



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesinas de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera de Abogacía**

**Protección del inversor extranjero y arbitraje  
internacional en los Tratados Bilaterales de  
Inversión**

**Nº 185**

**Leonardo Granato**

**Tutora: María Odile Pedrido**

Departamento de Investigación  
Mayo 2005



# Sumario

Introducción .....	7
<u>Capítulo I: La protección del inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión</u>	
I. El régimen de la inversión extranjera en el Derecho Internacional Público y Privado .....	8
II. El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión .....	9
III. Consideraciones históricas acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión .....	11
IV. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus efectos jurídicos .....	12
V. Concertación de Tratados Bilaterales de Inversión .....	14
VI. El contenido de los derechos derivados de los Tratados Bilaterales de Inversión desde la óptica de la protección del inversor extranjero .....	15
a) Ámbito de aplicación de los convenios .....	16
i) La definición de «inversión extranjera» .....	16
ii) La definición de «inversor» .....	17
iii) El ámbito de aplicación territorial y temporal .....	18
b) Las obligaciones del Estado que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversión respecto de la protección del inversor extranjero .....	18
i) Las normas de tratamiento .....	19
1. Tratamiento justo y equitativo .....	19
2. El trato no discriminatorio .....	19
3. Protección y seguridad plenas .....	20
4. La cláusula de la Nación más favorecida .....	20
5. El trato nacional .....	21
6. La denominada «Umbrella clause» .....	21
ii) Las normas de protección y las garantías contra riesgos «no comerciales» .....	22
1. La llamada «Stabilization clause» .....	23
2. Reglas en materia de transferencia de divisas .....	24
c) Duración .....	24
d) Eliminación de «Doble imposición» .....	25
VII. Reclamos derivados del tratado y reclamos derivados del contrato .....	25
VIII. La «cláusula arbitral» como recurso del inversor extranjero .....	26
<u>Capítulo II: El arbitraje como recurso de protección al inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión</u>	
I. Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional .....	27
II. Métodos modernos de solución de disputas: el arbitraje .....	29
III. La cláusula de arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión .....	31
a) Consulta y negociación .....	31
b) El período de espera .....	31
c) La elección de jurisdicción .....	31
d) La elección de institución o de reglas de arbitraje .....	33
IV. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) .....	34
a) Procedimiento .....	34
b) Jurisdicción del Centro .....	35
c) Derecho aplicable .....	36
d) Obligatoriedad de los laudos .....	36
<u>Capítulo III: La protección del inversor extranjero en Argentina</u>	
I. La internacionalización del orden jurídico argentino .....	37
II. Marco normativo nacional de los Tratados Bilaterales de Inversión .....	37
III. Jerarquía constitucional de los Tratados Bilaterales de Inversión .....	38
V. Argentina y el arbitraje internacional .....	40
a) Argentina y el CIADI .....	41
b) El caso «Maffezini» .....	43
i) A manera de introducción .....	43
ii) El caso en cuestión .....	43

iii) Acerca de la decisión adoptada .....	44
c) Argentina y el CNUDMI .....	45
d) La UN.A.D.AR. ....	45
Conclusiones .....	46
Bibliografía .....	48

A mis padres, siempre.  
A Nahuel.  
A Odile, María Lidia y Norma.



## Introducción

La evolución y dinámica de la inversión extranjera directa han sido consideradas como dos de los fenómenos más relevantes del proceso de globalización mundial, en particular, por su significativo crecimiento en la década de los noventa y su incidencia en el desarrollo de las economías nacionales y regionales.

Nuestro objetivo hoy ha girado en torno a la pregunta de si, en este contexto anteriormente descrito, el inversor extranjero está garantizado por una efectiva protección jurídica en el proceso que implica llevar a cabo una inversión en un país foráneo.

El tratamiento de las inversiones extranjeras viene experimentando, desde hace cincuenta años profundos cambios que se vinculan con factores económicos, jurídicos, sociales y políticos a nivel mundial y nacional, dentro del régimen propio de cada Estado receptor de capital.

Las tradicionales posiciones de la mayoría de los Estados en vías de desarrollo respecto de qué debía entenderse por garantías al inversor extranjero, fueron cediendo espacio al reconocimiento de las exigencias de los países desarrollados, normalmente exportadores de capital, en cuanto a la necesidad de asegurar al inversor extranjero un trato justo y equitativo, trato nacional, no discriminatorio, garantías en caso de expropiación y la cláusula de la Nación más favorecida.

Este marco legal no podía generarse a través de una normativa interna del Estado receptor sino que se requerían de garantías adicionales. Esas garantías adicionales fueron plasmadas en acuerdos celebrados por los distintos Estados entre sí.

De esta forma, estos Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, fueron consolidando un esquema normativo general, posibilitando una suerte de «institucionalización» de derechos y garantías para el inversor extranjero, cuya contrapartida es la obligación del Estado receptor de proteger al inversor extranjero.

En este orden de ideas, el Derecho deja de ser una concepción jurídica exclusiva de cada Estado y se convierte en un derecho regulador común de actividades, que, tradicionalmente, estaban bajo la potestad soberana del Estado. La globalización económica ha restringido esa potestad al condicionar, a través de regímenes jurídicos internacionales, su función de legislador y regulador.

Entendemos que los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones otorgan una efectiva protección del inversor extranjero, asegurando al mismo una instancia arbitral internacional para el caso de cualquier diferencia suscitada en la materia que afectara dicha protección.

El Derecho ha adquirido un carácter instrumental al convertirse en un medio de solución de controversias entre Estados y nacionales de otros Estados, desplazando así los medios diplomáticos tradicionales de solución de controversias utilizados entre Estados.

Es a esta cuestión que consideramos complemento indispensable para el particular – inversor extranjero en cuanto a la posibilidad cierta que este mecanismo le proporciona para efectivizar cualquier reclamo en sede internacional.

El eje de este trabajo gira en torno de la protección del inversor extranjero y sus implicancias jurídicas. Nos basamos en aquella idea que por el año 1993 propuso Alicia Perugini respecto que en realidad, a pesar del título de estos acuerdos, de su contexto se desprende que los destinatarios finales de la protección no son las inversiones sino los inversores.

La mayor parte de la doctrina habla de «protección de inversiones», nosotros aquí hablaremos de «protección del inversor extranjero».

El término «protección» proviene del latín *protectio*, significando la acción y efecto de proteger. Y «proteger» proviene del latín *protegere* (de *pro*, delante y *tegere*, cubrir) que significa amparar, favorecer, defender, preservar.

En este trabajo hemos reunido y explicado sistemáticamente todos aquellos factores que «amparan, favorecen y defienden» al particular – inversor extranjero dentro del marco de los Tratados Bilaterales de Inversión, analizando los casos particulares de Argentina y el Mercosur.

Ello con un enfoque jurídico – sistémico, adicionando al análisis estrictamente jurídico elementos de Ciencia Política, Relaciones Internacionales, Economía e Historia; en la medida que sirvan para contextualizar y dar una visión más completa y acabada del tema que estamos estudiando.

En la primera parte de este trabajo nos centramos, por un lado, en las dificultades del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado para otorgar una acabada protección al particular inversor en el actual contexto de globalización internacional y, por otro, en el contenido de los convenios bilaterales de inversión: sus normas de tratamiento y de protección. Asimismo, exploramos la naturaleza jurídica de estos tratados mixtos, su surgimiento y antecedentes y alcance.

La segunda parte de este trabajo la dedicamos exclusivamente a la cláusula arbitral contenida en estos tratados que posibilitan que el sujeto particular – inversor extranjero pueda demandar en sede internacional

al Estado receptor de la inversión efectuada por cualquier violación de sus derechos asegurados internacionalmente.

Indagamos acerca del arbitraje como método de resolución de controversias en materia de inversiones y de las Doctrinas Drago y Calvo, que constituyeron el régimen adoptado por los países de América Latina respecto al tema.

Para finalizar esta parte comentamos los dos sistemas de arbitraje que comúnmente se encuentran contenidos en los Tratados Bilaterales de Inversión, intentando brevemente describir aquellas cuestiones que resultan relevantes en la protección del inversor.

En la tercera y última parte, tomamos la evolución de la protección del inversor en el país que más avanzó en materia de inversiones dentro del Mercosur: la República Argentina. En la actualidad, la Argentina está siendo demandada en distintos tribunales internacionales por causas originadas luego de la salida del régimen de convertibilidad. Evaluamos desde una óptica general estos casos, y tomamos en cuenta el caso de un inversor argentino que demandó a España.

Esperamos poder contribuir a una visión distinta del tema, que permita descubrir nuevas lecturas y opciones para un tema tan actual y «tan jurídico». Finalmente, lo dicho en este trabajo es tan solo un primer paso para descubrir muchos otros aspectos relativos al tema. Como se sostiene en un proverbio chino: «hasta el más largo camino, comienza con un primer paso».

## Capítulo I: La protección del inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión

El proceso de globalización y liberalización económica y de apertura comercial generado no hace más de veinte años, dio lugar en el ámbito de las inversiones, a la suscripción generalizada por parte de los Estados de la comunidad internacional, de un tipo de instrumento internacional denominado Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, cuya práctica se dio por primera vez en la década de 1960.

Por un lado, tenemos la necesidad de brindar una efectiva protección al inversor extranjero (cuestión fundamental, entre otras, al momento de optar por llevar a cabo una inversión por todo particular) por parte del Estado receptor y de esta forma «promover» las inversiones dentro un marco legal con sustento, seguro y estable. Por otro lado, tenemos la postura de los países receptores de capital que rechazan todo marco legal que dote de poder a los operadores privados de inversiones.

Se ha sostenido que los países en desarrollo o mercados emergentes proveen de oportunidades de inversión y atractivas rentabilidades que deben sopesarse frente a ciertas desventajas: un sistema legal no demasiado apto por tener una clara preponderancia del poder administrativo sobre el judicial, sistemas deficientes de protección de derechos, instituciones políticas débiles, entre otras; lo que entendemos ha motivado la popularidad de los tratados de protección de los inversores extranjeros, asegurando así el respeto a ciertos derechos que trataremos más adelante, y en caso de violación, su juzgamiento por tribunales arbitrales internacionales.

Dicho esto, partimos de la idea que tales convenios otorgan una efectiva protección del inversor extranjero. Esta primera parte intenta explicar cómo opera tal protección del inversor en el marco de estos tratados bilaterales, analizando el contenido de los mismos.

### I. El régimen de la inversión extranjera en el Derecho Internacional Público y Privado

Las notables diferencias existentes respecto del contenido que debía darse a las normas de protección de los inversores fuera de los límites de los territorios nacionales de los Estados, ha generado tradicionalmente, un significativo nivel de confrontación política entre países exportadores y receptores de capital, toda vez que involucra potestades que devienen de la soberanía del Estado, tales como el control sobre la propiedad, la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales y otras actividades económicas.

Durante los últimos cincuenta años, el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera sufrió cambios fundamentales. Hasta entonces, y en ausencia de un régimen convencional específico, la doctrina clásica sostenía que el Estado receptor de capital debía garantizar al inversor extranjero un tratamiento conforme a un «estándar mínimo internacional».

Si bien el Estado del cual el inversor era nacional no podía basar su reclamo en el hecho de que éste recibiría un mejor trato en su propio país, sí podía hacerlo en caso de que las leyes o el comportamiento del Estado receptor no se ajustaran a la pauta mínima de tratamiento internacional.

Por su parte, una visión alternativa creada por los países latinoamericanos consideraba que el trato al inversor extranjero debía ser idéntico al brindado al propio inversor nacional. Así, el Estado solo estaba obligado a brindar a los inversores extranjeros el mismo tratamiento que a sus inversores nacionales.

En el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX, la política abusiva de los países exportadores de capital en América Latina condujo a continuos desacuerdos acerca del contenido del mencionado «estándar mínimo». Basta recordar el cobro compulsivo de la deuda pública mediante el bloqueo de puertos y otras medidas de fuerza, la ocupación de aduanas como forma de garantía, la presentación de reclamos pecuniarios absolutamente exagerados y la imposición del arbitraje para determinar su monto; para comprender la reacción de los países de América Latina manifestada en las denominadas «Doctrina Drago» y «Doctrina Calvo».

La determinación del contenido de las normas del Derecho Internacional Público, en particular aquellas aplicables a la protección de los inversores extranjeros, tiene una considerable importancia política y económica.

Los criterios aplicables a la protección de los inversores (e inversiones en general) fueron objeto de enconados debates en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas durante las décadas de 1960 y 1970, plasmados en la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973.

Este reconocimiento del principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales y sobre el conjunto de las actividades económicas desarrolladas en su territorio, puso en evidencia una serie de divergencias entre los países exportadores y receptores de capital:

- a) el carácter absoluto o no de la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales. Esto es, si su ejercicio sobre la propiedad extranjera es discrecional o si está sometido a las condiciones impuestas por el Derecho Internacional, tales como la justificación de un acto de expropiación por causa de «utilidad pública», sobre una base de no discriminación;
- b) si el Estado tiene la obligación, según Derecho Internacional, de pagar una compensación por un acto de expropiación o nacionalización de la propiedad extranjera;
- c) cuál es la naturaleza jurídica de los contratos concertados entre los Estados y las empresas extranjeras para la explotación de determinados recursos naturales;
- d) cuál es la ley aplicable y la jurisdicción competente (si las normas y tribunales del Estado o el Derecho Internacional y el arbitraje internacional), en caso del surgimiento de una controversia sobre inversión.

En cierto modo, podemos decir que la posición que fueron adoptando los Estados se corresponde con su ubicación en el flujo de capitales. La condición de exportador o importador de capital incidió sobre la posición que asumieron los Estados sobre el tratamiento y la protección de los inversores extranjeros, y sobre el contenido mismo de las normas de Derecho Internacional general en esta materia.

Estas divergencias impulsaron entonces a los países exportadores de capital, a establecer reglas y principios que integran la protección del inversor extranjero, mediante la celebración de tratados internacionales y de esta forma unificando derecho, cuyo contenido estudiaremos más adelante.

Por su parte, desde una óptica jusprivatista internacional existirían dos opciones para el inversor extranjero: o aplicamos el derecho del lugar de ejecución de la inversión, y en tal caso el particular se vería desprotegido, al encontrarse sujeto a la legislación del país receptor del capital y con todos los problemas que ello conlleva; o bien, como segunda alternativa, aplicamos el derecho del domicilio del inversor extranjero, lo cual sería injusto para los nacionales del país receptor de la inversión, sin perjuicio de su no aplicación por el orden público internacional.

Cuando nuestro Derecho Internacional Privado nos remite a un ordenamiento jurídico extranjero, aplicamos éste en tanto no atente contra nuestro orden público internacional. Cuando dejamos de aplicar la norma extranjera que sería aplicable al fondo del asunto según nuestra propia norma de conflicto, hablamos de orden público internacional.

En materia de Derecho Internacional Privado la regla es la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por nuestro Derecho Internacional Privado; dejarlo de lado es la excepción. La legislación que regula las inversiones extranjeras es normalmente derecho público, por ende de aplicación territorial, dejando de lado derecho extranjero.

## II. El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión

La globalización de la economía mundial<sup>1</sup> se trasunta en la mayor internacionalidad de la producción e intercambio económicos<sup>2</sup> y en el aumento de la circulación de los factores productivos, y se basa en la

1. Sugerimos la siguiente lectura: David Held, et al.; Transformaciones globales –Política, economía y cultura-, traducción de Guadalupe Meza Staines, México, Oxford University Press-México, 2002.

2. Nahuel Oddone y Leonardo Granato; «La globalización como proceso e ideología: las desigualdades se acrecientan» en Debates Latinoamericanos, publicación de la Fundación Universidad de Belgrano, Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria y Centro Latinoamericano de Estudios Avanzados, Año II, N° 3, Buenos Aires, 2004. También accesible desde: <http://www.rlcu.org.ar/revista/>

premisa de que el éxito en los mercados dependerá de la eficiencia y de la aptitud para competir de los operadores económicos (preponderantemente privados).

En palabras de Hopenhayn y Vanoli «*la globalización financiera es, pues, una característica fundamental de la transformación de las relaciones económicas internacionales, de la dinámica de la economía mundial contemporánea, de su conformación actual y de sus perspectivas*»<sup>3</sup>, es, en este sentido, «*el libre movimiento de capitales a través de las fronteras nacionales del mundo*»<sup>4</sup>.

La capacidad productiva, los costos internos y regulatorios, la seguridad jurídica, entre otros factores, asumen una importancia decisiva en la competitividad de los países y su inserción en el mundo económico.

La economía global actual es producto, tanto de los avances tecnológicos cuanto de la liberalización del comercio mundial. Los fundamentos filosóficos de la globalización han sido la libertad de comercio, la libertad de inversión del capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros. Es en este contexto que la capacidad de cada Estado para atraer el capital extranjero resulta decisiva, ya que la esencia misma de la economía global está constituida por la inversión extranjera directa —en inglés, *Foreign Direct Investment*.

Tawil cita lo dicho por Joachim Karl respecto del incremento de la inversión extranjera directa: «*el continuo proceso de innovación tecnológica y el progreso de las telecomunicaciones han reducido la importancia de las distancias físicas. La reducción de los costos de transferencia del capital facilitadas por el fenómeno de la desregulación, la liberalización del comercio y la creciente integración de las economías nacionales sumados a los procesos de concentración económica visibles en numerosas fusiones, adquisiciones, alianzas estratégicas y la creación de mercados regionales han resultado elementos decisivos en el incremento de esa inversión*»<sup>5</sup>.

No cabe duda que en países con dificultades para generar capital propio el desarrollo económico se encuentra íntimamente ligado al proceso de las inversiones extranjeras. Procesos de la importancia de los acaecidos en la Argentina desde finales de la década del 80 no habrían podido realizarse sin el aporte de dicho capital, sin perjuicio de ciertos efectos nocivos no deseados como la ausencia de medidas relevantes para disminuir el déficit público y la afectación que produjeron a nuestro mercado crisis como la mexicana y la brasileña<sup>6</sup>.

La exportación de capital a los países en desarrollo exige normalmente el cumplimiento de ciertos requisitos. A los beneficios esperados (representados por la tasa interna de retorno pretendida) y cierta estabilidad política y económica mínima, se le suma la necesidad de garantizar la estabilidad y seguridad jurídicas, es decir, que las reglas existentes al tiempo de la inversión serán mantenidas y que ellas no serán afectadas por medidas confiscatorias o arbitrarias<sup>7</sup>. En ello radica a nuestro entender la protección del inversor extranjero.

En este orden de ideas, sostiene Vanossi que «*ya Max Weber ponía como meridiano de la época anterior y posterior a la Revolución Industrial el crear seguridad jurídica, especialmente en la previsibilidad. Poder conocer anticipadamente las consecuencias de los actos jurídicos era la 'conditio sine qua non' para que la acción humana se pudiera desplegar libremente*»<sup>8</sup>.

Como consecuencia de ello, el proceso de globalización y la necesidad de atraer capital ha llevado a los países en desarrollo a asumir la necesidad de crear un ambiente económico y jurídico que resulte atractivo para los inversores extranjeros, también denominado por la doctrina «clima de inversión»<sup>9</sup>.

3. Benjamín Hopenhayn y Alejandro Vanoli; *La globalización financiera. Génesis, auge, crisis y reformas*, 1ª edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 16.

4. Benjamín Hopenhayn y Alejandro Vanoli; *La globalización financiera...*, op. cit., p. 16.

5. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D, p. 1106.

6. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1107. Véase también, Nahuel Oddone; «Mercados emergentes en crisis financieras internacionales: el caso argentino a la luz de las experiencias de México y el Sudeste Asiático» en II Congreso de Relaciones Internacionales «Los condenados de la Tierra en la agenda internacional», Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) y Universidad Nacional de La Plata, 11 y 12 de noviembre de 2004.

7. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1107.

8. Jorge R. Vanossi; «Inversiones extranjeras y seguridad jurídica» en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993, p. 21. Sobre la inseguridad jurídica en la República Argentina: Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999, ps. 4/8.

9. Un informe del Banco Mundial define al clima para la inversión como «el conjunto de factores propios de cada lugar, que forjan las oportunidades y los incentivos para que las empresas inviertan en forma productiva, generen empleo y crezcan». Véase, Informe sobre el desarrollo mundial 2005: «Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos», Panorama general, Banco Mundial, Washington D.C., p. 1. Accesible desde: <http://www.worldbank.org>, enero de 2005. Véase también <http://www.econ.worldbank.org/wdr/wdr2005>

Mientras los cambios en la economía son difíciles de obtener y generalmente implican mucho tiempo, es relativamente más fácil establecer nuevas normas en materia de inversiones o liberalizar las existentes. Incluso, el resultado de tales actos legislativos es normalmente mucho más predecible que las reformas macroeconómicas.

De cualquier modo, aún las más liberales normas en materia de inversión se encuentran sujetas a cambios por parte del país receptor. De esta forma el inversor no tiene garantía de que el panorama seguirá como se encuentra en la actualidad.

Aquí es donde los Tratados Bilaterales de Inversión adquieren su verdadera relevancia. Tales acuerdos están destinados a asegurar la estabilidad y predictabilidad de los marcos jurídicos nacionales respecto de la inversión extranjera directa. Sientan condiciones básicas para el tratamiento de las inversiones y sus inversores que los países receptores de capital no pueden ya modificar unilateralmente, sin incurrir por ello en responsabilidad internacional.

En palabras de Gutiérrez Posse, «*las cláusulas de estos tratados marco persiguen un objetivo de estabilidad, intentando garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativos, o de otra índole, del Estado parte. Tratan, así, de preservar lo que los países desarrollados consideran el 'equilibrio de los contratos'. Estas cláusulas de estabilidad no comportan enajenación de la soberanía estadual, por cuanto no generan un compromiso absoluto de no modificación –por ejemplo- de la política económica. Simplemente, si así lo decidiese el Estado, las nuevas disposiciones que adoptase en esa materia no serían oponibles al inversor en el ámbito del contrato y –por ende- del tratado marco*»<sup>10</sup>.

En los 90 gran parte de los países latinoamericanos que requerían de inversión extranjera directa<sup>11</sup> tuvieron como premisa que la celebración de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones llevaría a un «clima de inversión» adecuado para satisfacer la imperiosa necesidad de protección requerida por el inversor extranjero.

### III. Consideraciones históricas acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>12</sup>

En general, existe consenso que el antecedente más cercano de los actuales tratados en materia de inversión extranjera fueron los denominados «Tratados de Amistad, Comercio y Navegación» (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*) suscriptos esencialmente durante la posguerra y hasta finales de la década del 60 por los Estados Unidos de América, Japón –en menor medida- y por algunas naciones de Europa Occidental.

No obstante ello, ya desde finales del siglo XVIII encontramos tratados bilaterales de comercio que si bien no estaban exclusivamente dedicados a regular la inversión extranjera, contenían relevantes disposiciones referidas a la adquisición de propiedad o al ejercicio de determinadas actividades económicas en el territorio de un Estado por nacionales de otro Estado.

Para nuestro país los primeros tratados que se registran sobre la materia devienen del período rosista de la Confederación, en el cual Juan Manuel de Rosas como Gobernador de la Provincia más importante retenía las materias de defensa y política exterior, entrando los temas comercio, inversión y navegación en este último punto. A modo de ejemplo, Argentina suscribió un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Estados Unidos de fecha 27 de julio de 1853 y otro con Alemania el 19 de septiembre de 1857.

La mayor parte de estos tratados abarcaban temas diversos; desde el ingreso y libertad de movimiento, la protección de las personas, el derecho a ser asesorado jurídicamente, el derecho a un juicio rápido, hasta el tratamiento nacional del inversor extranjero, la ejecución de los laudos arbitrales, la protección de la propiedad adquirida, la igualdad en el trato impositivo, la administración y los controles cambiarios, el tránsito de bienes y personas, el derecho a locar y adquirir propiedades, derechos e impuestos a la importación y exportación, entre muchos otros.

Tales tratados otorgaban una protección general a la propiedad y a las personas físicas y jurídicas, tenían carácter recíproco, una extensión temporal significativa y pretendían establecer las reglas básicas para el intercambio económico y la determinación de patrones legales internacionales para los nacionales de las partes contratantes.

Según lo expresa Fernández de Gurmendi, hasta la Primera Guerra Mundial el objeto principal de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; con el correr del tiempo se

10. Hortensia Gutiérrez Posse; «Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias» en Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993, p. 9.

11. Tener en cuenta: R. French-Davis; Macroeconomía, Comercio y Finanzas para Reformar las reformas en América Latina, Santiago, McGraw-Hill, 1999.

procuró asimismo promover las inversiones en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas partes contratantes<sup>13</sup>.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, surge un nuevo género de tratados en materia de inversiones que apuntaba al reconocimiento internacional de la validez de seguros nacionales contra riesgos no comerciales (la expropiación, la nacionalización, los daños debidos a conflictos armados, la imposibilidad de transferencia y la inconvertibilidad de la moneda local) otorgados por los países exportadores de capital a las inversiones realizadas por sus propios inversores en países extranjeros, desarrollando de esta manera interesantes esquemas de garantía de inversión.

Por estos tratados, el Estado receptor de la inversión reconocía la validez de los pagos efectuados por el Estado asegurador al inversor para el caso que su inversión fuese afectada por algún «riesgo político», en el país donde se encontraba radicada. De esta forma, el Estado receptor de la inversión aceptaba asimismo la transferencia al Estado asegurador de todos los derechos y reclamos que hubiera podido ejercer el inversor por los daños sufridos<sup>14</sup>.

