

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 JUDGEMENT “BG GROUP PLC V. REPUBLIC OF ARGENTINA” ISSUED BY THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA: ALL ROADS LEAD TO ROME?

*Valerio de Oliveira Mazzuoli** - Diego Luis Alonso Massa****

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 de 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

* Trabajo recibido el 16 de noviembre de 2014 y aprobado para su publicación el 17 de diciembre del mismo año.

** 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-Brasil). Magíster en Derecho Internacional (Universidad Estadual Paulista, *campus* de Franca (Brasil). Miembro de la *Sociedad Brasileña de Derecho Internacional* y de la *Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas*. Abogado y Asesor Jurídico. *E-mail:* mazzuoli@ufmt.br

*** Abogado - Universidad de Buenos Aires. Magíster en Relaciones Internacionales (con especialización en Derecho Internacional) (*Institut des Hautes Études Internationales*, Université de Genève (Suiza)). Asesor jurídico en cuestiones jurídicas relativas al arbitraje internacional y propiedad intelectual. Ex-funcionario internacional - Organización Internacional del Trabajo - OIT (Ginebra, Suiza), UNCITRAL, Naciones Unidas (Viena, Austria), Organización Mundial del Comercio (Ginebra, Suiza). Especialización de 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

reglas internacionales y transnacionales: una *contradictio 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 inversio- nes? - 5. Conclusión - 6. Referencias bibliográficas.

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 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, habida cuenta de que es este el objeto principal del presente artículo.

1.1. La controversia

En 2003, la sociedad *BG Group* consideró que había sufrido perjuicios 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

(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° 24184 (<<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”.

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 el que se 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 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 de arbitraje.

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.

(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”.

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 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 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 arbi-

(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) Ídem, 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 ordenamientos jurídicos.

traje internacional al rechazar la tesis esgrimida por la Argentina en el sentido de que los árbitros habrían rebasado 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).

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

(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.

arbitraje transnacional (10) 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 estos (13), 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 de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (14).

(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 faveur 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".

(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>.

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 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.

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.*

(15) *Cit. nota 1.*

- 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 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 acier-

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

tos y desaciertos, especialmente, en vista de la importancia que reviste el arbitraje internacional como método de resolución de controversias en la actualidad.

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 Kennedy (17), 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 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 en-

(17) Véase, “*BG Group plc v. 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”.

contraría 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 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 de 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).

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

2.2 ¿Aplicación de presunciones judiciales de 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 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 para nada censurable la utilización de presunciones 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

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

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 citación 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

(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.

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 entre el Reino Unido y la Argentina, que se extiende por 18 meses, no conduce a un resultado “*manifiestamente*” absurdo e irrazonable, máxime tratándose de la interpretación de normas de emergencia del Estado receptor. En cualquier caso, nos parece acertado reparar en las implicancias que trae aparejadas la omisión del adverbio “manifiestamente” 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).

(22) Véase en este sentido, los siguientes fallos en los que prácticamente todos 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 arbitral.

2.4. La condición relativa al consentimiento: desinterés manifiesto por la aplicación de las normas de 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).

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.

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).

(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>>.

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

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) de sustanciar el 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 revisite 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 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” (Art. 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.

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

(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.

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, estimamos que dicho voto transitó solamente la “mitad de 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 ar-

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

bitral, 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.

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 Partes (29) deberían haber utilizado expresamente dicha palabra: “consentimiento” (30), y ante

(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 v. 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

su ausencia, la Corte decide que se trata de una cuestión puramente procedimental que debe ser dirimida -en un primer momento- por los árbitros.

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 encuadren 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 podrá 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”. Así, cabría preguntarse si ha de observarse alguna forma específica para la celebración de dicho acuerdo. Sin embargo, en la disposición objeto de análisis 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 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 Ar-

establecida en el Art. 8 indican claramente que se trata de una condición procesal previa al inicio de un proceso arbitral.

(31) Véase “BG Group plc v. 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) Ídem; voto en disidencia del Juez Roberts, p. 5.

gentina, 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 de 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 miríada 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, en 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 pro-

(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).

siguió 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 conjunto 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 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 de 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 mayoría (35) tal vez revestirían importancia si la controversia versase sobre el Art. 8) 2) b) en el que sí

(35) Véase “BG Group plc v. 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).

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 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 contrato (en este caso, de arbitraje) que nunca 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 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 simple 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 al

(36) *Ibid.*

resultado esperado, pero de una manera confusa y equivocada, a excepción, en parte, del voto disidente 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.

DICTAMEN: CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT

No. 12-138.

Tribunal: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

Fecha: Argued December 2, 2013—Decided March 5, 2014

Asunto: "BG GROUP PLC v. REPUBLIC OF ARGENTINA"

An investment treaty (Treaty) between the United Kingdom and Argentina authorizes a party to submit a dispute "to the decision of the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made," *i.e.*, a local court, Art. 8(1); and permits arbitration, as relevant here, "where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to[that] tribunal..., the said tribunal has not given its final decision," Art. 8(2)(a)(i). Petitioner BG Group plc, a British firm, belonged to a consortium with a majority interest in MetroGAS, an Argentine entity awarded an exclusive license to distribute natural gas in Buenos Aires. At the time of BG Group's investment, Argentine law provided that gas "tariffs" would be calculated in U. S. dollars and would be set at levels sufficient to assure gas distribution firms a reasonable return. But Argentina later amended the law, changing (among other things) the calculation basis to pesos. MetroGAS' profits soon became losses. Invoking Article 8, BG Group sought arbitration, which the parties sited in Washington, D. C. BG Group claimed that Argentina's new laws and practices violated the Treaty, which forbids the "expropriation" of investments and requires each nation to give "fair and equitable treatment" to investors from the other. Argentina denied those claims, but also argued that the arbitrators lacked "jurisdiction" to hear the dispute because, as relevant here, BG Group had not complied with Article 8's local litigation requirement. The arbitration panel concluded that it had jurisdiction, finding, among other things, that Argentina's conduct (such as also enacting new laws that hindered recourse to its judiciary by firms in BG Group's situation) had excused BG Group's failure to comply with Article 8's requirement.

On the merits, the panel found that Argentina had not expropriated BG Group's investment but had denied BG Group "fair and equitable treatment." It awarded damages to BG Group. Both sides

sought review in federal district court: BG Group to confirm the award under the New York Convention and the Federal Arbitration Act (FAA), and Argentina to vacate the award, in part on the ground that the arbitrators lacked jurisdiction under the FAA. The District Court confirmed the award, but the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit vacated. It found that the interpretation and application of Article 8's requirement were matters for courts to decide *de novo*, *i.e.*, without deference to the arbitrators' views; that the circumstances did not excuse BG Group's failure to comply with the requirement; and that BG Group had to commence a lawsuit in Argentina's courts and wait 18 months before seeking arbitration. Thus, the court held, the arbitrators lacked authority to decide the dispute.

Held:

1. A court of the United States, in reviewing an arbitration award made under the Treaty, should interpret and apply "threshold" provisions concerning arbitration using the framework developed for interpreting similar provisions in ordinary contracts. Under that framework, the local litigation requirement is a matter for arbitrators primarily to interpret and apply. Courts should review their interpretation with deference. Pp. 6-17.

- (a) Were the Treaty an ordinary contract, it would call for arbitrators primarily to interpret and to apply the local litigation provision. In an ordinary contract, the parties determine whether a particular matter is primarily for arbitrators or for courts to decide. See, *e.g.*, *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U. S. 574, 582. If the contract is silent on the matter of who is to decide a "threshold" question about arbitration, courts determine the parties' intent using presumptions. That is, courts presume that the parties intended courts to decide disputes about "arbitrability," *e.g.*, *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U. S. 79, 84, and arbitrators to decide disputes about the meaning and application of procedural preconditions for the use of arbitration, see *id.*, at 86, including, *e.g.*, claims of "waiver, delay, or a like defense to arbitrability," *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U. S. 1, 25, and the satisfaction of, *e.g.*, "time limits, notice, laches, [or] estoppel," *Howsam*, 537 U. S., at 85. The provision at issue is of the procedural variety. As its text and structure make clear, it determines *when* the contractual duty to arbitrate arises, not *whether* there is a contractual duty to arbitrate at all. Neither its language nor other language in Article 8 gives substantive weight to the local court's determinations on the matters at issue between the parties. The litigation provision is thus a claims-processing rule. It is analogous to other procedural provisions found to be for arbitrators primarily to interpret and apply, see, *e.g.*, *ibid.*, and there is nothing in Article 8 or the Treaty to overcome the ordinary assumption. Pp. 7-9.
- (b) The fact that the document at issue is a treaty does not make a critical difference to this analysis. A treaty is a contract between nations, and its interpretation normally is a matter of determining the parties' intent. *Air France v. Saks*, 470 U. S. 392, 399. Where, as here, a federal court is asked to interpret that intent pursuant to a motion to vacate or confirm an award made under the Federal Arbitration Act, it should normally apply the presumptions supplied by American law. The presence of a condition of "consent" to arbitration in a treaty likely does not warrant abandoning, or increasing the complexity of, the ordinary intent-determining framework. See, *e.g.*, *Howsam*, *supra*, at 83-85. But because this Treaty does *not* state that the local litigation requirement is a condition of consent, the Court need not resolve what the effect of any such language would be. The Court need not go beyond holding that in the absence of language in a treaty demonstrating that the parties intended a different delegation of authority, the ordinary interpretive framework applies. Pp. 10-13.
- (c) The Treaty contains no evidence showing that the parties had an intent contrary to the ordinary presumptions about who should decide threshold arbitration issues. The text and structure of Article 8's litigation requirement make clear that it is a procedural condition precedent to arbitration. Because the ordinary presumption applies and is not overcome,

the interpretation and application of the provision are primarily for the arbitrators, and courts must review their decision with considerable deference. Pp. 13-17.

