

ACERCAMIENTO AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ARGENTINO EN EL MARCO DE TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES

Esteban M. YMAZ VIDELA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los tratados bilaterales de inversiones*. III. *Ámbito de aplicación en razón de la materia del BIT: la definición de inversión y su admisión*. IV. *Ámbito de aplicación personal con respecto a personas jurídicas en los BITS*. V. *Aplicación territorial y temporal en los BITS*. VI. *Estándares de tratamiento que el Estado receptor debe otorgar al inversor extranjero en los BITS*. VII. *Umbrella clause. Stabilization clause. Performance requirements clause*. VIII. *Compensaciones por pérdidas derivadas de guerras, conflictos armados, revoluciones, estados de emergencia y desastres naturales*. IX. *Desposesión del inversor. Expropiaciones y nacionalizaciones en los BITS*. X. *La solución de conflictos relativos a las inversiones e inversores protegidos por los BITS*. XI. *Responsabilidad internacional del Estado argentino. Actos atribuibles en el orden interno a la nación, y los atribuibles a las provincias, municipios o entidades administrativas*. XII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

1. En el último tiempo han sido publicadas varias noticias periodísticas en medios nacionales e internacionales, informando sobre la particular situación de la República Argentina en el mundo del arbitraje internacional: lidera el *ranking* de Estados con mayor cantidad de acciones internacionales iniciadas por inversores extranjeros contra ella en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), un organismo dependiente del Banco Mundial.

2. Esos inversores basan sus derechos en los denominados tratados bilaterales de inversiones (BIT, por sus siglas en inglés —*Bilateral Investment Treaties*—) o acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), que la Argentina suscribió de 1990 en adelante.

3. La gran cantidad de acciones indicada ha desatado una violenta disputa iniciada por el gobierno —a nuestro entender, de carácter político, a pesar de que quiere revestírsela de ropaje jurídico— acerca de la legitimidad de los BITS y del CIADI.

4. No será el objeto de este trabajo, por ser estrictamente jurídico, pretender tomar partido por ninguna de las posiciones en ese debate.

5. Su finalidad será explicar las características de esos acuerdos bilaterales internacionales, que concluyen con una posible responsabilidad internacional de un Estado parte frente a un inversor de la otra parte.

II. LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES

6. Los BITS han sido clásicamente interpretados como uno de los medios de fomento de la inversión extranjera, sobre todo cuando los seguros contra riesgos políticos de los países exportadores de inversiones —expropiaciones, nacionalizaciones, dificultades en las remesas de ganancias y daños por guerras— exigen como condición a su otorgamiento que el país receptor haya firmado uno.¹

¹ United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, pp. iii, iv, 1, 11 y 73 (edición de 1992, p. 9); Fatouros, A. A., "Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, núm. 2, 1995, pp. 188 y ss., como surge de los preámbulos de los tratados, que mencionan la finalidad de crear condiciones favorables para las inversiones. Aunque no siempre han tenido los efectos esperados (véanse las pp. 9-11 de la obra citada en primer lugar). Lo que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra confirmado por el artículo 19 de la Ley 23.697, ubicado en el capítulo VI relativo al régimen de inversiones extranjeras, que dice: "Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a suscribir convenios, protocolos o notas reversales con gobiernos de países que tuvieran 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...". Véase Dictámenes 193:95, que trata sobre el artículo de la Ley 23.697, y que corrobora lo expuesto en el texto principal. Véase, también, el comentario de Laprida, Federico H., "El nuevo régimen de inversiones extranjeras", *Derecho económico*, Buenos Aires, Oceánicas, octubre de 1992, t. II, p. 156. Ileana di Giovan (*Derecho internacional económico*, Buenos

7. Existen, básicamente, dos modelos de este tipo de tratados.

8. Uno es el modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a sus Estados miembros, que utilizan los países europeos. Y otro es el creado e implementado por los Estados Unidos de América. Si bien hay diferencias entre ambos, los dos reiteran las exigencias mínimas comunes de seguridad para la inversión.²

9. Se ha considerado que la suscripción de este tipo de tratados, dadas sus características, significaría que la Argentina ha abandonado la doctrina Calvo. La que, basándose en el principio de igualdad de los Estados, niega que los extranjeros puedan tener derechos o privilegios especiales, y establece la necesidad de que las controversias de ellos sean sometidas a los tribunales nacionales y resueltas de conformidad con la legislación nacional, sin que su Estado de origen pueda intervenir.³

10. Debe tenerse presente que dentro de la pirámide jurídica del ordenamiento argentino, los BITS tienen jerarquía superior a las leyes nacionales, aunque inferior a la Constitución nacional (artículo 75, inciso 22).⁴

Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 276) sostiene que ese artículo 19 implica una autorización del Congreso Nacional al Poder Ejecutivo Nacional para negociar tratados bilaterales para la promoción y protección de inversiones extranjeras. La República Argentina ha suscrito más de cincuenta BITS a la fecha, incluyendo a todos los países exportadores de capital. Podemos citar como ejemplos los firmados con Italia (Ley núm. 24.112); Alemania (Ley núm. 24.098); Francia (Ley núm. 24.100); España (Ley núm. 24.118); Estados Unidos de América (Ley núm. 24.124); México (Ley núm. 24.972).

² Fernández de Gurmendi, Silvia, “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras”, *Relaciones Internacionales, Revista del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 2, núm. 3, noviembre de 1992, p. 68.

³ Peters, Paul y Schrijver, Nico, *Latin America and International Regulation of Foreign Investment: Changing Perceptions*, La Haya, Institute of Social Studies, 1991, Working Paper Series, núm. 113, pp. 14 y ss.; Ymaz Videla, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales (sus efectos en la contratación administrativa)*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pp. 13 y 14; Shihata, Ibrahim F. I., *Hacia una mayor despolitización de las diferencias relativas a inversiones: el papel del CIADI y del OMGI*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones Extranjeras, 1994, p. 2. También véase Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “La protección del inversor en el derecho internacional”, en Fundación del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, *Temas de derecho internacional*, Buenos Aires, La Fundación, 1989, pp. 53 y 54; Di Giovan, Ileana, *op. cit.*, nota 1, p. 316.

⁴ Adviértase, además, que el artículo 27 de esa misma Constitución establece: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las poten-

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN EN RAZÓN DE LA MATERIA DEL BIT: LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN Y SU ADMISIÓN

11. Estos tratados tienen una definición sumamente amplia de inversión, pues la protección está dirigida al inversor, con lo que se busca cubrir todos los activos que forman parte del patrimonio de aquél,⁵ incluyendo los contratos públicos con el Estado.⁶

12. Los suscritos por la Argentina se refieren, por ejemplo, a “todo tipo de activo” (caso del celebrado con Alemania), o “todo elemento del activo” (Belgo Luxemburguesa), o “todo tipo de inversión” (Estados Unidos), o “todo tipo de bienes” (Chile), o “todo tipo de haberes” (España), o “todo aporte o bien” (Italia) “invertido en cualquier sector de la actividad económica... de la parte en cuyo territorio ha sido efectuada” o “invertido en el territorio de una de las partes”. Seguidas luego de una enumeración no taxativa.

13. Además, esos instrumentos firmados por Argentina insertan en la definición una remisión a la legislación nacional.⁷ Además de que ella

cias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Esta última parte es la que en la disputa política en Argentina antes comentada, blanda como elemento para declarar ilegítimos los BITS o los laudos dictados en consecuencia. Pero sin precisar jurídicamente cuál es el aspecto específico de ellos que es contrario a los principios de derecho público citados.

⁵ UNCTAD, *International Investment Instruments: a Compendium*, Nueva York-Ginebra, 1996, vol. 1, p. xxvii; United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1 (y de 1992). Véase Escobar, Alejandro, “Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, núm. 1, primavera de 1996, p. 85; Pogany, Itsvan, “Bilateral Investment Treaties: Some Recent Examples”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, núm. 2, otoño de 1987, pp. 458 y 459. The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, 1992, vol. II, pp. 15 y 16.

⁶ Parra, A. R., “The Scope of New Investment Laws and International Instruments”, *Transnational Corporations*, vol. 4, núm. 3, diciembre de 1995, pp. 27 y ss., y los libros *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, pp. 17 y 8, respectivamente. También véase la obra citada en último lugar en la nota anterior. Y como se verá, algunas de sus cláusulas van dirigidas a los contratos administrativos.

