolución vinculante y firme al conflicto.

En segundo lugar y alternativamente, una resolución mas amplia del caso *BG Group* podría haberse alcanzado mediante la adopción de una presunción general de que las partes, en ausencia de estipulación expresa sobre las condiciones de consentimiento, han consentido incondicionalmente al arbitraje. Esta regla de sentido común se sustenta en sólidas razones de orden público, especialmente cuando se trata de arbitrajes de inversión. Cuando los Estados firman un Tratado que estipula arbitraje, es razonable suponer que han deseado que árbitros expertos en Derecho internacional resuelvan sus disputas. Como la determinación de la naturaleza y satisfacción de los requisitos de arbitraje generalmente supone interpretar tratados de acuerdo con Derecho internacional, y el consentimiento de un Estado soberano es materia de Derecho internacional público, tiene sentido presumir que un tribunal arbitral con experiencia en Derecho internacional es el órgano adecuado para resolver tales disputas. La nombrada presunción es consistente con la Convención de Viena, que resulta aplicable a la cláusula de arbitraje en el TBI¹⁸. En línea con la orientación textualista de la Convención, la cual requiere una estricta adherencia al texto del tratado por encima de la voluntades de las partes no expresadas¹⁹, la regla propuesta restringiría interpretaciones creativas por parte de Cortes y árbitros en casos difíciles.

Tanto la opinión mayoritaria como los votos particulares parecen obviar esta realidad. La primera, al analizar tratados como si fuesen contratos ordinarios, ignora algunas buenas razones para creer que las partes podrían haber querido que los árbitros tuvieran la última palabra al interpretar tratados de inversión. El voto disidente asume lo mismo en relación a la experiencia comparativa de los

18 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 23 de Mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 [en adelante “Convención de Viena”].

19 Véase artículo 31° de la Convención de Viena.

árbitros. Pero los árbitros en arbitrajes de inversión, normalmente son elegidos por su particular pericia en inversión o en Derecho internacional, y es razonable presumir que están en mejor posición para interpretar los prerequisites contenidos en el texto del tratado.

Adicionalmente, la regla propuesta por los autores trae numerosos beneficios para el sistema de arbitraje en su conjunto. Si las partes solo pueden oponer objeciones cuando el consentimiento está condicionado expresamente, se contribuiría a crear un proceso más eficiente de “adjudicación en una parada” para disputas relacionadas con inversiones. Una regla tan clara también proveería mayor certeza y predictibilidad. Además, esta regla general conlleva un menor riesgo de que se emitan decisiones erróneas. Ya que es posible que la revisión de decisiones arbitrales sobre disputas de inversión surja ante los tribunales nacionales mucho tiempo después de que el tratado en cuestión haya sido celebrado, puede ser que haya poca información disponible para que el tribunal determine e interprete los hechos de la disputa. Por contraposición, un tribunal arbitral se constituye en un momento más cercano a la controversia, y tiene la ventaja de haber tenido a la vista directamente la evidencia relevante al caso. Finalmente, tal regla general no sería costosa para los Estados, quienes pueden negociar fácilmente e incluir el texto relevante en sus TBIs. En base a un simple análisis de coste-beneficio, por tanto, los autores favorecen y proponen la adopción de una presunción general de consentimiento incondicionado de las partes al arbitraje.

V. Conclusión

En definitiva, la sentencia en el caso *BG Group v. Argentina*, a pesar de ser bien recibida, no otorga gran claridad. La sentencia no resuelve la cuestión de qué constituye una real condición de consentimiento, y provee escasa orientación sobre cómo analizar futuros casos en los que los prerequisites del tratado estén redactados de manera diferente.

Casos en “zona de penumbra” como *BG Group* probablemente tendrán lugar en el futuro. En efecto, considerando que las inversiones y transacciones transfronterizas se siguen proliferando, es probable que aparezca mayor diversidad en la forma y estructura de las cláusulas de arbitraje. Con poca información disponible para interpretar la voluntad de las partes, y teniendo en cuenta que los abogados se vuelven más creativos y sofisticados en sus argumentaciones, existe un riesgo de aparición de sentencias contradictorias emitidas por Tribunales arbitrales y Cortes. Las partes pueden verse desprovistas del proceso de

resolución de disputas que negociaron. Esta incertidumbre inminente acerca de si los laudos arbitrales son firmes o no, puede poner en riesgo la propia legitimidad del sistema.

Las propuestas de los autores intentan evitar esta desafortunada realidad proponiendo una clara y ordenada aproximación al problema de la distribución de responsabilidades de Cortes y árbitros. En particular, la propuesta de presumir un consentimiento incondicional a arbitrar incentivará a las partes a adoptar cláusulas de arbitraje más claras. Esta propuesta está en línea con las expectativas de las partes, y no es demasiado costosa porque las partes pueden excluirla fácilmente.