2. While Argentina is entitled to court review (under a properly deferential standard) of the arbitrators' decision to excuse BG Group's noncompliance with the litigation requirement, that review shows that the arbitrators' determinations were lawful. Their conclusion that the litigation provision cannot be construed as an absolute impediment to arbitration, in all cases, lies well within their interpretative authority. Their factual findings that Argentina passed laws hindering recourse to the local judiciary by firms similar to BG Group are undisputed by Argentina and are accepted as valid. And their conclusion that Argentina's actions made it "absurd and unreasonable" to read Article 8 to require an investor in BG Group's position to bring its grievance in a domestic court, before arbitrating, is not barred by the Treaty. Pp. 17-19.

BREYER, J., delivered the opinion of the Court, in which SCALIA, THOMAS, GINSBURG, ALITO, and KAGAN, J. J., joined, and in which SO-TOMAYOR, J., joined except for Part IV-A-1. SOTOMAYOR, J., filed an opinion concurring in part. ROBERTS, C. J., filed a dissenting opinion, in which KENNEDY, J., joined.

Opinion of the Court

BG GROUP PLC, PETITIONER V. REPUBLIC OF ARGENTINA
ON WRIT OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR
THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT

March 5, 2014

JUSTICE BREYER delivered the opinion of the Court.

Article 8 of an investment treaty between the United Kingdom and Argentina contains a dispute-resolution provision, applicable to disputes between one of those nations and an investor from the other. See Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Art. 8(2), Dec. 11, 1990, 1765 U. N. T. S. 38 (hereinafter Treaty). The provision authorizes either party to submit a dispute "to the decision of the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made," *i.e.*, a local court. Art. 8(1). And it provides for arbitration "(i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal ..., the said tribunal has not given its final decision; [or] "(ii) where the final decision of the afore mentioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute." Art. 8(2)(a).

The Treaty also entitles the parties to agree to proceed directly to arbitration. Art. 8(2)(b). This case concerns the Treaty's arbitration clause, and 2 BG GROUP PLC *v.* REPUBLIC OF ARGENTINA Opinion of the Court specifically the local court litigation requirement set forth in Article 8(2)(a). The question before us is whether a court of the United States, in reviewing an arbitration award made under the Treaty, should interpret and apply the local litigation requirement *de novo*, or with the deference that courts ordinarily owe arbitration decisions. That is to say, who—court or arbitrator—bears primary responsibility for interpreting and applying the local litigation requirement to an underlying controversy? In our view, the matter is for the arbitrators, and courts must review their determinations with deference.

I

A. In the early 1990's, the petitioner, BG Group plc, a British firm, belonged to a consortium that bought a majority interest in an Argentine entity called MetroGAS. MetroGAS was a gas distribution company created by Argentine law in 1992, as a result of the government's privatization of its state-owned gas utility. Argentina distributed the utility's assets to new, private companies, one of which was MetroGAS. It awarded MetroGAS a 35-year exclusive license to distribute natural gas in Buenos Aires, and it submitted a controlling interest in the company to international public tender. BG Group's consortium was the successful bidder.

At about the same time, Argentina enacted statutes providing that its regulators would calculate gas “tariffs” in U. S. dollars, and that those tariffs would be set at levels sufficient to assure gas distribution firms, such as MetroGAS, a reasonable return.

In 2001 and 2002, Argentina, faced with an economic crisis, enacted new laws. Those laws changed the basis for calculating gas tariffs from dollars to pesos, at a rate of one peso per dollar. The exchange rate at the time was roughly three pesos to the dollar. The result was that MetroGAS’ profits were quickly transformed into losses. BG Group believed that these changes (and several others) violated the Treaty; Argentina believed the contrary.

B. In 2003, BG Group, invoking Article 8 of the Treaty, sought arbitration. The parties appointed arbitrators; they agreed to site the arbitration in Washington, D. C.; and between 2004 and 2006, the arbitrators decided motions, received evidence, and conducted hearings. BG Group essentially claimed that Argentina’s new laws and regulatory practices violated provisions in the Treaty forbidding the “expropriation” of investments and requiring that each nation give “fair and equitable treatment” to investors from the other. Argentina denied these claims, while also arguing that the arbitration tribunal lacked “jurisdiction” to hear the dispute. App. to Pet. for Cert. 143a-144a, 214a-218a, 224a-232a. According to Argentina, the arbitrators lacked jurisdiction because: (1) BG Group was not a Treaty-protected “investor”; (2) BG Group’s interest in MetroGAS was not a Treaty-protected “investment”; and (3) BG Group initiated arbitration without first litigating its claims in Argentina’s courts, despite Article 8’s requirement. *Id.*, at 143a-171a. In Argentina’s view, “failure by BG to bring its grievance to Argentine courts for 18 months renders its claims in this arbitration inadmissible.” *Id.*, at 162a. In late December 2007, the arbitration panel reached a final decision. It began by determining that it had “jurisdiction” to consider the merits of the dispute. In support of that determination, the tribunal concluded that BG Group was an “investor,” that its interest in MetroGAS amounted to a Treaty-protected “investment,” and that Argentina’s own conduct had waived, or excused, BG Group’s failure to comply with Article 8’s local litigation requirement. *Id.*, at 99a, 145a, 161a, 171a. The panel 4 BG GROUP PLC *v.* REPUBLIC OF ARGENTINA pointed out that in 2002, the President of Argentina had issued a decree staying for 180 days the execution of its courts’ final judgments (and injunctions) in suits claiming harm as a result of the new economic measures. *Id.*, at 166a-167a. In addition, Argentina had established a “renegotiation process” for public service contracts, such as its contract with MetroGAS, to alleviate the negative impact of the new economic measures. *Id.*, at 129a, 131a. But Argentina had simultaneously barred from participation in that “process” firms that were litigating against Argentina in court or in arbitration. *Id.*, at 168a-171a. These measures, while not making litigation in Argentina’s courts literally impossible, nonetheless “hindered” recourse “to the domestic judiciary” to the point where the Treaty implicitly excused compliance with the local litigation requirement. *Id.*, at 165. Requiring a private party in such circumstances to seek relief in Argentina’s courts for 18 months, the panel concluded, would lead to “absurd and unreasonable result[s].” *Id.*, at 166a.

On the merits, the arbitration panel agreed with Argentina that it had not “expropriate[d]” BG Group’s investment, but also found that Argentina had denied BG Group “fair and equitable treatment.” *Id.*, at 222a-223a, 240a- 242a. It awarded BG Group \$185 million in damages. *Id.*, at 297a.

C. In March 2008, both sides filed petitions for review in the District Court for the District of Columbia. BG Group sought to confirm the award under the New York Convention and the Federal Arbitration Act. See Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Art. IV, June 10, 1958, 21 U. S. T. 2519, T. I. A. S. No. 6997 (New York Convention) (providing that a party may apply “for recognition and enforcement” of an arbitral award subject to the Convention); 9 U. S. C. §§204, 207 (providing that a party may move “for an order confirming [an arbitral] award” in a federal court of the “place designated in the agreement as the place of arbitration if such place is within the United States”). Argentina sought to vacate the award in part on the ground that the arbitrators lacked jurisdiction. See §10(a)(4) (a federal court may vacate an arbitral award “where the arbitrators exceeded their powers”).

The District Court denied Argentina’s claims and confirmed the award. 764 F. Supp. 2d 21 (DC 2011); 715 F. Supp. 2d 108 (DC 2010). But the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit

reversed. 665 F.3d 1363 (2012). In the appeals court's view, the interpretation and application of Article 8's local litigation requirement was a matter for courts to decide *de novo*, *i.e.*, without deference to the views of the arbitrators. The Court of Appeals then went on to hold that the circumstances did not excuse BG Group's failure to comply with the requirement. Rather, BG Group must "commence a lawsuit in Argentina's courts and wait eighteen months before filing for arbitration." *Id.*, at 1373. Because BG Group had not done so, the arbitrators lacked authority to decide the dispute. And the appeals court ordered the award vacated. *Ibid.*

BG Group filed a petition for certiorari. Given the importance of the matter for international commercial arbitration, we granted the petition. See, *e.g.*, K. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy & Interpretation* 430-432 (2010) (explaining that dispute resolution mechanisms allowing for arbitration are a "critical element" of modern day bilateral investment treaties); C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins, & B. Sabahi, *Investor-State Arbitration* 51-52, 117-120 (2008) (referring to the large number of investment treaties that provide for arbitration, and explaining that some also impose pre arbitration requirements such as waiting periods, amicable negotiations, or exhaustion of local remedies).