⁷ Fernández de Gurmendi, Silvia, “Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras”, *Relaciones Internacionales. Revista del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 2, núm. 3, noviembre de 1992, p. 69. Lo que implica, en definitiva, que la definición de lo que se entiende por

establece, también, una definición de inversión extranjera bastante amplia.⁸

14. Con respecto a la admisión de la inversión, se encuentran dos variantes: la europea y la estadounidense.

15. En los convenios europeos se remite a la legislación local. Ésta podrá establecer todos los requisitos que entienda pertinente para esa admisión o radicación.⁹ En el caso del ordenamiento argentino actual, las inversiones extranjeras no requieren aprobación previa, en principio, y los inversores gozan de los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y leyes acuerdan a los nacionales.¹⁰ Lo cual no significa que en el futuro esta legislación no pueda cambiar.

16. En el tratado americano se dispone que para la admisión de la inversión debe darse el mismo tratamiento al inversor americano que el que se le da a los inversores nacionales. Es decir, los pone en pie de igualdad. Aunque los Estados parte pueden establecer excepciones en determinadas áreas o materias que son incorporadas a un anexo del tratado, como sucede con el suscrito con la República Argentina.¹¹

“activo” o “inversión” puede ser modificada por el país receptor, limitándola o ampliándola (p. 69). Shihata, Ibrahim, “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, núm. 1, primavera de 1994, p. 55).

⁸ Cfr. con el artículo 2o. de la Ley de Inversiones en su texto ordenado por el Decreto núm. 1853/93, que establece: “A los fines de la presente ley se entiende por: 1. Inversión de capital extranjero: a) Todo aporte de capital perteneciente a los inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país. b) La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros”. En su artículo 3o. señala que: “La inversión extranjera podrá efectuarse en: 1. Moneda extranjera de libre convertibilidad. 2. Bienes de capital, sus repuestos y accesorios. 3. Utilidades o capital en moneda nacional pertenecientes a inversores extranjeros, siempre que se encuentren legalmente en condiciones de ser transferidos al exterior. 4. Capitalización de créditos externos en moneda extranjera de libre convertibilidad. 5. Bienes inmateriales de acuerdo con la legislación específica. 6. Otras formas de aporte que se contemplen en regímenes especiales de promoción”.

⁹ Según el artículo 2o. del Tratado suscrito entre Argentina y Alemania, “cada una de las partes contratantes... las inversiones... las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones”. Shihata, Ibrahim, “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, *op. cit.*, nota 7, pp. 55 y 56.

¹⁰ Cfr. artículos 1o. y 2o. de la ley citada en la nota 8. También, artículo 20 de la Constitución nacional.

¹¹ El artículo II del Tratado con Estados Unidos dice: “Cada parte permitirá y tratará las inversiones... de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones simila-

17. Por último, los BITS se aplican a las inversiones existentes al momento de su entrada en vigor. Aunque para evitar un efecto retroactivo, la mayoría dispone que no se aplicarán a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado o hayan sido resueltas con anterioridad a su firma o entrada en vigencia.¹²

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL CON RESPECTO A PERSONAS JURÍDICAS EN LOS BITS

18. En los derechos nacionales de los países se utilizan tres criterios para determinar la “nacionalidad” de las compañías: *a)* el lugar de su sede; *b)* el del lugar de “incorporación” o el del país que según sus leyes se constituyó, y *c)* el del control de la empresa. En los tratados bilaterales se utilizan los tres criterios, en forma pura o combinada.¹³

19. En los suscritos por Argentina, en su gran mayoría se exige, para considerarla inversor de una de las partes contratantes, que una sociedad tenga su constitución y su sede en uno de los Estados parte. Y cuando un solo criterio es retenido, se privilegia el concepto de sede —de conformidad con lo establecido por el artículo 124 de la Ley de Sociedades argentina—. También existen acuerdos que prevén el criterio de control.¹⁴

res a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o a las de las nacionales o sociedades de terceros países, cualquiera que sea más favorable”. Shihata, Ibrahim, “Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment”, *op. cit.*, nota 7, pp. 56-58; artículo II (1) del Tratado recién indicado, y punto 5 del Protocolo de ese Tratado.

¹² Véase, por ejemplo, el tratado firmado con Estados Unidos, artículo XIV, punto 1; con Francia, artículo 1o., penúltimo párrafo; con Italia, artículo 11; con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, artículo 1o., inciso *a*, último párrafo; con Alemania, artículo 8o.; con España, artículo II, punto 2; con Estados Unidos, punto 8 del protocolo; con Francia, artículo 12. Fernández de Gurmendi, “Los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras”, *Relaciones Internacionales, Revista del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 2, núm. 3, noviembre de 1992, p. 70.

¹³ United Nations Centre of Transnational Corporations, *op. cit.*, nota 1, p. 25.

¹⁴ Por ejemplo, el tratado suscrito con España (artículo 1o., punto 1, inciso *b*). En el de Francia también (artículo 1o., punto 1, inciso *b*). En este último se agrega además el criterio de control en su artículo 1o., punto 2, inciso *c*: “Las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas de conformidad con la legislación de la misma”.

V. APLICACIÓN TERRITORIAL Y TEMPORAL EN LOS BITS

20. En los BITS que firmó Argentina se dispone que por territorio del Estado receptor se debe entender también a la zona adyacente al mar territorial, la zona económica exclusiva definida por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, donde si bien el Estado no mantiene su plena soberanía, tiene derechos soberanos referidos sobre todo a la explotación de los recursos naturales.¹⁵

21. Los tratados entran en vigencia en el plazo que dispone cada uno de ellos, y tienen una duración de cinco, diez o quince años según el acuerdo bilateral. Vencido ese periodo se prorrogan, en algunos tratados, en forma indefinida, y en otros por lapsos prorrogables. Pueden ser denunciados mediante una notificación previa a su vencimiento, en un plazo establecido. Si fueran de los que continúan en forma indefinida, pueden denunciarse en cualquier momento, luego del vencimiento del plazo inicial, con una notificación anticipada.¹⁶

22. La denominada “cláusula de remanencia” dispone, en general, que una vez terminada la vigencia del tratado, éste se seguirá aplicando a las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la fecha de terminación de aquél por un periodo de cinco, diez o quince años, según el convenio.¹⁷

VI. ESTÁNDARES DE TRATAMIENTO QUE EL ESTADO RECEPTOR DEBE OTORGAR AL INVERSOR EXTRANJERO EN LOS BITS

23. Existen diferentes estándares. Uno es absoluto, porque no se refiere a ningún ordenamiento para encontrar su contenido. Los otros son relativos, porque sí lo hacen.

¹⁵ United Nations Centre of Transnational Corporations, *op. cit.*, nota 1, p. 26. Como ejemplos: acuerdos bilaterales celebrados por la Argentina con Francia (artículo 1o., punto 4), España (artículo 1o., punto 4), Italia (artículo I, punto 4), Gran Bretaña (artículo 1o., inciso d), Estados Unidos (artículo I, inciso f) y Australia (artículo 1o., punto 1, inciso h).

¹⁶ Véanse los tratados indicados en la nota anterior, y los suscritos con Alemania, Chile, Austria, Suiza, Suecia, Australia, Dinamarca, Finlandia, China, Países Bajos, Gran Bretaña y Canadá.

¹⁷ Fernández de Gurmendi, *op. cit.*, nota 12, p. 74, y convenios firmados con España, Italia, Gran Bretaña, Estados Unidos y Australia.