Asimismo, surgieron en este contexto conocidos programas de garantía multilateral desarrollados por el Banco Mundial, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el Consejo de Europa, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones (*Multilateral Investment Guarantee Agency* - MIGA).

Posteriormente a esto, en las últimas décadas, es que comienza una nueva práctica en materia de tratados, surgiendo lo que hoy conocemos como Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos comúnmente como TBI ó en sus siglas en idioma inglés BIT' s, *Bilateral Investments Treaties*).

Históricamente, fue la República Federal de Alemania, quien dio el puntapié inicial con esta novedosa práctica en 1959, suscribiendo el primero de estos tratados el 25 de noviembre de ese año con la República Islámica de Pakistán.

De esta forma, Alemania fue gradualmente seguida por otros países europeos hasta que, en la década del 70, la conclusión de estos convenios se convirtió, como según lo dice Fernández de Gurmendi, «en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de África y Asia»<sup>15</sup>.

Estos tratados de inversiones contienen previsiones de distinta índole, como veremos detalladamente más adelante. Tan solo a modo de ejemplo diremos que ellos se refieren, en general, al alcance de la aplicación del acuerdo, patrones o normas de tratamiento, patrones o normas de protección, las reglas en materia de transferencia de moneda, o compensación de daños causados por conflictos armados, revoluciones, emergencias nacionales, así como las condiciones de desposesión y compensación y los mecanismos de resolución de controversias.

El contenido básico de estos convenios es muy similar, toda vez que a partir de 1962 fueron en su gran mayoría influenciados por el proyecto de convenio modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico a sus Estados miembros. En 1982, los Estados Unidos lanzaron su propio modelo que, si bien tiene algunas diferencias significativas, reitera las exigencias mínimas de seguridad para la inversión contempladas en el primero.

Los primeros convenios suscritos por los Estados exportadores de capital fueron con países de Asia y África. A partir de los años 80, con la consagración del liberalismo político y económico, la red de estos instrumentos bilaterales se amplió a los países de Europa del Centro y del Este y los del Sudeste Asiático.

Finalmente en la década del 90 se incorporaron a la larga lista de Estados celebrantes de convenios en materia de inversiones extranjeras países latinoamericanos como Argentina, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Venezuela, y Chile, quienes tradicionalmente se resistieron a firmarlos por su adhesión a la Doctrina Calvo y los reiterados abusos experimentados por parte de los países exportadores de capital.

#### IV. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus efectos jurídicos

La celebración de este tipo de convenios destinados a la protección de los inversores ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos tiempos, llegando a constituirse, según la doctrina, en una suerte de «régimen jurídico internacional de la inversión extranjera».

12. Conscientes que excedería al presente trabajo tratar el tema de los flujos financieros internacionales es que recomendamos la lectura del punto V de la primera parte de: Pierre Renouvin y Jean-Baptiste Duroselle; *Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales*, traducción de Abdiel Macías Arvizu, 4ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

13. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras» en *Relaciones Internacionales*, publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, N° 3, noviembre de 1992, p. 67.

14. Tal es el propósito fundamental del Acuerdo firmado entre nuestro país y los Estados Unidos el 22 de diciembre de 1959 y de su Protocolo Adicional de fecha 5 de junio de 1963, el cual entró el 4 de mayo de 1990.

15. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 68.

Entendemos que la razón de esta tendencia, sin perjuicio de una serie de motivos políticos y económicos<sup>16</sup> que conducen a los Estados a celebrar este tipo de tratados, es por un lado, la incertidumbre que genera en los inversores extranjeros el carácter controvertido de las normas de Derecho Internacional Público en esta materia<sup>17</sup>; y por otro, la situación generada desde el Derecho Internacional Privado respecto de si aplicamos ley del domicilio del inversor o derecho del lugar de ejecución de la inversión y las implicancias de cada alternativa.

Desde esta circunstancia es que debemos analizar la importancia y eficacia de la protección otorgada por los Tratados Bilaterales de Inversión al inversor extranjero.

Estos tratados contienen un conjunto de normas, que detallaremos más adelante, destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios con los inversores de uno u otro Estado parte. «*No puede desconocerse el deseo generalizado de otorgarle al ser humano en el ámbito internacional una serie de garantías para sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales*» sostiene Bruno<sup>18</sup>.

Desde el punto de vista de la aplicabilidad se pueden distinguir dos grandes categorías de tratados: a) tratados dirigidos exclusivamente a los Estados y, b) tratados dirigidos a los Estados y a los particulares. En la primera categoría son los Estados los sujetos que deben cumplir con las normas de dichos tratados, sin que las mismas trasciendan el plano interestatal. En la segunda categoría, los tratados pueden adquirir formas diversas: bien pueden considerar a los particulares como meros beneficiarios de un sistema jurídico dado o bien, yendo más allá, pueden otorgar derechos específicos a los individuos, debiendo los Estados reconocer estos derechos en sus órdenes internos.

Las categorías mencionadas suelen presentarse con ciertos matices en la realidad jurídica. Por ello, para tener una percepción precisa de los efectos de las normas convencionales internacionales sobre los particulares, se deberá determinar si estos aparecen en los textos como meros beneficiarios o, si además, se les reconoce la capacidad necesaria para exigir el respeto y cumplimiento de los derechos conferidos en los tratados.

Los Tratados Bilaterales de Inversión consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos. Sin lugar a dudas, la efectiva protección brindada por estos convenios al inversor extranjero se ve materializada según nuestra opinión, en la consagración de los derechos y la instrumentación necesaria para hacerlos valer en el plano internacional.

En este orden de ideas, entendemos que los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

- a) en primer lugar, *establecen el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar*. Su carácter convencional aleja cualquier duda sobre su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.
- b) en segundo lugar, *otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional*. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese modo las limitaciones que le impone el orden jurídico internacional.  
Por regla general, el particular no se encuentra habilitado para reclamar en la instancia internacional al Estado que haya lesionado algún derecho suyo. Debe recurrir necesariamente ante los órganos competentes de dicho Estado, de conformidad con las reglas establecidas al efecto en su derecho interno.  
Una vez agotados los recursos internos, y no habiendo obtenido una satisfactoria reparación por el presunto perjuicio sufrido, el particular podrá acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste quien reclame internacionalmente, a través del ejercicio de la protección diplomática, aunque pudiendo abstenerse por razones políticas.
- c) por último, *los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor*. Estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a los vaivenes del derecho interno que permite al Estado resolverlos unilateralmente por razones de «interés público», y perjudicar seriamente al inversor extranjero. Así, por ejemplo, el Estado puede modificar de forma unilateral e imprevisible su legislación administrativa sobre concesiones, o las normas de derecho laboral o de la

16 Los flujos de inversión extranjera privada dependen de diferentes fuerzas concurrentes entre las que encontramos: a) los saldos globales de ahorro en un momento determinado; b) las ventajas comparativas de los países en ciertos tipos de industrias, que lo hacen atractivo para los inversores y c) las ventajas competitivas de algunas empresas individuales, que le permiten perseguir estrategias globales (Pritchard).

17. Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones Extranjeras, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2003, p. 30.

18. Véase Norma B. Bruno (en colab.); La Persona Humana en el Derecho de Gentes, fascículo 24, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, p. 1.

seguridad social, nacionalizar ciertas empresas, expropiar sus bienes, alterar el régimen aduanero o establecer control de cambio de divisas.

En este orden de ideas, los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero se hallan amparados por estos tratados internacionales posibilitando su inserción en el orden jurídico internacional, otorgando la alternativa al inversor extranjero de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje.

De este modo, el actuar del Estado parte se sujeta al tratamiento estipulado en el tratado, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, por violación de una obligación internacional contenida en un tratado. En este contexto, un incumplimiento contractual que a su vez implique la violación de un Tratado Bilateral de Inversión constituye un acto ilícito contrario al Derecho Internacional general.

Un punto que consideramos importante aclarar, es que los Tratados Bilaterales de Inversiones no elevan por sí mismos la relación contractual Estado receptor – inversor extranjero al plano internacional, sino que la mantiene en el ámbito del derecho privado, sin perjuicio de que las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado en estos tratados tengan como beneficiario directo al inversor extranjero.

Debemos tener en cuenta además, como lo veremos en el punto que sigue, que un tratado constituye un instrumento jurídico que sólo rige las relaciones entre los Estados. De ese modo, todo Tratado Bilateral sobre Inversiones actúa simultáneamente en dos planos diferentes: en el plano internacional, al regir las relaciones interestatales, y, en el plano interno, al comprometer al Estado receptor del capital a respetar y proteger los derechos del inversor extranjero.

## V. Concertación de Tratados Bilaterales de Inversión

El término «tratado» es utilizado en su significado general, contenido en el párrafo 1, inciso a, del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>19</sup>: «*Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación*».

Según nos informa Puig, «*la fuente por excelencia del reparto autónomo en la comunidad internacional es el tratado, documento escrito que registra el contenido de los acuerdos logrados entre personas del Derecho de la comunidad internacional*»<sup>20</sup>. El mismo autor nos cuenta que las formas son variadas e incluso cambian, según sea las personas que normativamente son «partes» en él.

Excede al presente trabajo dar los lineamientos generales de la formalización de los acuerdos en el Derecho Internacional Público. Por lo demás, ellos han sido codificados y desarrollados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la que haremos, en tanto lo consideremos necesario, expresa referencia a lo largo del desarrollo del presente trabajo<sup>21</sup>.

Recordemos solamente de forma breve que los tratados pueden clasificarse teniendo en cuenta el número de sujetos – parte que intervienen en el mismo, desde el punto de vista de su contenido, en cuanto a las posibilidades de acceder al tratado, o bien desde el punto de vista del procedimiento de creación. Es este último el enfoque que nos interesa, al menos en esta etapa del trabajo, al efecto de establecer la naturaleza jurídica de los tratados de inversión.

De esta forma vemos que desde el punto de vista del procedimiento de creación, los tratados se pueden clasificar en complejos o simplificados.

Bruno nos explica que «*el criterio de la distinción es la necesidad o no, de que exista un acto formal posterior a la adopción y autenticación del texto por los plenipotenciarios, por el cual las partes hacen constar la voluntad de obligarse por el tratado*»<sup>22</sup>. De allí también que ambos tratados se diferencien en cuanto a la forma de entrada en vigencia.

Entonces, definimos a los tratados complejos como aquellos que necesitan ser aprobados por un órgano interno, establecido en la norma fundamental del Estado, con la forma y el contenido que la misma disponga. Los tratados complejos a su vez pueden ser bilaterales o multilaterales según intervengan dos o más sujetos y según concluya con el canje de los respectivos instrumentos de ratificación (los primeros) o bien su vigencia comience a partir del momento en que se reúne el número de instrumentos de ratificación establecidos en el mismo tratado (los segundos).

19. Aprobada por la Argentina por ley 19.865 en 1973 y entrada en vigencia en 1980.

20. Juan Carlos Puig; Derecho de la Comunidad Internacional, Vol. I – Parte General, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, p. 113.

21. Para Teoría general de los Tratados véase: Norma B. Bruno (en colab.); Tratados, 1ª y 2ª Parte, fascículos 7 y 8; Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999. Véase asimismo, Werner Goldschmidt; «Los tratados como fuente del Derecho Internacional Público y del derecho interno argentino» en El Derecho, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 110, p. 955. También, «El régimen de los tratados en el Derecho Argentino» en El Derecho, Jurisprudencia, T. 27, p. 784. Del mismo autor: Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, 9ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.

22. Norma B. Bruno (en colab.); Tratados, 1ª Parte, fascículo 7; Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, p. 2.

En el ordenamiento jurídico argentino, por ejemplo, todo tratado es un acto jurídico complejo federal. Así tenemos que el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (artículo 99, inciso 11, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los aprueba o desecha mediante la sanción de leyes federales (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional), y por último, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de ratificar los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional<sup>23</sup>.

Sin perjuicio de ello, debemos tener en cuenta el interés de las provincias por lograr la captación de inversores extranjeros, cuyos tratados celebrados al efecto pueden ser encuadrados en el artículo 124 de la Constitución Nacional en los cuales el Congreso solo «toma conocimiento» de los mismos, no los aprueba. El artículo 124 establece: «Las provincias podrán [...] celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional».

En este contexto, si se suscitase un conflicto, por ejemplo, entre lo estipulado en una ley nacional y lo establecido en un tratado provincial, deberá intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la Ley 48, ya que nada se estableció al respecto en la reforma constitucional de 1994.

## VI. El contenido de los derechos derivados de los Tratados Bilaterales de Inversión desde la óptica de la protección del inversor extranjero

### a) Ámbito de aplicación de los convenios

Los Convenios de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones amparan en cada uno de los Estados parte las inversiones realizadas en su territorio por inversores del otro Estado parte. En los convenios se define lo que debe entenderse por inversión e inversor, delimitando de esta manera el ámbito de aplicación material y personal de sus disposiciones. Se especifica además el ámbito temporal, esto es a partir de qué momento quedan protegidas las inversiones.

### i) La definición de «inversión extranjera»<sup>24</sup>

Debemos tener en cuenta para comenzar este análisis que las definiciones de «inversión» e «inversor» son de gran importancia en el marco de este tipo de tratados pues delimita el alcance del mismo.

El concepto de «inversión» receptado es amplio<sup>25</sup>, comprendiendo a «toda clase de bienes» o «todo elemento del activo», en especial, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales como cauciones, hipotecas y prenda; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades, aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual así como también las concesiones otorgadas por ley o por contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales<sup>26</sup>.

A pesar de estas amplias definiciones de inversión, ha surgido un cierto consenso en cuanto a las características que tiene una inversión a los efectos de la protección al inversor extranjero:

- a) una inversión tiene cierta duración;
- b) una inversión incluye cierta regularidad de beneficio y rendimiento;
- c) una inversión típica implica un elemento de riesgo para ambas partes;
- d) una inversión normalmente implica un compromiso o aportación sustanciales.

Esta definición amplia de inversión *ut supra* señalada, que incluye todo tipo de derechos –incluso los controvertidos derechos de propiedad industrial- no debe ser interpretada como «abandono de la legislación

23. La forma más frecuente de expresar la voluntad de obligarse por un tratado es la ratificación. En la Argentina se efectúa mediante un acto formal llamado «instrumento de ratificación», en virtud del cual el presidente expresa «ratifico en nombre y representación del gobierno argentino» el tratado de que se trata. El instrumento lleva la firma del presidente y es refrendado por el ministro de relaciones exteriores. Juan Carlos Puig; Derecho de la Comunidad..., op. cit., p. 113.

24. A los efectos de este trabajo la definición de Marzorati sobre inversión puede sernos de utilidad: «La inversión extranjera es el aporte de capital de riesgo efectuado por personas físicas o jurídicas que no tienen constituido su domicilio o el principal asiento de sus negocios, en el país donde invierten con la finalidad de desarrollar una actividad económica». Osvaldo J. Marzorati; Derecho de los negocios internacionales, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 661.

25. En general, los tratados celebrados por nuestro país, con más o menos variantes, contienen en sus artículos primero una definición amplia de inversión. Para Tempone hay que destacar la amplitud de esta definición basada en el concepto de «activos», que va más allá de la restringida y tradicional definición de inversión extranjera fundada en el término «empresa» que excluye, por ejemplo, a la inversión en portafolio o a los bienes intangibles, como la propiedad intelectual. De ese modo los tratados se refieren a «todo tipo de activo» –caso del tratado suscripto con Alemania, ley 24.098/92), a «todo tipo de inversión» –tratado suscripto con Estados Unidos, ley 24.124/92), a «todo tipo de bienes» –tratado suscripto con Chile, ley 24.342/94), a «todo tipo de haberes» –tratado suscripto con España, ley 24.118/92), o «todo aporte o bien» –tratado suscripto con Italia, ley 24.122/92), invertido en cualquier sector de la economía del Estado receptor. Véase: Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 44.

26. Véase, Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 69.

nacional»<sup>27</sup>, a la que siguen sometidas las inversiones extranjeras en todos aquellos aspectos no regulados por estos tratados de inversión.

Es importante aclarar que los convenios celebrados por nuestro país revelan la preocupación por preservar el orden jurídico territorial, insertando en la definición misma una remisión expresa a la legislación del Estado receptor de la inversión.

En este orden de ideas, y para ilustrar lo recién mencionado, podemos ver que en la mayoría de los tratados se incluyen dos reenvíos al derecho interno del Estado receptor, que como explica Tempone, no tienen idéntico sentido<sup>28</sup>.

El modelo de cláusula es el siguiente: «Artículo 1.- A los fines del presente acuerdo: 1. El término inversión designa, de conformidad con la legislación y disposiciones de la Parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte contratante en el territorio de la otra Parte contratante, de acuerdo a la legislación de ésta [...]».

En un caso, se trata de un «reenvío material» que persigue garantizar que el significado, contenido y alcance de cada uno de los elementos del activo que pueden constituir una inversión, se determinen por las leyes y reglamentos del Estado receptor del capital. En particular, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa (propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, acciones, derechos de propiedad industrial e intelectual, etcétera).

En el segundo caso, nos encontramos con un «reenvío formal», a través del cual se pretende asegurar que los activos sean invertidos de conformidad con las leyes del Estado en que se realizó la inversión.

## ii) La definición de «inversor»

Sostiene Perugini que «de la lectura de los preámbulos surge que los Convenios tienen por finalidad alentar las inversiones, y para ello cada Estado asume el compromiso de protegerlas en su territorio. En realidad, a pesar del título que tienen los diferentes acuerdos, de su contexto se desprende que los destinatarios finales de la protección no son las inversiones sino los inversores. Por esta razón los Convenios comienzan por definir lo que se entiende por inversor a los efectos de la protección»<sup>29</sup>.

Ya hemos señalado que los convenios amparan las inversiones efectuadas en un Estado por inversores pertenecientes al otro Estado parte, sean personas físicas o jurídicas. Como dice Fernández de Gurmendi, «el establecimiento de criterios para la determinación de la pertenencia de unas y otras a uno de los dos Estados constituye sin duda uno de los problemas más difíciles de resolver, por enfrentarse conceptos y tradiciones jurídicas muy diferentes»<sup>30</sup>.

Por regla general, sabemos que la pertenencia de personas físicas a un Estado puede determinarse sobre la base de la nacionalidad o del domicilio; en el caso de las personas jurídicas o de existencia ideal puede tenerse en cuenta el lugar de constitución, o de su sede, o de ambas a la vez.

Las dificultades para hallar un criterio común aceptable para ambos Estados partes en el marco de un tratado son claramente manifiestas respecto de las personas físicas. En palabras de Fernández de Gurmendi, «las fórmulas de compromiso contenidas en los convenios suscriptos por nuestro país revelan la tentativa de conciliar el criterio de la nacionalidad, retenido por los países exportadores de capital, con el concepto de domicilio que domina en nuestro ordenamiento jurídico»<sup>31</sup>.

Dice Tempone que «en relación a las personas físicas, todos los tratados consideran como inversor al nacional de un país parte del mismo. La definición de 'nacional' está, por lo general, sujeta a la legislación nacional y hace referencia a la ciudadanía [para nosotros debe utilizarse el término «nacionalidad»]. Ahora bien, es sabido que nuestra Constitución Nacional equipara a todos los habitantes y que, en el ámbito del derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales, el Derecho Internacional Privado argentino privilegia el domicilio. En ese sentido, la Ley de Inversiones Extranjeras define el concepto de inversor extranjero en base al criterio del domicilio»<sup>32</sup>.

27. Véase, Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 69.

28. Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 45.

29. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas y la cláusula de la Nación más favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones» en Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993, p. 36.

30. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 69.

31. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 69. Para Marzorati, y de acuerdo al ordenamiento argentino, cuando hablamos del sujeto titular de la inversión extranjera, hacemos referencia a toda persona capaz, es decir, todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta persona puede ser física o jurídica, siendo el único requisito exigido que su domicilio o asiento principal de los negocios no coincida con el lugar de la inversión. Osvaldo J. Marzorati; Derecho de los negocios..., op. cit., p. 663.

32. Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 46. El artículo 2 de la Ley de Inversiones Extranjeras 21.382 (t.o. por Decreto 1853/93) define como inversor extranjero «a todas las personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio fuera del territorio nacional». Véase también, Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 37.

La voluntad de conciliar este último criterio con el de la nacionalidad retenido por los países exportadores de capital –destinado a proteger a sus nacionales, sin efectuar distinciones por el lugar de residencia- se incluye una disposición a fin de excluir de la protección del tratado a las personas físicas residentes por más de dos años<sup>33</sup> en el Estado receptor de la inversión, a menos que se pueda probar el origen externo de la inversión. De otro modo, se discriminaría al inversor local en base a la condición de extranjero; ya que aún residiendo en el país, se lo habilitaría a invocar el amparo del tratado<sup>34</sup>.

En referencia al tema que estamos tratando, Perugini analiza lo establecido en el Tratado para la Promoción y Protección de Inversiones suscripto por Argentina y Alemania en su artículo 1 (3) respecto de que el concepto de «nacional» designa, con referencia a Alemania, a los alemanes en el sentido de la Ley Fundamental, y a los argentinos, en el sentido de las disposiciones legales vigentes<sup>35</sup>.

La autora nos continúa contando que en el Protocolo de este instrumento se establece que el tratado no se aplicará a las inversiones realizadas en la República Argentina por personas físicas que sean nacionales de otro Estado, si tales personas a la fecha de la inversión original han estado domiciliadas desde hace más de dos años en el territorio, salvo que la inversión venga de afuera<sup>36</sup>.

De esta forma, esta cláusula permitirá que se considere como inversor extranjero a una persona de nacionalidad alemana que se ha domiciliado en la Argentina desde su infancia<sup>37</sup> siempre que acredite que la inversión vino de afuera<sup>38</sup>.

En relación con las personas jurídicas u otras entidades legales, existen los siguientes criterios para la atribución de «nacionalidad»:

- a) el lugar de constitución (toda persona jurídica se considera nacional del Estado donde se incorporó o constituyó, sin perjuicio del lugar donde realiza sus actividades económicas);
- b) el lugar de asiento o sede (toda persona jurídica se considera nacional del Estado donde tenga el asiento de la administración de la empresa);
- c) el concepto de control (la nacionalidad de la persona jurídica se determina en base a la nacionalidad de los accionistas que controlan o poseen la propiedad sustancial de la empresa)<sup>39</sup>.

Conforme a esos criterios, los tratados exigen que una sociedad se haya constituido o tenga su sede en uno de los Estados parte, y en algunos de los instrumentos suscriptos podemos observar que se exige además, que la sociedad desarrolle también «actividades económicas reales» en el Estado receptor<sup>40</sup>.

Esto no excluye la aceptación de la «teoría del control», reconocida por nuestro ordenamiento jurídico. A fin de que queden incluidas en el concepto de inversión, no sólo aquellas sociedades en las que «*el inversor de una Parte contratante invierte en el territorio de la otra Parte*», sino también las que «*indirectamente*» sean propiedad o estén «*controladas*»<sup>41</sup> por nacionales o sociedades de la otra Parte.

33. El período de dos años no es arbitrario explica la doctrina. Proviene de considerar al concepto de domicilio en sentido constitucional. En efecto, es al cabo de esa permanencia en el país que la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros es total, dado que sólo entonces los extranjeros están en condiciones de solicitar la nacionalidad argentina si así lo desearan. Por otra parte, y desde un punto de vista económico, ese plazo cumple con el fin de promover las inversiones y permite que los inversores extranjeros se establezcan temporalmente en el país para evaluar las condiciones económicas o la viabilidad de la inversión proyectada. Véase, Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 47.

34. Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., ps. 46/47.

35. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 43.

36. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 44.

37. Para Perugini uno de los problemas que plantea el Protocolo al Tratado con Alemania es el concepto de domicilio. «Se puede interpretar que –a los efectos de estos acuerdos- el concepto de «habitante» tiene la significación de domicilio. Vale decir que se considerará inversión extranjera a la realizada por domiciliados y no meros residentes en la Argentina. Por domicilio en el Derecho Civil se entiende una residencia estable, permanente, que generalmente está acompañada con el asiento de la familia o los negocios o ambos a la vez [...]. El concepto de domicilio no ofrecía demasiadas dificultades a fines del siglo pasado [...]. El problema se presenta en la actualidad con la agilidad del transporte y la multinacionalidad creciente de los negocios que, sumados al cambio estructural de la familia tradicional, [...] vuelven difícil determinar el domicilio, y no es descabellado pensar en sujetos bi y multinacionales que tienen más de un centro de vida. Desde esta perspectiva no hubiera sido desdeñable sumar al hecho económico de la procedencia de las inversiones un dato personal. Así, por ejemplo, si los inversores tuvieran algunos índices de domicilio –en sentido tradicional- en la Argentina pero mantienen estrechas relaciones con la Parte de la que son nacionales, se la reconocería como inversión extranjera». Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 45.

38. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 44.

39. Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Bélgica c. España, Corte Internacional de Justicia. C.I.J., Recueil 1970, p. 4 y ss.

40. Por ejemplo, el artículo 1 (l) (c) del Convenio suscripto con la Confederación Suiza el 12 de abril de 1991 (aprobado por ley 24.099/92) prescribe: «Las entidades jurídicas establecidas de conformidad con la legislación de cualquier país que estén efectivamente controladas por nacionales de esa Parte contratante o por entidades jurídicas que tengan su sede, así como actividades económicas reales, en el territorio de dicha Parte contratante».