II

As we have said, the question before us is who —court or arbitrator— bears primary responsibility for interpreting and applying Article 8's local court litigation provision. Put in terms of standards of judicial review, should a United States court review the arbitrators' interpretation and application of the provision *de novo*, or with the deference that courts ordinarily show to arbitral decisions on matters the parties have committed to arbitration? Compare, *e.g.*, *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U. S. 938, 942 (1995) (example where a "court makes up its mind about [an issue] independently" because the parties did not agree it should be arbitrated), with *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 569 U. S. ___, ___ (2013) (slip op., at 4) (example where a court defers to arbitrators because the parties "bargained for" arbitral resolution of the question (quoting *Eastern Associated Coal Corp. v. Mine Workers*, 531 U. S. 57, 62 (2000))). See also *Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc.*, 552 U. S. 576, 588 (2008) (on matters committed to arbitration, the Federal Arbitration Act provides for "just the limited review needed to maintain arbitration's essential virtue of resolving disputes straightaway" and to prevent it from becoming "merely a prelude to a more cumbersome and time-consuming judicial review process" (internal quotation marks omitted)); *Eastern Associated Coal Corp.*, *supra*, at 62 (where parties send a matter to arbitration, a court will set aside the "arbitrator's interpretation of what their agreement means only in rare instances").

°In answering the question, we shall initially treat the document before us as if it were an ordinary contract between private parties. Were that so, we conclude, the matter would be for the arbitrators. We then ask whether the fact that the document in question is a treaty makes a critical difference. We conclude that it does not.

III

Where ordinary contracts are at issue, it is up to the parties to determine whether a particular matter is primarily for arbitrators or for courts to decide. See, *e.g.*, *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U. S. 574, 582 (1960) ("[A]rbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit"). If the contract is silent on the matter of who primarily is to decide "threshold" questions about arbitration, courts determine the parties' intent with the help of presumptions. On the one hand, courts presume that the parties intend courts, not arbitrators, to decide what we have called disputes about "arbitrability." These include questions such as "whether the parties are bound by a given arbitration clause," or "whether an arbitration clause in a concededly binding contract applies to a particular type of controversy." *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U. S. 79, 84 (2002); accord, *Granite Rock Co. v. Teamsters*, 561 U. S. 287, 299-300 (2010) (disputes over "formation of the parties' arbitration agreement" and "its enforceability or applicability to the dispute" at issue are "matters ... the court must resolve" (internal quotation marks omitted)). See *First Options*, *supra*, at 941, 943-947 (court should decide whether an arbitration clause applied to a party who "had not personally signed" the

document containing it); *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U. S. 643, 651 (1986) (court should decide whether a particular labor-management layoff dispute fell within the arbitration clause of a collective-bargaining contract); *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U. S. 543, 546-548 (1964) (court should decide whether an arbitration provision survived a corporate merger). See generally *AT&T Technologies, supra*, at 649 (“Unless the parties clearly and unmistakably provide otherwise, question of whether the parties agreed to arbitrate is to be decided by the court, not the arbitrator”).

On the other hand, courts presume that the parties intend arbitrators, not courts, to decide disputes about the meaning and application of particular procedural preconditions for the use of arbitration. See *Howsam, supra*, at 86 (courts assume parties “normally expect a forum-based decision maker to decide forum-specific *procedural* gateway matters” (emphasis added)). These procedural matters include claims of “waiver, delay, or a like defense to arbitrability.” *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U. S. 1, 25 (1983). And they include the satisfaction of “pre-requisites such as time limits, notice, laches, estoppel, and other conditions precedent to an obligation to arbitrate.” *Howsam, supra*, at 85 (quoting the Revised Uniform Arbitration Act of 2000 §6, Comment 2, 7 U. L. A. 13 (Supp. 2002); emphasis deleted). See also §6(c) (“An arbitrator shall decide whether a condition precedent to arbitrability has been fulfilled”); §6, Comment 2 (explaining that this rule reflects “the holdings of the vast majority of state courts” and collecting cases).

The provision before us is of the latter, procedural, variety. The text and structure of the provision make clear that it operates as a procedural condition precedent to arbitration. It says that a dispute “shall be submitted to international arbitration” if “one of the Parties so requests,” as long as “a period of eighteen months has elapsed” since the dispute was “submitted” to a local tribunal and the tribunal “has not given its final decision.” Art. 8(2). It determines *when* the contractual duty to arbitrate arises, not *whether* there is a contractual duty to arbitrate at all. Cf. 13 R. Lord, Williston on Contracts §38:7, pp. 435, 437; §38:4, p. 422 (4th ed. 2013) (a “condition precedent” determines what must happen before “a contractual duty arises” but does not “make the *validity* of the contract depend on its happening” (emphasis added)). Neither does this language or other language in Article 8 give substantive weight to the local court’s determinations on the matters at issue between the parties. To the contrary, Article 8 provides that *only* the “arbitration decision shall be final and binding on both Parties.” Art. 8(4). The litigation provision is consequently a purely procedural requirement—a claims—processing rule that governs when the arbitration may begin, but not whether it may occur or what its substantive outcome will be on the issues in dispute.

Moreover, the local litigation requirement is highly analogous to procedural provisions that both this Court and others have found are for arbitrators, not courts, primarily to interpret and to apply. See *Howsam, supra*, at 85 (whether a party filed a notice of arbitration within the time limit provided by the rules of the chosen arbitral forum “is a matter presumptively for the arbitrator, not for the judge”); *John Wiley, supra*, at 555-557 (same, in respect to a mandatory pre arbitration grievance procedure that involved holding two conferences). See also *Dialysis Access Center, LLC v. RMS Lifeline, Inc.*, 638 F. 3d 367, 383 (CA1 2011) (same, in respect to a pre arbitration “good faith negotiations” requirement); *Lumbermens Mut. Cas. Co. v. Broadspire Management Servs., Inc.*, 623 F. 3d 476, 481 (CA7 2010) (same, in respect to a prearbitration filing of a “Disagreement Notice”).

Finally, as we later discuss in more detail, see *infra*, at 13-14, we can find nothing in Article 8 or elsewhere in the Treaty that might overcome the ordinary assumption. It nowhere demonstrates a contrary intent as to the delegation of decisional authority between judges and arbitrators. Thus, were the document an ordinary contract, it would call for arbitrators primarily to interpret and to apply the local litigation provision.

IV

A. We now relax our ordinary contract assumption and ask whether the fact that the document before us is a treaty makes a critical difference to our analysis. The Solicitor General argues that it should. He says that the local litigation provision may be “a condition on the State’s consent to enter into an arbitration agreement.” Brief for United States as *Amicus Curiae* 25. He adds that courts should “review *de novo* the arbitral tribunal’s resolution of objections based on an investor’s non-

compliance” with such a condition. *Ibid.* And he recommends that we remand this case to the Court of Appeals to determine whether the court-exhaustion provision is such a condition. *Id.*, at 31-33.

1. We do not accept the Solicitor General’s view as applied to the treaty before us. As a general matter, a treaty is a contract, though between nations. Its interpretation normally is, like a contract’s interpretation, a matter of determining the parties’ intent. *Air France v. Saks*, 470 U. S. 392, 399 (1985) (courts must give “the specific words of the treaty a meaning consistent with the shared expectations of the contracting parties”); *Sullivan v. Kidd*, 254 U. S. 433, 439 (1921) (“[T]reaties are to be interpreted upon the principles which govern the interpretation of contracts in writing between individuals, and are to be executed in the utmost good faith, with a view to making effective the purposes of the high contracting parties”); *Wright v. Henkel*, 190 U. S. 40, 57 (1903) (“Treaties must receive a fair interpretation, according to the intention of the contracting parties”). And where, as here, a federal court is asked to interpret that intent pursuant to a motion to vacate or confirm an award made in the United States under the Federal Arbitration Act, it should normally apply the presumptions supplied by American law. See New York Convention, Art. V(1)(e) (award may be “set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made”); Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, at 446 (arbitral awards pursuant to treaties are “subject to review under the arbitration law of the state where the arbitration takes place”); Dugan, *Investor-State Arbitration*, at 636 (“[T]he national courts and the law of the legal situs of arbitration control a losing party’s attempt to set aside [an] award”).