24. El “tratamiento justo y equitativo” es del tipo absoluto. Tradicionalmente se sostiene que implica no discriminación, un estándar internacional mínimo, y el deber del Estado receptor de la inversión de proteger la propiedad extranjera. La no discriminación se refiere a que ese Estado no realice acciones discriminatorias en relación con los extranjeros en general, o con algunos en particular. El estándar internacional mínimo no es muy claro en su contenido, existiendo discusión al respecto. El deber de proteger la propiedad no incluye la prohibición al Estado de nacionalizar o expropiar, sino una razonable protección a los extranjeros y a su propiedad, basada en la debida diligencia.¹⁸

25. Los estándares relativos son el de tratamiento no menos favorable al del nacional y el de la nación más favorecida. Remiten al ordenamiento que se aplica a los nacionales o a los extranjeros más favorecidos en el país receptor, por lo que tienen el peligro de que cualquier cambio en la

¹⁸ Dolzer, Rudolf y Stevens, Margete, *Bilateral Investment Treaties*, Nihjoff Publishers, 1995; United Nations Centre of Transnational Corporations, *World Investment Report 1996: Investment, Trade and International Policy Arrangements*, Ginebra-Nueva York, Naciones Unidas, 1996, p. 182. Según Fernández de Gurmendi (*op. cit.*, nota 12, p. 70), 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, como por ejemplo una confiscación encubierta. Es un concepto 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. United Nations Centre of Transnational Corporations, *op. cit.*, nota 1, p. 31. Casi todos los convenios contienen la obligación de no perjudicar de alguna manera con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones extranjeras. Pero no se otorgan precisiones, por lo que se puede decir que el trato será discriminatorio si es menos favorable que el que ese Estado hubiese otorgado en situaciones idénticas o comparables a otras inversiones efectuadas en su territorio, lo que nos remite a los estándares relativos, que se tratan más adelante (Fernández Gurmendi, *op. cit.*, nota 12, p. 70). Es claro que el régimen del comercio nacional podría significar un trato discriminatorio, siempre y cuando no se lo hubiere establecido como excepción. Sin embargo, hay quien sostiene que la expresión “tratamiento justo y equitativo” no se refiere al estándar internacional mínimo, sino que tiene su significado propio mucho más objetivo: que el trato sea justo y equitativo (Dolzer, Rudolf y Stevens, Margete, pp. 59 y 60). Laudo en el caso *AAPL vs. Sri Lanka* del CIADI. En el laudo de la Corte Internacional de Justicia del 20 de julio de 1989, en el caso *U.S. vs. Italy*, se entendió que la protección no implicaba una garantía al inversor americano de que ningún tipo de molestia ocurriría, y que la requisición del gobierno italiano de una sociedad italiana insolvente, de la cual era parcialmente dueño un inversor americano, no violaba esa obligación. Laudos citados en The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 154 y 155. Véase, también, Dolzer, Rudolf y Stevens, Margete, *op. cit.*, en esta nota, pp. 60 y 61.

legislación que se refiere a aquéllos puede afectar a quien se beneficia de estas cláusulas de tratamiento. Significan que al inversor extranjero, su inversión y actividades afines o relacionadas, se les debe otorgar un tratamiento no menos favorable del previsto para los nacionales y para los inversores del país extranjero que haya acordado en términos más favorables con el Estado receptor, respectivamente. En principio, se utilizan para el periodo posterior a la admisión de la inversión, aunque en el tratado con Estados Unidos se lo aplica también a la admisión de la inversión.¹⁹

26. El estándar de tratamiento de la nación más favorecida posee la peculiaridad de poder dar lugar a la “multilateralización” de los tratados, en materia de la definición de inversión, las transferencias, la repatriación de capitales, expropiación, nacionalización, daños, solución de controversias, etcétera.²⁰

27. Se debe advertir que estos dos estándares de tratamiento no están ideados para sólo otorgar estricta igualdad de trato con los inversores nacionales o los extranjeros; sino que también pueden asegurar un tratamiento privilegiado para los inversores del país de origen que suscribió el acuerdo, pues en las formulaciones de esas dos cláusulas se habla de un tratamiento “no menos favorable” que el otorgado a los inversores nacionales o extranjeros de un tercer Estado.²¹

28. Lo anterior puede implicar la inconstitucionalidad del trato, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina exige que los tratados

¹⁹ United Nations Centre of Transnational Corporations, *World Investment Report 1996...*, cit., nota 18, pp. 182 y 184; UNCTAD, *op. cit.*, nota 4, vol. 1, p. xxviii; United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, pp. 33 y 34.

²⁰ Gutiérrez Posse, Hortensia *et al.*, “Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones”, *Folletos*, núm. 157, fascículo 3, pp. 36, 47 y 49.

²¹ United Nations Centre of Transnational Corporations, *World Investment Report 1996...*, cit., nota 17, p. 183; UNCTAD, *op. cit.*, nota 5, p. xxix. Es lo que se llama una discriminación a favor de los inversores extranjeros (véase Fatouros, A. A., “Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, núm. 2, otoño de 1995, p. 196, quien cita como ejemplo el régimen de transferencia de capital al extranjero). 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 es la posibilidad asegurada por estos convenios de inversiones a los inversores extranjeros del recurso al arbitraje internacional en caso de desconfianza respecto a los tribunales internos, a diferencia de la situación de los inversores nacionales.

internacionales respeten los principios de derecho público constitucional. En este sentido, se debe tener presente el artículo 20 de la Constitución nacional que pone en situación de estricta igualdad a los nacionales y extranjeros, habiéndose entendido que esto significa la prohibición de crear fueros de privilegio para algunos extranjeros, evitando dejar a nuestros habitantes en situación de inferioridad con aquéllos.²²

29. Aunque no debe olvidarse que el artículo 75, inciso 18, del actual texto constitucional ordenado, 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 puede también entenderse que los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones extranjeras aprobados por el Congreso —mediante ley—, son esas leyes protectoras de la introducción y establecimiento de nuevas industrias y de la importación de capitales extranjeros; siendo concesiones temporales de privilegios²³ y, en consecuencia, constitucionales.

30. La aplicación pura y sin excepciones de estos dos estándares relativos no permitiría ningún privilegio o medida proteccionista del Estado receptor para con los inversores nacionales. Sin embargo, se admite que se establezcan excepciones para lograr esa protección de la industria nacional, como parece surgir de los tratados que la Argentina firmó con España, Canadá y Australia, por ejemplo. El de Estados Unidos, como se vio, admite excepciones en la admisión. Otros tratados, en cambio, tienen cláusulas que parecerían impedir cualquier tipo de medida proteccionista por el Estado receptor. Disposiciones estas últimas que podrían invocar otros inversores extranjeros citando el trato igual a la nación más favorecida.²⁴

²² Gutiérrez Posse, Hortensia *et al.*, *op. cit.*, nota 20, p. 37.

²³ Debe recordarse que los tratados tienen un plazo de vigencia, después del cual pueden ser denunciados.

²⁴ United Nations Centre of Transnational Corporations, *World Investment Report 1996...*, *cit.*, nota 18, p. 184; United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, *cit.*, nota 1, p. 33. Artículo IV del tratado con Canadá. Véase, también, el artículo IV, punto 5, del tratado con España y el artículo 5o. del celebrado con Australia. Véase la curiosa referencia que hace el artículo X, inciso a, del tratado con Estados Unidos; tratados con el Reino Unido, artículo 3o.; Francia, artículo 4o.; Italia, ar-

31. De lo anterior podría entenderse que un régimen de compra nacional como el que rige en la Argentina, sería inaplicable a los inversores extranjeros cuyos países de origen hubieran suscrito BITS.²⁵

VII. UMBRELLA CLAUSE. STABILIZATION CLAUSE. PERFORMANCE REQUIREMENTS CLAUSE

32. La *umbrella clause*²⁶ tiene por objeto su aplicación a los contratos concluidos entre un inversor extranjero y el Estado receptor, incluyendo a los contratos públicos.²⁷ Su efecto no es transformar las disposiciones del contrato en obligaciones internacionales, sino que es convertir el respeto de las obligaciones de ese contrato en una obligación dentro de un BIT. Por consiguiente, el incumplimiento del contrato por el Estado receptor generaría su responsabilidad bajo los términos del tratado y —a menos que el sistema de solución de conflictos en él previsto entre a funcionar— le daría derecho al Estado de origen a ejercer su protección diplomática por el inversor.²⁸

título 3o.; Alemania, artículo 3o. Tratado suscrito con Alemania, punto 2, inciso *a*, del protocolo. Similar disposición, aunque referida al tratamiento justo y equitativo, se encuentra en el punto 3, inciso *a*, del protocolo del tratado con Francia.

²⁵ Ymaz Videla, *op. cit.*, nota 3, pp. 31 y 32.

²⁶ Los siguientes son ejemplos de ese tipo de cláusula: el convenio suscrito con Alemania en su artículo 7o., punto 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 Estados Unidos, en su artículo II, punto 2, inciso *c*, dice que “cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”; y el firmado con el Reino Unido establece en su artículo 2o., punto 2, última parte, que “cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra parte contratante”.

²⁷ United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, *cit.*, nota 1, p. 39; The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 179-180; Karl, Joachim, “The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, núm. 1, primavera de 1996, pp. 23 y 24.

²⁸ Laudo del CIADI del 29 de enero de 2004 en el caso “SGS Société Générale de Surveillance S. A. vs. Republic of the Philippines”. También véase United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, *cit.*, nota 1, p. 39; The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 179 y 180; Escobar, *op. cit.*, nota 5, pp. 89 y 90.