41. Recordemos que el «control» es el poder efectivo de dirección de los negocios sociales y se vincula con la participación social y que puede obtenerse por dos vías: la interna, caracterizada por la tenencia de los votos necesarios para formar la voluntad social y la externa, que generalmente se da en razón de vínculos existentes entre la sociedad controlada y la controlante mediante los cuales se logra dirigir los negocios sociales por parte de esta última.

En el ámbito de nuestro país, es importante que tengamos en cuenta los artículos 118 a 124 de la Ley de Sociedades Comerciales que regulan la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero<sup>42</sup>.

El artículo 118 establece que para realizar actos aislados en el país no se requieren mayores requisitos que los exigidos por la ley del lugar de su constitución en cuanto a su existencia y forma. Pero una inversión no se lleva a cabo por medio de un acto aislado, sino que se requiere el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social o el establecimiento de una sucursal o representación permanente; para lo cual la ley exige la cumplimentación de una serie de requisitos, como el de acreditar que dicha sociedad se constituyó de acuerdo con las leyes de su país y fijar domicilio en la República cumpliendo con los requisitos de publicación e inscripción.

Aclaremos por último, que la determinación de la nacionalidad de una persona jurídica en el marco de los tratados en materia de inversiones celebrados con países donde impera el sistema jurídico del *common law* (derecho anglosajón) es reveladora de la dificultad para encontrar un criterio común aceptable por ambos sistemas de derecho<sup>43</sup>.

### iii) El ámbito de aplicación territorial y temporal

El ámbito de aplicación territorial hace referencia a la extensión espacial del acuerdo; es decir, si se aplica a las inversiones realizadas en todo el territorio de los Estados partes o si se excluye algún área o zona. Estos tratados en cuestión se aplican en todo el territorio de las partes y en cualquier nivel u orden de gobierno.

El artículo 1, inciso 4, del acuerdo Francia – Argentina (aprobado por ley 24.100/92) establece: «*El presente acuerdo se aplica al territorio de cada una de las Partes contratantes así como a la zona marítima de cada una de las Partes contratantes, de aquí en más definida como la zona económica y la plataforma continental que se extienden más allá del límite de las aguas territoriales que cada una de las Partes contratantes y sobre las cuales ellas poseen derechos soberanos y jurisdicción a los fines de la prospección, explotación y conservación de los recursos naturales conforme con el derecho internacional*».

En lo que respecta a su ámbito de aplicación temporal, cabe destacar que los tratados se aplican no solamente a inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor, sino a aquellas efectuadas con anterioridad a la misma.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica sería legítimo excluirlas en virtud del principio general de irretroactividad de los tratados contenido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: «*Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*».

No obstante, a fin de evitar que la aplicación de tales acuerdos a las inversiones anteriores pueda ser interpretada como aplicación retroactiva de sus disposiciones, se aclara que los convenios no se aplican a las controversias, reclamos o diferendos que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor.

## b) Las obligaciones del Estado que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversión respecto del inversor extranjero

La finalidad de este punto es analizar las principales obligaciones respecto de la protección del inversor extranjero asumidas normalmente por los distintos Estados al suscribir este tipo de Tratados Bilaterales de Inversión.

Dentro de este panorama de estudio, iremos identificando cuestiones que a nuestro criterio constituyen el núcleo medular de estos tratados internacionales.

Los tratados en cuestión contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados y cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado parte, generando obligaciones para los Estados y derechos para los inversores.

42. Para tratar el tema de la actuación internacional de las sociedades, sus esquemas de organización y un análisis pormenorizado de las normas de la ley 19.550 relativas al tema sugerimos: Yamila Castagnola, Leonardo Granato y Nahuel Oddone; «Una visión de la operatoria offshore y su encuadre en la Ley 19.550», en Observatorio de la Economía Latinoamericana (ISSN 1696-8352), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/coursecon/ecolat/ar> [noviembre de 2003].

43. Por ejemplo, en el convenio suscripto por nuestro país con el Reino Unido de Gran Bretaña (aprobado por ley 24.184/92), es cada Estado parte el que define por separado lo que considera «su» sociedad. Así se establece en el art. 1 (c) (i): «El término «inversor» significa: I- En relación al Reino Unido (...) bb) Las compañías, sociedades, firmas y asociaciones, incorporadas o constituidas en virtud de las leyes vigentes en cualquier parte del Reino Unido...; II- En relación con la República Argentina: bb) Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la República Argentina o que tenga su sede en el territorio de la República Argentina.

En los próximos puntos desarrollaremos estas normas agrupándolas en dos categorías: normas de tratamiento y normas de protección. No se nos escapa lo casuístico del tema, tan solo pretendemos analizar las definiciones e implicancias básicas de estas normas desde un punto de vista doctrinal.

La determinación del contenido exacto de tales reglas mencionadas requiere de una verificación caso por caso, conforme a las circunstancias particulares que se susciten, guiada siempre por los principios de razonabilidad y equidad.

### **i) Las normas de tratamiento**

El concepto de norma de tratamiento se refiere al régimen legal aplicable al inversor extranjero en el Estado receptor, es decir, aquel tratamiento que el Estado nacional se obligó a conceder al inversor extranjero, a fin de asegurar el goce y disfrute de los beneficios concedidos a los inversores nacionales o a los de un tercer Estado. Entendemos que son una suerte de «patrones de conducta» –en sentido objetivo- que el Estado se ha obligado a adoptar.

Desde un punto de vista sustancial, las obligaciones asumidas por los Estados configuran «estándares» más que tipificaciones jurídicas de conducta. De esta forma, su contenido no se encuentra tipificado *ex ante* en su totalidad, sino que se determinará conforme a las circunstancias del caso concreto. Sólo se trata de una orientación de la conducta esperada y no de una descripción detallada de la conducta requerida.

### **1. Tratamiento justo y equitativo**

La norma de tratamiento justo y equitativo es, sin lugar a duda, una norma clásica del Derecho Internacional Público. Como se sostuvo, su inclusión no sólo ha pretendido sentar un patrón básico de tratamiento sino auxiliar en la interpretación de otras normas contenidas en los tratados, e inclusive, suplir eventuales lagunas normativas en los ordenamientos internos.

Al respecto Fernández de Gurmendi nos dice que *«la obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo, que constituye una reivindicación tradicional de los países exportadores de capital, está muy difundida en la práctica internacional relativa a las inversiones extranjeras. Parece todavía difícil, sin embargo, sostener la existencia de una norma internacional al respecto. Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo [...]. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, muy elástico, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta»*<sup>44</sup>.

El acuerdo Argentina – Polonia (aprobado por ley 24.101/92) establece: *«Cada Parte asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones efectuadas por inversores de la otra Parte contratante...»* (art. 3, 1).

### **2. El trato no discriminatorio**

En cuanto a esta norma, podemos decir que casi todos los convenios contienen la obligación de no perjudicar 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.

*«De manera similar a lo que ocurre con el trato justo y equitativo, los convenios no otorgan precisiones sobre cuales son estas medidas, pudiéndose afirmar que en general el tratamiento otorgado por el Estado receptor con relación a las inversiones del otro Estado contratante resultará discriminatorio si es menos favorable que el que ese Estado hubiese otorgado en situaciones idénticas o comparables a otras inversiones efectuadas en su territorio»*<sup>45</sup>.

El principio de no discriminación refiere al hecho que el Estado receptor no lleve a cabo acciones discriminatorias con relación a los extranjeros en general, o con algunos en particular, quebrantándose así el principio de igualdad.

En este contexto, para que un acto sea discriminatorio deben darse, a criterio de Dolzer y Stevens, dos circunstancias: a) la medida debe redundar en un daño actual para el inversor; b) y el acto debe haber sido realizado con la intención de dañar al inversor: por lo que será discriminatoria toda medida dirigida contra un inversor extranjero o un grupo de ellos, en razón de su nacionalidad provocándole un perjuicio a sus intereses<sup>46</sup>.

El acuerdo España – Argentina (aprobado por ley 24.118/92) establece lo siguiente: *«Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversiones de la otra Parte y*

44. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 70.

45. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 70.

46. Rudolf Dolzer y Margrete Stevens; *Bilateral Investment Treaties*, London, M. Nihjoff Publishers, 1995, ps. 61/62. Asimismo, Ymaz Videla, Esteban M.; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., ps. 28/29.

no obstaculizará, mediante injustificadas o discriminatorias, la gestión, [...] de tales inversiones» (art. III, 1). Por su parte, el acuerdo sobre inversiones suscripto por nuestro país y los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) establece en su artículo II, 2) b): «Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones».

### 3. Protección y seguridad plenas

Según Tempone es un principio por el cual se amplían las obligaciones que los Estados parte han asumido, obligándose a ejercer 'la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera'<sup>47</sup>.

Por su parte, Ymaz Videla resume esta norma en el deber del Estado receptor de proteger la propiedad extranjera aclarando que, tal obligación «no incluye la prohibición al Estado de nacionalizar o expropiar, sino una razonable protección a los extranjeros y su propiedad, basada en la debida diligencia»<sup>48</sup>.

El artículo 5 (1) del acuerdo de Argentina y Francia (aprobado por ley 24.100/92) establece: «Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte contratante de protección y plena seguridad [...]». Por su parte, el acuerdo con los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) establece en su artículo II, 2) a): «Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que le exige el Derecho Internacional».

### 4. La cláusula de la Nación más favorecida<sup>49</sup>

Todos los convenios suscriptos por la República Argentina contienen la obligación de conceder a las inversiones de los inversores de los Estados partes el «tratamiento de la Nación más favorecida» y, en la mayor parte de ellos, se incluye asimismo el compromiso de otorgar el «trato nacional» a dichas inversiones, cuestión que veremos más adelante.

En palabras de Perugini «esta cláusula es un compromiso que asume el Estado Argentino frente a los restantes Estados de tratar a las inversiones del otro Estado con un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a inversiones de nacionales de terceros países»<sup>50</sup>.

La mayor parte de los tratados bilaterales incorporan estas cláusulas con el objeto que sus inversores reciban el tratamiento favorable que los países receptores de capital otorgan a los nacionales y sociedades de otros Estados. Según la Comisión de Derecho Internacional, esta cláusula otorga derecho al beneficiario del tratamiento acordado con un tercer Estado antes o después de que el tratado bilateral suyo entre en vigencia<sup>51</sup>.

Como sostiene Perugini, cabe aclarar, por un lado, que «su definición es condición de aplicación del tratado y no su objetivo primario»<sup>52</sup>; y por otro, que este trato se refiere a cuestiones generales y no particulares, no resultando regla general incluir en ellas condiciones especiales otorgadas a inversores particulares.

«Si bien estos convenios son bilaterales y por lo tanto, desde el punto de vista del ámbito espacial de aplicación, se aplican por los Estados ratificantes a los casos provenientes de tales Estados, son susceptibles de multilateralizarse pues todos ellos contienen la cláusula de la Nación más favorecida. Así, por ejemplo, puede multilateralizarse la descripción de lo que se entiende por inversión, el trato nacional, las transferencias, repatriación de capitales, sistemas de solución de controversias», concluye Perugini<sup>53</sup>.

A pesar de ciertas resistencias existentes en los países de la región para admitir este tipo de cláusulas –particularmente en función de la Doctrina Calvo sobre la que volveremos más adelante- esta posición parece haberse superado en América Latina los últimos años<sup>54</sup>.

Fernández de Gurmendi aclara que el trato de la Nación más favorecida está limitado en estos convenios por excepciones relacionadas con la participación en áreas de integración (zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y acuerdo de integración regional u organización de asistencia mutua), convenios impositivos y acuerdos especiales<sup>55</sup>.

47. Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 55.

48. Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., p. 28.

49. Esta cláusula es una generalización del concepto de la «puerta abierta» surgido en el Tratado de Nankin de 1842 entre la Corona Británica y China; por el cual se abrían cinco puertos chinos al comercio exterior.

50. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 47.

51. United Nations Centre of Transnational Corporations, Bilateral Investment Treaties, UN, New York, 1988, p. 39.

52. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 49.

53. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., p. 36.

54. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1112.

55. Como los suscriptos por la Argentina con Italia y España, el 10 de diciembre de 1987 y 3 de junio de 1988 respectivamente. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 70.

Finalmente, la mayoría de los convenios suscriptos por Argentina, prevén que si existieren acuerdos entre las Partes contratantes que le dieran a sus inversores un trato más favorable que el previsto en aquéllos, se aplicarán siempre las normas más favorables; incluso se ha sostenido lo mismo para los supuestos en que tal calidad de trato fuere otorgado por leyes, reglamentos o contratos específicos. Es la llamada «cláusula de preservación de los derechos»<sup>56</sup>.

## 5. El trato nacional

Este principio (conocido como «*national treatment*») exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales<sup>57</sup>.

Incorporado en la mayor parte de los acuerdos multilaterales y bilaterales, la aplicación práctica de esta norma importa evitar la discriminación existente en diversas normas locales<sup>58</sup>, como pueden ser aquellas relacionadas con la propiedad de ciertos bienes o la contratación administrativa.

Como sostiene Ymaz Videla, este estándar de tratamiento no está ideado únicamente para otorgar estricta igualdad de trato con los inversores nacionales o los extranjeros; sino asimismo para asegurar un tratamiento privilegiado para los inversores del país de origen que suscribió el acuerdo bilateral, pues, tanto en la formulación de la cláusula de Nación más favorecida como en la de trato nacional se habla de un tratamiento «*no menos favorable*» que el otorgado a los inversores nacionales o extranjeros de un tercer Estado contratante<sup>59</sup>.

En nuestro país, parte de la doctrina entiende que esta situación puede implicar la inconstitucionalidad del trato en virtud del artículo 20 de la Constitución Nacional que establece la estricta igualdad entre nacionales y extranjeros.

Otro sector de la doctrina sostiene que, en virtud del artículo 75 inciso 18 del ordenamiento constitucional se faculta al Congreso Nacional a «*proveer lo conducente a la prosperidad del país... promoviendo... la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo*». Con lo que, en este contexto, los convenios bilaterales aprobados mediante ley por el Congreso, serían esas «*leyes protectoras*», y en consecuencia constitucionales tales concesiones temporales de privilegios.

Finalmente, la importancia atribuida a esta norma en cuestión varía, según nos comenta Tawil. Países como Alemania lo consideran central y difícilmente acepten la suscripción de tratados que no lo garanticen. Otros países como Francia han adoptado posiciones más flexibles al respecto<sup>60</sup>.

## 6. La denominada «Umbrella clause»

La mayor parte de los tratados en cuestión contiene este tipo de cláusulas, «*destinadas a proteger que el tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes en su legislación doméstica no sea dejada sin efecto por las previsiones de los tratados. Determina, en consecuencia, que el respeto de tales acuerdos sea considerado una obligación bajo el tratado y su violación acarree responsabilidad*»<sup>61</sup>.

El convenio suscripto con Alemania (aprobado por ley 24.098/92) en su artículo 7 (2) dispone que «*Cada Parte contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de la otra Parte contratante en su territorio*». El celebrado con los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92), en su artículo II, 2) c) se establece que «*Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones*». Por último, el firmado con el Reino Unido de Gran Bretaña (aprobado por ley 24.124/92) sostiene en su artículo 2 (2), última parte, que «*Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte contratante*».

56. Véase, Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., p. 32.

57. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1111.

58. Su aplicación pura y sin excepciones, no permitiría ningún privilegio (o medida proteccionista) del Estado receptor para con los inversores nacionales. Sin embargo, se admite que los países partes dispongan excepciones a este estándar de tratamiento, a fin de proteger el desarrollo de la industria nacional. Otra excepción es la prevista en algunos tratados que otorgan al Estado receptor el derecho a adoptar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público y la seguridad interna o externa. Véase, Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., ps. 31/32.

59. Según el autor es lo que se denomina «discriminación a favor de los inversores extranjeros». Podría considerarse una situación privilegiada en la Argentina el hecho de que los pliegos de las licitaciones para las privatizaciones implicaban, en la práctica, la necesaria participación de empresas extranjeras. Otro ejemplo, a criterio del autor, es la posibilidad asegurada por estos convenios de inversiones a los inversores extranjeros del recurso al arbitraje internacional, no así para los inversores nacionales. Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., p. 30.

60. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1111. Véase al respecto el artículo 4 del convenio suscripto por Argentina y Francia, aprobado por ley 24.100/92.

61. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1113.

Aún sin esta cláusula paraguas diseñada para ser aplicada a los contratos concluidos entre un inversor extranjero y el Estado receptor, el contrato del inversor estaría protegido por el Derecho Internacional, en virtud de la obligación de un «tratamiento justo y equitativo» que abarca el incumplimiento de todo contrato con el Estado receptor, dentro del marco de los tratados de inversión.

## ii) Las normas de protección y las garantías contra riesgos «no comerciales»

Los tratados objeto de este estudio establecen reglas de protección que resguardan al inversor extranjero de los denominados «riesgos políticos» o «no comerciales»; es decir, aquellos que son ajenos a los términos comerciales normales de la operación económica.

Entre los riesgos más importantes se encuentran las restricciones a las transferencias, las expropiaciones o nacionalizaciones y los daños ocasionados por guerra o eventos similares. Nos situamos así ante la posibilidad de que el Estado interfiera en los derechos o en la propiedad extranjera.

Como establece un autor, para comprender la naturaleza y el alcance de los «riesgos políticos» es necesario partir del concepto de «propiedad». Es conteste la doctrina que en el ámbito internacional existe una marcada ausencia de elaboración doctrinaria independiente, ya que el concepto fue tomado de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>62</sup>.

«Propiedad» en sentido propio expresa la idea del poder jurídico más completo de una persona sobre una cosa, definiéndose como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de manera absoluta y exclusiva, a la voluntad y a la acción de una persona. La propiedad privada que reconoce y garantiza nuestra Constitución Nacional abarca la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que componen el patrimonio de una persona. Teniendo en cuenta los mencionados conceptos, la interferencia del Estado sobre la propiedad extranjera resultará de la restricción o menoscabo del uso, goce, mantenimiento o disposición del derecho de propiedad.

Las nacionalizaciones o expropiaciones constituyen un riesgo no comercial. En efecto, la potestad expropiatoria del Estado<sup>63</sup> se erige como un principio reconocido por el Derecho Internacional contemporáneo, que deriva a su vez del principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

De ese modo, los tratados suscriptos por la República Argentina no prohíben la expropiación o nacionalización, sino que aseguran que esos actos sólo se podrán adoptar por razones de «utilidad pública»<sup>64</sup>, sobre una base «no discriminatoria», bajo el «debido proceso legal»<sup>65</sup> y con el pago de una compensación «pronta, justa y efectiva»<sup>66</sup>.

La mayor parte de los tratados contemplan compensaciones específicas para los supuestos de expropiación y nacionalización, así como previsiones puntuales garantizando compensaciones por pérdidas relacionadas con conflictos armados o desórdenes internos<sup>67</sup>.

Por ejemplo, el convenio Argentina – Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) establece en su artículo IV:

*«1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización («expropiación»), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II. La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será*

62. Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 57.

63. La expropiación «es el instituto de Derecho Público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única». Dromi, Roberto; Derecho Administrativo, 10ª edición actualizada, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2004, p. 951.

64. Si bien este concepto no ha sido extensamente considerado por la doctrina internacional ni por los tribunales arbitrales, se debe recordar según Tempone, que la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció por la legalidad de un acto de expropiación cuando éste responde a un «interés público, orden judicial o una medida similar». Asunto «Certain German Interest in Polish Upper Silesia», 1926, PCIJ, Series A, Nº 7, p. 22. Véase, Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 60.

65. Numerosos acuerdos prevén la obligación que las medidas de expropiación, nacionalización u otras de similar naturaleza se encuentren sujetas a revisión judicial asegurando el cumplimiento de los principios del debido proceso.

66. En los tratados bilaterales de inversión, debido a la amplitud de la definición de inversión, la compensación «pronta, justa y efectiva» adquiere gran relevancia, ya que su aplicación comprende tanto la expropiación directa como la indirecta. De esta forma, el Estado puede ser requerido a brindar una compensación «pronta, justa y efectiva» siempre y cuando exista un menoscabo de los derechos del inversor.

67. En este último caso, los acuerdos no otorgan en general un derecho absoluto a la compensación sino una garantía a un tratamiento al menos igualitario con los nacionales del país receptor del capital.

*enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación.*

2. El nacional o sociedad de una Parte que asevere que su inversión le ha sido expropiada total o parcialmente tendrá derecho a que las autoridades judiciales o administrativas competentes de la otra Parte examinen su caso con prontitud a los fines de determinar si la expropiación ha ocurrido y, en caso afirmativo, si dicha expropiación y la compensación correspondiente se ajustan a las disposiciones del presente Tratado y a los principios del derecho internacional.
3. *A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas».*

La compensación ha sido una de las cuestiones que mayores controversias ha suscitado en la medida en que numerosos países en desarrollo receptores de capital, han argumentado que se trata de una materia propia de la competencia local y que debe ser determinada por la legislación y tribunales locales<sup>68</sup>, cuestión no compartida por los países exportadores de capital.

En la práctica, la mayor parte de los tratados prevén un pago rápido. Si bien se ha interpretado que ello no importa en todos los casos el pago inmediato, algunos tratados han previsto expresamente la fecha o momento de compensación.

Por último, los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por nuestro país no comportan una modificación sustancial respecto al contenido en la materia de las normas generales de responsabilidad internacional por los daños causados a la propiedad del inversor extranjero por causa de guerra, revoluciones o eventos similares.

Tales convenios se limitan en este aspecto a reiterar la obligación de otorgar un trato no discriminatorio respecto de inversores de terceros países o de inversores nacionales en el caso que correspondiere efectuar algún tipo de resarcimiento.

### **1. La llamada «Stabilization clause»**

En virtud del principio que establece que las normas de alcance general carecen de estabilidad, y de las consecuencias que la modificación de la legislación por una normativa menos favorable al inversor extranjero podría producir, surgen estas cláusulas de «estabilización» con el objetivo de garantizar que, en el supuesto que la normativa sea modificada, se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación, la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los tratados.

Ymaz Videla, sostiene que este tipo de cláusula proviene de la teoría de la internacionalización de los contratos<sup>69</sup> suscriptos entre Estados e inversores extranjeros, y se vincula con los principios *pacta sunt servanda* y «*sanctity of state contracts*» (de inmutabilidad de los contratos con Estados)<sup>70</sup>.

Lo que se busca con esta cláusula es establecer el compromiso del Estado contratante de no aplicarle a la inversión, una nueva legislación que se dicte más adelante y que la afecte de manera desfavorable. Busca que el ordenamiento jurídico que rija el contrato, sea siempre el vigente al momento de suscribir el contrato, de hacer la inversión, dando una mayor seguridad al inversor extranjero.

Es importante comentar que el alcance y extensión de dicha cláusula ha importado únicamente, según doctrina mayoritaria, la asunción de un obrar de buena fe, y, eventualmente, la obligación de indemnizar al inversor en los supuestos que tales cambios normativos unilaterales produzcan daños o incumplimientos contractuales.

Esta cláusula contenida en un acuerdo bilateral de inversión es originariamente una obligación internacional para los Estados suscribientes directamente aplicable a la inversión, eliminando cualquier duda acerca de su validez y legal prevalencia sobre las prerrogativas estatales, generando su violación responsabilidad internacional del Estado receptor.

Debemos señalar que, tradicionalmente, la aplicación de este tipo de cláusula nunca se impuso en materia de tratados de inversión<sup>71</sup>. Los tratados suscriptos por nuestro país no contenían en general tampo-

68. Véase: Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1114.

69. La misma establece que no existe diferencia entre el status legal de estos tratados internacionales y los contratos entre el inversor extranjero y el Estado receptor en cuyo marco se celebran. Los convenios bilaterales crean, según esta teoría, un régimen jurídico para la inversión que es distinto de la legislación nacional; sin perjuicio que sobre todo aquello no regulado por tales tratados rija entonces la ley nacional del Estado receptor.

70. Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., p. 36.

71. Esta cláusula contenida en un acuerdo bilateral de inversión es originariamente una obligación internacional para los Estados suscribientes directamente aplicable a la inversión, eliminando cualquier duda acerca de su validez y legal prevalencia sobre las prerrogativas estatales, generando su violación responsabilidad internacional del Estado receptor.

co este tipo de cláusula, sin perjuicio de su incorporación a partir del tratado bilateral suscrito por nuestro país con la República de Panamá el 22 de junio de 1998 por ley 24.971.

Adviértase que los restantes inversores extranjeros que no sean panameños y que estén protegidos por tratados bilaterales de inversión, podrían invocar esta cláusula por aplicación de la norma de la Nación más favorecida ya comentada anteriormente.

## 2. Reglas en materia de transferencia de divisas

En la medida en que numerosos países en desarrollo cuentan con normas y políticas que restringen o regulan la transferencia de divisas del exterior, previsiones como las que se describen en el párrafo siguiente resultan centrales para los potenciales inversores.

En tal aspecto, los tratados bilaterales de inversión prevén en general, por un lado, que los inversores cuenten con la posibilidad de transferir libremente y sin restricciones todos los pagos relacionados con sus inversiones, incluida la ganancia del capital invertido y el producido de la liquidación total o parcial de la inversión. Por otro lado, que la transferencia pueda ser realizada sin demora, en moneda convertible y al cambio oficial del día de la transferencia.