The Solicitor General does not deny that the presumption discussed in Part III, *supra* (namely, the presumption that parties intend procedural preconditions to arbitration to be resolved primarily by arbitrators), applies both to ordinary contracts and to similar provisions in treaties when those provisions are not also “conditions of consent.” Brief for United States as *Amicus Curiae* 25-27. And, while we respect the Government’s views about the proper interpretation of treaties, *e.g.*, *Abbott v. Abbott*, 560 U. S. 1, 15 (2010), we have been unable to find any other authority or precedent suggesting that the use of the “consent” label in a treaty should make a critical difference in discerning the parties’ intent about whether courts or arbitrators should interpret and apply the relevant provision. We are willing to assume with the Solicitor General that the appearance of this label in a treaty can show that the parties, or one of them, thought the designated matter quite important. But that is unlikely to be conclusive. For parties often submit important matters to arbitration. And the word “consent” could be attached to a highly procedural precondition to arbitration, such as a waiting period of several months, which the parties are unlikely to have intended that courts apply without saying so. See, *e.g.*, Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Art. 9, Netherlands-Slovenia, Sept. 24, 1996, Netherlands T. S. No. 296 (“Each Contracting Party hereby consents to submit any dispute . . . which they cannot [*sic*] solve amicably within three months . . . to the International Center for Settlement of Disputes for settlement by conciliation or arbitration”), online at www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/besluiten/2006/10/17/slovenia.html (all Internet materials as visited on Feb. 28, 2014, and available in Clerk of Court’s case file); Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Art. 8(1), United Kingdom-Egypt, June 11, 1975, 14 I. L. M. 1472 (“Each Contracting Party here by consents to submit” a dispute to arbitration if “agreement cannot be reached within three months between the parties”). While we leave the matter open for future argument, we do not now see why the presence of the term “consent” in a treaty warrants abandoning, or increasing the complexity of, our ordinary intent-determining framework. See *Howsam*, 537 U. S., at 83-85; *First Options*, 514 U. S., at 942-945; *John Wiley*, 376 U. S., at 546-549, 555-559.

2. In any event, the treaty before us does *not* state that the local litigation requirement is a “condition of consent” to arbitration. Thus, we need not, and do not, go beyond holding that, in the absence of explicit language in a treaty demonstrating that the parties intended a different delegation of authority, our ordinary interpretive framework applies. We leave for another day the question of interpreting treaties that refer to “conditions of consent” explicitly. See, *e.g.*, United States-Korea Free Trade Agreement, Art. 11.18, Feb. 10, 2011 (provision entitled “Conditions and Limitations on Consent of Each Party” and providing that “[n]o claim may be submitted to arbitration under this

Section” unless the claimant waives in writing “any right” to press his claim before an “administrative tribunal or court”), online at www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text; North American Free Trade Agreement, Arts. 1121-1122, Dec. 17, 1992, 32 I. L. M. 643-644 (pro- viding that each party’s “[c]onsent to [a]rbitration” is conditioned on fulfillment of certain “procedures,” one of which is a waiver by an investor of his right to litigate the claim being arbitrated). See also 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty, Art. 26 (entitled “Conditions and limitations on Consent of Each Party”), online at www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf. And we apply our ordinary presumption that the interpretation and application of procedural provisions such as the provision before us are primarily for the arbitrators.

B. A treaty may contain evidence that shows the parties had an intent contrary to our ordinary presumptions about who should decide threshold issues related to arbitration. But the treaty before us does not show any such contrary intention. We concede that the local litigation requirement appears in ¶(1) of Article 8, while the Article does not mention arbitration until the subsequent paragraph, ¶(2). Moreover, a requirement that a party exhaust its remedies in a country’s domestic courts before seeking to arbitrate may seem particularly important to a country offering protections to foreign investors. And the placing of an important matter prior to any mention of arbitration at least arguably suggests an intent by Argentina, the United Kingdom, or both, to have courts rather than arbitrators apply the litigation requirement. These considerations, however, are outweighed by others. As discussed *supra*, at 8-9, the text and structure of the litigation requirement set forth in Article 8 make clear that it is a procedural condition precedent to arbitration a sequential step that a party must follow before giving notice of arbitration. The Treaty nowhere says that the provision is to operate as a substantive condition on the formation of the arbitration contract, or that it is a matter of such elevated importance that it is to be decided by courts. International arbitrators are likely more familiar than are judges with the expectations of foreign investors and recipient nations regarding the operation of the provision. See *Howsam, supra*, at 85 (comparative institutional expertise a factor in determining parties’ likely intent). And the Treaty itself authorizes the use of international arbitration associations, the rules of which provide that arbitrators shall have the authority to interpret provisions of this kind. Art. 8(3) (providing that the parties may refer a dispute to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) or to arbitrators appointed pursuant to the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)); accord, UNCITRAL Arbitration Rules, Art.23(1) (rev. 2010 ed.) (“[A]rbitral tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction”); ICSID Convention, Regulations and Rules, Art. 41(1) (2006 ed.) (“Tribunal shall be the judge of its own competence”). Cf. *Howsam, supra*, at 85 (giving weight to the parties’ incorporation of the National Association of Securities Dealers’ Code of Arbitration into their contract, which provided for similar arbitral authority, as evidence that they intended arbitrators to “interpret and apply the NASD time limit rule”).

The upshot is that our ordinary presumption applies and it is not overcome. The interpretation and application of the local litigation provision is primarily for the arbitrators. Reviewing courts cannot review their decision *de novo*. Rather, they must do so with considerable deference.

C. The dissent interprets Article 8’s local litigation provision differently. In its view, the provision sets forth not a condition precedent to arbitration in an already-binding arbitration contract (normally a matter for arbitrators to interpret), but a substantive condition on Argentina’s consent to arbitration and thus on the contract’s formation in the first place (normally something for courts to interpret). It reads the whole of Article 8 as a “unilateral standing offer” to arbitrate that Argentina and the United Kingdom each extends to investors of the other country. *Post*, at 9 (opinion of ROBERTS, C. J.). And it says that the local litigation requirement is one of the essential “terms in which the offer was made.” *Post*, at 6 (quoting *Eliason v. Henshaw*, 4 Wheat. 225, 228 (1819); emphasis deleted).

While it is possible to read the provision in this way, doing so is not consistent with our case law interpreting similar provisions appearing in ordinary arbitration contracts. See Part III, *supra*. Consequently, interpreting the provision in such a manner would require us to treat treaties as warranting a different kind of analysis. And the dissent does so without supplying any different set of

general principles that might guide that analysis. That is a matter of some concern in a world where foreign investment and related arbitration treaties increasingly matter.

Even were we to ignore our ordinary contract principles, however, we would not take the dissent's view. As we have explained, the local litigation provision on its face concerns arbitration's timing, not the Treaty's effective date; or whom its arbitration clause binds; or whether that arbitration clause covers a certain kind of dispute. Cf. *Granite Rock*, 561 U. S., at 296-303 (ratification date); *First Options*, 514 U. S., at 941, 943-947 (parties); *AT&T Technologies*, 475 U. S., at 651 (kind of dispute). The dissent points out that Article 8(2)(a) "does not simply require the parties to wait for 18 months before proceeding to arbitration," but instructs them to *do* something—to "submit their claims for adjudication." *Post*, at 8. That is correct. But the something they must do has no direct impact on the resolution of their dispute, for as we previously pointed out, Article 8 provides that only the decision of the arbitrators (who need not give weight to the local court's decision) will be "final and binding." Art. 8(4). The provision, at base, is a claims-processing rule. And the dissent's efforts to imbue it with greater significance fall short.

The treatises to which the dissent refers also fail to support its position. *Post*, at 3, 6. Those authorities primarily describe how an offer to arbitrate in an investment treaty can be accepted, such as through an investor's filing of a notice of arbitration. See J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* 381 (2010); Schreuer, *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* 830, 836-837 (P. Muchlinski, F. Ortino, & C. Schreuer eds. 2008); Dugan, *Investor-State Arbitration*, at 221-222. They do not endorse the dissent's reading of the local litigation provision or of provisions like it.

To the contrary, the bulk of international authority supports our view that the provision functions as a purely procedural precondition to arbitrate. See I. G. Born, *International Commercial Arbitration* 842 (2009) ("A substantial body of arbitral authority from investor-state disputes concludes that compliance with procedural mechanisms in an arbitration agreement (or bilateral investment treaty) is not ordinarily a jurisdictional prerequisite"); Brief for Professors and Practitioners of Arbitration Law as *Amici Curiae* 12-16 (to assume the parties intended *de novo* review of the provision by a court "is likely to set United States courts on a collision course with the international regime embodied in thousands of [bilateral investment treaties]"). See also Schreuer, *Consent to Arbitration*, *supra*, at 846-848 ("clauses of this kind ... creat[e] a considerable burden to the party seeking arbitration with little chance of advancing the settlement of the dispute," and "the most likely effect of a clause of this kind is delay and additional cost").