33. En este contexto, surge la duda de si esta cláusula cubre también a los contratos suscritos por el inversor con entidades políticas o administrativas del Estado —provincias, municipios, estados, etcétera—. Se ha entendido que sí.²⁹

34. La *stabilization clause* pretende que el Estado se comprometa a no aplicarle a la inversión la legislación nueva que surja luego de su admisión.³⁰ Se busca así evitar el denominado “hecho del príncipe”.

35. En la Argentina, el único BIT que contenía una cláusula de ese tipo era el suscrito con la República de Panamá.³¹

36. Es claro que una disposición así no impide el dictado de la legislación nueva, pero obliga a indemnizar en caso de que produzca un daño.³²

37. Cabe aclarar que el 19 de octubre de 2004 se publicaron en el *Boletín Oficial* de la República Argentina del 30 de noviembre de ese año, dos acuerdos por canje de notas interpretativos del APPRI con Panamá, que no requirieron su aprobación legislativa para su entrada en vigor.

En ellos se interpretó, entre otros aspectos, que: *a)* las disposiciones del APPRI no se considerarán vulneradas cuando los actos u omisiones de uno de los Estados parte son de alcance general y no discriminatorios; *b)* no constituye expropiación directa o indirecta, ni nacionalización o medida similar, y consecuentemente no están sujetos a compensación, el acto o serie de actos legislativos o regulatorios no discriminatorios que

²⁹ Véase Karl, *op. cit.*, nota 27, pp. 23 y 24.

³⁰ United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, *cit.*, nota 1, p. 40; The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 147 y ss., 161 y ss.

³¹ El artículo 30. reza así: “Expropiaciones, nacionalizaciones o medidas similares. Ninguna de las partes contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo modificación o derogación de leyes, que tenga el mismo efecto contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra parte contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva. El monto de dicha compensación corresponderá al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de la expropiación o antes de que la expropiación inminente se hiciera pública, comprenderá intereses desde la fecha de la expropiación a una tasa comercial normal, será pagada sin demora y será efectivamente realizable y libremente transferible”.

³² Lavieć, Weil y Leben; Tschanz y Mayer, citados por The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 147 y ss., 161 y ss.

adopte uno de los Estados parte con el propósito de proteger objetivos de bienestar general, tales como los de orden público, de salud pública, de seguridad pública, de política social, económica, monetaria, cambiaria y tributaria; c) la determinación del tipo de cambio no constituye un supuesto de expropiación directa ni indirecta ni una medida similar a aquella sino una medida regulatoria de política económica no compensable, y d) la adopción temporaria, sobre base no discriminatoria, de medidas de control de cambio por un Estado parte no modifica la disposición del tratado de garantizar la transferencia de las mencionadas inversiones y ganancias.

38. La cláusula de *performance requirements*, prevista en el tratado suscrito con Estados Unidos de América, impide que se disponga en el ordenamiento del Estado receptor como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que se requieran o exijan compromisos de exportar mercancías, o que se especifique que ciertas mercaderías o servicios se adquieran localmente, o que impongan cualesquiera otros requisitos similares. Es decir, medidas protectoras del desarrollo nacional.³³

39. Podría entenderse, así, que esa norma impide que se le aplique a los inversores extranjeros que sean parte en contratos administrativos, normas nacionales que los obliguen a subcontratar con empresas locales o proveerse de bienes y servicios producidos en la Argentina, como lo dispone el régimen del comercio nacional o argentino.³⁴

VIII. COMPENSACIONES POR PÉRDIDAS DERIVADAS DE GUERRAS, CONFLICTOS ARMADOS, REVOLUCIONES, ESTADOS DE EMERGENCIA Y DESASTRES NATURALES

40. En estos supuestos, los acuerdos bilaterales no prevén un derecho absoluto del inversor a la compensación, sino que aseguran que éste sea tratado de una manera no menos favorable que el acordado a los inversores nacionales o a los de la nación más favorecida, lo que en definitiva

³³ Véase United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, p. 48 (edición de 1992, p. 10). Véase, también, Fatouros, *op. cit.*, nota 21, p. 197.

³⁴ Ymaz Videla, *op. cit.*, nota 3, p. 39.

remite a la legislación y jurisprudencia nacional para calificar esos hechos y establecer sus consecuencias y posibilidad de compensación.³⁵

41. Este aspecto de los tratados ha tomado actualmente relevancia para la Argentina, con respecto a los reclamos internacionales de inversores extranjeros que se han sentido perjudicados en sus inversiones por el régimen de “pesificación” que dispuso el gobierno argentino a partir del 6 de enero de 2002.³⁶

IX. DESPOSESIÓN DEL INVERSOR. EXPROPIACIONES Y NACIONALIZACIONES EN LOS BITS

42. Los distintos hechos que los tratados prevén son: la expropiación directa y nacionalizaciones, y la expropiación indirecta.

43. Las nacionalizaciones, o estatizaciones, se explican por sí mismas.

44. La expropiación directa abarca no sólo a la expropiación formal que prevé cualquier legislación nacional, sino también cualquier medida del gobierno, no importa cómo se la califique localmente —incluyendo a los incumplimientos contractuales graves—, que produzcan una interrupción en las operaciones de la inversión.³⁷

45. En cambio, la expropiación indirecta comprende a todas aquellas medidas como una excesiva discriminación impositiva, prohibición de repatriación de capitales, desigual e inequitativo trato por autoridades judiciales y administrativas, incumplimientos o medidas administrativas o judiciales o legislativas arbitrarias, etcétera, que no producen la interrupción de las actividades del inversor, pues generalmente son de pequeña envergadura, pero que pueden producirle daño y —ya sea por la escala

³⁵ Ese derecho tampoco podría derivarse del derecho internacional, a menos que el Estado receptor haya sido responsable por no haber tomado razonables medidas para proteger la inversión, de acuerdo con la regla general de la debida diligencia. Véase United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, pp. 46 y 82 (edición de 1992, p. 10). Como ejemplos, los tratados suscritos con Francia (artículo 5o., punto 3), Italia (artículo 4o.), Reino Unido (artículo 4o.). En igual sentido: Fernández de Gurmendi, Silvia, *op. cit.*, nota 11, p. 71.

³⁶ Ley núm. 25.561, Decreto núm. 214/2002, con todas sus modificaciones y reglamentaciones.

³⁷ United Nations Centre of Transnational Corporations, *World Investment Report 1996...*, cit., nota 17, p. 190; UNCTAD, *op. cit.*, nota 4, p. xxxiv.

de la medida o su intención— convertirse en expropiaciones indirectas, pues su efecto final es ruinoso.³⁸

46. Así, jurisprudencialmente se ha dicho con respecto a la expropiación indirecta que

no se discute que en este caso el gobierno de Irán no sancionó ninguna ley o decreto de acuerdo al cual el *Zomorod Project* o *Shah Goli* expresamente haya sido nacionalizado o expropiado. Sin embargo, es reconocido en el derecho internacional que medidas tomadas por el Estado pueden interferir con derechos de propiedad en tal extensión que estos derechos se convertirán en tan inútiles que se juzgan que han sido expropiados, aun cuando el Estado no haya tenido el propósito de expropiarlos y el título de propiedad formalmente se mantenga en cabeza del propietario original.³⁹

Y que expropiación incluye

no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.⁴⁰

47. En todos los supuestos de desposesión de este título, los BITS no prohíben que el Estado receptor realice esos actos, sino que exige que se cumplan ciertos requisitos: *a)* que sean tomados por razones de utilidad pública o interés público; *b)* que no sean discriminatorios; *c)* que se dé una compensación, y *d)* que estén sujetos a debido proceso judicial o arbitral.⁴¹

³⁸ Dolzer, Rudolf, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 1, núm. 1, primavera de 1986, pp. 41-65; United Nations Centre of Transnational Corporations, *World Investment Report 1996...*, cit., nota 18, p. 190; UNCTAD, *op. cit.*, nota 5, p. xxxiv.

³⁹ Caso *Starret*, citado por United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, p. 59.

⁴⁰ Laudo del 30 de agosto de 2000 del CIADI, en el caso "Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos".