La libre repatriación del capital invertido y demás sumas relacionadas con la inversión constituye sin duda uno de los elementos claves en un régimen de protección de los inversores extranjeros y es aquí donde radica gran parte de la importancia que tiene para el inversor esta protección.

La evolución que puede observarse en esta materia en referencia a los convenios suscritos por nuestro país, refleja la profundización de la política económica de apertura y la consagración internacional de los efectos jurídicos de la Ley de Convertibilidad.

En efecto, a partir de la firma del convenio suscrito con Alemania de abril de 1991 –verdadero punto de inflexión en esta cuestión- se abandona la cláusula de salvaguardia que había caracterizado los primeros convenios celebrados por la Argentina (Italia, Bélgica, Reino Unido), en virtud de la cual las Partes se reservaban el derecho de imponer restricciones temporarias a las transferencias en caso de dificultades excepcionales de balance de pagos<sup>72</sup>.

Los convenios celebrados desde entonces consagran el derecho irrestricto de repatriar sin demora todas las sumas relacionadas con la inversión, derecho éste, que por aplicación de la cláusula de Nación más favorecida se hace también extensivo a los anteriores tratados firmados. Ejemplo de ello es el convenio Argentina – Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) que establece lo siguiente en su artículo V:

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o que salgan de él se realicen libremente y sin demora. Dichas transferencias comprenden: a) las ganancias; b) las compensaciones hechas conforme a las disposiciones del Artículo IV; c) los pagos que resulten de controversias en materia de inversiones; d) los pagos que se hagan conforme a los términos de un contrato, entre ellos, las amortizaciones de capital y los pagos de los intereses devengados en virtud de un convenio de préstamo vinculado directamente a una inversión; e) el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión, y f) los aportes adicionales de capital hechos para el mantenimiento o el desarrollo de una inversión.
2. Con excepción de lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo IV, las transferencias se harán en una moneda de libre convertibilidad, al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia con respecto a las operaciones al contado realizadas en la moneda que se ha de transferir. La libre transferencia tendrá lugar de acuerdo con los procedimientos establecidos por cada parte; estos procedimientos no trazarán los derechos establecidos en este Tratado.
3. *No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente Artículo, cada Parte podrá conservar leyes y reglamentos que a) requieran la presentación de informes acerca de las transferencias monetarias, y b) establezcan impuestos sobre la renta por medios tales como la retención de impuestos aplicables a los dividendos u otras transferencias. Además, cada Parte podrá proteger los derechos de los acreedores, o asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas en procedimientos judiciales, mediante la aplicación equitativa, imparcial y de buena fe de sus leyes.*

### c) Duración

Consideramos importante resaltar, que todos los convenios aseguran la protección de los inversores extranjeros por un período inicial de diez años, renovables. Poseen, incluso, la «cláusula de remanencia» (de 10 o 15 años, según el caso) en virtud de la cual se prevé que el convenio continuará aplicándose, aún después de terminado el mismo, a inversiones efectuadas antes de su expiración. Ese efecto se justifica por la necesidad de asegurar a todo inversor el beneficio del trato durante un tiempo juzgado necesario para la

72. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 71.

amortización de su inversión. Es decir, que todo inversor recibirá la protección del convenio por veinticinco años aproximadamente.

Por ejemplo, el convenio Argentina – Canadá (aprobado por ley 24.125/92) establece lo siguiente en su artículo XV, 2): «... Respecto de las inversiones o compromisos de inversión efectuados con anterioridad a la fecha en que la notificación de terminación de este convenio se haga efectiva, las disposiciones de los arts. I a XIV inclusive de este acuerdo permanecerán en vigor por un plazo de quince años».

#### **d) Eliminación de «Doble imposición»**

Cuando un residente de un Estado obtenga rentas o posea un capital / patrimonio que, de acuerdo a lo establecido en los convenios, puedan ser gravados en el otro Estado, el primero eximirá de impuesto a dicha renta o patrimonio. No obstante puede, a efectos de calcular el monto de impuesto a la renta excedente o del patrimonio de ese residente, aplicar la tasa del impuesto que hubiera debido pagarse como si dicha renta o patrimonio no hubieran estado exentos.

Nuestro país ha celebrado 17 Convenios Amplios a fin de evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal de los cuales 15 ya están en plena vigencia. Como beneficio principal de estos convenios se puede mencionar la reducción en la tasa de impuesto a las ganancias sobre regalías e intereses pagados al exterior.

### **VII. Reclamos derivados del tratado y reclamos derivados del contrato<sup>73</sup>**

Hemos dicho que un Tratado Bilateral de Inversión es un acuerdo entre dos Estados que establece un marco legal para el tratamiento y protección de los inversores extranjeros y sus flujos de inversión entre ambos países; derivándose así una serie de derechos de ese tratado, cuyo incumplimiento dará lugar a las respectivas reclamaciones (derivadas del tratado). Las partes intervinientes en una reclamación derivada de un tratado son el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión.

Dicho esto, debemos saber que la inversión extranjera implica generalmente contratos entre el inversor extranjero y entidades del Estado receptor. Estos contratos podrán revestir la forma de un contrato de concesión con el propio Estado, o con una unidad territorial de dicho Estado, o podrían implicar contratos con varias agencias estatales.

Estos contratos crearán derechos (y obligaciones) para el inversor extranjero que podemos llamar «derechos derivados del contrato», que dan origen a su vez a reclamaciones derivadas de un contrato, en caso de incumplimiento por alguna de las partes.

En este contexto, la distinción entre derechos derivados de un tratado y derechos derivados de un contrato resulta absolutamente indispensable para lograr comprender el moderno régimen de protección del inversor extranjero y los arbitrajes Estado – inversor extranjero.

Desde un punto de vista conceptual quizá se trate de una cuestión relativamente sencilla, pero en controversias complejas, el mantener la distinción entre estas dos fuentes de derecho puede resultar por demás dificultoso.

La importancia de la existencia de este tipo de tratados bilaterales y su incidencia en la protección efectiva del inversor extranjero radica en que éste último tratará de aplicar normalmente los derechos derivados del tratado. Decidiendo el inversor extranjero ejercitar los derechos derivados del tratado, deberá en primer lugar, seleccionar entre los diversos derechos otorgados a los inversores aquellos que respaldan su derecho de reparación respecto del Estado receptor. En segundo lugar, los Tratados Bilaterales de Inversión tienen cláusulas detalladas de los mecanismos posibles de resolución de conflictos que requieren una elección de jurisdicción por parte del inversor.

Parte de la doctrina sostiene que existen cinco criterios para distinguir entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato:

- a) *La fuente del derecho*: la base de una reclamación derivada de un tratado es un derecho establecido y definido en un tratado de inversión, mientras que la base de un reclamo contractual es un derecho creado y definido en un contrato.
- b) *El contenido del derecho*: los derechos que generalmente se establecen en un Tratado Bilateral de Inversión son de naturaleza genérica y están definidos por el Derecho Internacional (son los derechos contenidos en las cláusulas que ya hemos visto). En cambio, los derechos contractuales son, normalmente, específicos para cada inversión concreta y están definidos por la ley nacional del Estado receptor.

73. Véase al respecto: Bernardo M. Cremades y David J. A. Cairns; «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados», publicación digital del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible desde <http://www.realinstitutoelcano.org/>

- c) *Las partes en el reclamo*: en un reclamo derivado del tratado son siempre inversor extranjero y Estado receptor de la inversión. En cambio, las partes en una reclamación contractual, son las partes del contrato.
- d) *La ley aplicable*: cuando se trata de un tratado, la ley aplicable generalmente incluye las estipulaciones del propio Tratado Bilateral de Inversión, la ley nacional del Estado receptor y los principios generales del Derecho Internacional. En contraste, los contratos están muy a menudo sujetos a la ley nacional del Estado receptor.
- e) Por último, el éxito de un reclamo derivado de un tratado implica una responsabilidad del Estado receptor de acuerdo con el Derecho Internacional. El éxito de una reclamación contractual se traduce en la responsabilidad del Estado receptor conforme a lo estipulado en su ley nacional. Sin embargo, en este punto hay que tener cuidado ya que la responsabilidad del Estado receptor por incumplir un contrato de acuerdo con su ley nacional podría derivar en un reclamo internacional, habiéndose agotado los recursos internos o de haberse producido denegación de justicia.

Dicho esto, podemos sostener que los reclamos derivados del contrato y los derivados del tratado pueden proseguirse de manera simultánea, cada uno de ellos de acuerdo con las disposiciones de resolución de controversias aplicables al caso.

Un Tratado Bilateral de Inversión y por ejemplo, un contrato de concesión constituyen, de acuerdo a lo visto, dos fuentes independientes de derecho, pudiendo el inversor extranjero, a nuestro criterio, utilizar ambas.

No obstante, gran parte de los autores entienden que a menudo, en la práctica, los derechos contractuales y los derechos derivados de los tratados se encuentran entrelazados de diversas maneras, de modo tal que un intento de ejercitar ambos simultáneamente implicará siempre riesgos<sup>74</sup> que podrían poner en peligro los derechos del tratado.

En determinados casos, los términos de un tratado obligarán al inversor a elegir entre hacer el reclamo por derechos derivados del tratado o reclamar por los establecidos en el contrato, e incluso, si el tratado no expresa claramente la necesidad de elegir, será habitualmente prudente para un inversor limitar su acción legal ante una única jurisdicción competente.

Diremos para ir finalizando este punto, que un inversor que se enfrente a una elección entre ejercitar derechos contractuales y derechos derivados de un tratado, escogerá normalmente los derechos contenidos en el tratado. Es aquí donde radica la real protección del inversor extranjero: las razones que apoyan a los derechos derivados de los convenios incluyen la disponibilidad de una jurisdicción neutral, la definición de los derechos del inversor en documentos internacionales y en el Derecho Internacional con preferencia a la ley nacional, y el carácter ejecutorio internacional del laudo.

### VIII. La «cláusula arbitral» como recurso del inversor extranjero

Si bien ahora no nos explayaremos demasiado sobre el tema, ya que el mismo será objeto de estudio en la segunda parte de este trabajo, expondremos breves consideraciones para ser tenidas en cuenta por el lector.

Los convenios que estamos estudiando en función de la protección eficaz que brindan al inversor extranjero poseen una particularidad que hemos señalado ya en alguna oportunidad: la de contener mecanismos de solución de controversias en virtud de los cuales el inversor privado puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus diferendos con el Estado receptor de la inversión. Cuestión que por otra vía sería imposible para el inversor toda vez que ya tenemos dicho que la persona humana no tiene personalidad activa para demandar a un Estado en el plano internacional.

En este orden de ideas, el Derecho Internacional Público en materia de solución de diferencias sobre inversiones, es percibido como una insuficiente protección al inversor extranjero, debido al ya señalado carácter controvertido y a que su contenido no responde a las actuales modalidades de circulación de los flujos financieros internacionales<sup>75</sup>, cuyos vehículos principales son las sociedades multinacionales<sup>76</sup>.

No puede desconocerse que las dificultades observadas en numerosos supuestos para la resolución de

74. En primer lugar, el riesgo de una duplicación de procedimientos, y por consiguiente de sentencias y laudos contradictorios y, en segundo lugar, de confusión entre reclamos derivados del tratado y reclamos derivados del contrato, lo que redundaría en laudos defectuosos.

75. Al respecto recomendamos el libro digital de: Nahuel Oddone; *Mercados Emergentes y Crisis Financiera Internacional*, editado por el Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, España, con ISBN 84-688-8059-0, accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>

76. Véase: Susan Strange; «Las consecuencias políticas de la globalización: papel e influencia de las empresas transnacionales» en Foro de la Mundialización «Después del 11 de septiembre», publicación de la Fundación Caja-Murcia, Murcia, noviembre de 2001. Asimismo, Yamila Castagnola, Leonardo Granato y Nahuel Oddone; «Una visión de la operatoria offshore...», op. cit., p. 24.

controversias relevantes en el ámbito local<sup>77</sup> ha llevado de forma creciente a la utilización de las vías arbitrales internacionales alternativas previstas en estos tratados en cuestión.

Este fenómeno –visible particularmente en los últimos años como consecuencia de los distintos arbitrajes en los que la República Argentina es parte- no es, sin embargo, un fenómeno exclusivo de los países en desarrollo, lo cual configura a nuestro criterio otra pauta de lo extensiva que se hace la protección del inversor extranjero en este contexto. «A los numerosos arbitrajes en los que han sido tradicionalmente parte como consecuencia de demandas de inversores extranjeros países del África, Asia y en los últimos cincuenta años América Latina se han sumado recientemente naciones desarrolladas como España –como consecuencia de la acción de un inversor argentino-, Alemania e, inclusive, los Estados Unidos de América en función de la jurisdicción arbitral existente en el ámbito del NAFTA»<sup>78</sup>, según explica Tawil.

En este contexto, un mejor conocimiento de los tratados, de la responsabilidad asumida por los Estados y de los mecanismos de solución de controversias allí previstos, servirán para promover una efectiva protección de los inversores –principales destinatarios de las normas de estos tratados- y contar así con un panorama más ajustado del derecho vigente.

## Capítulo II: El arbitraje como recurso de protección al inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión

Como sostuvimos en el último punto de la primera parte de este trabajo, concebimos a la cláusula de arbitraje internacional como un recurso de protección que tiene el inversor extranjero ante cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión.

Así es que, si bien entendemos que todo el contenido ya expuesto de los Tratados Bilaterales de Inversión asegura una eficaz protección del inversor, es por medio del arbitraje que el inversor «efectiviza» esta protección ante cualquier incumplimiento, teniendo legitimación activa para reclamar en sede internacional.

Esta posibilidad que se le concede al inversor extranjero constituyó, como explicamos en alguna parte de este trabajo, una de las dificultades principales que demoraron la participación de los países de América Latina en estos convenios, en parte debido a interpretaciones derivadas de la Doctrina Calvo.

### I. Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional

Señala un autor que durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX las diferencias entre los Estados y los inversores extranjeros se encontraban altamente politizadas y su protección radicaba esencialmente en gestiones diplomáticas<sup>79</sup> seguidas con frecuencia del uso de la fuerza. Basta recordar a modo de ejemplo, las intervenciones armadas de Francia en México en el período 1838/1839; los conflictos entre los Estados Unidos y México (1835/1861); las intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata (1838/1850); la segunda intervención armada de Francia en México (1861/1867); la intervención de Alemania, Francia, Gran Bretaña y otros países en China en 1900; entre otras.

Como reacción a tales intervenciones, dos doctrinas se desarrollaron en América Latina que constituyeron el punto de partida de una tradición jurídica regional basada en la defensa a ultranza de las prerrogativas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones.

La primera de ellas se llamó Doctrina Drago, al basarse en una nota enviada en 1902 por el canciller argentino Drago a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos; y aspiraba a prohibir la utilización de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los países de América Latina.

La segunda, denominada Doctrina Calvo, se originó a raíz de declaraciones efectuadas por el diplomático

77. El actual balance sobre la situación de la Justicia arroja por resultado que su estado es crítico y que, durante los últimos años se ahondó en los justiciables el sentimiento de falta de seguridad jurídica. La falta de independencia judicial, la manipulación política de los magistrados y de la organización judicial, la escasez presupuestaria, la congestión y sobrecarga de trabajo en todos los fueros y la falta de infraestructura edilicia son algunos de los vicios que alteran el normal desenvolvimiento del Poder Judicial. Al respecto, Nahuel Oddone y Leonardo Granato; «La necesidad de una reforma para el Poder Judicial» en La Vidriera, diario El Eco de Tandil, 30 de mayo de 2004, p. 13.

78. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1108.

79. Según Puig: «Cuando el individuo ha agotado todas las posibilidades de recurso que le ofrece el Derecho interno, puede en última instancia acudir a su propio Estado, quien lo «protege», vale decir, se hace cargo de su reclamación y la plantea directamente ante el Estado infractor por la vía diplomática. Nos hallamos entonces ante una controversia normal entre dos Estados [...]. Sin embargo, otorgar la protección es facultad discrecional del Estado. Es así, como con arreglo al Derecho de la comunidad internacional, el Estado puede «proteger» o no a su nacional, conformarse con una reparación inadecuada, admitir simplemente una reparación moral y suspender la protección. El individuo no tendrá en estos casos recurso alguno para impulsar una decisión favorable a sus intereses». Juan Carlos Puig; Derecho de la Comunidad..., op. cit., p. 276.

e internacionalista argentino Carlos Calvo, siendo asimismo desarrollada en su «Derecho Internacional Teórico-Práctico» aparecido entre 1868 y 1896.

En palabras de Fernández de Gurmendi, «*Calvo, preocupado por los excesos de la protección diplomática ejercida por Estados extranjeros, sostenía que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la ingerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial*»<sup>80</sup>.

Como consecuencia de esta doctrina –desarrollada en el marco de las intervenciones armadas de Francia en México- diversos países de América Latina impusieron la llamada «Cláusula Calvo», aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, obligando a estos últimos a renunciar al recurso de protección diplomática, permitiéndoles únicamente acudir a los tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local<sup>81</sup> en pos de una reparación por cualquier violación contractual suscitada<sup>82</sup>.

Es en este marco que sostenemos que el arbitraje constituye una nueva «protección» al inversor extranjero adaptada al mundo de hoy. Actualmente, el incesante desarrollo de las actividades comerciales internacionales, torna la «protección diplomática» una herramienta obsoleta y que nada tiene que ver con las modernas prácticas de las relaciones internacionales.

Los principios emanados de la Doctrina Calvo –invocada generalmente para restringir el derecho del inversor extranjero a recurrir a la protección diplomática en disputas con el país receptor de la inversión- se incorporaron rápidamente en diversos textos constitucionales de algunos Estados de América Latina (incluidos los de Bolivia, Honduras, Venezuela), así como en instrumentos relevantes y en contratos celebrados con empresas extranjeras.

El Código de Inversiones Extranjeras adoptado en virtud del Pacto Andino reafirma las posiciones latinoamericanas clásicas en lo que concierne al tratamiento de los inversores. El artículo 50 prohíbe a los Estados miembros acordar a los inversores extranjeros un tratamiento más favorable que el acordado a los inversores nacionales y por su parte, el artículo 51 impone no introducir en un instrumento aplicable a los inversores extranjeros ninguna cláusula que establezca un mecanismo internacional de diferendos en materia de inversiones.

El Protocolo de Cartagena de Indias que reforma la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) del 5 de diciembre de 1985 recuerda expresamente que las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores (artículo 35).

Este principio también fue recogido en el dictamen sobre las empresas transnacionales del Comité Jurídico Interamericano de 1976 y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974.

Si bien gobiernos como el de los Estados Unidos interpretaron a la Cláusula Calvo como el requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales, su invocación por diversos gobiernos latinoamericanos resultó durante largo tiempo una constante, oponiéndose a la conclusión de Tratados Bilaterales de Inversión con los países desarrollados y a la firma de la Convención de Washington de 1965 para la solución de diferencias en materia de inversiones.

Esta tradicional hostilidad latinoamericana al arbitraje comercial internacional se morigeró en los últimos veinticinco años. Diversos países latinoamericanos modificaron su legislación interna con el fin de favorecer los procedimientos arbitrales internacionales.

Actualmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en su capítulo X prevé que el inversionista, luego de haber intentado resolver la disputa a través de consultas o negociaciones, pueda someterla a arbitraje conforme a las reglas del arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones o de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

También el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela incluye la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional. Por su parte, la Decisión 220 del Pacto Andino permite a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras.

Lo expuesto permite valorar la verdadera y real dimensión del cambio que significó para ciertos países de América Latina la suscripción, desde finales de la década del 80 y principios de los 90, de estos convenios

80. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 72.

81. Con la finalidad de evitar abusos en los reclamos internacionales, diversos países de la región introdujeron disposiciones en su legislación local declarando que el extranjero se encuentra en idénticas condiciones que el nacional, debiendo recurrir a la jurisdicción local. Dada la ineficacia de tales disposiciones unilaterales de orden interno en el ámbito internacional es que se desarrollaron con gran vigor las denominadas Cláusulas Calvo.

82. Véase Juan Carlos Puig; Derecho de la Comunidad..., op. cit., ps. 308 y ss.

en pos de la promoción de las inversiones y la protección del inversor extranjero. Los casos de Argentina y el Mercosur son tomados más adelante, como ejemplos de estos cambios que reflejan actitudes encaminadas a la protección del inversor extranjero.

## II. Métodos modernos de solución de disputas: el arbitraje

Cuando se plantea un conflicto de intereses se piensa, generalmente, que dicho conflicto debe ser resuelto por una tercera persona imparcial, llamada juez, siendo ésta la solución que se da a los conflictos en las sociedades modernas. El recurrir a la justicia estatal pareciera ser el camino indicado. Sin embargo, esto no es siempre así.

Una importante cantidad de casos de conflicto, especialmente los que surgen de operaciones de comercio internacional, son sustraídos de la órbita estatal para ser derivados hacia el arbitraje privado<sup>83</sup>, eligiendo las partes no sólo al juzgador, sino también los procedimientos aplicables y muchas veces, hasta el monto en que se ejecuta el laudo<sup>84</sup>.

Esta facultad de las partes no admite ser discutida, siendo diversos los motivos que legitiman el derecho de renunciar a la jurisdicción estatal y someterse al arbitraje. En palabras de Uzal, «*el arbitraje es una jurisdicción especial, admitida como alternativa al ejercicio de la jurisdicción a través de los órganos del propio Estado, tanto en el orden interno como en el orden internacional*»<sup>85</sup>. Por su parte, Gozaíni, entiende que se trata «*de un desplazamiento de la función jurisdiccional, en sus etapas introductorias y decisoria, desde el Estado hacia ciertos particulares*»<sup>86</sup>.

El principal fundamento del arbitraje radica en la facultad que tienen las partes de renunciar a un derecho que les asiste, como es el de acudir a la justicia del Estado cuando creen vulnerados sus derechos. Esta facultad de renunciar a derechos subjetivos privados, que es admisible dentro de ciertos límites, es el principal fundamento del arbitraje. Otros fundamentos hay que buscarlos en el derecho que tienen las partes de acudir al juicio de personas a quienes consideran particularmente idóneas en determinada materia o de especial confianza, así como el deseo de obtener resultados más rápidos y menos onerosos que en otros procedimientos<sup>87</sup>.

Entendemos que el arbitraje presenta innegables ventajas respecto del proceso jurídico público. Así, Briseño Sierra, sostiene que el arbitraje posee ventajas como «*la oralidad, la inmediatez y la secuencia lógica de las actuaciones. Quizás en ningún otro procedimiento como en el arbitraje se haya conservado con tanto fidelidad la audiencia en la exposición verbal libre y sin formulismos anacrónicos*»<sup>88</sup>. A estos hay que agregarle la celeridad y la menor onerosidad que en la mayoría de los casos se logra con el arbitraje.

Es indudable que el arbitraje cumple un papel fundamental en la resolución de controversias suscitadas en el ámbito del comercio internacional. Según Myers esto se debe a que es un método de resolución de disputas «*menos formal y más comercial*», permitiendo resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate<sup>89</sup>. Es que como nos enseña Jiménez de Aréchaga que el Arbitraje Comercial Internacional combina elementos de arbitraje interno, doméstico, privado, regido por el código de procedimiento civil y elementos de arbitraje internacional propiamente dicho, que es el arbitraje entre Estados<sup>90</sup>.

A estos puntos puede agregarse que el arbitraje permite garantizar la neutralidad de quien ha de decidir, a través de métodos y controles para la selección del árbitro; asimismo, permite una mayor especialización e idoneidad en la persona del árbitro que habrá de resolver. A su vez, en la medida en que su origen sea un acuerdo privado entre las partes, permite una mayor confidencialidad en el proceso.

83. Sobre el tema puede consultarse: María Elsa Uzal; Solución de controversias en el Comercio Internacional, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992. Bernardo M. Cremades; «La solución de conflictos internacionales: encrucijada entre el conflicto de culturas y la globalización de la economía» en Jurisprudencia Argentina, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III, p. 681. Horacio A. Grigera Naón; «Arbitraje comercial internacional en el mundo actual» en Jurisprudencia Argentina, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III, p. 701. Eduardo Jiménez de Aréchaga; «Solución de controversias en materia de inversiones extranjeras» en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, T. 48, N° 1, 1988, p. 23.

84. Marzorati define al arbitraje como «una técnica para la solución de conflictos que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de ese tercero». En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene naturaleza contractual, encuadrándole generalmente en la figura del mandato; y, por otro lado, se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional, aun cuando reconocen que los árbitros carecen de potestad para imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones. Esta última postura es a la que adhiere la mayoría de la doctrina. Véase, Osvaldo J. Marzorati; Derecho de los negocios..., op. cit., ps. 746/747.

85. María Elsa Uzal; Solución de controversias..., op. cit., p. 52.

86. Véase Osvaldo A. Gozaíni; Introducción al Nuevo Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 193.

87. Osvaldo J. Marzorati; Derecho de los negocios..., op. cit., p. 746. Véase asimismo, Bernardo M. Cremades; «El proceso arbitral en los negocios internacionales» en El Derecho, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 113, p. 769.