In sum, we agree with the dissent that a sovereign's consent to arbitration is important. We also agree that sovereigns can condition their consent to arbitrate by writing various terms into their bilateral investment treaties. *Post*, at 9-10. But that is not the issue. The question is whether the parties intended to give courts or arbitrators primary authority to interpret and apply a threshold provision in an arbitration contract—when the contract is silent as to the delegation of authority. We have already explained why we believe that where, as here, the provision resembles a claims-processing requirement and is not a requirement that affects the arbitration contract's validity or scope, we presume that the parties (even if they are sovereigns) intended to give that authority to the arbitrators. See Parts III, IV-A and IV-B, *supra*.

V

Argentina correctly argues that it is nonetheless entitled to court review of the arbitrators' decision to excuse BG Group's noncompliance with the litigation requirement, and to take jurisdiction over the dispute. It asks us to provide that review, and it argues that even if the proper standard is "a [h]ighly [d]eferential" one, it should still prevail. Brief for Respondent 50. Having the relevant materials before us, we shall provide that review. But we cannot agree with Argentina that the arbitrators "exceeded their powers" in concluding they had jurisdiction. *Ibid.* (quoting 9 U. S. C. §10(a)(4)). The arbitration panel made three relevant determinations:

- (1) "As a matter of treaty interpretation," the local litigation provision "cannot be construed as an absolute impediment to arbitration," App. to Pet. for Cert. 165a;
- (2) Argentina enacted laws that "hindered" "recourse to the domestic judiciary" by those "whose rights were allegedly affected by the emergency measures," *id.*, at 165a- 166a; that

sought “to prevent any judicial interference with the emergency legislation,” *id.*, at 169a; and that “excluded from the renegotiation process” for public service contracts “any licensee seeking judicial redress,” *ibid.*;

- (3) under these circumstances, it would be “absurd and unreasonable” to read Article 8 as requiring an investor to bring its grievance to a domestic court before arbitrating, *id.*, at 166a.

The first determination lies well within the arbitrators’ interpretive authority. Construing the local litigation provision as an “absolute” requirement would mean Argentina could avoid arbitration by, say, passing a law that closed down its court system indefinitely or that prohibited investors from using its courts. Such an interpretation runs contrary to a basic objective of the investment treaty. Nor does Argentina argue for an absolute interpretation.

As to the second determination, Argentina does not argue that the facts set forth by the arbitrators are incorrect. Thus, we accept them as valid.

The third determination is more controversial. Argentina argues that neither the 180-day suspension of courts’ issuances of final judgments nor its refusal to allow litigants (and those in arbitration) to use its contract renegotiation process, taken separately or together, warrants suspending or waiving the local litigation requirement. We would not necessarily characterize these actions as rendering a domestic court-exhaustion requirement “absurd and unreasonable,” but at the same time we cannot say that the arbitrators’ conclusions are barred by the Treaty. The arbitrators did not “stra[y] from interpretation and application of the agreement” or otherwise “effectively ‘dispens[e]’ their ‘own brand of . . . justice.’” *Stolt-Nielsen S. A. v. Animal Feeds Int’l Corp.*, 559 U. S. 662, 671 (2010) (providing that it is only when an arbitrator engages in such activity that “his decision may be unenforceable” (quoting *Major League Baseball Players Assn. v. Garvey*, 532 U. S. 504, 509 (2001) (*per curiam*))).

Consequently, we conclude that the arbitrators’ jurisdictional determinations are lawful. The judgment of the Court of Appeals to the contrary is reversed.

It is so ordered.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 12-138

BG GROUP PLC, PETITIONER *v.* REPUBLIC OF ARGENTINA

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT

March 5, 2014

JUSTICE SOTOMAYOR, concurring in part.

I agree with the Court that the local litigation requirement at issue in this case is a procedural precondition to arbitration (which the arbitrators are to interpret), not a condition on Argentina’s consent to arbitrate (which a court would review *de novo*). *Ante*, at 8, 14. Importantly, in reaching this conclusion, the Court acknowledges that “the treaty before us does *not* state that the local litigation requirement is a ‘condition of consent’ to arbitration.” *Ante*, at 12. The Court thus wisely “leave[s] for another day the question of interpreting treaties that refer to ‘conditions of consent’ explicitly.” *Ibid.* I join the Court’s opinion on the understanding that it does not, in fact, decide this issue.

I write separately because, in the absence of this express reservation, the opinion might be construed otherwise. The Court appears to suggest in dictum that a decision by treaty parties to describe a condition as one on their consent to arbitrate “is unlikely to be conclusive” in deciding whether the parties intended for the condition to be resolved by a court. *Ante*, at 11. Because this suggestion is unnecessary to decide the case and is in tension with the Court’s explicit reservation of the issue, I join the opinion of the Court with the exception of Part IV-A-1.

The Court's dictum on this point is not only unnecessary; it may also be incorrect. It is far from clear that a treaty's express use of the term "consent" to describe a precondition to arbitration should not be conclusive in the analysis. We have held, for instance, that "a gateway dispute about whether the parties are bound by a given arbitration clause raises a 'question of arbitrability' for a court to decide." *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U. S. 79, 84 (2002). And a party plainly cannot be bound by an arbitration clause to which it does not consent. See *Granite Rock Co. v. Teamsters*, 561 U. S. 287, 299 (2010) ("Arbitration is strictly 'a matter of consent'" (quoting *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U. S. 468, 479 (1989))).

Consent is especially salient in the context of a bilateral investment treaty, where the treaty is not an already agreed-upon arbitration provision between known parties, but rather a nation state's standing offer to arbitrate with an amorphous class of private investors. In this setting, a nation-state might reasonably wish to condition its consent to arbitrate with a previously unspecified investor counterparty on the investor's compliance with a requirement that might be deemed "purely procedural" in the ordinary commercial context, *ante*, at 9. Moreover, as THE CHIEF JUSTICE notes, "[i]t is no trifling matter" for a sovereign nation to "subject itself to international arbitration" proceedings, so we should "not presume that any country ... takes that step lightly." *Post*, at 9 (dissenting opinion).

Consider, for example, the United States-Korea Free Trade Agreement, which as the Court recognizes, *ante*, at 12-13, includes a provision explicitly entitled "Conditions and Limitations on Consent of Each Party." Art. 11.18, Feb. 10, 2011. That provision declares that "[n]o claim may be submitted to arbitration" unless a claimant first waives its "right to initiate or continue before any administrative tribunal or court . . . any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach" under another provision of the treaty. *Ibid*. If this waiver condition were to appear without the "consent" label in a binding arbitration agreement between two commercial parties, one might characterize it as the kind of procedural "condition precedent to arbitrability" that we presume parties intend for arbitrators to decide. *Howsam*, 537 U. S., at 85. But where the waiver requirement is expressly denominated a "condition on consent" in an international investment treaty, the label could well be critical in determining whether the states party to the treaty intended the condition to be reviewed by a court. After all, a dispute as to consent is "the starkest form of the question whether the parties have agreed to arbitrate." *Post*, at 13. And we ordinarily presume that parties intend for courts to decide such questions because otherwise arbitrators might "force unwilling parties to arbitrate a matter they reasonably would have thought a judge . . . would decide." *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U. S. 938, 945 (1995).

Accordingly, if the local litigation requirement at issue here were labeled a condition on the treaty parties' "consent" to arbitrate, that would in my view change the analysis as to whether the parties intended the requirement to be interpreted by a court or an arbitrator. As it is, however, all parties agree that the local litigation requirement is not so denominated. See Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Art. 8(2), Dec. 11, 1990, 1765 U. N. T. S. 38. Nor is there compelling reason to suppose the parties silently intended to make it a condition on their consent to arbitrate, given that a local court's decision is of no legal significance under the treaty, *ante*, at 8-9, and given that the entire purpose of bilateral investment agreements is to "reliev[e] investors of any concern that the courts of host countries will be unable or unwilling to provide justice in a dispute between a foreigner and their own government," Brief for Professors and Practitioners of Arbitration Law as *Amici Curiae* 6. Moreover, Argentina's conduct confirms that the local litigation requirement is not a condition on consent, for rather than objecting to arbitration on the ground that there was no binding arbitration agreement to begin with, Argentina actively participated in the constitution of the arbitral panel and in the proceedings that followed. See *Eastern Airlines, Inc. v. Floyd*, 499 U. S. 530, 546 (1991) (treaty interpretation can be informed by parties' post enactment conduct). (37)

(37) The dissent discounts the significance of Argentina's conduct on the ground that Argentina "object[ed] to the [arbitral] tribunal's jurisdiction to hear the dispute." *Post*, at 16, n. 2. But there is a difference between arguing that a party has failed to comply with a procedural condition in a binding arbitration agreement and arguing that noncompliance with the condition negates the

In light of these many indicators that Argentina and the United Kingdom did not intend the local litigation requirement to be a condition on their consent to arbitrate, and on the understanding that the Court does not pass on the weight courts should attach to a treaty's use of the term "consent," I concur in the Court's opinion.