⁴¹ Véanse como ejemplo los tratados suscritos con Alemania (artículo 4o.), España (artículo V), Italia (artículo 5o., incisos *b* y *c*), Francia (artículo 5o., punto 2), Estados

48. En cuanto a la compensación, ésta debe ser “pronta, adecuada y efectiva”. La jurisprudencia internacional habla de una compensación “completa” (*full compensation*), lo que se ha entendido que incluye tanto al daño emergente como al lucro cesante. Aunque deberá probarse en cada caso el alcance de ese daño.⁴²

49. Téngase presente que la obligación de compensar existe, indiferentemente de si los hechos de desposesión que sufre el inversor son legítimos o ilegítimos.⁴³

X. LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS RELATIVOS A LAS INVERSIONES E INVERSORES PROTEGIDOS POR LOS BITS

50. Los acuerdos internacionales celebrados por la Argentina tienen previsto dos tipos de conflictos, con sus respectivos métodos de solución: a) los conflictos entre las partes contratantes del tratado —los Esta-

Unidos (artículo IV, punto 1), Reino Unido (artículo 5o.), Canadá (artículo 5o.), Australia (artículo 7o.). United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, p. 49 (edición de 1992, p. 10). The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, p. 139.

⁴² United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, pp. 55 y 83 (edición de 1992, p. 10); Friedland, Paul D. y Wong, Eleanor, “Measuring Damages for the Deprivation of Income - Producting Assets: ICSID Case Studies”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, núm. 2, otoño de 1991, p. 402; Pogany, *op. cit.*, nota 5, p. 465; The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 140-145; Westberg, John A., “Applicable Law, Expropriatory Takings and Compensation in Cases of Expropriation: ICSID and Iran - United States Claims Tribunal Case Law Compared”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 8, núm. 1, primavera de 1993; “Chórzow Factory Case”, y casos “Liamco” y “Aminoil”, en The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 142 y 143. En el segundo se sostuvo que la clásica fórmula “prompt, adequate, effective”, compensación estándar, establecía un máximo y una guía práctica. Friedland y Wong, *op. cit.*, en esta nota, p. 403; Westberg, *op. cit.*, en esta nota, pp. 15, 18, 19 y 27. Los casos fueron AGIP v. Congo, Benvenuti & Bonfant v. Congo, Amco Asia v. Indonesia, y LETCO v. Liberia. Aunque en el caso AGIP sostuvo que en ciertas circunstancias el principio de “full” compensación puede ser limitado, aunque no aclaró cuáles podrían ser esas circunstancias. Ymaz Videla, *op. cit.*, nota 3, pp. 45 y 46.

⁴³ Ymaz Videla, *op. cit.*, nota 3, pp. 47 y 48; Westberg, *op. cit.*, nota anterior, pp. 10-12; The International Bank for Reconstruction and Development-The World Bank, *op. cit.*, nota 5, pp. 142 y 143.

dos—, y *b*) los conflictos entre el inversor extranjero y el Estado receptor.⁴⁴ La controversia del inversor extranjero con particulares será resuelta de conformidad con lo que disponga la legislación nacional del Estado receptor.⁴⁵

51. Los conflictos entre los Estados parte se refieren a cuestiones atinentes a la interpretación y aplicación del tratado correspondiente. Así, una parte puede entender que la otra no respetó una disposición del convenio o que la interpretó erróneamente. Por ejemplo, el Estado receptor puede tomar medidas que no cuiden del tratamiento no menos favorable que el de los nacionales, o el de un tercer Estado, etcétera. Estos conflictos prevén dos etapas en su solución. Primero se debe recurrir a negociaciones o gestiones diplomáticas. Si no se obtuviera una solución, cualquiera de las partes puede pedir que se constituya un tribunal *ad hoc*, formado por tres árbitros, que resolverá la cuestión. Sus decisiones serán obligatorias y definitivas.⁴⁶

52. Por otro lado, las controversias entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión tienen su propio método de solución. Las controversias deben estar vinculadas con la inversión y referirse a violaciones del BIT (por ejemplo, que no se ha otorgado alguno de los estándares de tratamiento, o que se ha producido una desposesión del inversor, etcétera).⁴⁷

44 United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, p. 61; United Nations Centre of Transnational Corporations, *World Investment Report 1996...*, cit., nota 18, p. 193; UNCTAD, *op. cit.*, nota 5, p. xxxvii; Fatouros, *op. cit.*, nota 21, pp. 198 y ss.; Karl, *op. cit.*, nota 27, pp. 20 y ss.; Escobar, *op. cit.*, nota 5, pp. 91 y ss.; Pogany, *op. cit.*, nota 4, pp. 468 y ss.

45 Fatouros, *op. cit.*, nota 21, p. 199; UNCTAD, *op. cit.*, nota 5, p. xxxviii. Aunque en el tratado suscrito con Australia, en el artículo 14, se encuentra regulado expresamente, obligando al Estado receptor a permitir a los inversores recurrir a un arbitraje para solucionar esta clase de conflictos.

46 Véanse los tratados suscritos por Argentina con Alemania (artículo 9o.), España (artículo IX), Italia (artículo 9o.), Francia (artículo 11), Estados Unidos (artículo VIII), Reino Unido (artículo 9o.), Canadá (artículo XII) y Australia (artículo 12). United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, cit., nota 1, pp. 61-64. El convenio celebrado con Estados Unidos establece que se aplicarán, salvo que se acuerde lo contrario, las normas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

47 Puede verse así en los BITS suscritos por la Argentina. Fernández de Gurmendi, Silvia, “El arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras”, en Piaggi, Ana I. et al., *UNCITRAL y el futuro del derecho comercial. El arbitraje co-*

53. Estos conflictos deben resolverse, o por lo menos intentar que lo sean, mediante consultas y negociaciones amistosas entre las partes en la disputa. La mayoría de los tratados establece un plazo mínimo de seis meses para las negociaciones amistosas, aunque otros guardan silencio. Transcurrido este periodo, al inversor y al Estado se les da la posibilidad de recurrir, mediante la simple petición de cualquiera de ellos, a algún procedimiento judicial o arbitral para resolver sus problemas.⁴⁸

54. En esta segunda etapa, podemos encontrar en los BITS suscritos por la Argentina dos tipos de procedimientos.⁴⁹

55. En los primeros que se suscribieron se exige al inversor como condición previa a que inicie un arbitraje internacional que someta la controversia a la decisión de los tribunales locales judiciales por un periodo mínimo de dieciocho meses, vencido el cual, si no existiera una sentencia o si habiéndola no conformara a las partes, podría recurrir al arbitraje internacional; la excepción está dada cuando las dos partes convienen en ocurrir directamente a los tribunales arbitrales sin pasar por los judiciales locales. Este tipo de cláusula es llamada *half heartened Calvo* o *Soft Calvo*, dado que es una solución intermedia entre la obligación de agotar los recursos internos y la admisión lisa y llana del arbitraje internacional.⁵⁰

mercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 73 y 74; Paulson, Jon, "Arbitration without Privity", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, núm. 2, otoño de 1995, p. 238, dice que las definiciones amplias de inversiones en los tratados bilaterales de inversiones, permite que se incluya en el sistema de protección tanto a los derechos contractuales debidos por el Estado receptor como también aquellos que sólo son afectados por la acción del Estado receptor, dando como ejemplo de definición amplia la que contiene, entre otros, el tratado entre el Reino Unido y Argentina.

⁴⁸ Véanse, como ejemplo, los tratados suscritos con Alemania (artículo 10), España (artículo X), Italia (artículo 8o.), Francia (artículo 8o.), Estados Unidos (artículo VII), Reino Unido (artículo 8o.), Canadá (artículo X), Australia (artículo XIII). En el convenio firmado con México, en el punto 2 de su anexo al convenio, establece un plazo —aunque sin quedar muy claro si es para iniciar el procedimiento de solución de conflictos o el arbitraje internacional— máximo de cuatro años para que el inversor presente su reclamo, desde que haya conocido el presunto incumplimiento, así como las pérdidas o daños sufridos.

⁴⁹ Véase, también, Fernández de Gurmendi, Silvia, *op. cit.*, nota 12, pp. 72 y 73; Di Giovan, Ileana, *op. cit.*, nota 1, pp. 281, 323 y 324.