88. Citado por Osvaldo J. Marzorati; Derecho de los negocios..., op. cit., p. 746.

89. Citado por Osvaldo J. Marzorati; Derecho de los negocios..., op. cit., p. 754.

90. Eduardo Jiménez de Aréchaga; «Solución de controversias...», op. cit., p. 23.

Como sostiene Jiménez de Aréchaga, «es indudable que ninguna de las partes puede aceptar ir a litigar a los tribunales nacionales de la otra parte. No sólo por el temor al prejuicio contra el extranjero, el favoritismo, la falta de imparcialidad sino sobre todo, porque ninguna empresa, ninguna persona dedicada a la actividad comercial internacional puede aceptar ir a litigar a un país extranjero, contra un adversario que es nacional de ese país»<sup>91</sup>.

Jiménez de Aréchaga cita lo dicho por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso «Scherk vs. Culver»:

«Las cláusulas de arbitraje han llegado a ser una garantía esencial, a fin de asegurar el desarrollo del comercio internacional y sirven a las necesidades de los hombres de negocios transnacionales. Son más indispensables que en los contratos internos porque en los contratos internacionales, es absolutamente necesario establecer, en caso de disputa, una jurisdicción neutral cuya imparcialidad sea percibida por ambas partes y no pueda ponerse en duda».

«De ahí que las cláusulas arbitrales se han transformado en una precondition indispensable para asegurar el orden y la previsibilidad esenciales en la transacción de todo negocio internacional. La anulación de esta cláusula [...] no solo permitiría al demandante repudiar su promesa solemne, sino además reflejaría el concepto parroquial de que todas las disputas deben ser resueltas bajo nuestras leyes y en nuestros tribunales. En una era en la que se expanden las relaciones comerciales internacionales, la doctrina que niega efecto a la cláusula arbitral no tiene lugar, y sería una pesada hipoteca sobre el desenvolvimiento de futuros tratos comerciales internacionales por nuestros ciudadanos»<sup>92</sup>.

Por último, cláusulas de este tipo permiten prevenir el *forum shopping*<sup>93</sup> y, el laudo arbitral normalmente es más fácil de ejecutar que una sentencia extranjera que condene al pago de una suma de dinero<sup>94</sup>.

Estas ventajas antes mencionadas unidas a la falta de jurisdicción internacional en materia de derecho privado, han contribuido a la difusión del arbitraje en las relaciones propias del comercio internacional.

El creciente éxito que ha tenido el arbitraje no ha sido sencillo y en el camino que tiene aún por recorrer se encuentra un problema que todavía no está totalmente resuelto. Este problema tiene que ver con el hecho de que el arbitraje es una instancia excepcional, surgida de la voluntad de las partes<sup>95</sup> a la que las leyes le atribuyen la capacidad de poder darse una justicia propia, y como tal está condicionada a que no todo diferendo entre las partes es arbitrable, sino sólo aquellos temas que permiten las leyes.

La teoría clásica sostiene que es imposible pensar que los ciudadanos puedan arbitrar temas en que de un modo general el orden público<sup>96</sup> está comprometido.

En principio es válido sostener que cada Estado es dueño de establecer cuáles temas son arbitrables y cuáles no lo son. En nuestro derecho, por ejemplo, no pueden comprometerse en arbitraje, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción (artículo 737, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y se ejerce el control a nivel internacional en este aspecto, del contenido de los laudos de tribunales arbitrales extranjeros cuya ejecución se solicite.

Se verifica que las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el mencionado artículo de la ley de rito (artículo 519 bis, inciso 2 del Código), como condición para su admisión por el trámite de la ejecución de sentencia. Se deberá controlar además, el cumplimiento de los recaudos previstos por el artículo 517 del Código mencionado respecto que la prórroga de jurisdicción resulte admisible de conformidad con el artículo 1º del mismo cuerpo legal y en su caso, cualquier otro recaudo que pudieren exigir los códigos provinciales<sup>97</sup>.

En primer lugar, los temas en que esté interesado el orden público no son arbitrables. En el orden internacional, la cuestión de la arbitrabilidad en tanto toca aspectos regulados por normas imperativas en los Estados, he merecido reconocimiento y salvaguarda. Pero el gran problema es qué ley se aplica para determinar la arbitrabilidad de un problema. La ley de fondo o la ley aplicable según el Derecho Internacional Privado.

91. Eduardo Jiménez de Aréchaga; «Solución de controversias...», op. cit., p. 24.

92. Eduardo Jiménez de Aréchaga; «Solución de controversias...», op. cit., p. 24.

93. El mismo se da cuando las partes promueven la demanda en el país cuyos tribunales van a resolver el caso de manera más favorable, obteniendo la aplicación de una ley diferente por parte de un juez que normalmente no hubiera sido competente. En palabras de Weinberg de Roca: «Técnicamente el 'forum shopping' existe sin el fraude a la ley cuando el actor elige la competencia normal de uno de los tribunales en caso de competencias concurrentes, obteniendo una sentencia más favorable».

El *forum shopping* va a existir mientras no se logre unificación de legislaciones y jurisprudencia. Véase, Inés Weinberg de Roca; Derecho Internacional Privado, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.

94. María Elsa Uzal; Solución de controversias..., op. cit., p. 55.

95. «Se entiende por 'autonomía de las partes' el derecho de las partes a celebrar contratos y a darles un contenido cualquiera». Werner Goldschmidt; «La autonomía de la voluntad intra y suprapositiva» en El Derecho, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 148, p. 1268. Del mismo autor: Derecho Internacional Privado..., op. cit., p. 391 y ss.

### III. La cláusula de arbitraje en los Tratados Bilaterales de Inversión

Una cláusula típica de resolución de controversias<sup>98</sup> en un convenio de inversiones incluye por lo general, cuatro pasos diferentes<sup>99</sup> entre el reconocimiento por las partes de que ha surgido una controversia y la constitución de un tribunal arbitral:

- a) Un período de consulta y negociación;
- b) Un período de espera;
- c) Elección de jurisdicción;
- d) Elección de instituciones o reglas de arbitraje.

#### a) Consulta y negociación

Para el caso de controversia, los convenios de inversión recomiendan de forma casi idéntica en todos los casos, tanto al inversor como al Estado receptor, tratar de alcanzar un arreglo amistoso.

Esta exigencia podría llevar a las partes a que «*traten de buscar el acuerdo a través de la consulta y la negociación*», como establece el artículo 7 del Tratado Bilateral suscripto por Argentina y Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92). Por su parte, el artículo 10 inciso 1 del convenio suscripto por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: «*Las controversias que surgieren entre una de las partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia*».

Como dice un autor, el contenido sustantivo de este primer paso en la resolución de controversias podría no ser oneroso, pero la obligación es real, ya que el inversor extranjero deberá al menos notificar por escrito al Estado receptor los motivos de la controversia y tener un deseo de debatir y arreglar dicho conflicto antes de arribar al arbitraje.

#### b) El período de espera

La obligación de intentar un arreglo amistoso viene normalmente apoyada por un período de espera preceptivo antes de iniciar un arbitraje.

El artículo 10 inciso 2 del convenio suscripto por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: «*Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia lo haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión*».

Este período puede ser utilizado para la negociación del arreglo amistoso y/o la preparación del arbitraje o litigio. Un período de tres o seis meses constituye un período de prueba habitual antes del inicio de las actuaciones legales correspondientes.

#### c) La elección de jurisdicción

El próximo paso que deberá seguir el inversor extranjero, en caso que las negociaciones hayan concluido sin éxito y que el período de espera haya expirado, es la elección de foro o jurisdicción. La elección de cláusula de jurisdicción estipula típicamente tres posibles formas de resolución de controversias:

- i) Los tribunales administrativos del Estado parte;
- ii) Arbitraje comercial internacional;
- iii) Cualquier tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado<sup>100</sup>.

El inversor extranjero tendrá normalmente derecho a elegir la jurisdicción, escogiendo de forma casi invariable el arbitraje internacional. Tradicionalmente, los inversores, al igual que los Estados de su naciona-

96. El orden público está dado por el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que son imperativas, de cumplimiento obligatorio, no pudiendo ser dejadas de lado por la voluntad de las partes.

97. Véase, María Elsa Uzal; Solución de controversias..., op. cit., p. 54.

98. La 'cláusula compromisoria' se establece como veremos para obligarse a someter al arbitraje cuestiones originadas en relación al negocio sustancial a que va anexa, como un pacto previo para comprometer las controversias que puedan surgir de aquel determinado negocio. En cambio, el 'compromiso arbitral' se refiere a controversias ya surgidas entre las partes, para ser resueltas por medio del arbitraje. No obstante, los efectos que nacen tanto de una como del otro son análogos en lo que hacen al nombramiento de árbitros, procedimiento, laudo arbitral, etcétera. De todas maneras, cabe decir, que la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por nuestro país por ley 23.619, ha dado un paso adelante en la unificación jurídica del compromiso y la cláusula compromisoria aludiendo a un instrumento común llamado «acuerdo por escrito», incluyendo en el mismo tanto una cláusula contenida en un tratado o contrato como un acuerdo firmado por las partes. Véase: Jorge L. Santana; «Derecho arbitral. La cláusula compromisoria cuando el Estado es parte» en La Ley, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1990-C, p. 1117.

99. Véase B. M. Cremades y D. J. A. Cairns; «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras...», op. cit., p. 16.

100. El artículo 10 del acuerdo bilateral suscripto por Argentina y Francia (aprobado por ley 24.100/92) establece: «Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes contratantes y los inversores de la otra Parte contratante se regirán, sin perjuicio de las disposiciones del presente acuerdo, por los términos de acuerdo especial en la medida en que el mismo incluya disposiciones más favorables que las previstas en el presente acuerdo.

alidad, han considerado que sus derechos e intereses se ven más eficazmente protegidos recurriendo a la práctica arbitral.

Sin embargo, esta elección de jurisdicción por parte del inversor está sujeta a dos posibles reservas. En primer lugar, como ya hemos explicado, en algunos Tratados Bilaterales de Inversión está estipulado el requisito de recurso previo<sup>101</sup> a los tribunales nacionales, cuestión no característica de este tipo de convenios. En segundo lugar, lo referente al consentimiento necesario del Estado parte para someterse al proceso arbitral contenido en el tratado.

### **i) Recurso previo ante los tribunales nacionales**

Ya hemos visto que algunos convenios dan preferencia a la resolución de controversias por parte de los tribunales nacionales mediante el aplazamiento o la fijación de condiciones a la hora de recurrir al arbitraje internacional.

Previo a ejercer el derecho a arbitraje, el inversor debe intentar resolver el conflicto en las instancias internas del Estado receptor concediéndole un determinado período de tiempo, por ejemplo, dieciocho meses, para solucionar la controversia.

El artículo 10 inciso 3 del convenio suscripto por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: «*La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las siguientes circunstancias: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de esta artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*»

El requisito de recurso previo a los tribunales nacionales está previsto para equilibrar la protección del inversor ante un derecho ejecutable de arbitraje con la preferencia de los Estados (derivado de consideraciones de soberanía nacional e históricamente apoyada por la Doctrina Calvo) por resolver las controversias de inversión en sus tribunales nacionales.

No se plantea el requisito del agotamiento de los recursos nacionales antes de que un inversor se acoja a modelos internacionales de protección, pero sigue existiendo una exigencia más débil de recurso previo a las soluciones jurídicas nacionales.

### **ii) Consentimiento del Estado parte al arbitraje**

Un arbitraje inversor extranjero – Estado receptor conforme a un Tratado Bilateral de Inversión requiere el consentimiento para arbitrar del Estado parte. Esto se debe a que, como principio general, el arbitraje está basado en el mutuo consentimiento de las partes para arbitrar.

El artículo 25 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados requiere expresamente el consentimiento «*por escrito*» de las partes para la presentación de su controversia a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Por su parte, el carácter ejecutorio de los laudos con arreglo al Convenio de Nueva York de 1958 está basado en un acuerdo válido de arbitraje.

Podemos decir que existen dos categorías de tratados que contienen distintas cláusulas de resolución de controversias. En primer lugar, aquellos tratados bilaterales donde los Estados parte otorgan de forma expresa un consentimiento genérico por anticipado en el propio convenio de inversión.

En segundo lugar, están aquellos tratados en los que el Estado parte se reserva su aprobación requiriendo por tanto, una vez surgida la controversia, su consentimiento expreso de arbitraje. En la primera categoría, el inversor tiene un derecho al arbitraje; en la segunda no hay derecho al arbitraje en tanto no medie aceptación expresa del Estado receptor.

Una cláusula tipo de consentimiento expreso arbitral sería: *Cada Parte contratante acuerda por el presente someter ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones cualquier controversia legal resultante entre aquella Parte contratante y un ciudadano o empresa de la otra Parte contratante, en relación a una inversión de esta última en territorio de la primera.*

Así, en los tratados que contengan un tipo de cláusula semejante en que el consentimiento para el arbitraje de los Estados parte es expresamente otorgado por adelantado, tal consentimiento no será vinculante para el inversor individual<sup>102</sup>, siendo necesario para cualquier acuerdo de arbitraje el consentimiento

101. Se advierte que la Argentina al suscribir el Convenio de Washington que da creación al CIADI no se reservó en los términos del artículo 26, el derecho a exigir el agotamiento previo de sus recursos internos; lo cual, sin embargo, no implica que no lo pueda imponer en un contrato o tratado bilateral. Véase Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., p. 55.

102. En cuanto al inversor, este consentimiento es una invitación u «oferta abierta» al arbitraje, que podría ser aceptada siempre que surja una controversia relativa a una inversión. Cuando un inversor elige por escrito resolver este tipo de controversias a través del arbitraje, la «oferta abierta» del Estado es aceptada y, de este modo, queda constituido un acuerdo de arbitraje y hay consentimiento mutuo por ambas partes a efectos del ya mencionado artículo 25 del Convenio de Washington.

expreso del inversor extranjero, lo que se manifiesta generalmente a través de la presentación de una solicitud de arbitraje.

Mencionamos asimismo, un segundo tipo de convenio que cuya cláusula arbitral de solución de conflictos no importa un consentimiento expreso anticipado de los Estados parte sino, por el contrario, al momento de suscitarse la controversia será necesario celebrar un acuerdo independiente entre las partes para recurrir al arbitraje.

El modelo de cláusula en este caso sería el siguiente: *En caso de una controversia surgida entre un ciudadano o una compañía de una Parte contratante y la otra Parte contratante en relación con una inversión en el territorio de aquella otra Parte contratante, será sometida a arbitraje mediante el acuerdo de ambas partes en la controversia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.*

Una cláusula de este tipo no constituye un consentimiento vinculante para arbitrar, de modo que en caso de surgimiento de una controversia, el arbitraje internacional será solo posible si el inversor extranjero y el Estado receptor formalizan un acuerdo independiente de arbitraje.

Al decir de un autor, estas cláusulas parecen diseñadas simultáneamente al efecto de reivindicar el principio de que el arbitraje es el medio adecuado para resolver las controversias de inversión y de protección del inversor, al tiempo que preservan una independencia soberana en los Estados parte para hacer frente a las controversias de inversión en cada caso.

Su fundamento lógico subyacente es por tanto, casi idéntico al mecanismo de recurso previo a los tribunales nacionales más arriba considerado, con la excepción que el mecanismo de recurso previo otorga al inversor extranjero un derecho vinculante (aunque aplazado y condicional) a arbitrar, mientras que una cláusula que retiene el consentimiento no creará derecho alguno a arbitrar.

Dicho esto, entendemos entonces que la eficaz protección al inversor extranjero la proporciona aquella cláusula arbitral que equivale al consentimiento del Estado receptor<sup>103</sup>, toda vez que es la única que otorga al inversor un derecho ejecutable de acudir a un arbitraje internacional.

#### **d) La elección de institución o de reglas de arbitraje**

Una vez que el inversor extranjero ha elegido el arbitraje internacional como foro de resolución de una controversia de inversión, surge entonces la cuestión de si el arbitraje debería ser «no administrado» o «administrado», y, si se trata de este último, de la elección de la institución que lo administre.

El arbitraje «administrado» o «institucional», se desarrolla en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) que funciona en la oficina principal del Banco Mundial, creado por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>104</sup> que hemos mencionado ya en alguna oportunidad.

Conocido también como el *International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), este Centro fue creado con el objeto de proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas, con el propósito particular de «despolitizar» el arreglo de las diferencias en materia de inversiones<sup>105</sup>.

Si bien existe una importante diversidad de criterio en la práctica de los Tratados Bilaterales de Inversión, éstos con gran frecuencia designan el arbitraje institucional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), lo que no sorprende por el grado de especificidad del organismo creado al efecto.

Otra opción usual es el arbitraje *ad hoc* o «no administrado» conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI (*The United Nations*

103. La jurisprudencia internacional ha entendido que se viola el principio de la buena fe contractual cuando existiendo una controversia, el Estado receptor falta a su compromiso de someter a arbitraje las disputas. Asimismo, una vez que las partes consintieron el recurso al arbitraje, deben respetar tal obligación. Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., p. 60.

104. El Convenio alcanza a más de 130 Estados actualmente, entre los cuales encontramos a nuestro país, Bolivia, Paraguay, Chile y Uruguay. Brasil no firmó el Convenio. Argentina firmó el convenio el 21 de mayo de 1991 y depositó el instrumento de ratificación el 19 de octubre de 1994, entrando en vigencia el 18 de noviembre de ese año.

105. La estructura que caracteriza al órgano directivo del Centro que es el Consejo Administrativo, refleja ese equilibrio de intereses. El Consejo está integrado por un representante de cada uno de los Estados contratantes teniendo cada uno de ellos un voto. Es el Consejo el que aprueba los reglamentos y reglas que rigen las actuaciones de los tribunales arbitrales y elige al Secretario General del Centro. El objetivo supremo del Centro es promover entre los inversionistas y los Estados un ambiente de mutua confianza que favorezca el flujo de recursos hacia los países en desarrollo en condiciones razonables. Los fundadores del Centro coinciden en que la real protección al inversor está materializada en el carácter voluntario, flexible, rápido y eficaz de este instrumento de solución de conflictos. Tener en cuenta: Antonio R. Parra; «The role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes» en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 16, Nº 1, Winter 1999.

*Commission on International Trade Law - UNCITRAL*)<sup>106</sup>. Por su parte, la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París es asimismo una institución propuesta en algunos convenios en la materia.

En algunos convenios, el inversor extranjero tiene la facultad de elegir la institución o reglas aplicables. En otros, la elección se efectúa por acuerdo entre las partes (con una alternativa especificada en cada caso que las partes no lleguen a un acuerdo). Por último, en algunos tratados en que el Estado parte tiene la facultad de iniciar el arbitraje relativo a una controversia de inversión, le elección se lleva a cabo por la parte que inicia el arbitraje.

#### IV. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>107</sup>

Creemos de importancia desarrollar en este punto ciertos aspectos del Centro y del convenio que le da creación, a raíz del creciente número de demandas contra la Argentina<sup>108</sup> radicadas en este organismo y de la relevancia que actualmente ha adquirido este Centro.

Si bien, el estado actual de las controversias contra nuestro país se desarrollarán en el último punto de este trabajo, queremos presentarles aquí una primera aproximación al tema, destacando y priorizando el tratamiento de aquellos puntos relevantes para el tema eje de nuestro informe: la protección del inversor extranjero.

##### a) Procedimiento

La mayor parte de las reglas de procedimiento son supletorias, pudiendo ser modificadas por acuerdo de las partes. Las únicas disposiciones imperativas del Convenio<sup>109</sup> se refieren a la composición del tribunal, debiendo estar integrado por un solo árbitro o bien, por un número impar de ellos. Además, la mayoría no podrá tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado contratante. Consideramos de interés resaltar que, los árbitros nombrados según lo acuerden las partes, pueden no pertenecer a la Lista de Árbitros que el Centro pone a disposición de las partes.

En principio, el arbitraje se tramita en la sede del Centro. No obstante, las partes podrán acordar llevarlo a cabo en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya o de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo al efecto, o en cualquier otro lugar que el Tribunal aprobare, previa consulta con el Secretario General.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 (1) del Convenio de Washington, el Tribunal decidirá la diferencia con arreglo a las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplica la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional Público que resultaran aplicables.

Esta disposición ha sido retomada, como veremos más adelante, bajo formulaciones similares por prácticamente todos los tratados bilaterales suscriptos por Argentina.

El Convenio excluye de manera absoluta la apelación del laudo, pero admite los recursos de interpretación, anulación y revisión, los cuales también deben sustentarse de conformidad con las disposiciones del Convenio (artículos 50 a 53).

106. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es actualmente el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en la esfera del Derecho Comercial Internacional, encargado de fomentar la armonización y unificación progresiva de ese derecho. Desde su creación, la Comisión ha preparado una amplia gama de convenciones, leyes modelo y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil que inciden en el comercio internacional. El Reglamento de Arbitraje fue aprobado por la Comisión en 1976, tras amplias consultas con instituciones arbitrales y expertos en la materia. Ese mismo año, la Asamblea General del organismo internacional recomendó su uso a todos los países miembros a través de resolución 31/98, y desde entonces sus reglas han adquirido gran difusión. Véase al respecto, Ana I. Piaggi (coord.); UNCITRAL y el futuro del Derecho Comercial. El arbitraje comercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas; Buenos Aires, Depalma, 1994.

107. Para un completo análisis del Centro, véase: Julio A. Vives Chillida; El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Madrid, McGraw-Hill, 1998. También, Gabriela Álvarez Ávila; «Las características del Arbitraje del CIADI» en Anuario de Derecho Internacional, Universidad Autónoma de México, Vol. 2, México, 2002. Accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derint&n=2>. Asimismo ver, Franz Kundmüller Caminiti; «ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera» en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, accesible desde: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html>

108. Véase al respecto: Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón; «Demandas contra el Estado extranjero» en El Derecho, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 165, p. 853. También: Werner Goldschmidt; «Sometimiento y sumisión de Estados a extraña jurisdicción» en La Ley, sección Doctrina, T. 156, p. 1327.

109. Las reglas del artículo 37 (2), del artículo 14 (1), del artículo 40 (2) y artículo 39.

**b) Jurisdicción del Centro<sup>110</sup>**

El Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro<sup>111</sup>.

Si bien resulta difícil determinar *a priori* qué tipo de situaciones serían objeto de controversias entre el Estado receptor y el inversor extranjero, es claro que debe tratarse de diferencias de naturaleza jurídica, excluyéndose así todo conflicto de intereses surgidos por motivos políticos, económicos o exclusivamente comerciales.

El punto 26 del Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio señala lo siguiente: «*La expresión ‘diferencia de naturaleza jurídica’ se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal*»<sup>112</sup>.

El término «inversión» no es definido por el Convenio, dejándolo librado a lo establecido libremente por las partes en los Tratados Bilaterales de Inversión.

La jurisdicción del Centro se limita a las controversias que se susciten entre Estados e inversores extranjeros nacionales del otro Estado parte en el convenio. El Convenio de Washington califica como «nacional» del otro Estado contratante a las personas físicas y jurídicas (artículo 25 (2) a) y b) del Convenio).

Si bien en su origen el sometimiento a la jurisdicción del Centro resulta voluntario —en tanto los Estados podrían declinar suscribir el Convenio o no consentir la jurisdicción arbitral— una vez que las partes han consentido en someter su diferencia a la conciliación o el arbitraje del Centro, ellas no pueden revocar unilateralmente su consentimiento<sup>113</sup>.

En forma compatible con la Doctrina Calvo, el artículo 26 del Convenio previó que los Estados contratantes pudiesen exigir como condición para su consentimiento al arbitraje del Centro, el agotamiento previo de sus remedios internos<sup>114</sup>.

El artículo 27 del Convenio puso fin, asimismo, a la utilización de la protección diplomática<sup>115</sup>, al prohibirla expresamente a todo Estado contratante al igual que la promoción de cualquier reclamo internacional al respecto una vez consentida la jurisdicción arbitral del Centro. No obstante, corresponde decir que tales derechos renacen en el supuesto que el Estado parte en la diferencia dejase de cumplir el laudo arbitral.

Según el artículo 26 del Convenio, el consentimiento de las partes al arbitraje del Centro excluye cualquier otro recurso, salvo acuerdo de partes. Como consecuencia de ello, el procedimiento del Centro impide cualquier forma de intervención o control judicial<sup>116</sup>.

110. Véase Omar E. García Bolívar; «La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)», en Revista de Derecho Internacional y del Mercosur, Buenos Aires, La Ley, Año 8, Nº 1, 2004. Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., ps. 93 y ss. Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., ps.63 y ss.

111. Artículo 25 (1) del Convenio de Washington.

112. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965. Accesible desde: <http://www.worldbank.org/icsid>

113. En ese sentido, diversos paneles arbitrales han considerado que la suscripción de los Tratados Bilaterales de Inversión implica el consentimiento expreso a esa jurisdicción por parte de los países firmantes.

114. Así lo previeron la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República Argentina hasta el acuerdo con la República Francesa que puso fin al requisito de agotamiento previo de las instancias locales, otorgando la opción al inversor extranjero de elegir

—transcurridos seis meses de consultas amistosas entre las partes— entre el arbitraje internacional o la utilización de las vías jurisdiccionales locales.

115. En tanto la regla de jurisdicción del Centro impide que el Estado del inversor extranjero ejerza la protección diplomática (a menos que el Estado receptor se rehúse a cumplir el laudo) y el uso de la fuerza, nos proporciona un ámbito de resolución de controversias más adecuado para la «despolitización» de las diferencias relativas a inversiones, al tiempo que protege más eficazmente al inversor y a sus derechos. Incluso, el recurso del Centro resulta aún más atractivo en vista de su costo relativamente bajo y las salvaguardias intrínsecas que aseguran la integridad de sus servicios.

116. Desde esa óptica, se ha resuelto en diversas ocasiones que los tribunales locales carecen de competencia para dictar medidas precautorias en el marco de los conflictos sometidos a jurisdicción del Centro salvo que las partes hubiesen acordado expresamente una solución diferente. Apartándose de la regla general en materia de arbitraje comercial internacional según la cual el sometimiento de una disputa a un órgano arbitral no limita la competencia de los tribunales nacionales para dictar medidas provisionales destinadas a resguardar adecuadamente los derechos de las partes. En el caso del Centro, la Regla de Arbitraje 39 (5) estableció que las partes que deseen retener la opción de solicitar medidas provisionales a los tribunales nacionales deben establecerlo expresamente en el instrumento que recoge su consentimiento al arbitraje. Véase, Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., ps. 1122/1123.

**c) Derecho aplicable**

En relación al derecho aplicable, el artículo 42 del Convenio establece que el tribunal de arbitraje debe resolver la controversia con sujeción a las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo en este punto, aplicando las leyes del Estado receptor de la inversión junto con las normas de Derecho Internacional Privado aplicables al caso y las de Derecho Internacional general. Siguiendo un criterio similar, la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión establecen la aplicación de las leyes del Estado receptor de la inversión.

Por ejemplo, el acuerdo bilateral entre Argentina y Canadá (ley 24.125/92) establece en su artículo X (4) que: «*El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de esta convenio, refiriéndose al derecho de la Parte contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflicto de leyes–; los términos de acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables...*». En idéntico sentido, por ejemplo, los tratados suscriptos con España, Italia, México, Reino Unido, Australia y Francia.

El Derecho Internacional incluye las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina internacional, y otras fuentes no enumeradas, por ejemplo, Resoluciones de Naciones Unidas<sup>117</sup>. El recurso al Derecho Internacional Público es fundamental para los supuestos en que la inversión tenga la forma de un contrato con el Estado receptor, pues permite evitar cualquier «desequilibrio» entre los intereses del inversor extranjero y del Estado receptor que pudiese surgir por aplicación del derecho interno de éste último.

La jurisprudencia del Centro ha entendido que si bien el derecho del Estado receptor debe ser aplicado a la solución del conflicto<sup>118</sup>, aquél debe compararse siempre con las normas de Derecho Internacional, de forma tal que si existiera alguna laguna en el derecho interno o estuvieran en conflicto ambos derechos, prevalezca el Derecho Internacional<sup>119</sup>.

Así, el Derecho Internacional funciona de forma «complementaria» y «correlativa». Es una suerte de derecho «regulador» y «controlador» de la normativa interna. Parte de la doctrina, ha llegado a afirmar que el orden público internacional y las normas imperativas de Derecho Internacional prevalecerían sobre la normativa nacional, aún cuando las partes hubieran elegido exclusivamente ésta<sup>120</sup>.

**d) Obligatoriedad de los laudos**

Los laudos son obligatorios para las partes. Si bien no se han planteado hasta el momento supuestos relevantes en los que el Estado parte en la controversia rehúse a cumplir el laudo, de ser así se sometería a sanciones tales como la reanudación de la protección diplomática y el derecho del Estado contratante cuyo nacional es parte en la diferencia a iniciar una reclamación internacional como consecuencia del incumplimiento, sin perjuicio de la grave pérdida de credibilidad ante la comunidad internacional que tal conducta trae aparejada.

## Capítulo III: La protección del inversor extranjero en Argentina

La Argentina es el país del Mercosur que más ha avanzado en materia de protección del inversor extranjero. Supera ampliamente el número de convenios de inversión suscriptos con países exportadores de capital en comparación con los concluidos por el resto de los países mercosureños. Asimismo, ha aceptado firmemente la práctica arbitral internacional.

Si bien las normas constitucionales le aseguran al extranjero residente los mismos derechos que al argentino (con excepción de los derechos políticos), el hecho de la suscripción de estos Tratados Bilaterales de Inversión que contienen como hemos visto, derechos específicamente estipulados en protección al inversor extranjero, nos demuestra la necesidad de los mismos en la práctica comercial internacional por su eficaz protección.

117. Nos remitimos al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se aplica solo en controversias entre Estados, donde la Corte tiene competencia contenciosa. En cualquier otra diferencia se puede aplicar cualquier otra fuente, importante en nuestro caso.

118. Antonio R. Parra; «Applicable substantive law in ICSID arbitrations. Initiated under investment treaties» en ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol. 17, Nº 2, Fall 2000, p. 5.

119. Christoph Schreuer; «Commentary on the ICSID Convention» en ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, Nº 2, Fall 1997, ps. 436, 453 y 477 y ss.

120. Christoph Schreuer; «Commentary on...», op. cit., ps. 418/421 y 438/443.

## I. La internacionalización del orden jurídico argentino

Según nos cuenta Salomoni, una de las columnas vertebrales del sistema predicaba que el casi único productor y aplicador del derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, era el Estado a través de sus órganos constitucionalmente habilitados para ello<sup>121</sup>.

La transformación de tales principios se ve manifestada en lo que parte de la doctrina ha dado en llamar la «internacionalización del orden jurídico argentino». Los paradigmas sobre los cuales se asentaba nuestro ordenamiento jurídico cambiaron, al igual que nuestras instituciones y problemas a resolver.

Sin lugar a duda, el punto de inflexión en este cambio está representado por la reforma constitucional de 1994. El establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno (art. 75, inc. 22, 1º párr. de la Constitución) ha sido el primer paso de esta «internacionalización». En este sentido, el artículo 75 inciso 24 del texto constitucional facultó al Congreso nacional a delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, como por ejemplo el Mercosur.

El segundo paso ha sido la incorporación con jerarquía constitucional de diversos Tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, 2º párr. de la Constitución). Y finalmente, y que aquí interesa, resta mencionar como tercer eslabón de esta «internacionalización del ordenamiento jurídico» a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras.

En palabras de Salomoni «*estos tres ámbitos de internacionalización –integración, derechos humanos e inversiones– tienen en común la cesión del constituyente, del legislador y del juez nacionales de su poder de decisión en diversos aspectos. Se produjo una profunda delegación o desplazamiento de la jurisdicción argentina en organismos internacionales –considerados ‘latu sensu’–, que aplican a su vez, para la resolución de conflictos que allí se discuten, como ocurre en el caso de los tratados de inversiones, otros ordenamientos jurídicos distintos al que fue la base de la relación jurídica originaria*»<sup>122</sup>.

## II. Marco normativo nacional de los Tratados Bilaterales de Inversión

En el año 1989 la República Argentina aceptó por primera vez los ofrecimientos de negociar convenios de promoción y protección recíproca en materia de inversiones extranjeras efectuados por varios países exportadores de capital. A partir del 22 de mayo de 1990 –fecha de la firma del primer tratado con la República Italiana–, nuestro país progresó aceleradamente en las negociaciones, llegando a concluir hasta la actualidad más de cincuenta tratados, destinados a establecer bases mínimas para la promoción y protección recíproca de inversiones en el país.

Con la voluntad entonces de competir internacionalmente para lograr inversiones del exterior, el Congreso argentino autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a negociar este tipo de convenios a través del artículo 19<sup>123</sup>, capítulo IV relativo a inversiones extranjeras, de la ley de emergencia económica 23.697/89<sup>124</sup>. Más tarde, la Argentina dictó un nuevo ordenamiento nacional para las inversiones extranjeras aprobado mediante ley 21.382/93 y su decreto reglamentario 1853/93.

Este cambio en la política económica de nuestro país<sup>125</sup>, que respondió a la tan mentada «globalización» de la economía mundial<sup>126</sup>, tuvo entonces como objetivo principal lograr una mayor apertura a las inversiones foráneas, insertando al país en la arena internacional y otorgando al inversor extranjero la protección efectiva brindada por los tratados<sup>127</sup>.

121. Jorge L. Salomoni; «La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos» en *El Derecho*, suplemento de *Derecho Administrativo*, 28 de octubre de 2003, p. 1.

122. Jorge L. Salomoni; «La defensa del Estado en los conflictos...», op. cit., p. 3.

123. El artículo 19 reza de la siguiente manera: «Facúltese al Poder Ejecutivo Nacional a suscribir convenios, protocolos o notas reversales con gobiernos de países que tuvieren instrumentados sistemas de seguros a la exportación de capitales, de modo de hacer efectivos esos regímenes para el caso de radicación de capitales de residentes de esos países en la República Argentina, incluso con organismos financieros internacionales a los cuales la República Argentina no hubiese adherido». Entendemos que este artículo importa una suerte de autorización del Congreso nacional al Poder Ejecutivo para negociar tratados bilaterales sobre protección de inversiones.

124. Martín R. Bourel; «Nuevo régimen de inversiones extranjeras en la Argentina» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1990-A, p. 920.

125. Al respecto puede consultarse: Carlos Bruno (comp.); *Argentina, un lugar en el mundo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003. A. E. Calcagno y E. Calcagno; *Argentina – Derrumbe neoliberal y proyecto nacional*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2003. Nahuel Oddone y Leonardo Granato; «Sistema financiero argentino, un enfoque histórico desde sus orígenes hasta la crisis de Asia» en *Contribuciones a la Economía* (ISSN 1696-8360), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/cursecon/> [noviembre de 2003].

126. Sugerimos: J. Gambina (comp.); *La globalización financiera. Su impacto en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2003. F. Chesnais (comp.); *La mundialización financiera*, Buenos Aires, Losada, 2000. Ver también: Nahuel Oddone y Leonardo Granato; «Cuestiones globales en debate» en *Contribuciones a la Economía* (ISSN 1696-8360), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/cursecon/> [diciembre de 2003].

127. Luis Erize; «La protección de los Inversores en la República Argentina» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2002-E, p. 1063.

En efecto, del nuevo texto ordenado de la ley de inversiones extranjeras y su decreto aprobatorio emanan tres principios<sup>128</sup>, a saber:

- a) Se establece la igualdad de tratamiento entre los inversores locales y los inversores extranjeros (artículo 1 del texto ordenado); los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país destinados a la promoción de actividades de índole económica, o la ampliación o perfeccionamiento de las existentes «*tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales*»<sup>129</sup>;
- b) Los inversores extranjeros pueden efectuar inversiones en el país en cualquier actividad de índole económica sin necesidad de aprobación previa alguna, en iguales condiciones que los inversores nacionales (artículos 2 y 4 del decreto 1853/93), no existiendo ningún tipo de restricción o condición; y,
- c) Los inversores extranjeros tienen el derecho de repatriar su inversión y remitir al exterior sus utilidades en cualquier momento (artículo 5 del decreto 1853/93 y artículo 5 del texto ordenado de la ley).

Los convenios suscriptos por la Argentina respetan en general la estructura y disposiciones de los convenios existentes pero con ciertas particularidades<sup>130</sup> fundadas en requerimientos de nuestro ordenamiento jurídico, tradición jurídica, o conveniencia política, según sea el caso<sup>131</sup>.

Puede decirse, a criterio de Fernández de Gurmendi, que las modificaciones que pueden observarse a través de los sucesivos tratados han ido reflejando la progresiva profundización de la política económica adoptada por el Gobierno nacional durante la década del 90<sup>132</sup>.

### III. Jerarquía constitucional de los Tratados Bilaterales de Inversión

Antes de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había establecido su doctrina acerca de la jerarquía de los tratados internacionales en los fallos «*Ekmedjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros*» (Fallos 315:1492, del 07/07/92), «*Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Mixta de Salto Grande*» (Fallos 316:1669, del 07/07/93) y «*Hagelin, Ragnar c/Estado Nacional*» (Fallo 316:2176, del 22/12/93)<sup>133</sup>.

De ella surgía que los tratados internacionales eran actos federales no pudiendo *ergo* ser derogados por una ley posterior, sino que únicamente podían ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional. Además establecía claramente que los tratados tenían jerarquía superior a las leyes, pues la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que integraba nuestro ordenamiento jurídico nacional les otorgaba esa jerarquía, basándose en el artículo 27 de esa Convención («*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*»).

De esta forma, la necesaria aplicación de este último artículo antes descripto imponía a los órganos del Estado argentino –una vez asegurados, claro está, los principios de derecho público constitucionales<sup>134</sup>– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalga al incumplimiento del tratado internacional.

En lo que interesa al tema en cuestión, en la reforma constitucional de 1994 se estableció como facultad del Congreso nacional: «*Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede*» disponiendo que «*los tratados y concordatos*

128. Conforme Máximo Bomchil; «El nuevo régimen de inversiones extranjeras» en La Ley, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1994-A, p. 732.

129. En este contexto, conviene mencionar que el artículo 25 de nuestra Constitución Nacional dispone que el Gobierno federal no podrá restringir ni gravar con impuestos la entrada en el territorio nacional de los extranjeros que tengan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias y enseñar las ciencias o las artes. Claro que dicha disposición está sujeta a las leyes que reglamentan su ejercicio.

130. Según Tempone, «esas diferencias se refieren: a la cobertura, al nivel de disciplina que introducen y al grado en que contribuyen a la liberalización de sectores para la recepción de capitales extranjeros». Véase, Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 42.

131. Véase: Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 68; y, Rubén E. Tempone; Protección de Inversiones..., op. cit., p. 42.

132. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 68.

133. Véase, Esteban M. Ymaz Videla; Protección de Inversiones Extranjeras..., op. cit., p. 16.

134. El artículo 27 de nuestra Constitución dice: «El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución». Debemos vincular a este artículo con los artículos 46 y 53 de la Convención de Viena. El primero de ellos establece la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental para el derecho interno. El segundo sostiene la nulidad de todo tratado que se oponga a una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens, aquella norma que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto no admitiendo acuerdo en contrario).

tos tienen jerarquía superior a las leyes» (artículo 75, inciso 22, del texto constitucional). De igual manera se mantuvo<sup>135</sup> la redacción del artículo 27 de la Constitución Nacional<sup>136</sup>.

En el caso «Cafés La Virginia S.A.» (Fallos 317:1282), dictado con posterioridad a la reforma, la Corte Suprema mantuvo su doctrina y sostuvo que «la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional- vulnera el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)», que «esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna» y que «el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (art. 31 de la Constitución Nacional) y sería un acto constitucionalmente inválido».

Cabe destacar que la Procuración del Tesoro de la Nación en dictamen N° 112 de fecha 10 de septiembre de 1997<sup>137</sup> sostuvo también la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes de nuestro país.

Consecuentemente, estos instrumentos internacionales que constituyen los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, tienen una jerarquía superior a las leyes nacionales, las cuales no podrán desconocer las obligaciones asumidas en ellos<sup>138</sup> sin violar el Derecho internacional y causar la responsabilidad internacional del Estado argentino, cuestión no menor que nos ocupa más adelante.

Ni tampoco el Poder Judicial podría invocar leyes internas para sustraerse del cumplimiento de las normas internacionales, pues incurriría en la misma violación y responsabilidad mencionadas anteriormente.

Todo ello teniendo en cuenta que según todo lo que hemos visto no parecería que dichos acuerdos violasen principios de derecho público constitucional. Pues como ya hemos visto, a nuestro criterio la Doctrina Calvo ya no integra nuestro orden público nacional.

Es que como dice Fernández de Gurmendi, «en su gran mayoría, los compromisos asumidos en virtud de los convenios no significan una innovación de magnitud en el panorama jurídico argentino. Algunos ya existían en el derecho internacional general, otros están consagrados desde hace ya mucho tiempo por nuestro ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional [...]».

Esto permite afirmar que la importancia de estos convenios proviene no tanto del contenido particular de las obligaciones asumidas sino del hecho de aceptar asumirlas internacionalmente y con ello preservar determinadas reglas de juego por un lapso prolongado de tiempo, en ningún caso inferior a los veinte años. Esto para la Argentina, que tantas y tan bruscas oscilaciones ha conocido, constituye sin duda en sí mismo un extraordinario desafío»<sup>139</sup>.

Llevando a cabo un análisis estrictamente jurídico, podríamos afirmar que la actual Constitución Nacional con el sustento de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya descrita, debería favorecer la confianza de los inversores extranjeros –al menos desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de su protección-, pues cuentan con la garantía de que leyes nacionales posteriores no podrían desconocer las obligaciones asumidas en los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, ni ser alegadas por tribunales nacionales para desconocerlas.

135. Germán Bidart Campos; Manual de la Constitución reformada, T. I., Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 372. María Angélica Gelli; Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 244, 591 y ss. Véase también: Jorge R. Vanossi y Alberto R. Dalla Via; Régimen constitucional de los tratados, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 294 y ss.

136. Desde el punto de vista constitucional, los tratados de inversión pueden ser objeto de control en razón de su contenido en virtud de dicho artículo 27 de la Constitución que como ya dijimos obliga al Gobierno federal a celebrar tratados de conformidad con los principios de derecho público constitucional, a saber: la forma representativa, republicana y federal de gobierno (art. 1); el principio de juridicidad y de reserva (art. 19); el principio de igualdad (arts. 15, 16, 75 inc. 23 y conc.); el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (arts. 14, 28, 99 inc. 2 y conc.) y el debido proceso legal (art. 18).

137. Publicado en Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 28. Véase, Rubén M. Citara; «El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada» en La Ley, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2004-A, p. 1402.

138. La celebración y ratificación de un tratado internacionalmente válido hace nacer entonces, en cabeza del Estado, un deber legal (legal duty) de adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos ejerzan los derechos que el tratado reconoce.

139. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., ps. 74/75.

## V. Argentina y el arbitraje internacional

En nuestro país, la aceptación de la jurisdicción arbitral para dirimir controversias suscitadas entre la República Argentina y personas extranjeras dista mucho de constituir una novedad<sup>140</sup>.

En efecto, si bien la Argentina fue parte en diversos arbitrajes internacionales desde principios del siglo XIX<sup>141</sup>, ella admitió expresamente someterse a arbitrajes internacionales en materia comercial ante foros o tribunales arbitrales en forma creciente en las últimas décadas<sup>142</sup>.

En este sentido, el artículo 7 de la ley 20.548 –modificatoria de la ley permanente de presupuesto 11.672– autorizó expresamente al Poder Ejecutivo en el año 1973 a «someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya».

Dicha autorización ha sido utilizada en numerosos convenios y contratos de préstamos celebrados por la Nación Argentina o por empresas estatales argentinas con bancos extranjeros, por los que habitualmente se somete las controversias no solamente al arbitraje comercial internacional sino incluso a los tribunales extranjeros<sup>143</sup>.

Lo expuesto no debe llevarnos a desconocer la relevancia de los métodos de solución de controversias consagrados por los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por nuestro país, los cuales a criterio de Fernández de Gurmendi importan «una aceptación general y anticipada del arbitraje para ser aplicado a un amplio espectro de disputas entre el inversor y el Estado»<sup>144</sup>.

La dimensión que la institución arbitral adquiere a partir de estos instrumentos internacionales explica la reticencia inicial argentina para consagrarla sin limitaciones.

En los primeros convenios suscriptos por nuestro país, se intentó una solución de compromiso entre la obligación para el inversor de agotar los recursos internos y la admisión lisa y llana del arbitraje, inspirándose para ello en soluciones adoptadas por países vecinos. En estos primeros convenios, la Argentina no aceptó que el inversor pudiese recurrir directamente al arbitraje para resolver sus disputas contra el Estado sino que se le exigió, como condición previa, que las sometiera en primer término a los tribunales nacionales y las mantuvieran en ellos durante un plazo mínimo de 18 meses<sup>145</sup>.

El Tratado Bilateral sobre Inversiones que suscribió nuestro país con Francia el 3 de julio de 1991 constituye en materia de solución de controversias un punto de inflexión comparable al que marcó el convenio con Alemania en materia de transferencias.

A través del primero se modificó radicalmente el sistema al admitirse por primera vez la posibilidad de someter directamente el conflicto al arbitraje internacional<sup>146</sup>, produciéndose el abandono definitivo por parte de Argentina de la Doctrina Calvo en lo referido al sometimiento de disputas en el plano internacional sin recurrir previamente a los remedios locales<sup>147</sup>.

140. Como lo expresara un autor, históricamente, imperó en nuestro país la llamada «fórmula argentina» del arbitraje, acuñada a fines del siglo pasado. Según ella, se sometían a la solución arbitral «todas las controversias de cualquier naturaleza que por cualquier causa surgieran entre ellas, en cuanto no afecten a los principios de la Constitución de uno u otro país y siempre que no puedan ser solucionadas mediante negociaciones directas». Es la fórmula más amplia de su época, pues sólo se escapaban a su alcance los puntos prohibidos por la Constitución, mientras que los demás países se reservaban una zona más cómoda de excepciones, basadas en conceptos tan vagos como la soberanía, el interés nacional o el honor nacional. Esta «excesiva devoción por el arbitraje» comenta Ferrari, es una manifestación de otra constante, el pacifismo argentino. En aras de la paz, nuestro país sacrificaba la posibilidad de una defensa más enérgica de sus derechos, entregando la solución de los conflictos a potencias extranjeras, aceptando fallos que en muchas oportunidades la despojaban de su patrimonio. Véase, Gustavo Ferrari; Esquema de la política exterior argentina, Buenos Aires, Eudeba, 1981, p. 26.

141. Así ocurrió con el Reino Unido en 1830 por actos de guerra; con la República Francesa en 1841; con la República Francesa, el Reino Unido y Cerdeña en 1858; con la República Francesa en 1864; con el Reino Unido en 1870 (como resultado del bloqueo); con el Paraguay en 1878 (por cuestiones limítrofes); con el Brasil en 1895 (por cuestiones limítrofes); con Chile en 1899, 1902, 1966, 1977, 1984 y 1998 (por cuestiones limítrofes).

142. Guido S. Tawil; «Los Tratados de Promoción...», op. cit., p. 1120.

143. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 73. Acerca de la inconstitucionalidad de la renuncia a la jurisdicción nacional a favor de tribunales extranjeros estipulada en los convenios bilaterales de inversiones, véase: Liliana B. Constante; «Inconstitucionalidad de la legislación que proroga la jurisdicción nacional a favor de tribunales extranjeros en cuestiones en el que el país sea parte» en III Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI: «El Derecho y el nuevo contexto mundial. Soberanía, autodeterminación y Derecho Internacional. Universalidad y diversidad», Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 8, 9 y 10 de septiembre de 2004.

144. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 73.

145. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 73. Véase, acuerdos de Alemania y España suscriptos con Argentina.

146. Advértase, que esta cláusula es susceptible de «multilateralizarse» en caso que un inversor extranjero nacional de alguno de los países que concluyeron convenio con Argentina antes del de Francia solicitase un trato no menos favorable que el de la Nación más favorecida. Alicia M. Perugini; «La definición de las personas físicas...», op. cit., ps. 35/36.

147. El abandono de la Doctrina Calvo por nuestro país se ha visto reiterado asimismo, por la suscripción y ratificación de numerosas convenciones internacionales referidas a la ejecución de laudos arbitrales internacionales como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975) y la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

El nuevo sistema consagrado comporta para el inversor extranjero la posibilidad de optar desde un comienzo por el arbitraje en el ámbito internacional, o bien por la jurisdicción nacional si así lo prefiriese. La opción por una u otra vía es definitiva y precluye la posibilidad de utilizar toda otra vía alternativa.

En cuanto a los órganos arbitrales aceptados en los convenios, la Argentina recepta modernas corrientes en la materia<sup>148</sup>, al prever que los inversores extranjeros puedan elegir entre los dos tipos diferentes de arbitraje ya explicados en la segunda parte de este trabajo referida al arbitraje internacional.

### a) Argentina y el CIADI

En este orden de ideas, a partir de la suscripción de los convenios sobre inversión, el sometimiento de la Argentina a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones ha resultado creciente.

Si bien hacia el año 2000, nuestro país era parte de cinco arbitrajes internacionales en el ámbito del Centro basados en los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>149</sup>, un inversor argentino demandaba a España en el mismo Centro.

La mayor parte de los procesos arbitrales bajo las reglas del Centro que involucran a nuestro país hoy se relacionan con problemas vinculados con empresas licenciatarias o concesionarias de servicios públicos<sup>150</sup>.

En dos casos de los últimos años<sup>151</sup> –iniciados por inversores estadounidenses en licenciatarias de transporte y distribución de gas natural– los actores denuncian la existencia de una expropiación de su inversión debido a diferentes actos administrativos, legislativos y judiciales –incluida la controvertida ley 25.561– que afectaron los derechos reconocidos en las licencias de gas de calcular sus tarifas en dólares billetes estadounidenses, convertirlas en moneda local al tiempo de la facturación y ajustarlas por el *Producer Price Index* (PPI) norteamericano<sup>152</sup>.

En otro supuesto, un inversor estadounidense reclama una compensación significativa alegando la expropiación y violación de los compromisos asumidos por la Argentina en el Tratado Bilateral Argentina – Estados Unidos como resultado de un conflicto relacionado con la concesión de agua potable de la provincia de Buenos Aires que culminara en su rescisión<sup>153</sup>.

Otro caso es el de dos inversores estadounidenses cuestionan, asimismo, determinaciones impositivas relevantes por parte de distintas provincias argentinas que resultarían contrarias a los compromisos asumidos por la República Argentina al tiempo de la privatización del sistema de gas y de la propia legislación tributaria local aplicable<sup>154</sup>.

Finalmente, tenemos un caso de un inversor alemán que ha promovido un arbitraje internacional por considerar que la inversión efectuada con el objeto de suministrar un sistema integrado de documentación personal, servicios migratorios y padrones electorales ha sido indebidamente expropiada<sup>155</sup>.

Sin perjuicio de lo hasta aquí reseñado, es posible observar que la mayoría de las demandas de arbitraje contra Argentina luego de la pesificación de los contratos con las empresas privatizadas fueron presentadas ante el Centro<sup>156</sup>. Cabe señalar que nuestro país ha sostenido en el CIADI *«que tales reclamos no encuadran en el objeto perseguido por los Estados signatarios de los tratados al momento de firmarlos. En efecto, en ninguno de los casos se ha producido un acto expropiatorio, ni se ha discriminado al inversor extranjero o a*

148. Silvia A. Fernández de Gurmendi; «Los Convenios Bilaterales...», op. cit., p. 73.

149. «Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina», caso N° ARB/97/3, registrado el 19 de febrero de 1997; «Lanco International Inc. c. República Argentina», caso N° ARB/97/6, registrado el 14 de octubre de 1997; «Houston Industries Energy Inc. y otros c. República Argentina», caso N° ARB/98/1, registrado el 25 de febrero de 1998; «Movil Argentina S.A. c. República Argentina», caso N° ARB/99/1, registrado el 9 de abril de 1999; «Empresa Nacional de Electricidad S.A. (Chile) c. República Argentina», caso N° ARB/99/4, registrado el 12 de julio de 1999.

150. Al respecto, Santiago Panelo; «La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión» en La Ley, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-E, 1482. También, Fabiana Zonis; «Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional» en La Ley, suplemento Actualidad, Buenos Aires, 24/06/2004. Guido S. Tawil; «Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos 'Vivendi', 'Wena' y 'Maffezini'» en La Ley, sección Doctrina, T. 2003-A, p. 915.

151. «CMS Gas Transmission Company c. República Argentina», caso N° ARB/01/8, registrado el 24 de agosto de 2001 y «LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina», caso N° ARB/02/1, registrado el 31 de enero de 2002.

152. Otros inversores extranjeros en los ámbitos del gas, electricidad, petróleo, telecomunicaciones y agua potable, se encontrarían actualmente desarrollando las consultas amistosas previas al arbitraje internacional en función de agravios análogos. Situaciones particulares podrían plantearse en algunos de esos casos en la medida en que accionistas de distintas nacionalidades de la misma sociedad local promuevan una acción arbitral bajo distintos tratados, con requisitos previos de cumplimiento diferentes en relación al acceso a la jurisdicción del Centro. Véase al respecto, Guido S. Tawil; «Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos «Vivendi», «Wena» y «Maffezini» en La Ley, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-A, p. 916.

153. «Azurix Corp. c. República Argentina», caso N° ARB/01/12, registrado el 23 de octubre de 2001.

154. «Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina», caso N° ARB/01/3, registrado el 11 de abril de 2001.

155. «Siemens A.G. c. República Argentina», caso N° ARB/02/8, registrado el 17 de julio de 2002.

*la empresa extranjera con relación a los nacionales, ni se ha impedido o dificultado el acceso a la justicia argentina, con renuncia a cualquier otro fuero, para el supuesto de conflicto»<sup>157</sup>.*

El actual ministro de Justicia, Horacio Rosatti, en una entrevista concedida a Clarín defiende la postura argentina antes mencionada. Entre otras cuestiones, alude que el mecanismo arbitral del CIADI no sirve para resolver situaciones como la que está pasando nuestro país, ya que el mismo fue pensado para solucionar un número limitado de casos: *«Hay que considerar que el que tiene que pagar es el mismo demandado: el Estado argentino. Si se hace lugar a cada demanda por separado, puede llegarse al absurdo de que termine no cobrando nadie. Otro absurdo: no puede ser que un constructor particular de autopartes de un país le venda a un transportista argentino X cantidad de carrocerías y se las financie, con el dólar 1 a 1, y cuando esto cambia se demande al Estado en un tribunal extranjero, en lugar de ser un juicio de Juan contra Pedro en un tribunal argentino, como correspondería. Porque si no, todos vamos a tener siempre una conexión de extranjería, todo va a ser siempre una inversión, y un préstamo de 100 pesos tendría que ir al CIADI, con lo cual vaciaríamos la jurisdicción nacional [...]»<sup>158</sup>.*

Preguntado que fue respecto de la posición oficial de Argentina en relación a las demandas planteadas, el ministro dijo: *«Un eje es la invocación del estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad en el derecho público internacional y también en los tratados bilaterales de inversión [...]. Además, mostramos que no hubo expropiación, porque no hubo desapoderamiento de activos ni se impuso un gerenciamiento estatal. Hay una diferencia tarifaria que se está renegociando, pero de ningún modo puede decirse que ha habido una expropiación en la inversión [...]»<sup>159</sup>.*

Hay legisladores que plantean que la Argentina debería revisar y denunciar los tratados de inversión. Rosatti sostuvo: *«Los tratados, en sí mismos, no son malos. Lo que pasa es que hay un problema grave de interpretación a favor del inversionista y en contra del Estado receptor de la inversión. Si el propio tratado de inversión dice que el estado de necesidad es una causal eximente de responsabilidad, el problema es cuando se lo desconoce. Si la crisis argentina ha sido catalogada como una de las tres crisis más importantes del siglo XX, yo me pregunto si esto no es un estado de necesidad [...]»<sup>160</sup>.*

156. A febrero de 2005, encontramos los siguientes casos pendientes todos ellos de resolución jurisdiccional: «Sempra Energy International c. República Argentina», caso Nº ARB/02/16, registrado el 6 de diciembre de 2002; «AES Corporation c. República Argentina», caso Nº ARB/02/17, registrado el 19 de diciembre de 2002; «Camuzzi International S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/2, registrado el 27 de febrero de 2003; «Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/5, registrado el 7 de abril de 2003; «Camuzzi International S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/7, registrado el 23 de abril de 2003; «Continental Casualty Company c. República Argentina», ARB/03/9, registrado el 22 de mayo de 2003; «Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/10, registrado el 29 de mayo de 2003; «Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/12, registrado el 5 de junio de 2003; «Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. República Argentina», caso Nº ARB/03/13, registrado el 6 de junio de 2003; «El Paso Energy International Company c. República Argentina», caso Nº ARB/03/15, registrado el 12 de junio de 2003; «Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/17, registrado el 17 de julio de 2003; «Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/18, registrado el 17 de julio de 2003; «Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/19, registrado el 17 de julio de 2003; «Telefónica S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/20, registrado el 21 de julio de 2003; «Enersis, S.A. and others c. República Argentina», caso Nº ARB/03/21, registrado el 22 de julio de 2003; «Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/22, registrado el 12 de agosto de 2003; «EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/23, registrado el 12 de agosto de 2003; «Unisys Corporation c. República Argentina», caso Nº ARB/03/27, registrado el 15 de octubre de 2003; «Azurix Corp. c. República Argentina», caso Nº ARB/03/30, registrado el 8 de diciembre de 2003; «Total S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/04/1, registrado el 22 de enero de 2004; «SAUR International c. República Argentina», caso Nº ARB/04/4, registrado el 27 de enero de 2004; «BP America Production Company and others c. República Argentina», caso Nº ARB/04/8, registrado el 27 de febrero de 2004; «CIT Group Inc. c. República Argentina», caso Nº ARB/04/9, registrado el 27 de febrero de 2004; «Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina», caso Nº ARB/04/14, registrado el 15 de julio de 2004; «Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/04/16, registrado el 5 de agosto de 2004; «France Telecom S.A. c. República Argentina», caso Nº ARB/04/18, registrado el 26 de agosto de 2004; «RGA Reinsurance Company c. República Argentina», caso Nº ARB/04/20, registrado el 11 de noviembre de 2004; «Daimler Chrysler Services AG c. República Argentina», caso Nº ARB/05/1, registrado el 14 de enero de 2005. Fuente: «List of Pending Cases», ICSID, accesible desde <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

157. Véase: «Posición de la República sobre las presentaciones realizadas por empresas ante el CIADI», Comunicado de Prensa de la Dirección de Prensa y Difusión del Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 14 de octubre de 2004.

158. Entrevista de Mabel Thwaites Rey para diario Clarín, suplemento Económico, 30 de enero de 2005, p. 5.

159. Entrevista de Mabel Thwaites Rey, op. cit., p. 5.

160. Entrevista de Mabel Thwaites Rey, op. cit., p. 6.

## b) El caso «Maffezini»

### i) A manera de introducción

Como expresamos anteriormente, los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por la República Argentina prevén dos mecanismos de solución de controversias entre los inversores y el país receptor.

Un primer grupo de acuerdos –incluye los celebrados con Alemania, Austria, España, Reino Unido, Suiza, Canadá, Bélgica y Luxemburgo, Corea e Italia– establecen que, de no arribarse a un acuerdo en el período de consultas amistosas previsto en los respectivos tratados, el inversor debe acudir a los tribunales del Estado receptor de la inversión y recién en caso de no obtener un pronunciamiento dentro de los dieciocho meses podría optar por el arbitraje internacional.

Este mecanismo –resabio indirecto de la Doctrina Calvo– fue modificado a partir del convenio suscripto el 3 de julio de 1991 con la República Francesa, lo que les otorgó a los inversores la posibilidad de someter directamente la controversia a arbitraje internacional sin necesidad de utilizar previamente los procedimientos locales.

En consecuencia, bajo el esquema adoptado por la República Argentina a partir de ese momento, en la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión se prevé la amigable composición en forma obligatoria –normalmente por un plazo establecido en seis meses– durante el cual las partes deben negociar de buena fe una solución y, transcurrido ese lapso, se abre la opción para el inversor –la que una vez ejercida es definitiva– entre el arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI o la constitución de un tribunal *ad hoc*, en general bajo las reglas de CNUDMI.

La dualidad de procedimientos existente trae aparejados innumerables inconvenientes. Podría ocurrir así, por ejemplo, que inversores de distinta nacionalidad en un mismo emprendimiento local tuvieran vías sustancialmente diferentes para solucionar la controversia en materia de inversión y se les exigiese a uno de ellos incurrir en costos y tiempos significativamente superiores y no al otro en función de su distinta nacionalidad y los términos del tratado suscripto.

Similar situación podría presentarse en conflictos que involucren a diversas empresas competidoras en la medida en que la nacionalidad de los inversores extranjeros torne de aplicación convenios con diferencias como las expresadas.

En ese contexto, la decisión adoptada por un tribunal arbitral constituido bajo el Convenio CIADI durante el año 2000 al resolver las objeciones a su jurisdicción ante el reclamo efectuado por un inversor argentino contra el Reino de España adquiere singular relevancia.

### ii) El caso en cuestión

La acción promovida por Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España<sup>161</sup> reviste interés tanto por la cuestión objeto de comentario específico –la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida en relación con la jurisdicción del CIADI– como por tratarse de la primera controversia planteada por un inversor argentino contra un país convertido en los últimos años en exportador de capitales como España.

Esta controversia –en la que el inversor argentino obtuvo una compensación parcial de su reclamo– ratifica la importancia de los mecanismos de solución de controversia existentes en los Tratados Bilaterales de Inversión y su aptitud para ser utilizados no sólo por inversores de países tradicionalmente exportadores de capital, sino también por nacionales de países en desarrollo en conflictos suscitados con aquellas naciones.

Los procedimientos arbitrales se iniciaron ante la denuncia por parte del señor Maffezini de la existencia de una controversia ante el tratamiento recibido por su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región de Galicia. En su solicitud de arbitraje, el actor invocó las disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España (aprobado por ley 24.124/92) y –mediante la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida contenida en el Tratado Bilateral de Inversión Argentina-España– las disposiciones del Tratado Chile - España.

El Reino de España objetó la jurisdicción del CIADI y la competencia del tribunal arbitral. La objeción española se basó sobre que (i) el Artículo X (3) (a) del convenio Argentina-España exigía el agotamiento de ciertos recursos internos en España a los que el actor no dio cumplimiento y que (ii) el actor no presentó el caso ante los tribunales españoles antes de someterlo a arbitraje internacional como lo exige el Artículo X (2) del mencionado instrumento<sup>162</sup>.

En ocasión de decidir respecto de su jurisdicción, el tribunal arbitral consideró que el Artículo X del Tratado Argentina - España (a) no exige el agotamiento de los recursos internos, sino únicamente su utiliza-

161. «Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España», caso N° ARB/97/7, fallado el 13 de noviembre de 2000 y modificado parcialmente el 31 de enero de 2001.

162. Párrafo 20 de la decisión del Tribunal arbitral sobre excepciones a la jurisdicción del 25 de enero de 2000.

ción y que la controversia subsista transcurridos dieciocho meses y (b) que el planteo de ella ante los tribunales locales en ningún caso podría vedar al actor la posibilidad de recurrir posteriormente al tribunal arbitral, aunque ello no releva al actor de iniciar el proceso ante el tribunal local<sup>163</sup>.

Sin embargo, en atención a la invocación de la cláusula de Nación más favorecida existente en el Artículo IV del convenio Argentina - España, examinó las previsiones del Tratado Bilateral Argentina - España que exigen someter la controversia a la jurisdicción local por un término de dieciocho meses ante la declaración del actor de que no existía una previsión similar en el Tratado Bilateral de Inversiones Chile - España; que – como consecuencia de ello– los inversores chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y que la cláusula de nación más favorecida contenida en el Tratado Argentina - España le otorgaba la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales españoles<sup>164</sup>.

Admitiendo su jurisdicción para entender en el caso, el tribunal arbitral destacó que:

- (i) actualmente, los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados a la protección de inversores extranjeros<sup>165</sup>;
- (ii) si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquéllas del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la Nación más favorecida, pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*;
- (iii) si bien al momento de negociar el convenio Argentina todavía procuraba exigir alguna forma de agotamiento previo de recursos internos –mientras que España apoyaba la política de un derecho de sometimiento directo al arbitraje–, aquélla abandonó más tarde su política anterior y, al igual que España y Chile, aceptó las disposiciones de los tratados que contemplaban el sometimiento directo de las controversias al arbitraje después de un período de negociaciones<sup>166</sup>;
- (iv) el examen de los distintos Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por España indica que la práctica preferida por esa nación es permitir el arbitraje después de tratar de alcanzar una solución amigable durante seis meses, tal como ocurre en el convenio Chile - España;
- (v) el Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España es, de los tratados españoles, el que mayor extensión otorga a la cláusula de Nación más favorecida<sup>167</sup>;
- (vi) el inversor extranjero no podría dejar sin efecto la consideración de política pública establecida por los países contratantes recurriendo a la utilización de otro tratado que exige el agotamiento de los recursos internos sin cumplirlo, a un acuerdo que otorgue una opción entre la jurisdicción local y el arbitraje internacional en forma definitiva e irrevocable sin hacer caso de ella o apartándose del mecanismo arbitral previsto en el tratado cuya invocación se pretende<sup>168</sup>.

En función de ello, el tribunal concluyó que el señor Maffezini tenía derecho a someter la controversia al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles en tanto la exigencia de recurrir previamente a ellos contenida en el Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España no respondía a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes<sup>169</sup>.

### iii) Acerca de la decisión adoptada

La decisión adoptada en «Maffezini» en relación con la invocación de la cláusula de Nación más favorecida existente en un convenio para utilizar las previsiones de otro tratado que autorice el acceso directo a la jurisdicción arbitral ha merecido justificada atención tanto en el ámbito local como internacional.

Si bien no puede todavía considerarse que la decisión referida haya sentado una línea jurisprudencial irreversible, ella tendrá, sin lugar a dudas, efectos significativos en el futuro. En ese sentido, similar problemática a la resuelta en favor del inversor argentino en el caso «Maffezini» ha sido planteada recientemente en un arbitraje actualmente en curso contra la Argentina<sup>170</sup> en función de una cláusula arbitral similar a la prevista en el Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España, existente en el convenio Argentina – Alemania (aprobado por ley 24.098/92).

En algunos casos, se ha argumentado, asimismo, que períodos de espera como el existente en el convenio bilateral Argentina - España no son, en realidad, previsiones de naturaleza jurisdiccional, sino más

163. Párrafos 19 a 37 de la decisión.

164. Párrafos 39 a 40 de la decisión.

165. Párrafo 54 de la decisión.

166. Párrafo 57 de la decisión.

167. Párrafo 60 de la decisión.

168. Párrafo 63 de la decisión.

169. Párrafo 64 de la decisión.

170. «Siemens A.G. c. República Argentina», caso N° ARB/02/8, registrado el 17 de julio de 2002.

bien reglas de procedimiento designadas para facilitar la solución de las disputas dentro de un marco limitado de tiempo, y su cumplimiento no debiera resultar exigible si –como ocurre en función de la duración de los procesos judiciales y los costos involucrados en ellos– el mecanismo alternativo se transforma en la práctica en un mero ritualismo sin utilidad.

### c) Argentina y la CNUDMI

Pero no solo ante el CIADI nuestro país tiene radicadas demandas. Empresas británicas entablaron reclamos a Argentina ante tribunales *ad hoc* de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Según fuentes de la Procuración del Tesoro de la Nación, el número de demandas a febrero de 2005 ante tribunales de CNUDMI es cinco.

Según el tratado bilateral suscripto entre nuestro país y el Reino Unido de Gran Bretaña (aprobado por ley 24.184/92), ante alguna diferencia de una empresa británica con nuestro país, el primer tribunal a recurrir es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones<sup>171</sup>.

Pero como ya hemos estudiado, debe existir común acuerdo en este punto antes de plantear el reclamo. Como segunda opción se fijó la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>172</sup>.

Como Argentina no les reconoció a los inversores extranjeros jurisdicción ante el Centro, *BG Group*, *National Grid* y *United Utilities International Limited* presentaron su queja ante el organismo jurídico especializado de las Naciones Unidas y solicitaron la formación de un tribunal *ad hoc* para atender sus casos.

Según fuentes periodísticas, BG Group, que en Argentina controla el 70 por ciento de la distribuidora porteña de gas Metrogas, presentó su denuncia contra Argentina en febrero de 2002, al mes de haberse declarado la emergencia económica y el congelamiento de las tarifas. Su reclamo es por u\$s 200 millones. Todavía no se constituyó el tribunal<sup>173</sup>.

Por su parte, National Grid, la británica ex accionista de la transportista de electricidad, Transener, se acercó al CNUDMI el 10 de abril de 2002. Reclama 92,5 millones de libras esterlinas (u\$s 151,3 millones) que perdió por el congelamiento de las tarifas y la no aplicación del ajuste automático de tarifas según la inflación mayorista de Estados Unidos PPI y que estaba previsto en los contratos de concesión. Ya se constituyó el tribunal<sup>174</sup>.

La última empresa británica mencionada más arriba, controla el 45 por ciento de Empresa Distribuidora de Energía Atlántica (EDEA) de la provincia de Buenos Aires. El monto de su demanda asciende a u\$s 100 millones. La causa aún no tiene tribunal<sup>175</sup>.

### d) La UN.A.D.AR.

Para finalizar esta parte del trabajo, diremos que muestra de la preocupación manifestada a raíz del creciente número de casos en un lapso relativamente breve, fue, a nuestro criterio, la creación en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>176</sup> por Decreto 965/2003 (de fecha 24/10/2003) de la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral (UN.A.D.AR.), que tiene por objetivo elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa derivada de controversias planteadas por inversores extranjeros y en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (artículo 2, primer párrafo).

Por su parte, el Decreto establece que la UN.A.D.AR. será presidida por el Titular de la Procuración del Tesoro de la Nación y estará integrada por el responsable del área de Asuntos Internacionales de dicho organismo, por dos representantes del Ministerio de Economía y Producción, dos representantes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (artículo 3, primer párrafo).

171. Véase artículo 8 (3) a) del Tratado Bilateral de Inversión Argentina – Gran Bretaña, aprobado por ley 24.184.

172. Véase artículo 8 (3) b) del Tratado Bilateral de Inversión Argentina – Gran Bretaña, aprobado por ley 24.184.

173. Alejandro Bianchi; «Juicios por u\$s 450 millones contra la Argentina en Naciones Unidas» en Diario El Cronista, sección Economía y Política, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2004, p. 13.

174. Alejandro Bianchi; «Juicios por u\$s 450 millones...», op. cit., p. 13.

175. Alejandro Bianchi; «Juicios por u\$s 450 millones...», op. cit., p. 13.

176. La Procuración del Tesoro es la asesoría jurídica de más alto rango del Presidente de la Nación y de los funcionarios de la Administración Pública Nacional. Como tal, asesora al Presidente y a dichos funcionarios por medio de dictámenes, representa al Estado Nacional en juicio dadas ciertas condiciones, audita y registra los juicios en los que el Estado Nacional es parte, instruye sumarios a los funcionarios de las dos más altas categorías de la Administración que tengan funciones ejecutivas y capacita a los abogados del Estado y a los aspirantes a serlo.

## Conclusiones

La inversión internacional es un factor de suma importancia para el crecimiento económico de un país. Sin embargo, por diversas razones a lo largo de la historia, la actitud ambigua y ambivalente de los países frente a la protección del inversor extranjero constituyó un elemento de incertidumbre que afectó, en algún grado, el volumen de ese flujo de recursos.

El fenómeno de la globalización ha modificado el comportamiento tradicional de muchos de los actores internacionales, entre ellos, el del Estado. Hasta hace no mucho tiempo considerábamos a éste como el único actor del sistema internacional: hoy debemos aprender a razonar y actuar en términos de fenómenos transnacionales de todo orden.

Este proceso ha tenido como correlato en el marco jurídico una gran expansión de organismos y regímenes internacionales específicos, así como de espacios de integración económica. Tales organismos y regímenes que caracterizan a la actual comunidad internacional demuestran, paralelamente, un incremento de la «juridicidad» de las relaciones internacionales, aumentando el ámbito de aplicación del Derecho Internacional.

En este orden de ideas, la vinculación entre el Derecho Internacional y el derecho interno de los Estados plantea nuevas cuestiones. En efecto, las normas de derecho interno condicionan la práctica de los Estados en el Derecho Internacional influyendo en la formación de sus reglas. Por su parte, el Derecho Internacional genera obligaciones a los Estados que, en muchos casos, conllevan la necesidad de modificar o complementar su derecho interno. Esta interacción la vemos claramente en el Derecho Comercial Internacional.

Antiguamente, sobre la base de la premisa que cada Estado detentaba y ejercía libremente una soberanía total y permanente sobre todas sus riquezas, recursos naturales y actividades económicas, incluso la posesión y derecho de utilizarlos y disponer de ellos, se sostenía la vigencia de tres derechos en beneficio de cada Estado: a) reglamentar las inversiones extranjeras en los límites de su jurisdicción nacional; b) reglamentar y vigilar las actividades de las sociedades transnacionales en los límites de su jurisdicción nacional y c) nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de los bienes extranjeros.

De esta forma, ningún Estado se vería obligado a conceder un trato privilegiado a las inversiones extranjeras, ya que las mismas estaban sometidas únicamente al derecho interno, no pudiendo aspirar más que al trato nacional. Por otra parte, las nacionalizaciones se regían exclusivamente por el derecho interno, incluso en lo referido al monto de la compensación, y cualquier desacuerdo que pudiese surgir por ese motivo debía ser solucionado conforme a la legislación nacional del Estado que tomó tales medidas.

Esta premisa se contrapuso con las normas clásicas del Derecho Internacional Público, tornando incierto el contenido de las normas consuetudinarias que rigen la propiedad extranjera, quedando el inversor extranjero en estado de desprotección.

La dinámica del flujo de capitales constituye actualmente uno de los aspectos más salientes de la globalización económica y, en este sentido, el problema de la protección del inversor extranjero radica en encontrar el mecanismo que logre salvar tales diferencias, otorgando una protección eficaz y sólida ajustada a los tiempos que corren.

La imposibilidad de alcanzar un acuerdo acerca de la regulación de la inversión extranjera directa debido al significativo desacuerdo entre los países respecto de cuál es el mejor y más eficaz marco normativo y las restricciones a la potestad soberana regulatoria del Estado ha conllevado a generar una endeble protección en desmedro del inversor extranjero. En este contexto, el Derecho Internacional Público no puede intervenir sino en la medida en que los Estados logren consenso, sobre la base de tratados multi o bilaterales.

Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones constituyen instrumentos internacionales a través de los cuales los Estados se comprometen a garantizar al inversor extranjero un «estándar» de tratamiento y protección reconocido a nivel internacional, que consiste en abstenerse de perturbar o interferir en la gestión económica de la inversión a través de medidas discriminatorias o arbitrarias, de nacionalizar o expropiar sino bajo ciertas condiciones, de interferir en las transferencias de capital relacionados con la inversión, hacia o desde el territorio donde se ha establecido.

De esta manera vemos que las obligaciones internacionales que surgen de estos tratados imponen límites a la potestad regulatoria del Estado sobre los bienes, la operación de la inversión, y, en general, sobre la actividad económica.

El inversor extranjero requiere que el Estado receptor de la inversión garantice predictibilidad, es decir, seguridad jurídica.

Asimismo, la característica de generalidad de las normas de tratamiento y protección contenidas en estos convenios bilaterales, las transforman en idóneas para ser aplicadas a los inversores extranjeros en cualquier sector de la actividad económica, lo cual conlleva una importante extensión en el margen de protección proporcionado por estos tratados.

Si bien no se nos escapa que esta «generalidad» hace que, de alguna manera, la determinación del contenido quede librado a la decisión del tribunal llamado a decidir en el caso concreto, entendemos que el «estándar mínimo» está asegurado en la medida que son normas cuyo contenido ningún tribunal puede desconocer, toda vez que provienen de obligaciones internacionales que asumió el Estado al suscribir el convenio bilateral de inversión.

De esta forma, dado el carácter genérico de estas normas de tratamiento y protección, la labor de interpretación del tribunal que entienda en el pleito adquiere una mayor gravitación de la que es habitual el ámbito del derecho interno.

Es en este contexto que consideramos vital el rol del arbitraje internacional como mecanismo idóneo para la solución de controversias Estado – inversor extranjero.

Según lo que hemos podido observar a lo largo del trabajo, las normas de los Tratados Bilaterales de Inversión, dejan un amplio margen de discreción al tercero llamado a decidir, adquiriendo gran relevancia y trascendencia el mecanismo de resolución de controversias.

El arbitraje internacional como método de solución de controversias en materia de inversiones persigue la «despolitización» de la solución y la consiguiente «juridización» del proceso, descartando la vía diplomática.

La delgada línea que separa la jurisdicción interna de la internacional ante el actual proceso de globalización provoca que, en principio, temas reservados a la regulación del derecho interno pasen a ser regulados también por normas internacionales. Es esta interdependencia la que lleva a analizar cuestiones como la que nos convoca en particular.

Esta tendencia es clara en el ámbito del comercio internacional y, en particular, en materia de inversiones extranjeras, donde la jurisdicción exclusiva del Estado cede, progresivamente, frente a la expansión de la instancia arbitral internacional, ante la convicción del inversor extranjero que sus derechos serán mejor y más efectivamente resguardados en sede internacional.

El sistema de solución de controversias contenido en estos convenios constituye una garantía jurisdiccional adicional en el ámbito internacional.

Si bien el carácter exclusivo del derecho de opción deja a salvo la autonomía del Estado y del inversor extranjero para convenir los medios de resolución que consideren acordes con las características específicas de cada operación económica, la realidad ha demostrado que esta circunstancia no siempre ha sido interpretada de ese modo por el inversor extranjero.

La experiencia recogida por la Argentina demuestra que la mayoría de los reclamos registrados en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones derivaron de diferencias contractuales, en las que estipulaba expresamente la jurisdicción nacional. Aun en estos casos, el Estado argentino debió afrontar un procedimiento arbitral con las implicancias políticas y económicas que esta situación conlleva.

Por ello, las diferencias contractuales que no impliquen una violación de una obligación asumida por el Estado en el tratado, deberán ser expresamente exceptuadas del sistema de solución de controversias Estado – inversor extranjero.

Históricamente, los inversores han procurado que se establezca un régimen jurídico que los proteja de riesgos excepcionales, y por su parte, los Estados receptores han demostrado cierta inquietud ante la posibilidad de que importantes sectores de su economía pasen a manos de empresas sometidas a control extranjero en cuestiones que tocan a los intereses esenciales de la comunidad.

A nuestro criterio los Tratados Bilaterales de Inversión logran «armonizar» estos intereses. Dentro del espacio integrado del Mercosur, la protección está asegurada con los protocolos de promoción y protección de inversiones intra y extrazona. De los países del Mercosur, la República Argentina ha sido el país que más ha avanzado en la suscripción de estos convenios en pos de la protección del inversor extranjero, cuestión reflejada en demandas de inversores argentinos a otros Estados, cuanto en demandas de inversores extranjeros al Estado argentino.

Finalmente, consideramos probable que el régimen jurídico convencional de protección del inversor extranjero pueda evolucionar hacia sistemas más amplios y comprensivos de carácter multilateral, otorgando gran relevancia al arbitraje internacional como la instancia central de solución de diferencias sobre inversión.

## Bibliografía

### Fuentes primarias

- Informe sobre el Desarrollo Mundial 2005: «*Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos*», Panorama general; Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, Washington D. C., 2004.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo 1969.
- Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras suscriptos por la República Argentina, ordenados alfabéticamente: Alemania, Ley 24.098, 10/06/1992; Australia, Ley 24.728, 07/11/1992; Canadá, Ley 24.125, 26/08/1992; China, Ley 24.325, 11/05/1994; Corea, Ley 24.682, 14/08/1996; Cuba, Ley 24.770, 19/02/1997; Dinamarca, Ley 24.397, 09/11/1994; Egipto, Ley 24.248, 13/10/1993; El Salvador, Ley 25.023, 20/10/1998; España, Ley 24.118, 05/08/1992; Estados Unidos de América, Ley 24.124, 26/08/1992; Federación Rusa, Ley 25.353, 01/11/2000; Francia, Ley 24.100, 10/06/1992; Hungría, Ley 24.335, 02/06/1994; Indonesia, Ley 24.814, 23/04/1997; Israel, Ley 24.771, 19/02/1997; Italia, Ley 24.122, 26/08/1992; Malasia, Ley 24.613, 07/12/1995; Marruecos, Ley 24.890, 05/11/1997; México, Ley 24.972, 20/05/1998; Países Bajos, Ley 24.352, 28/07/1994; Panamá, Ley 24.971, 20/05/1998; Perú, Ley 24.680, 14/08/1996; Polonia, Ley 24.101, 10/06/1992; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Ley 24.184, 04/11/1992; República Checa, Ley 24.983, 03/06/1998; Sudáfrica, Ley 25.352, 01/11/2000; Suecia, Ley 24.117, 05/08/1992; Suiza, Ley 24.099, 10/06/1992; Turquía, Ley 24.340, 09/06/1994; Ucrania, Ley 24.681, 14/08/1996; Venezuela, Ley 24.457, 08/02/1995.
- United Nations Centre on Transnational Corporations, Bilateral Investment Treaties, UN, New York, 1988.
- Manual de Balanza de Pagos, Fondo Monetario Internacional, 1977.
- Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965.
- Documentos Básicos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI): Reglas Procesales aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación) y Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).
- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965.
- Casos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones: «Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina», caso N° ARB/97/3, registrado el 19 de febrero de 1997; «Lanco International Inc. c. República Argentina», caso N° ARB/97/6, registrado el 14 de octubre de 1997; «Houston Industries Energy Inc. y otros c. República Argentina», caso N° ARB/98/1, registrado el 25 de febrero de 1998; «Movil Argentina S.A. c. República Argentina», caso N° ARB/99/1, registrado el 9 de abril de 1999; «Empresa Nacional de Electricidad S.A. (Chile) c. República Argentina», caso N° ARB/99/4, registrado el 12 de julio de 1999; «CMS Gas Transmission Company c. República Argentina», caso N° ARB/01/8, registrado el 24 de agosto de 2001; «LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina», caso N° ARB/02/1, registrado el 31 de enero de 2002; «Azurix Corp. c. República Argentina», caso N° ARB/01/12, registrado el 23 de octubre de 2001; «Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina», caso N° ARB/01/3, registrado el 11 de abril de 2001; «Siemens A.G. c. República Argentina», caso N° ARB/02/8, registrado el 17 de julio de 2002; «Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España», caso N° ARB/97/7, fallado el 13 de noviembre de 2000 y modificado parcialmente el 31 de enero de 2001.
- «Posición de la República sobre las presentaciones realizadas por empresas ante el CIADI», Comunicado de Prensa de la Dirección de Prensa y Difusión del Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 14 de octubre de 2004.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Civil de la República Argentina.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Ley de Sociedades Comerciales 19.550.
- Ley de Inversiones Extranjeras 21.382/1993 y Decreto reglamentario 1.853/1993.

## Fuentes secundarias

### Libros

- **BARBOZA, Julio**; Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Zavalía Editores, 1999.
- **BENABENTOS, Omar A.**; Teoría General del Proceso, T. I, Rosario, editorial Juris, 2002.
- **BIDART CAMPOS, Germán J.**; Manual de la Constitución reformada, T. I., Buenos Aires, Ediar, 1998.
- **BRUNO, Carlos** (comp.); Argentina, un lugar en el mundo, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- **CASANOVA Y LA ROSA, Oriol**; Casos y Textos de Derecho Internacional Público, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1987.
- **CORONEL, Liliana y SEDRÁN, Noemí**; «Mecanismos de solución de conflictos» en Ciuro Caldani, Miguel Angel (coord.); Del Mercosur. Aduana, jurisdicción, informática, relaciones intercomunitarias, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- **COUTURE, Eduardo**; Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma Editores, 1993.
- **CHESNAIS, François** (comp.); La mundialización financiera. Génesis, costo y desafíos, traducción de Mabel Campagnoli y Lucía Vera, 1ª edición, Buenos Aires, Losada, 2001.
- **CHUDNOVSKY, Daniel y LÓPEZ, Andrés**; «Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el Mercosur» en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María (comp.); El desafío de integrarse para crecer. Balance y perspectivas del Mercosur en su primera década, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2001.
- **DI GIOVAN, Ileana**; Derecho Internacional Económico, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- **DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete**; Bilateral Investment Treaties, London, M. Nihjoff Publishers, 1995.
- **DREIZYN de Klor, A. y FERNÁNDEZ ARROYO, D.** (dir.); DeCITA 01.2004, Temas y Actualidades del Derecho del Comercio Internacional / Solución de controversias, Buenos Aires, Zavalía, 2004.
- **DROMI, Roberto J.**; Derecho Administrativo, 10ª edición actualizada, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2004.
- **DROMI, Roberto J.; EKMEKDJIAN, Miguel A. y RIVERA, Julio C.**; Derecho Comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur, 2ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.
- **FELDSTEIN de Cárdenas, Sara L. y LEONARDI de Herbón, Hebe**; Arbitraje interno e internacional, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- **FERRARI, Gustavo**; *Esquema de la política exterior argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1981.
- **FFRENCH-DAVIS, Ricardo**; *Macroeconomía, Comercio y Finanzas para Reformar las Reformas de América Latina*, Santiago de Chile, McGraw-Hill, 1999.
- **GELLI, María Angélica**; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- **GOLDSCHMIDT, Werner**; *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*, 9ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.
- **GÓMEZ JENE, Miguel**; *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000.
- **GOZAINI, Osvaldo A.**; *Introducción al Nuevo Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988.
- **HELD, David et all.**; *Transformaciones globales –Política, economía y cultura-*, traducción de Guadalupe Meza Staines, México, Oxford University Press, 2002.
- **HOPENHAYN, Benjamín y VANOLI, Alejandro**; *La globalización financiera. Génesis, auge, crisis y reformas*, 1ª edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- **IZA, Alejandro**; *Solución de controversias en los Acuerdos de Integración. La experiencia de la Unión Europea*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1997.
- **KRUGMAN, P. y OBSTFELD, M.**; *Economía Internacional, Teoría y Política*, 2ª edición, Buenos Aires, McGraw-Hill, 1994.
- **LE PERA, Sergio**; *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- **MARZORATI, Osvaldo**; *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- **MEIROVICH de Aguinis, Ana María**; *Empresas e inversiones en el Mercosur*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- **MORÁN GARCÍA, Manuel E.**; *Derecho de los mercados financieros internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- **MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del Rosario**; Manual de Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- **PASTOR RIDRUEJO, Manuel**; Curso de Derecho Internacional Público, Madrid, Tecnos, 1986.
- **PIAGGI, Ana I.** (comp.); UNCITRAL y el futuro del Derecho Comercial. El arbitraje comercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas, Buenos Aires, Depalma, 1994.

- **PUIG, Juan Carlos**; Derecho de la Comunidad Internacional, Vol. 1, Buenos Aires, Depalma, 1974.
- **RENOUVIN, Pierre y DUROSELLE, Jean-Baptiste**; Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales, traducción de Abdiel Macías Arvizu, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- **RODRÍGUEZ VELÁZQUEZ de Hubeñák, Lilia A.**; *Derecho Internacional Público, Digestos de legislación internacional*, T. I y II, Buenos Aires, A-Z Editora, 1993.
- **SAGÚÉS, Néstor P.**; *Elementos de Derecho Constitucional*, T. I y II, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- **TEMPONE, Rubén Eduardo**; *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2003.
- **TEPLITZCHI, Eduardo**; «Protección de las inversiones extranjeras en el Mercosur. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño» en *Mercosur y Empresas*, Cuadernos de EPOCA, N° 2, serie Integración Económica, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2002.
- **UZAL, María Elsa**; *Solución de controversias en el Comercio Internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- **VANOSSI, Jorge R. y DALLA VÍA, Alberto R.**; *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- **VIVES CHILLIDA, Julio A.**; *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- **WEINBERG de Roca, Inés M.**; *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.
- **YMAZ VIDELA, Esteban**; *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

#### Congresos, seminarios y foros

- **CONSTANTE, Liliana B.**; «Inconstitucionalidad de la legislación que proroga la jurisdicción nacional a favor de tribunales extranjeros en cuestiones en el que el país sea parte», en III Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI «El Derecho y el nuevo contexto mundial», Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 8, 9 y 10 de septiembre de 2004.
- **ODDONE, Nahuel**; «Mercados emergentes en crisis financieras internacionales: el caso argentino a la luz de las experiencias de México y el Sudeste Asiático» en II Congreso de Relaciones Internacionales «Los condenados de la Tierra en la agenda internacional», Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) y Universidad Nacional de La Plata, 11 y 12 de noviembre de 2004.
- **ODDONE, Nahuel y GRANATO, Leonardo**; «Globalización y desigualdad: entre el globalismo y la necesidad de equidad» en V Congreso Internacional de la Asociación Asiática de Hispanistas, Departamento de Español de la Universidad Tamkang Tamsui, Distrito de Taipei, Taiwán, 8 y 9 de enero de 2005.
- **SALOMONI, Jorge L.**; «Medios alternativos de resolución de conflictos con el Estado. El proceso arbitral ante tribunales internacionales: La fuerza expansiva de su jurisprudencia en el derecho público argentino», ponencia de las Jornadas sobre Procedimiento Administrativo de la Universidad Católica Argentina de septiembre de 2003.

#### Webgrafía

- **ALVAREZ AVILA, Gabriela**; «Las características del Arbitraje CIADI» en Anuario de Derecho Internacional, publicación de la Universidad Autónoma de México, Vol. 2, año 2002, accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/> [noviembre 2004].
- **CREMADES, Bernardo**; «Disputes arising out of foreign direct investment in Latin America: a new look at the Calvo Doctrine and other jurisdictional issues», publicación de Arbitraje y Mediación (ARyME), sección Observatorio, accesible en <http://www.aryme.com> [noviembre 2004].
- \_\_\_\_\_; «Arbitraje y desarrollo económico mundial», comunicación del I Congreso Mundial de Arbitraje (Panamá, octubre de 1999); en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, accesible en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje> [noviembre 2004].
- **CREMADES, Bernardo y Cairns, D.**; «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados», publicación del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible desde <http://www.realinstitutoelcano.org/zonas analisis> [octubre 2004].
- **KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz**; «ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera» en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, accesible desde: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html> [enero 2005].
- **ODDONE, Nahuel y GRANATO, Leonardo**; «Sistema financiero argentino, un enfoque histórico desde

sus orígenes hasta la crisis de Asia» en *Contribuciones a la Economía* (ISSN 1696-8360), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/coursecon/> [noviembre de 2003].

- **SISELES, Osvaldo**; «Los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras. Eficacia de los mismos», publicación del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible en <http://www.realinstitutoelcano.org/zonas analisis> [enero 2005].

#### eBooks

- **ODDONE, Nahuel**; *Mercados Emergentes y Crisis Financiera Internacional*. Editado por el Equipo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, España, con ISBN Nº 84-688-8059-0, accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/> [noviembre 2004].

#### Revistas especializadas y publicaciones de doctrina

- **BOGGIANO, Antonio**; «Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional de las privatizaciones», *La Ley*, sección Jurisprudencia, T. 1989-E-302.
- **BOMCHIL, Máximo**; «El nuevo régimen de las inversiones extranjeras» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1994-A-732.
- **BOUREL, Martín**; «Nuevo régimen de inversiones extranjeras en la Argentina» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1990-A-920.
- **BRUNO, Norma B.** (en colab.); «Evolución de la comunidad internacional», *Fascículos*, Nº 3, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1998.
- \_\_\_\_\_; «Tratados», Parte I y II, *Fascículos*, Nº 7 y 8, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999.
- \_\_\_\_\_; «Sujetos del Derecho Internacional Público», *Fascículos*, Nº 10, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999.
- \_\_\_\_\_; «El Estado como persona de Derecho Internacional», *Fascículos*, Nº 11, 12, 14, 15 y 16, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999.
- \_\_\_\_\_; «La persona humana en el Derecho de Gentes», *Fascículos*, Nº 24 y 25, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999.
- **CASAL, H. Daniel**; «Comentarios sobre el nuevo régimen de inversiones extranjeras» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 142 - 841.
- **CITARA, Rubén Miguel**; «El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada», en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2004-A-1401.
- **CREMADES, Bernardo M.**; «La solución de conflictos internacionales: encrucijada entre el conflicto de culturas y la globalización de la economía» en *Jurisprudencia Argentina*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III-681.
- \_\_\_\_\_; «El proceso arbitral en los negocios internacionales» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 113 – 771.
- **CUETO RÚA, Julio César**; «Un paso adelante en el desarrollo de la justicia arbitral en la Argentina», comentario al fallo «Fibrica Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande» (CSJN), en *Jurisprudencia Argentina*, sección Jurisprudencia, Buenos Aires, T. 1993-IV-471.
- **ERIZE, Luis**; «La protección de los Inversores en la República Argentina» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2002-E-1063.
- **FERNÁNDEZ de Gurmendi, Silvia A.**; «Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones» en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993.
- \_\_\_\_\_; «Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras» en *Relaciones Internacionales*, publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, Nº 3, noviembre de 1992.
- **GARCÍA BOLÍVAR, Omar E.**; «La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)», en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Buenos Aires, La Ley, Año 8, Nº 1, 2004.
- **GOLDSCHMIDT, Werner**; «Sometimiento y sumisión de Estados a extraña jurisdicción» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 156 - 1327.
- \_\_\_\_\_; «Jurisdicción internacional en contratos internacionales» en *La Ley*, Buenos Aires, T. 1986-D-46.

- \_\_\_\_\_; «La autonomía de la voluntad intra y suprapositiva», en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 148 - 1268.
- \_\_\_\_\_; «El régimen de los tratados en el derecho argentino», en *El Derecho*, Buenos Aires, T. 27 - 784.
- \_\_\_\_\_; «La autonomía conflictual de las partes, su forma y su alcance» en *El Derecho*, Buenos Aires, T. 109 - 711.
- \_\_\_\_\_; «Los tres supuestos de la jurisdicción internacional directa e indirecta» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 93 - 961.
- \_\_\_\_\_; «Los tratados como fuente del Derecho Internacional Público y del derecho interno argentino» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 110 - 955.
- **GONZALO QUIROGA, Marta**; «Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿utopía o realidad de un orden público transnacional?» en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 2000/2001, vol. XVI.
- **GRIGERA NAÓN, Horacio A.**; «Arbitraje comercial internacional en el mundo actual» en *Jurisprudencia Argentina*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III-701.
- **GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia**; «Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias» en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993.
- \_\_\_\_\_; «Un interesante caso en el que se planteó la aplicación del Acuerdo de Garantías de Inversión concluido con el Reino de España» en *La Ley*, sección Jurisprudencia, Buenos Aires, T. 2001-E-507.
- **HORY, Antoine**; «Arbitraje internacional. Admisión de una apelación por nulidad de constitución de un Tribunal Arbitral Internacional en la Cour D' Appel de Paris» en *Revista de Derecho del Mercosur*, Año 1, Nº 1, Buenos Aires, La Ley, 1997.
- **JIMENEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo**; «Solución de controversias en materia de inversiones extranjeras» en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, T. 48, Nº 1, 1988.
- **LAMM, Carolyn**; «Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes» en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, Nº 2, 1991.
- **LISDERO, Alfredo R. y HELBERT, Darío J.**; «La Protección de las Inversiones Extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 197 - 1094.
- **LIVY, Ignacio G.**; «Recurso ante la Corte por una sentencia del tribunal arbitral internacional de Salto Grande y sus consecuencias sobre las inversiones extranjeras. Relación entre el derecho nacional y el internacional, *El Derecho*, sección Jurisprudencia, Buenos Aires, T. 154 - 161.
- **MIAJA DE LA MUELA, Adolfo**; «Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras» en *Revista Española de Derecho Internacional*, Nº 22, 1969.
- **NERY DE OLIVEIRA, Alexandre**; «Arbitragem e jurisdição: diversidade e natureza jurídica» en *Revista de Direito do Mercosul*, Año 4, Nº 4, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- **ODDONE, Nahuel y GRANATO, Leonardo**; «La globalización como proceso e ideología: las desigualdades se acrecientan» en *Debates Latinoamericanos*, publicación de la Fundación Universidad de Belgrano, Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria y Centro Latinoamericano de Estudios Avanzados, Año II, Nº 3, Buenos Aires, 2004.
- **PANELO, Santiago**; «La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-E-1482.
- **PARRA, Antonio**; «The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes» en *News from ICSID*, vol. 16, Nº 1, 1999.
- \_\_\_\_\_; «Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties» en *News from ICSID*, vol. 17, Nº 2, 2000.
- **PASTOR RIDRUEJO, Manuel**; «La comunidad internacional» en *Ciencia Jurídica*, publicación del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Universidad Nacional de La Plata, T. III, La Plata, 1973.
- **PÉREZ HUALDE, Alejandro**; «Las provincias, sus contratos públicos y los Tratados Internacionales de Protección Recíproca de Inversiones», en *La Ley*, sección Jurisprudencia, Buenos Aires, T. 2001-D-14.
- **PÉREZ RAGONE, Alvaro J. D.**; «Fundamentos y medios de protección del derecho a la opción del inversor por la jurisdicción arbitral internacional en el marco de un BIT» en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 189 - 696.
- **PERUGINI, Alicia M.**; «La definición de las personas físicas y la cláusula de la Nación más favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones» en *Los Convenios para la*

*Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993.

- **ROSATTI, Horacio D.**; «Los tratados bilaterales de inversión. El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino», *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-F-1283.
- **ROVIRA, Raúl L.**; «El futuro del arbitraje como método alternativo para la solución de controversias», *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 150 - 877.
- **SALOMONI, Jorge L.**; «La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos», en *El Derecho*, apartado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, octubre 28 de 2003.
- **SANHUEZA BEZANILLA, Camilo**; «Le evolución del concepto de Estado – Nación. Hacia una delegación restringida de sus competencias soberanas a favor del multilateralismo» en *Diplomacia*, publicación de la Academia Diplomática de Chile Andrés Bello, N° 68, junio – diciembre de 1995.
- **SANTANA, Jorge Luis**; «Derecho arbitral. La cláusula compromisoria cuando el Estado es parte», *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1990-C-1117.
- **SCHREUER, Christoph**; «Commentary on the ICSID Convention» en *ICSID Review*, Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, N° 2, 1997.
- **STEVENS, Margrete**; «Experience in Arbitrations under ICSID Rules Pursuant to Bilateral Investment Treaties» en *International Business Lawyer*, N° 29, 2001.
- \_\_\_\_\_; «Arbitration and Investment Disputes – Are we heading in the Right Direction?» en *News from ICSID*, vol. 19, N° 1, 2002.
- **TAWIL, Guido S.**; «Los Tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional» en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D-1106.
- \_\_\_\_\_; Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos «Vivendi», «Wena» y «Maffezini», *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-A-914.
- **VANOSSI, Jorge R.**; «Inversiones extranjeras y seguridad jurídica» en *Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993.
- **VERVENIOTIS, George**; «Arbitral Settlement of Investment Disputes. General considerations of the ICSID Arbitration» en *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 50, N° 1, 1997.
- **ZONIS, Fabiana**; «Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional» en *La Ley*, suplemento Actualidad, Buenos Aires, 24/06/2004.

#### Artículos periodísticos y entrevistas

- **BIANCHI, Alejandro**; «Juicios por U\$S 450 millones contra la Argentina en Naciones Unidas», *Economía y Política*, diario El Cronista, 29 de noviembre de 2004.
- \_\_\_\_\_; «¿A qué se enfrenta la Argentina en el CIADI?», *Economía y Política*, diario El Cronista, 18 de octubre de 2004.
- \_\_\_\_\_; «Advierten daño diplomático por demandas ante el CIADI», *Economía y Política*, diario El Cronista, 26 de noviembre de 2004.
- **FERNÁNDEZ MOORES, Lucio**; «El Gobierno dice que los juicios de las privatizadas están 'inflados'», entrevista al Dr. Osvaldo Guglielmino, *El País*, diario Clarín, lunes 13 de diciembre de 2004.
- **OLIVERA, Francisco**; «Faltan inversiones para continuar creciendo», *suplemento Economía y Negocios*, diario La Nación, 3 de octubre de 2004.
- **PISAN, Silvia**; «En París se discutió la convertibilidad», *Política*, diario La Nación, 11 de agosto de 2004.
- **QUIROGA, Anabella**; «Privatizadas: enfrían el proyecto de ley de marco regulatorio», en *El País*, diario Clarín, 20 de octubre de 2004.
- **THWAITES REY, Mabel**; «El inversor extranjero no tiene estatus superior», entrevista al Dr. Horacio Rosatti, en *suplemento Económico*, diario Clarín, 30 de enero de 2005.