ROBERTS, C. J., dissenting.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES

No. 12-138

BG GROUP PLC, PETITIONER *v.* REPUBLIC OF ARGENTINA

ON WRIT OF CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA CIRCUIT

March 5, 2014

CHIEF JUSTICE ROBERTS, with whom JUSTICE KENNEDY joins, dissenting.

The Court begins by deciding a different case, "initially treat[ing] the document before us as if it were an ordinary contract between private parties." *Ante*, at 6. The "document before us," of course, is nothing of the sort. It is instead a treaty between two sovereign nations: the United Kingdom and Argentina. No investor is a party to the agreement. Having elided this rather important fact for much of its analysis, the majority finally "relax[es] [its] ordinary contract assumption and ask[s] whether the fact that the document before us is a treaty makes a critical difference to [its] analysis." *Ante*, at 10. It should come as no surprise that, after starting down the wrong road, the majority ends up at the wrong place.

I would start with the document that *is* before us and take it on its own terms. That document is a bilateral investment treaty between the United Kingdom and Argentina, in which Argentina agreed to take steps to encourage U. K. investors to invest within its borders (and the United Kingdom agreed to do the same with respect to Argentine investors). Agreement for the Promotion and Protection of Investments, Dec. 11, 1990, 1765 U. N. T. S. 33 (Treaty). The Treaty does indeed contain a completed agreement for arbitration—between the signatory countries. Art. 9. The Treaty also includes, in Article 8, certain provisions for resolving any disputes that might arise between a signatory country and an investor, who is not a party to the agreement.

One such provision—completely ignored by the Court in its analysis—specifies that disputes may be resolved by arbitration when the host country and an investor "have so agreed." Art. 8(2)(b), 1765 U. N. T. S. 38. No one doubts that, as is the normal rule, whether there was such an agreement is for a court, not an arbitrator, to decide. See *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U. S. 938, 943-945 (1995).

existence of consent to arbitrate in the first place. Argentina points to no evidence that its objection was of the consent variety. This omission is notable because Argentina knew how to phrase its arguments before the arbitrators in terms of consent; it argued separately that it had not consented to arbitration with BG Group on the ground that BG was not a party to the license underlying the dispute. See App. to Pet. for Cert. 182a-186a. *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U. S. 938 (1995), is not to the contrary, as that case held that "arguing the arbitrability issue to an arbitrator" did not constitute "clea[r] and unmistakabl[e]" evidence sufficient to override an indisputably applicable presumption that a court was to decide whether the parties had agreed to arbitration. *Id.*, at 944, 946. The question here, by contrast, is whether that presumption attaches to begin with—that is, whether the local litigation requirement was a condition on Argentina's consent to arbitrate (which would trigger the presumption) or a procedural condition in an already binding arbitration agreement (which would not). That Argentina apparently took the latter position in arbitration is surely relevant evidence that the condition was, in fact, not one on its consent.

When there is no express agreement between the host country and an investor, they must form an agreement in another way, before an obligation to arbitrate arises. The Treaty by itself cannot constitute an agreement to arbitrate with an investor. How could it? No investor is a party to that Treaty. Something else must happen to *create* an agreement where there was none before. Article 8(2)(a) makes clear what that something is: An investor must submit his dispute to the courts of the host country. After 18 months, or an unsatisfactory decision, the investor may then request arbitration.

Submitting the dispute to the courts is thus a condition to the formation of an agreement, not simply a matter of performing an existing agreement. Article 8(2)(a) constitutes in effect a unilateral *offer* to arbitrate, which an investor may accept by complying with its terms. To be sure, the local litigation requirement might not be absolute. In particular, an investor might argue that it was an implicit aspect of the unilateral offer that he be afforded a reasonable opportunity to submit his dispute to the local courts. Even then, however, the question would remain whether the investor has managed to form an arbitration agreement with the host country pursuant to Article 8(2)(a). That question under Article 8(2)(a) is —like same question under Article 8(2)(b)— for a court, not an arbitrator, to decide. I respectfully dissent from the Court’s contrary conclusion.

I

The majority acknowledges —but fails to heed— “the first principle that underscores all of our arbitration decisions: Arbitration is strictly ‘a matter of consent.’” *Granite Rock Co. v. Teamsters*, 561 U. S. 287, 299 (2010) (quoting *Volt Information Sciences, Inc. v. Board of Trustees of Leland Stanford Junior Univ.*, 489 U. S. 468, 479 (1989)); see *ante*, at 7. We have accordingly held that arbitration “is a way to resolve those disputes —but only those disputes— that the parties have agreed to submit to arbitration.” *First Options of Chicago, Inc., supra*, at 943. The same “first principle” underlies arbitration pursuant to bilateral investment treaties. See C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins, & B. Sabahi, *Investor-State Arbitration* 219 (2008)(Dugan); J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* 385 (2010); K. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* 433 (2010). So only if Argentina agreed with BG Group to have an arbitrator resolve their dispute did the arbitrator in this case have any authority over the parties. The majority opinion nowhere explains when and how Argentina agreed *with BG Group* to submit to arbitration. Instead, the majority seems to assume that, in agreeing with the United Kingdom to adopt Article 8 along with therest of the Treaty, Argentina thereby formed an agreement with all potential U. K. investors (including BGGGroup) to submit all investment-related disputes to arbitration. That misunderstands Article 8 and trivializes the significance to a sovereign nation of subjecting itself to arbitration anywhere in the world, solely at the option of private parties.

A. The majority focuses throughout its opinion on what it calls the Treaty’s “arbitration clause,” *ante*, at 1, but that provision does not stand alone. Rather, it is only part —and a subordinate part at that— of a broader dispute resolution provision. Article 8 is thus entitled “Settlement of Disputes Between an Investor and the Host State,” and it opens without so much as mentioning arbitration. 1765 U. N. T. S. 37. Instead it initially directs any disputing investor and signatory country (what the Treaty calls a “Contracting Party”) to court. When “an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party” have an investment-related dispute that has “not been amicably settled,” the Treaty commands that the dispute “*shall be submitted*, at the request of one of the Parties to the dispute, to the decision of the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made.” Art. 8(1), *id.*, at 37-38. (emphasis added). This provision could not be clearer: Before taking any other steps, an aggrieved investor must submit its dispute with a Contracting Party to that Contracting Party’s own courts.

There are two routes to arbitration in Article 8(2)(a), and each passes through a Contracting Party’s domestic courts. That is, the Treaty’s arbitration provisions in Article 8(2)(a) presuppose that the parties have complied with the local litigation provision in Article 8(1). Specifically, a party may request arbitration only (1) “after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made” and “the said tribunal has not given its final decision,” Art. 8(2)(a)(i), *id.*, at

38, or (2) “where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute,” Art. 8(2)(a)(ii), *ibid.* Either way, the obligation to arbitrate does not arise until the Contracting Party’s courts have had a first crack at the dispute.

Article 8 provides a third route to arbitration in paragraph 8(2)(b)—namely, “where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed.” *Ibid.* In contrast to the two routes in Article 8(2)(a), this one does not refer to the local litigation provision. That omission is significant. It makes clear that an investor can bypass local litigation only by obtaining the Contracting Party’s explicit agreement to proceed directly to arbitration. Short of that, an investor has no choice but to litigate in the Contracting Party’s courts for at least some period.

The structure of Article 8 confirms that the routes to arbitration in paragraph (2)(a) are just as much about eliciting a Contracting Party’s consent to arbitrate as the route in paragraph 8(2)(b). Under Article 8(2)(b), the requisite consent is demonstrated by a specific agreement. Under Article 8(2)(a), the requisite consent is demonstrated by compliance with the requirement to resort to a country’s local courts.

Whereas Article 8(2)(a) is part of a completed *agreement* between Argentina and the United Kingdom, it constitutes only a unilateral standing *offer* by Argentina with respect to U. K. investors—an offer to submit to arbitration where certain conditions are met. That is how scholars understand arbitration provisions in bilateral investment treaties in general. See Dugan 221; Salacuse 381; Brief for Practitioners and Professors of International Arbitration Law as *Amici Curiae* 4. And it is how BG Group itself describes this investment treaty in particular. See Brief for Petitioner 43 (the Treaty is a “standing offer” by Argentina “to arbitrate”); Reply Brief 9 (same).

An offer must be accepted for a legally binding contract to be formed. And it is an “undeniable principle of the law of contracts, that an offer . . . by one person to another.

Imposes no obligation upon the former, until it is accepted by the latter, *according to the terms in which the offer was made.* Any qualification of, or departure from, those terms, invalidates the offer.” *Eliason v. Henshaw*, 4 Wheat. 225, 228 (1819) (emphasis added). This principle applies to international arbitration agreements just as it does to domestic commercial contracts. See Dugan 221-222; Salacuse 381; Schreuer, Consent to Arbitration, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* 830, 836-837 (P. Muchlinski, F. Ortino, & C. Schreuer eds. 2008).