⁵⁰ La exigencia de agotar los recursos internos se basaba en el principio de respeto a la soberanía del Estado receptor (Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 3, p. 56; Fernández de Gurmendi, *op. cit.*, nota 12, p. 73), pues implicaría denegación de justicia

56. En los tratados que se negociaron posteriormente, el primero de los cuales fue el concluido con Francia el 3 de julio de 1991, se admite la posibilidad de someter directamente el conflicto sobre la inversión al arbitraje. El inversor debe optar entre la jurisdicción nacional y el arbitraje internacional; la opción por cualquier vía es definitiva y precluye la posibilidad de utilizar la otra.⁵¹

57. Se ha entendido, sin embargo, que los inversores que tienen un tratado con el primer procedimiento pueden alegar su derecho a ocurrir directamente al arbitraje internacional, en virtud de la cláusula de tratamiento no menos favorable que la nación más favorecida, aplicable a los procedimientos de solución de controversias.⁵²

58. En cuanto al tribunal arbitral, los tratados prevén, en general, dos alternativas: *a)* el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965, y *b)* un tribunal arbitral *ad hoc* establecido de

(de acuerdo con Jiménez de Aréchaga, p. 56, y Gutiérrez Posse, Hortensia *et al.*, “Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones”, *cit.*, nota 20, p. 14). Véanse, como ejemplo, los tratados firmados con Alemania, España, Italia, Reino Unido y Canadá.

⁵¹ Véase, también, Fernández de Gurmendi, Silvia, *op. cit.*, nota 12, p. 73. Además del tratado con Francia, véase, como ejemplo, el tratado con Australia. El suscrito con Estados Unidos tiene la opción, aunque no dice que sea definitiva. El de México, en su anexo al Convenio, punto 4, dice que un inversor no podrá presentar una reclamación en representación de una asociación, sociedad, etcétera, si esta última ha iniciado procedimientos ante cualquier tribunal judicial o administrativo con respecto a la medida presuntamente violatoria; y aclara que no se entiende por actuación ante tribunal administrativo el ejercicio de recursos administrativos ante las propias autoridades ejecutorias de la medida presuntamente violatoria.

⁵² Laudo del CIADI del 25 de enero de 2000 en el caso “Emilio Agustín Maffezini vs. Kingdom of Spain”. Ya antes, una autora argentina había dicho que “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, pueden multilateralizarse... sistemas de solución de controversias...”; “la cláusula puede aplicarse al tratamiento protector de las inversiones que comprenden problemas tales como... sistemas de solución de controversias...”. “La cláusula de la nación más favorecida se aplica a las inversiones y a los aspectos vinculados a éstas. Comprende, como ya se ha dicho... los sistemas de solución de controversias...” (Perugini, Alicia M., en Gutiérrez Posse, Hortensia *et al.*, “Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones”, *cit.*, nota 20, pp. 36, 47 y 49, respectivamente).

conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).⁵³

59. En algunos convenios bilaterales, los Estados parte otorgan expresamente su consentimiento anticipado a la jurisdicción arbitral a la que finalmente se vaya. En los otros tratados debe entenderse que la simple suscripción del mismo, al contener una cláusula de arbitraje, significa el otorgamiento anticipado de su consentimiento.⁵⁴

60. Llegados a este punto, debe tenerse presente que desde hace algunos años la República Argentina, primero jurisprudencialmente y luego legislativamente, ha adoptado el criterio o política de la “inmunidad de jurisdicción relativa de los Estados”. Esto significa que los Estados extranjeros pueden ser sometidos a la jurisdicción de tribunales argentinos, sin que puedan oponer su carácter de soberanos, cuando el juicio se refiere a determinado tipo de actos (generalmente denominados *iure gestionis*, aunque se abarcan otros de carácter público).⁵⁵

61. Por lo que se ha entendido, basado en precedentes jurisprudenciales, normas y dictámenes, que la prórroga de jurisdicción a tribunales ar-

⁵³ Véanse, como ejemplo, los tratados suscritos con Alemania (artículo 10); España (artículo X); Italia (artículo 8o.); Francia (artículo 8o.); Estados Unidos (artículo VII); Reino Unido (artículo 8o.); Canadá (artículo X); Australia (artículo XIII). En algunos de ellos se admite también la posibilidad de ocurrir a un tribunal arbitral acordado en otro instrumento por las partes.

⁵⁴ Los firmados con Australia, Estados Unidos e Italia, por ejemplo. Véase Fernández de Gurmendi, Silvia, “El arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras”, en Piaggi, Ana I. *et al.*, *UNCITRAL y el futuro del derecho comercial. El arbitraje comercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 79; Gutiérrez Posse, Hortensia *et al.*, “Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones”, *cit.*, nota 20, p. 13; Lamm, Carolyn B., *Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, p. 466; Delaume, Georges, “Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law*, vol. 2, núm. 2, otoño de 1987, p. 405; del mismo autor, “Contractual Waivers of Sovereign Immunity: Some Practical Considerations”, *ICSID Review - Foreign Investment Law*, vol. 5, núm. 2, otoño de 1990, pp. 235 y 236; Shihata, Ibrahim F. y Parra, Antonio R., “Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 9, núm. 2, otoño de 1994, pp. 185 y 186; Di Giovan, Ileana, *op. cit.*, nota 1, p. 282. Esto también surge de United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, *cit.*, nota 1, p. 70, donde se considera que la mención expresa del consentimiento al tribunal arbitral es forzada.

⁵⁵ Ymaz Videla, *op. cit.*, nota 3, pp. 56-58.

bitrales aceptada por la Argentina en los BITS es válida constitucionalmente e implica una renuncia a su inmunidad de jurisdicción.⁵⁶

62. De los arbitrajes que existen contra la Argentina, sólo unos pocos se realizan frente a un tribunal *ad hoc*. La gran mayoría transcurre ante el CIADI. Esto se debe a que resulta dificultoso constituir un tribunal arbitral bajo los términos de las reglas CNUDMI si no hay acuerdo de partes, ya que todavía no han sido aprobadas por ley argentina, y por lo tanto reglamentadas. En cambio, un tribunal institucional como el CIADI tiene ya establecido un sistema completo, y es una garantía de un funcionamiento estructurado.⁵⁷

63. El CIADI fue creado por el convenio antes citado. Tiene personalidad jurídica internacional, aunque está estrechamente ligado al Banco Mundial. Su sede se encuentra en la oficina principal de ese banco en Washington.⁵⁸

64. Sin entrar a analizar pormenorizadamente las peculiaridades de la jurisdicción del CIADI, lo que escapa al objeto de este trabajo, es conveniente tener presente dos aspectos de este sistema arbitral: el derecho aplicable a la solución de controversias y la obligatoriedad y ejecución de un laudo del CIADI.

65. Los BITS concluidos por el gobierno argentino establecen, en términos generales, que el derecho aplicable será el tratado bilateral en cuestión, los otros tratados que existan entre los Estados parte, el dere-

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 55-60. Véase, también, Fernández de Gurmendi, Silvia, “El arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras”, *op. cit.*, nota 54, p. 79; Gutiérrez Posse, Hortensia *et al.*, “Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones”, *cit.*, nota 20, p. 13; Lamm, Carolyn B., *op. cit.*, nota 54, p. 466; Delaume, Georges, “Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration” y “Contractual Waivers of Sovereign Immunity: Some Practical Considerations”, *op. cit.*, nota 54, pp. 405, y 235-236, respectivamente; Shihata, Ibrahim F. y Parra, Antonio R., *op. cit.*, nota 54, pp. 185 y 186; Di Giovan, Ileana, *op. cit.*, nota 1, p. 282. En algunos de los tratados ese consentimiento está claramente manifestado. En los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación 122:307, 165:20, 183:269, y en el Dictamen núm. 112/97, del 10 de septiembre de 1997, se entiende que la fijación de tribunales judiciales extranjeros o arbitrales internacionales en un contrato, constituye una prórroga de jurisdicción y por lo tanto una renuncia a la inmunidad soberana; pero refiriéndose a contratos de préstamo.

⁵⁷ Ymaz Videla, *op. cit.*, nota 3, p. 62.