By incorporating the local litigation provision in Article 8(1), paragraph 8(2)(a) establishes that provision as a term of Argentina’s unilateral offer to arbitrate. To accept Argentina’s offer, an investor must therefore first litigate its dispute in Argentina’s courts—either to a “final decision” or for 18 months, whichever comes first. Unless the investor does so (or, perhaps, establishes a valid excuse for failing to do so, as discussed below, see *infra*, at 17), it has not accepted the terms of Argentina’s offer to arbitrate, and thus has not formed an arbitration agreement with Argentina. (38)

Although the majority suggests that the local litigation requirement would not be a “condition of consent” even if the Treaty explicitly called it one, the Court’s holding is limited to treaties that contain no such clear statement. See *ante*, at 11-13. But there is no reason to think that such a clear statement should be required, for we generally do not require “talismanic words” in treaties. *Meddellín v. Texas*, 552 U. S. 491, 521 (2008). Indeed, another arbitral tribunal concluded that the local litigation requirement was a condition on Argentina’s consent to arbitrate despite the absence of the sort of clear statement apparently contemplated by the majority. See *ICS Inspection & Control Servs. Ltd. v. Argentine Republic*, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction, ¶262 (Feb. 10, 2012). Still other tribunals have reached the same conclusion with regard to similar litigation requirements in other Argentine bilateral investment treaties. See *Daimler Financial Servs. AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, ¶¶193, 194 (Aug. 22, 2012); *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, ¶116 (Dec. 8, 2008).

In the face of this authority, the majority quotes a treatise for the proposition that “[a] substantial body of arbitral authority from investor-state disputes concludes that compliance with proce-

(38) To be clear, the only question is whether BG Group formed an *arbitration* agreement with Argentina. To say that BG Group never formed such an agreement is not to call into question the validity of its various commercial agreements with Argentina.

dural mechanisms in an arbitration agreement (or bilateral investment treaty) is not ordinarily a jurisdictional prerequisite.” *Ante*, at 16 (quoting 1 G. Born, *International Commercial Arbitration* 842 (2009)). But that simply restates the question. The whole issue is whether the local litigation requirement is a mere “procedural mechanism” or instead a condition on Argentina’s consent to arbitrate.

BG Group concedes that other terms of Article 8(1) constitute conditions on Argentina’s consent to arbitrate, even though they are not expressly labeled as such. See Tr. of Oral Arg. 57 (“You have to be a U. K. investor, you have to have a treaty claim, you have to be suing another party to the treaty. And if those aren’t true, *then there is no arbitration agreement*” (emphasis added)). The Court does not explain why the *only other term*—the litigation requirement—should be viewed differently.

Nor does the majority’s reading accord with ordinary contract law, which treats language such as the word “after” in Article 8(2)(a)(i) as creating conditions, even though such language may not constitute a “clear statement.” See 13 R. Lord, *Williston on Contracts* §38:16 (4th ed. 2013). The majority seems to regard the local litigation requirement as a condition precedent to *performance* of the contract, rather than a condition precedent to *formation* of the contract. *Ante*, at 8-9; see 13 Lord §§38:4, 38:7. But that cannot be. Prior to the fulfillment of the local litigation requirement, there was no contract between Argentina and BG Group to be performed. The Treaty is not such an agreement, since BG Group is of course not a party to the Treaty. Neither the majority nor BG Group contends that the agreement is under Article 8(2)(b), the provision that applies “where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed.” An arbitration agreement must be *formed*, and Article 8(2)(a) spells out how an investor may do that: by submitting the dispute to local courts for 18 months or until a decision is rendered.

Moreover, the Treaty’s local litigation requirement certainly does not resemble “time limits, notice, laches, estoppel,” or the other kinds of provisions that are typically treated as conditions on the performance of an arbitration agreement, rather than prerequisites to formation. Revised Uniform Arbitration Act of 2000 §6(c), Comment 2, 7 U. L. A. 26 (2009). Unlike a time limit for submitting a claim to arbitration, see *Housam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 537 U. S. 79, 85 (2002), the litigation requirement does not simply regulate the timing of arbitration. As the majority recognizes, *ante*, at 15-16, the provision does not simply require the parties to wait for 18 months before proceeding to arbitration, but instead requires them to submit their claims for adjudication during that period. And unlike a mandatory pre-arbitration grievance procedure, see *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U. S. 543, 556-559 (1964), the litigation requirement sends the parties to court—and not just any court—but a court of the host country.

The law of international arbitration and domestic contract law lead to the same conclusion: Because paragraph (2)(a) of Article 8 constitutes only a unilateral standing offer by the Contracting Parties to each other’s investors to submit to arbitration under certain conditions, an investor cannot form an arbitration agreement with a Contracting Party under the Treaty until the investor accepts the actual terms of the Contracting Party’s offer. Absent a valid excuse, that means litigating its dispute in the Contracting Party’s courts to a “final decision” or, barring that, for at least 18 months.

B. The nature of the obligations a sovereign incurs in agreeing to arbitrate with a private party confirms that the local litigation requirement is a condition on a signatory country’s consent to arbitrate, and not merely a condition on performance of a pre-existing arbitration agreement. There are good reasons for any sovereign to condition its consent to arbitrate disputes on investors’ first litigating their claims in the country’s own courts for a specified period. It is no trifling matter for a sovereign nation to subject itself to suit by private parties; we do not presume that any country—including our own—takes that step lightly. Cf. *United States v. Bormes*, 568 U. S. ___, ___ (2012) (slip op., at 4) (Congress must “unequivocally express []” its intent to waive the sovereign immunity of the United States (quoting *United States v. Nordic Village, Inc.*, 503 U. S. 30, 33 (1992); internal quotation marks omitted)). But even where a sovereign nation has subjected itself to suit in its own courts, it is quite another thing for it to subject itself to international arbitration. Indeed, “[g]ranting a private party the right to bring an action against a sovereign state in an international tribunal regarding an investment dispute is a revolutionary innovation” whose “uniqueness and power should not be overlooked.” Salacuse 137. That is so because of both the procedure and substance of investor-state arbitration.

Procedurally, paragraph (3) of Article 8 designates the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) as the default rules governing the arbitration. Those rules authorize the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration at The Hague to designate an “appointing authority” who —absent agreement by the parties— can select the sole arbitrator (or, in the case of a three-member tribunal, the presiding arbitrator, where the arbitrators nominated by each of the parties cannot agree on a presiding arbitrator). UNCITRAL Arbitration Rules, Arts. 6, 8-9 (rev. 2010 ed.). The arbitrators, in turn, select the site of the arbitration (again, absent an agreement by the parties) and enjoy broad discretion in conducting the proceedings. Arts. 18, 17(1).

Substantively, by acquiescing to arbitration, a state permits private adjudicators to review its public policies and effectively annul the authoritative acts of its legislature, executive, and judiciary. See Salacuse 355; G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* 65-67 (2007). Consider the dispute that gave rise to this case: Before the arbitral tribunal, BG Group challenged multiple sovereign acts of the Argentine Government taken after the Argentine economy collapsed in 2001—in particular, Emergency Law 25,561, which converted dollar denominated tariffs into peso-denominated tariffs at a rate of one Argentine peso to one U. S. dollar; Resolution 308/02 and Decree 1090/02, which established a renegotiation process for public service contracts; and Decree 214/02, which stayed for 180 days injunctions and the execution of final judgments in lawsuits challenging the effects of the Emergency Law. Indeed, in awarding damages to BG Group, the tribunal held that the first three of these enactments violated Article 2 of the Treaty. See Article 8, a Contracting Party grants to private adjudicators not necessarily of its own choosing, who can meet literally anywhere in the world, a power it typically reserves to its own courts, if it grants it at all: the power to sit in judgment on its sovereign acts. Given these stakes, one would expect the United Kingdom and Argentina to have taken particular care in specifying the limited circumstances in which foreign investors can trigger the Treaty’s arbitration process. And that is precisely what they did in Article 8(2) (a), requiring investors to afford a country’s own courts an initial opportunity to review the country’s enactments and assess the country’s compliance with its international obligations. Contrast this with Article 9, which provides for arbitration between the signatory countries of disputes under the Treaty without any preconditions. Argentina and the United Kingdom considered arbitration with particular foreign investors to be different in kind and to require special limitations on its use.

The majority regards the local litigation requirement as toothless simply because the Treaty does not require an arbitrator to “give substantive weight to the local court’s determinations on the matters at issue between the parties,” *ante*, at 9; see also *ante*, at 15-16, but instead provides that “[t]he arbitration decision shall be final and binding on both Parties,” Art. 8(4), 1765 U. N. T. S. 38. While it is true that an arbitrator need not defer to an Argentine court’s judgment in an investor dispute, that does not deprive the litigation requirement of practical import. Most significant, the Treaty provides that an “arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with ... the laws of the Contracting Party involved in the dispute.” Art. 8(4), *ibid*. I doubt that a tribunal would give no weight to an Argentine court’s authoritative construction of Argentine law, rendered in the same dispute, just because it might not be formally bound to adopt that interpretation.

The local litigation requirement can also help to narrow the range of issues that remain in controversy by the time a dispute reaches arbitration. It might even induce the parties to settle along the way. And of course the investor might prevail, which could likewise obviate the need for arbitration. Cf. *McKart v. United States*, 395 U. S. 185, 195 (1969).

None of this should be interpreted as defending Argentina’s history when it comes to international investment. That history may prompt doubt that requiring an investor to resort to that country’s courts in the first instance will be of any use. But that is not the question. Argentina and the United Kingdom reached agreement on the term at issue. The question can therefore be rephrased as whether it makes sense for either Contracting Party to insist on resort to its courts before being compelled to arbitrate anywhere in the world before arbitrators not of its choosing. The foregoing reasons may seem more compelling when viewed apart from the particular episode before us.

II

Given that the Treaty’s local litigation requirement is a condition on consent to arbitrate, it follows that whether an investor has complied with that requirement is a question a court must decide

de novo, rather than an issue for the arbitrator to decide subject only to the most deferential judicial review. See, e.g., *Adams v. Suozzi*, 433 F.3d 220, 226-228 (CA2 2005) (holding that compliance with a condition on formation of an arbitration agreement is for a court, rather than an arbitrator, to determine). The logic is simple: Because an arbitrator's authority depends on the consent of the parties, the arbitrator should not as a rule be able to decide for himself whether the parties have in fact consented. Where the consent of the parties is in question, "reference of the gateway dispute to the court avoids the risk of forcing parties to arbitrate a matter that they may well not have agreed to arbitrate." *Howsam*, 537 U.S., at 83-84.

This principle is at the core of our arbitration precedents. See *Granite Rock Co.*, 561 U.S., at 299 (questions concerning "the formation of the parties' arbitration agreement" are for a court to decide *de novo*). The same principle is also embedded in the law of international commercial arbitration. 2 Born 2792 ("[W]here one party denies ever having made an arbitration agreement or challenges the validity of any such agreement, ... the possibility of *de novo* judicial review of any jurisdictional award in an annulment action is logically necessary"). See also Restatement (Third) of U.S. Law of International Commercial Arbitration §4-12(d)(1) (Tent. Draft No. 2, Apr. 16, 2012) ("a court determines *de novo* . . . the existence of the arbitration agreement").

Indeed, the question in this case—whether BG Group accepted the terms of Argentina's offer to arbitrate—presents an issue of contract formation, which is the starkest form of the question whether the parties have agreed to arbitrate. In *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, we gave two examples of questions going to consent, which are for courts to decide: "whether the parties are bound by a given arbitration clause" and "whether an arbitration clause in a concededly binding contract applies to a particular type of controversy." 537 U.S., at 84. In both examples, there is at least a putative arbitration agreement between *the parties to the dispute*. The only question is whether the agreement is truly binding or whether it covers the specific dispute. Here, by contrast, the question is whether the arbitration clause in the Treaty between the United Kingdom and Argentina gives rise to an arbitration agreement between Argentina and BG Group at all. Cf. *ante*, at 2 (SOTOMAYOR, J., concurring in part) ("Consent is especially salient in the context of a bilateral investment treaty, where the treaty is not an already agreed-upon arbitration provision between known parties").

The majority never even starts down this path. Instead, it preempts the whole inquiry by concluding that the local litigation requirement is the kind of "procedural precondition" that parties typically expect an arbitrator to enforce. *Ante*, at 8-9. But as explained, the local litigation requirement does not resemble the requirements we have previously deemed presumptively procedural. See *supra*, at 8. It does not merely regulate the timing of arbitration. Nor does it send the parties to non-judicial forms of dispute resolution.

More importantly, all of the cases cited by the majority as examples of procedural provisions involve commercial contracts between two private parties. See *ante*, at 9. None of them—not a single one— involves an agreement between sovereigns or an agreement to which the person seeking to compel arbitration is not even a party. The Treaty, of course, is both of those things.

The majority suggests that I am applying "a different kind of analysis" from that governing private commercial contracts, just because what is at issue is a treaty. *Ante*, at 15. That is not so: The key point, which the majority never addresses, is that there is no completed agreement whatsoever between Argentina and BG Group. An agreement must be formed, and whether that has happened is—as it is in the private commercial contract context—an issue for a court to decide. See *supra*, at 12-13.

The distinction between questions concerning consent to arbitrate and mere procedural requirements under an existing arbitration agreement can at times seem elusive. Even the most mundane procedural requirement can be recast as a condition on consent as a matter of technical logic. But it should be clear by now that the Treaty's local litigation requirement is not a mere formality, not in Buenos Aires, not in London. And while it is true that "parties often submit important matters to arbitration," *ante*, at 11, our precedents presume that parties do not submit to arbitration the most important matter of all: whether they are subject to an agreement to arbitrate in the first place.

Nor has the majority pointed to evidence that would rebut this presumption by showing that Argentina "clearly and unmistakably" intended to have an arbitrator enforce the litigation requirement. *Howsam*, *supra*, at 83 (quoting *AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U.S. 643, 649 (1986)). As the majority notes, *ante*, at 14, the Treaty incorporates certain arbitration rules

that, in turn, authorize arbitrators to determine their own jurisdiction over a dispute. See Art. 8(3). But those rules do not operate until a dispute is properly before an arbitral tribunal, and of course the whole question in this case is whether the dispute between BG Group and Argentina was before the arbitrators, given BG Group's failure to comply with the 18-month local litigation requirement. As a leading treatise has explained, "[i]f the parties have not validly agreed to any arbitration agreement at all, then they also have necessarily not these circumstances, provisions in institutional rules cannot confer any [such] authority upon an arbitral tribunal." *Ibid.*

I also see no reason to think that arbitrators enjoy comparative expertise in construing the local litigation requirement. *Ante*, at 14. It would be one thing if that provision involved the application of the arbitrators' own rules, cf. *Howsam, supra*, at 85, or if it were "intertwined" with the merits of the underlying dispute, *John Wiley & Sons*, 376 U. S., at 557. Neither is true of the litigation requirement at least as well as an arbitrator can. Given the structure of Article 8 and the important interests that the litigation requirement protects, it seems clear that the United Kingdom and Argentina thought the same (39).

III

Although the Court of Appeals got there by a slightly different route, it correctly concluded that a court must decide questions concerning the interpretation and application of the local litigation requirement *de novo*. 665 F. 3d 1363, 1371-1373 (CA DC 2012). At the same time, however, the court seems to have simply taken it for granted that, because BG Group did not submit its dispute to the local courts, the arbitral award in BG Group's favor was invalid. Indeed, the court addressed the issue in a perfunctory paragraph at the end of its opinion and saw "only one possible outcome": "that BG Group was required to commence a lawsuit in Argentina's courts and at 1373 (quoting *Stolt-Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 559 U. S. 662, 677 (2010)).

That conclusion is not obvious. A leading treatise has indicated that "[i]t is a necessary implication from [a unilateral] offer that the offer or, in addition, makes a subsidiary offer by which he or she promises to accept a tender of performance." 1 Lord §5:14, at 1005. On this understanding, an offeree's failure to comply with an essential condition of the unilateral offer "will not bar an action, if failure to comply with the condition is due to the offeror's own fault." *Id.*, at 1005-1006.

It would be open to BG Group to argue before the Court of Appeals that this principle was incorporated into Article 8(2)(a) as an implicit aspect of Argentina's unilateral offer to arbitrate. Such an argument would find some support in the background principle of customary international law that a foreign individual injured by a host country must ordinarily exhaust local remedies, unless doing so would be "futile." See *Dugan* 347-357. In any event, the issue would be analyzed as one of contract formation, and therefore would be for the court to decide. I would accordingly vacate the decision of the Court of Appeals and remand the case for such an inquiry.

I respectfully dissent.

(39) JUSTICE SOTOMAYOR contends that "Argentina's conduct confirms that the local litigation requirement is not a condition on consent, for rather than objecting to arbitration on the ground that there was no binding arbitration agreement to begin with, Argentina actively participated in the constitution of the arbitral panel and in the proceedings that followed." *Ante*, at 4 (opinion concurring in part). But as the arbitral tribunal itself recognized, Argentina *did* object to the tribunal's jurisdiction to hear the dispute. App. to Pet. for Cert. 99a, 134a, 143a, 161a-163a. And we have held that "merely arguing the arbitrability issue to an arbitrator" —say, by "filing with the arbitrators a written memorandum objecting to the arbitrators' jurisdiction" — "does not indicate a clear willingness to arbitrate that issue, *i.e.*, a willingness to be effectively bound by the arbitrator's decision on that point." *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U. S. 938, 946 (1995). The concurrence contends that Argentina "apparently" argued its jurisdictional objection in terms of procedure rather than consent, *ante*, at 4, n., but the one piece of evidence cited —a negative inference from the *arbitrator's* characterization of Argentina's argument on a subsidiary issue— hardly suffices to distinguish *First Options*.