⁵⁸ Fernández de Gurmendi, Silvia, “El arbitraje para la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras”, *op. cit.*, nota 54, p. 77.

cho interno del Estado receptor, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y los principios generales del derecho internacional.⁵⁹

66. El derecho internacional comprende a las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina internacional. En el CIADI se hace especial hincapié en los tratados internacionales, el principio de buena fe, y el del cumplimiento de los acuerdos voluntariamente convenidos. En este tribunal se ha entendido que el recurso al derecho internacional es fundamental para los supuestos en que la inversión tenga la forma de un contrato con el Estado, pues permite evitar cualquier desequilibrio entre los intereses del inversor y el Estado receptor que pudiera existir con la aplicación exclusiva del derecho nacional de éste. Así, su jurisprudencia dispone que si bien el derecho local debe ser aplicado, aquél debe ser

⁵⁹ *Ibidem*, p. 82; Di Giovan, Ileana, *op. cit.*, nota 1, p. 320. El régimen de solución de conflictos establecido en un tratado bilateral de inversiones es una oferta del Estado receptor a los inversionistas del Estado de origen; si el inversionista inicia el procedimiento arbitral ante el CIADI, acepta esa oferta, perfeccionándose un acuerdo que incluye una cláusula sobre el derecho aplicable. Ese acuerdo encuadra en el supuesto previsto en la primera parte del artículo 42.1. Sin embargo, su contenido es similar a la segunda parte del artículo 42.1, por lo que también su funcionamiento. Véase Schreuer, Christoph, "Commentary on the ICSID Convention", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, núm. 2, otoño de 1997, pp. 410, 413, 416, 422 y 433-435. El derecho aplicable a estas controversias está previsto en los artículos de los tratados que establecen el procedimiento para la solución de ellos. El tratado suscrito con España tiene una cláusula idéntica. El tratado alemán-argentino dispone: "El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las partes, del derecho interno de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales de derecho internacional". El de Italia dice: "El tribunal arbitral decidirá sobre la base del derecho de la parte contratante que sea parte en la controversia —incluyendo las normas de esta última relativas a conflictos de leyes—, las disposiciones del presente acuerdo, los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios de derecho internacional en la materia"; el de Francia señala: "...decidirá en base a las disposiciones del presente acuerdo, el derecho de la parte contratante que sea parte en la controversia —incluidas las normas relativas a conflictos de leyes— y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del derecho internacional en la materia"; iguales a las de la de Francia son las disposiciones del tratado suscrito con el Reino Unido, Canadá y Australia. El de México agrega un párrafo que dice: "La interpretación que formulen las partes contratantes de común acuerdo y por escrito sobre una disposición de este Acuerdo, será obligatoria para cualquier órgano arbitral establecido de conformidad con el mismo".

constantemente comparado con el derecho internacional, y si existiera alguna laguna en el derecho nacional o estuviera en conflicto en algún punto con aquel derecho, el derecho internacional debe prevalecer. Funciona en forma “complementaria” y “correctiva”, es “regulador” y “controlador” del derecho nacional.⁶⁰

67. Los laudos del CIADI son obligatorios y definitivos para ambas partes en la controversia, con salvedad de los recursos de aclaración, revisión o anulación previstos en el procedimiento de ese tribunal.⁶¹

⁶⁰ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, citado por Shihata y Parra, *op. cit.*, nota 54, pp. 193-195. Véase, también, Schreuer, Christoph, *op. cit.*, nota 59, pp. 465-473. Cuando el artículo 42.1 habla de las normas de derecho internacional que “pudieren ser aplicables”, se está refiriendo a las normas de ese derecho que fueran efectivamente aplicables al caso (p. 477). Casos *Klöckner v. Cameroon*, *Amco v. Indonesia*, *SPP v. Egypt*, *LETCO v. Liberia* (citados en Shihata y Parra, pp. 202-206); Westberg, *op. cit.*, nota 42, pp. 5-10; Schreuer, Christoph, *op. cit.*, nota 59, pp. 436, 453, 477, 478 y 482-487. Un laudo más reciente en este punto es el dictado el 8 de diciembre de 2000 por el CIADI en el caso *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. De esa jurisprudencia también se concluye que: 1) un tribunal no debe limitarse a aplicar únicamente o el derecho nacional o el internacional, sino analizar la cuestión legal bajo la luz de ambos sistemas; 2) una decisión que puede ser fundamentada en el derecho del Estado receptor no necesita ser sostenida en principios generales del derecho; 3) un tribunal puede dar una decisión fundada en el derecho del Estado receptor, aun cuando no encuentra ningún soporte positivo en el derecho internacional siempre que no exista una prohibición en este derecho; 4) un tribunal no debe emitir una decisión con base en el derecho del Estado receptor, si éste viola una norma imperativa del derecho internacional; 5) un reclamo que no puede ser sostenido en el derecho del Estado receptor debe ser admitido si tiene una base independiente en el derecho internacional (Schreuer, pp. 486 y 487). La aplicación del derecho nacional del Estado receptor tiene límites: *a)* las normas de derecho internacional imperativas, el orden público internacional y la función supletoria y correctiva del derecho internacional; *b)* la capacidad del Estado receptor de someterse a arbitraje; *c)* el estatus legal del inversor, y *d)* los cambios legislativos que afectan esencialmente a la inversión (pp. 457-460). Westberg (*op. cit.*, nota 42, pp. 8 y 10), basándose en una expresión del fallo *LETCO v. Liberia*. Lo que debería prevalecer es el orden público internacional y las normas imperativas del derecho internacional (pp. 418-421 y 438-443).

⁶¹ Véanse, como ejemplos, los tratados suscritos con Alemania, España, Italia. El de Estados Unidos establece que “cada parte se compromete a llevar a cabo sin demora las disposiciones de cualquiera de tales laudos y a encargarse de su observancia en su territorio”, pero en su artículo X, inciso *a*, dispone que el tratado “no afectará las leyes y los reglamentos, las prácticas o los procedimientos administrativos o las sentencias judiciales de cualquiera de las partes”. Broches, A., “Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, núm. 2, otoño de 1987, p. 289.

68. De acuerdo con los términos de la Convención del CIADI, el laudo es equiparado a una sentencia firme de los tribunales judiciales del Estado donde se solicitará su reconocimiento, por lo que los tribunales nacionales no lo podrían revisar, ni siquiera controlar si se conforma con el orden público nacional. Se limitarían a realizar un “*exequatur* simplificado”, como lo estableció en el caso “*Benvenuti & Bonfant v. Congo*” la Corte de Apelación de París. Es decir, el *exequatur* —que en la Argentina se encuentra regulado en los artículos 517 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— es un control local de ciertos requisitos que debe cumplir el laudo arbitral extranjero antes de ser ejecutado. Pero en este caso, los tribunales locales se limitarían a supervisar que lo que se les presente sea una copia del laudo certificada por el secretario general del CIADI, nada más. Si es así, reconocerán su obligatoriedad. Solución que se compatibiliza con el artículo del Código recién citado, pues éste excluye el *exequatur* allí previsto si un tratado internacional dispusiera otro procedimiento. Los tribunales locales no podrían negar el reconocimiento con base en el orden público nacional. Ni menos aún con base en la inmunidad de jurisdicción del Estado argentino, pues el consentimiento al tribunal arbitral del CIADI constituye la renuncia a ella, como antes se indicó.⁶²

69. Sin embargo, debe advertirse que la Convención mencionada distingue claramente entre el reconocimiento de la obligatoriedad del laudo —efecto declarativo— y la ejecución del mismo. En este sentido, además de remitir a la legislación local para la ejecución de la sentencia —posición que es compartida expresamente por alguno de los BITS suscritos por Argentina—, la Convención dispone que no se afectará lo que se hubiera establecido en el país del tribunal local en relación con la inmunidad de ejecución de los Estados. Por consiguiente, el sometimiento al arbitraje del CIADI constituye una renuncia a la inmunidad de jurisdicción, aunque no a la ejecución. Esto está en línea con los ordenamientos locales de distintos países, que distinguen entre los dos tipos de in-

⁶² *Ibidem*, pp. 317 y ss.; van den Berg, Albert Jan, “Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York and ICSID Convention”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, *cit.*, nota anterior, p. 441; Delaume, “Contractual Waives of Sovereign Immunity: Some Practical Considerations”, *op. cit.*, nota 54, pp. 252 y 255; del mismo autor: “Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration”, *op. cit.*, nota 54, pp. 405 y 406; “Enforcement of State Contract Awards: Jurisdictional Pitfalls and Remedies”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 8, núm. 1, 1993, pp. 44 y 45, y nota 74.

munidad, disponiendo que la de ejecución es absoluta, y por lo tanto no puede ser renunciada implícitamente mediante aquel consentimiento. Lo cual ha sido criticado.⁶³

70. Por lo dicho, los laudos de un tribunal del CIADI podrán ejecutarse contra los activos de un Estado en algunos países y en otros no, según sea su posición sobre la inmunidad de ejecución.⁶⁴

71. En materia de inmunidad de ejecución, la Argentina no tuvo nada legislado o decidido jurisprudencialmente, sino hasta octubre de 1999 en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó la distinción entre los dos tipos de inmunidades (fallos 322:2399), que se mantuvo en fallos posteriores.

⁶³ Véanse, como ejemplos, los tratados suscritos con Alemania, España, Italia. El de Estados Unidos establece que “cada parte se compromete a llevar a cabo sin demora las disposiciones de cualquiera de tales laudos y a encargarse de su observancia en su territorio”, pero en su artículo X, inciso *a*, dispone que el tratado “no afectará las leyes y los reglamentos, las prácticas o los procedimientos administrativos o las sentencias judiciales de cualquiera de las partes”. El de México, en su artículo décimo (7), agrega después de que cada parte los ejecutará de conformidad con su legislación, que “en caso contrario, el inversor podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio del CIADI, la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá, el 30 de enero de 1975 (Convención Interamericana). Para los efectos del artículo uno de la Convención de Nueva York, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje surge de una relación u operación comercial”. En su punto (6) anterior, regula el contenido del laudo: “El laudo arbitral se limitará a determinar si ha habido incumplimiento del presente Acuerdo por la parte contratante, si ese incumplimiento ha causado un daño al inversor y, si fuera el caso: a) fijar el monto de la indemnización compensatoria por los daños sufridos; b) la restitución de la propiedad o la correspondiente indemnización compensatoria, en caso de ser aquélla imposible; c) los intereses que procedan. El órgano arbitral no podrá ordenar el pago de una indemnización de carácter punitivo. El laudo no afectará los derechos que pudiera tener cualquier tercero, de conformidad con la legislación local aplicable”. Broches, *op. cit.*, nota 61, pp. 328 y ss.; Delaume, “Contractual Waives of Sovereign Immunity: Some Practical Considerations”, *op. cit.*, nota 54, pp. 236 y ss.; del mismo autor, “Judicial Decisions Related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration”, *op. cit.*, nota 54, pp. 411-413. Francia, por ejemplo, en su legislación mantiene que el consentimiento a un arbitraje no implica una renuncia a la inmunidad de ejecución. Para Suecia, Bélgica y los Países Bajos, en cambio, implica una renuncia. En Estados Unidos, su legislación establece una inmunidad de ejecución restringida, sólo para los activos no comerciales, no renunciable implícitamente mediante un consentimiento a arbitraje internacional (van der Berg, *op. cit.*, nota anterior, pp. 441 y ss.).

⁶⁴ Delaume, “How to Draft an ICSID...”, *cit.*, nota 54, pp. 194 y ss.

72. Antes de ello, sí existían dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, y del jefe del Cuerpo de Abogados del Estado Nacional, que habían precisado límites en la ejecución de una sentencia o laudo contra bienes del Estado argentino: *a)* los bienes de dominio público ubicados dentro del territorio de la República Argentina, contemplados en las previsiones de los artículos 2337 y 2340 del Código Civil de la República Argentina; *b)* los bienes destinados a la prestación de algún servicio público esencial; *c)* los bienes que constituyen las reservas de libre disponibilidad según el artículo 6o. de la Ley de Convertibilidad de la Moneda Nacional núm. 23.928, cuyo monto, composición e inversión se reflejan en el balance y estados contables del Banco Central de la República Argentina, elaborados según el artículo 5o. de dicha ley e inembargables de acuerdo con el artículo 6o. de la misma ley; *d)* los bienes protegidos por la Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 1999), particularmente su artículo 67, que establece que cualquiera de los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público (sea en forma de dinero en efectivo, depósitos bancarios, títulos valores u obligaciones de terceros en cartera) o cualquier otro método de pago que sea utilizado para atender las erogaciones previstas en el presupuesto general de la nación, serán inmunes a embargo y no pueden estar sujetos a ninguna acción judicial que pueda afectar de alguna manera su transferibilidad.⁶⁵

73. Con posterioridad, y ya receptado dentro del medio jurídico la distinción entre la inmunidad de jurisdicción y la de ejecución, el mismo asesor del gobierno consideró como bienes protegidos por la segunda inmunidad: *a)* los afectados al cumplimiento de sus funciones diplomáticas y consulares; *b)* los destinados o relacionados con el uso militar; *c)* los relacionados con la membresía a organizaciones internacionales; *d)* los objetos culturales, y *e)* las cuentas bancarias que se relacionen con una función pública del Estado.⁶⁶

⁶⁵ Dictámenes P.I. 11/97 y 12/97, publicados en el *Boletín Oficial* del 27 de agosto de 1997, segunda sección, pp. 32 y ss.; P.I. 13/97, publicado en el *Boletín Oficial* del 3 de septiembre de 1997, segunda sección, pp. 28 y ss.; dictamen 007/94, *Boletín Oficial* del 12 de diciembre de 1994, segunda sección, pp. 43 y 44; dictamen 11/94, *Boletín Oficial* del 12 de febrero de 1995, segunda sección, pp. 18 y 19; dictamen 74/94, *Boletín Oficial* del 22 de febrero de 1995, segunda sección, pp. 23 y 25.

⁶⁶ Dictámenes 251:652 y 251:787.

74. En consecuencia, los tribunales argentinos no podrán ejecutar laudos del CIADI contra los bienes detallados en los párrafos anteriores, y deberán respetar los términos de las leyes 23.982, en especial su artículo 22,⁶⁷ 25.344, 25.725, 3952, y 11.692 (t.o. 1999), en particular su artículo 68.⁶⁸

75. Sin embargo, debe advertirse que si el Estado receptor llegara a ser condenado por un tribunal del CIADI, y no acatara la decisión arbitral o dejara de cumplirla, existen dos tipos de sanciones previstas: a) el derecho del Estado origen de la inversión a ejercer la protección diplomática —artículo 27 de la Convención que crea el CIADI—, y b) el procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia previsto en el artículo 64 de esa Convención, para resolver las diferencias de los Estados en relación con la aplicación e interpretación de aquélla.⁶⁹

XI. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ARGENTINO. ACTOS ATRIBUIBLES EN EL ORDEN INTERNO A LA NACIÓN, Y LOS ATRIBUIBLES A LAS PROVINCIAS, MUNICIPIOS O ENTIDADES ADMINISTRATIVAS

76. De lo hasta aquí expuesto se advierte que los BITS y su procedimiento de solución de controversias pueden terminar con una imputación de responsabilidad internacional al Estado receptor de la inversión, por haber violado disposiciones de ese tratado, como por ejemplo estándares de tratamiento, o por haber provocado desposesiones al inversor.

77. Esa responsabilidad puede originarse en actos del Estado central, o en actos de sus subdivisiones políticas y administrativas, en especial en un Estado federal como la República Argentina.

78. Este último punto, que fue discutido en su momento, pese a que hacía tiempo que existían opiniones jurídicas de importancia en un senti-

⁶⁷ Que regula el cumplimiento y ulterior ejecución en caso de que éste no se produzca en los términos estipulados, de las sentencias o resoluciones administrativas firmes por obligaciones posteriores al 1o. de abril de 1991.

⁶⁸ Que establece que los montos adeudados conforme a cualquier pronunciamiento judicial deben ser satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en el presupuesto general de la administración nacional. Véanse los dictámenes citados en la nota 65, así como los dictámenes 251:652 y 251:787.

⁶⁹ Broches, *op. cit.*, nota 61, p. 294.

do,⁷⁰ fue finalmente confirmado por la jurisprudencia del CIADI, curiosamente, en casos contra la Argentina.⁷¹

79. Pues en el ámbito internacional el Estado central representa al país en un todo, de tal forma que es responsable internacionalmente de todos los actos que produzcan daños a inversores extranjeros en aquél, a pesar de que conforme a su derecho interno sean atribuibles a subdivisiones políticas y administrativas de esa nación, y aquél no tenga ingerencia sobre ellos en el orden interno.

XII. CONCLUSIÓN

80. La entrada en vigencia de los tratados bilaterales de inversiones que firmó la Argentina, significó para su derecho administrativo el ingreso a todo un nuevo mundo.

81. Un mundo en el que la responsabilidad internacional del Estado argentino tomó un papel de relevancia. Y de tal forma, que tuvo sus consecuencias impredecibles a nivel político y de relaciones exteriores.

82. En este nuevo marco, la actividad administrativa del gobierno federal y de las provincias, municipios y entidades administrativas argentinas, en la medida que se considerara que violaran un BIT, no serían más, por necesidad, revisables, juzgadas sólo por el Poder Judicial de la Nación. Sino que podrían serlo también, y en forma originaria, por un tribunal arbitral internacional, el que además podría condenar al país a pagar una compensación plena.

83. El tiempo y los avatares políticos locales dirán si este régimen seguirá vigente en el mundo con las características descritas o si sólo continuará vigente en la República Argentina.

⁷⁰ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pp. 316, 328 y ss.

⁷¹ El primero de estos laudos fue dictado el 21 de noviembre de 2000 por el CIADI en el caso "Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic".