

LA PROTECCION DE INVERSIONES Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

por Luis Alberto Erize ¹

La decisión de efectuar inversiones requiere un mínimo de previsibilidad sobre el mantenimiento para lo futuro del respeto de la titularidad de aquella en cabeza de quien las efectuó, lo que involucra una tradición de un régimen dominial estable en el país en que se realiza, y un parejo respeto por reglas de juego compartidas, lo que completa el estatuto del inversor.

Las tradiciones jurídicas pueden variar de país en país, y las razones por las que la confianza en ambos aspectos se ha generado pueden ser también muy diferentes, pero constituyen una condición necesaria, aunque no suficiente, para que tengan lugar estas inversiones.

Naturalmente, cuentan los escenarios de estabilidad política, y aún geopolítica, los equilibrios regionales, todo lo demás que comporta lo que se denomina el “clima de inversión”, incluyendo la cuestión de las barreras de acceso, el desarrollo de los mercados internos y regionales, el desempeño de los factores de producción y de los mercados, y el peso relativo del Estado en la economía, ya sea como agente directo en la actividad económica o como demandante de recursos.

Todos serán componentes de peso para la decisión de inversión y su mantenimiento. Sin embargo, los aspectos de orden económico que se mencionan en el párrafo precedente son de naturaleza diferente respecto de los primeros, y es a los mencionados en primer término que se dirige el derecho internacional en su moderna formulación, que se quiere de cooperación y de incentivo para el desarrollo.

De las cuestiones mencionadas en primer término tratan los más de 2000 tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones suscriptos por gran número de países como corolario de una decisión de facilitar la implantación de capital y de capacidades técnicas y empresariales. Como toda regla de derecho, involucran un plexo de auto-limitaciones o auto vinculaciones por parte del Estado receptor de tales inversiones, allí identificadas, las que se asientan sin embargo en países de tradiciones jurídicas no exentas de fuertes contrastes y modalidades cambiantes para la efectiva solución de los conflictos.

Es por ello que tales Tratados atienden a dos órdenes de cuestiones relativas a los aspectos jurídicos concernientes a las inversiones: el derecho de fondo, en cuanto afirmación de standards o garantías mínimas, lo que define también requisitos de admisibilidad o competencia en razón de la materia, y el derecho al proceso, que tiene que ver con el modo de ejercer los derechos conferidos por dichos standards, estipulaciones sustantivas o garantías de mínima (que sean garantías de mínima no significa que sean garantías mínimas).

Tienen como directo antecedente lo que se conoce bajo el derecho internacional como protección diplomática de nacionales en el exterior. Por ello los fallos arbitrales dictados en esta esfera se han preocupado en señalar que los tratados bilaterales expresan un nivel de evolución diferente al del Derecho Internacional consuetudinario en esa materia (que trataba sobre dicho dispositivo, así superado).

¹ Socio Principal del Estudio Abeledo Gottheil Abogados SC, Gottheil-García Cozzi-Erize.

Como el derecho internacional clásico negaba acceso a otros sujetos que los Estados Nacionales a cualquier reclamo bajo el derecho internacional contra otros Estados, soberanos, el hecho que ahora los inversores tengan directo acceso a los tribunales internacionales modificó no pocos criterios relacionados con esa protección diplomática a sujetos del otro Estado, distinto de aquél receptor de la inversión.

De allí la explicitación del carácter de nacional del país suscriptor del tratado bilateral, y la exclusión de la doctrina Calvo en lo que se refiere a la calificación de una sociedad constituida localmente, como nacional del Estado en que se constituye, si éste es el Estado receptor de la inversión extranjera. De allí la extensión de la protección, bajo los tratados bilaterales, para abarcar también a los accionistas más allá de los supuestos excepcionales en que fueran admitidos, ausente dicho reconocimiento, por el derecho internacional consuetudinario. Y también la eliminación del requisito del agotamiento de los recursos y remedios legales locales como requisito de admisibilidad del pleito internacional, para permitir la coexistencia de procesos diferentes y la opción, en algunos casos, por uno de ambos.

La difícil co-existencia de ambas sedes, local e internacional, en la medida en que la opción proclamada pudiera tener efecto para permitir llevar un proceso adecuado sobre el diferendo en cualquiera de aquellas sedes, llevó de la mano al análisis sobre la materia a debatir en uno y otro caso, siendo entonces aplicable el derecho internacional sobre las relaciones anudadas entre el país (o entidad dependiente de aquél) y el inversor, analizadas también según normas contractuales, cuya revisión por el Tribunal Arbitral Internacional sería considerada como integrando el cuadro de supuestos de hecho a juzgar.

La extensión de la protección bajo los Tratados lleva a distinguir entre reclamos con fundamento en Tratados Internacionales, objeto del decisorio, y reclamos carentes de ese elemento, para cuya exclusión deberá el Tribunal asegurarse que, con recurso al criterio de “fairness”², la exclusión no implique de hecho impedir en forma generalizada el acceso a la jurisdicción bajo el Tratado.

En algún fallo reciente el tribunal arbitral señaló que los inversores no podían descargar su propio riesgo comercial (malos negocios) en los mecanismos del Tratado. Del mismo modo, agregamos que el Estado tampoco puede ampararse en alegadas situaciones de dificultad, pero que llevan inconfundiblemente a una solución arbitraria, de cambio de normas que afecten las mismas bases del negocio jurídico y que impliquen un subsidio indirecto e inesperado a todos los consumidores, a costa de los proveedores de suministros o servicios, en sustitución del cumplimiento del rol del Estado de asegurar la justicia distributiva sin afectar los derechos adquiridos y sin producir lo que

² Criterio que debería ser traducido como “justicia” en castellano, pero que apunta a un criterio de buena fe, para indicar que la regla moral de cumplir con lo esperado no puede ser apartada. Thomas M. Franck, en “Fairness in International Law and Institutions” (Clarendon Press, Oxford, 1995, ed. 1997, p. 449) argumenta que “estos acuerdos [los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones, en adelante los Tratados Bilaterales o BITs], al hacer a las inversiones transnacionales sujeto de standards mínimos internacionales y de procedimientos de resolución de diferendos, promueven un razonado equilibrio de principios entre los divergentes reclamos de cambios políticos y estabilidad económica en tanto procuran implementar sendos elementos de “fairness” [justicia esencial, equidad, a nuestro criterio] y de aquellos conducentes al ‘venture capital investment’ [las decisiones de inversiones de capital]” (lo agregado entre corchetes nos pertenece). Este autor concluye: “ ‘Fairness’, en el derecho concerniente a inversiones extranjeras, es importante no meramente porque es un requisito moral, sino porque en su ausencia una importante fuente de capital de desarrollo se secaría, magnificando y aún perpetuando la ‘unfairness’ [injusticia o inequidad] de las presentes desigualdades entre ricos y pobres. Por ello un doble imperativo impulsa la búsqueda de un consenso sobre ‘fairness’ ”. (op. cit. p. 472)

Thomas Franck califica como “la frustración, [desprovista de equidad] (‘unconscionable’) de expectativas razonables” (op. cit, p.473).

I. La atribución de los actos de subdivisiones políticas a un Estado Nacional

En *Disputes between States and foreign companies*, por A.H. Hermann, en la obra colectiva “*Contemporary problems in international arbitration*”, editado por Julian D. M. Lew, publicado por el Queen Mary College – University of London, Center for Commercial law studies, p. 256, el profesor René-Jean Dupuy indicó, frente a la alegación por el Estado parte en el arbitraje seguido en *Topco / Calasiatic – Libia Arbitration* (publicado en 17 ILM 1 (1977) que la pretensión de discriminar la acción de agencias gubernamentales como entes distintos del Estado a fin de exonerar a aquél de responsabilidad, “conspiraba contra el principio denominado ‘la unidad del Estado’, por virtud del cual la conducta de cualquier órgano del Estado que tenga dicho status bajo la ley interna de ese Estado será considerada como un acto del Estado concernido bajo la ley internacional, en la medida en que dicho órgano hubiera actuado en su capacidad en el caso en cuestión”.

La fragmentación de la responsabilidad aludiendo a que los actos en discusión son atribuibles a gobiernos precedentes no es admisible en derecho internacional respecto de un Estado que permanece. Ni siquiera se trata de un tema de sucesión de gobiernos o sucesión de Estados, por lo cual no merece la pena entrar en dicha discusión.

La debatida discusión sobre la doctrina de atribución de los actos de las subdivisiones -Provincias- al Estado, único sujeto reconocido bajo el derecho internacional, fue reafirmada sin ambages por el Comité Ad Hoc en la decisión sobre anulación del fallo arbitral en el caso *Vivendi*³, al señalar que el Estado es internacionalmente responsable por los actos de las Provincias.

El Comité Ad Hoc revisó y confirmó, a los efectos de resolver sobre la anulación y dentro de los estrictos límites por ella fijados, que existía una disputa sobre inversiones y que tales inversiones se encontraban protegidas bajo el Tratado Bilateral pertinente, aunque ella tuviera origen en una concesión otorgada por una Provincia.

II. La inexistencia del requisito (existente bajo el derecho internacional consuetudinario) del agotamiento de los recursos legales internos

También destacó el Comité Ad-Hoc en su decisión de anulación del fallo anterior en *Vivendi* que la Argentina no había condicionado la adhesión al Convenio por el que se constituyó el CIADI al requisito de agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, algo que está establecido como posibilidad bajo el referido Tratado de creación del CIADI.

Rechazó la lectura que hizo el Gobierno Federal de la opción conferida bajo el Tratado Bilateral, que había procurado distinguir en defensa del fallo arbitral original, aquello que constituía jurisdicción nacional (a la que se reputaba el Gobierno como única concernida por la opción bajo el Tratado) de aquella provincial, concluyendo el Comité que no correspondía tomar en consideración las limitaciones o disposiciones internas de jurisdicción que la conformación del Estado pudiera

³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case Nr. ARB/97/3) – Annulment Proceeding, July 3, 2002*

ofrecer, en cuanto Estado federal. Concluyó que una acción judicial ante la justicia provincial hubiera significado el ejercicio concreto de la opción bajo el Tratado, apartando la jurisdicción arbitral internacional por el mismo reclamo.

En el párrafo 73 (p. 12) de la decisión sobre jurisdicción en el caso CMS c. Argentina (ICSID N°ARB/01/8), el Tribunal destacó que, de conformidad con el art. 26 de la convención del CIADI, citada en el párrafo 72, precedente, “ni en el caso Lanco, ni en el presente caso existe un requerimiento de agotamiento de los recursos legales locales como pre-condición para la jurisdicción del CIADI que pudiere tornar operativas otras jurisdicciones”. También citó (párrafo 74) el precedente de Compañía de Aguas de Aconquija (Vivendi), por cuanto la cláusula de jurisdicción bajo el contrato de concesión “no constituía, y no podía constituir una renuncia por CGE –ahora, Vivendi- a sus derechos bajo el artículo 8 del BIT –el Tratado Bilateral- a someter los reclamos pendientes contra la República Argentina”.

Georges R. Delaume, en su comentario “Arbitraje ICSID y tribunales [Judiciales]”, publicado en *The American Journal of International Law*, octubre 1983, 77 AJIL. 784, señala: “Hasta aquí, esta excepción [la que puede formular una Parte Contratante, para requerir el previo agotamiento de recursos legales internos, bajo la segunda parte del Art. 26 de la Convención CIADI] tiene escasa significación práctica. Ninguna de las cláusulas ICSID conocidas por el Secretariado [del CIADI] requiere el agotamiento de recursos legales locales. Tampoco lo hacen las leyes sobre inversiones extranjeras que invoquen el CIADI como medio de resolución de diferendos sobre inversiones ni la abrumadora mayoría de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, con excepción de aquellos concluidos por Rumania, lo requieren”.

En el párrafo 23 de la decisión sobre jurisdicción en el caso Maffezini⁴ se indica que el Reino de España no efectuó reserva alguna de que requería el previo agotamiento de los recursos locales como precondition para la vigencia de la Convención del CIADI, y que la utilización por el inversor de la cláusula de la Nación más favorecida para apartar el requerimiento (diferente de la regla de “agotamiento” de los recursos locales internos, por cuanto requiere sólo la iniciación de procedimientos legales locales, unido al pasaje del tiempo, para habilitar la instancia internacional) de previo recurso a tribunales locales presente en el BIT constituía un derecho del inversor bajo dicho BIT.

III. Las cláusulas sustantivas de la protección de inversiones bajo el derecho de los Tratados

En general, pueden determinarse cláusulas sustantivas de protección de inversiones bajo los Tratados Bilaterales, consistentes en la protección (i) de un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de derecho internacional⁵ por una parte, y por la otra, (ii) contra medidas de

⁴ Emilio Agustín Maffezini (demandante) y El Reino de España (Demandado). Caso N° ARB/97/7.

⁵ Las disposiciones sustantivas de los Tratados bilaterales (tal el Tratado suscrito entre Francia y Argentina) son abarcativas de la garantía que el ejercicio del derecho a obtener dicho trato justo y equitativo no debe ser de hecho ni de derecho obstaculizado, lo que implica una garantía de protección y plena seguridad en la aplicación de aquel trato.

La calificación de la conducta del Estado como indebida apunta a determinar si existe una eventual excepción respecto de los principios, con jerarquía internacional, de *pacta sunt servanda* (Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Co -TOPCo- v. Libya 17 ILMI (1978) y de la doctrina de los derechos adquiridos, concebidos como principios fundamentales del derecho internacional. También, se procura la determinación de algún elemento que

expropiación o equivalentes, que sólo pueden ser establecidas mediante compensación pronta y adecuada. Tales alegaciones exigen ser consideradas y tratadas en extenso en los laudos arbitrales.

IV. Trato justo y equitativo (Arts. II del Tratado de Argentina con USA; 3 con Francia) y medidas equivalentes a la expropiación (Art. 5 del Tratado de Argentina con Francia; II y IV del suscripto con los Estados Unidos).

El amplio alcance de la jurisdicción del CIADI para definir lo que resulta suficiente para un inversor para evidenciar que una inversión ha sido realizada, y para que exista un diferendo al respecto, es particularmente aplicable cuando se trata de analizar el trato justo y equitativo o la expropiación o medidas con un efecto similar a la desposesión.

En el caso Metalclad⁶, las reglas para la solución de controversias establecidas en el CIADI permitieron la designación de árbitros para el juzgamiento de la acusación que se habían dispuesto medidas similares a la desposesión y que ellas consistían, aunque no en la regulación misma, en su efectiva implementación (párrafo 111 del mismo), lo que pone el acento en las concretas acciones del Ente Regulador al interferir con los derechos del inversor.

El fracaso de México en establecer un marco jurídico para la planificación de los negocios y las inversiones de Metalclad había representado un nivel inferior al standard de trato justo y equitativo de acuerdo a los principios establecidos en el NAFTA, así como del trato justo y equitativo establecido en los Tratados.

vaya más allá del “mero” incumplimiento contractual (Ian Brownlie, “Principles of Public International Law”, Oxford University Press, Fifth Edition, p. 552).

El caso Salini Costruttori c/Reino de Marruecos, caso CIADI, decisión de jurisdicción de fecha 23 de julio de 2001 (recopilada en [2001] Journal de Droit International, 196, con nota de Gaillard, id, p. 209), indica que la disposición del Tratado aplicable en tal caso, sobre medidas de expropiación o de nacionalización “ne saurait être interprétée dans le sens d’une exclusion de tout grief d’origine contractuelle du champ d’application de cet article” (p. 209, párrafo 59) y además que, no obstante la cláusula de jurisdicción local “le Tribunal arbitral demeure compétent pour les violations du contrat qui constituerait en même temps, à la charge de l’Etat une violation de l’Accord bilatéral (p. 209, párrafo 62)”. Ver, también, el fallo SPP (Middle East v. Egypt, Mayo 1992, parr. 164, última frase -ICSID Reports, Vol 3, Cambridge University Press, p. 228).

Las inversiones, en el sentido que le otorgan los Tratados a este concepto, incluyen aquellos derechos a respetar y proteger, los que se generan por virtud de un contrato de concesión (art. 1 (e) del Tratado entre Argentina y Francia, por ejemplo), lo que extiende el concepto de desposesión o medidas similares a interferencias que superen el marco de lo transitorio. En este sentido, fallo Elsi (ICJ Rep. 1989, p. 14, en parr.71) en el que la Corte Internacional de Justicia consideró que la requisición de una planta industrial y maquinaria por un período limitado no constituía una privación significativa de la propiedad de la compañía como para constituir una desposesión de la misma (D.J.Harris, Cases and Materials of International Law, 5ª Ed., Sweet & Maxwell, p. 557); a contrario sensu, también se expresa lo mismo en el caso Revere Copper & Brass Inc. v. OPIC, 17 ILM 131 (1978).

Las prácticas confiscatorias no se reducen a la desposesión lisa y llana de activos físicos. Thomas M. Franck, op. cit., p. 464, señala: “Por ejemplo, si un aumento de tarifas suficiente para cubrir los nuevos impuestos fuere prohibido por ley, o por las economías de la competencia de operadores alternativos, puede razonarse que las operaciones de Acme (el nombre de una hipotética compañía de transporte, para el ejemplo) habríanse tornado imposibles y, en efecto, que ha sido expropiada por el Gobierno sin compensación”, citando a Sir Robert Jennings, y Sir Arthur Watts en su nueva edición de Oppenheim’s International Law, 9ª Edición, Vol I, partes II a IV, 1992, p. 915.

⁶ Metalclad Corporation –Demandante- y Estados Unidos Mexicanos –Demandado-. Caso Nr. ARB (AF)/97/1; Laudo. 30 de agosto de 2000.

En el caso *Tippets*⁷ se señala que este efecto se encuentra presente siempre que el desapoderamiento o destrucción no sea solamente efímero, lo que es materia de análisis en la Argentina cuando se discute la cuestión de la emergencia y sus efectos. Hay diversos autores en la doctrina nacional que establecen límites precisos a la cuestión de la emergencia y a la superación de la misma, sin que ello en ningún momento elimine la responsabilidad del Estado en la medida que hubiere causado él mismo tales circunstancias excepcionales.

El Juez Stephen Schwebel en “Justice in International Law”, Cambridge University Press, 1994, pág. 430, Capítulo “On whether the breach by the State of the contract with an alien is a breach of international law” se refirió a estos temas, pero considerándolos exclusivamente desde el punto de vista del derecho internacional consuetudinario (puesto que la primera edición de dicho trabajo data de 1987), en lugar del derecho de los tratados, que excedió esos niveles mínimos establecidos bajo el derecho consuetudinario. Allí el Juez Schwebel volvió a analizar la opinión de Roberto Ago sobre la irrelevancia de la legislación interna para la caracterización de un acto ilegítimo bajo el derecho internacional, y recordó la opinión del Juez Lauterpacht en el caso de los préstamos noruegos, concluyendo con la cita del caso *Shuffeldt* (Estados Unidos de Norteamérica por cuenta de P.W. Schuffeldt c/la República de Guatemala, 1930). Es importante destacar que el derecho internacional de los tratados en ocasiones desplaza las reglas que pudieran de otra manera resultar bajo el derecho consuetudinario internacional, tal el caso del agotamiento de los recursos legales internos como precedente o condición para la protección diplomática de nacionales en el exterior, lo que no es de aplicación bajo el derecho de los tratados en su moderna formulación.

El Tribunal en *Tokios Tokeles c. Ucrania*, decisión sobre jurisdicción, caso ICSID ARB/02/18, recordó bajo su párrafo 92 que el proyecto de la Convención de la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros define la toma de propiedad como aquella que incluye “no solamente una directa desposesión de propiedad” pero también “cualquier interferencia irrazonable con el uso, goce, o disposición de propiedad tal que justifique una diferencia que el propietario como consecuencia de ello no se encontrará en posibilidad de usar, gozar o disponer de su propiedad durante un período razonable de tiempo luego de la generación de dicha interferencia”, citando para ello a L. Sohn y R. Baxter “Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens”, 55 AMJ.INT’L. 545, 553 (1961) (art. 10.3 del Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens).

También agregó que el Tribunal en reclamos entre Irán y Estados Unidos encontró que “una desposesión o toma de propiedad (taking of property) podrá ocurrir bajo el derecho internacional a través de la interferencia por un Estado en el uso de esa propiedad o en el goce de sus beneficios” (citando a *Tippetts, Abbott, Mc Carthy, Stratton v. Tams-Affa*, Fallo N° 141-7-2, 6 Irán-US. CTR 219, 225) (junio 22, 1984).

Los Tratados Bilaterales se refieren expresamente a los casos de expropiación o medidas similares de desposesión. En el caso del Tratado entre Argentina y Francia los países signatarios han asumido el compromiso de abstenerse de adoptar, de manera directa o indirecta medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra con efecto similar de desposesión. La excepción naturalmente corresponde cuando se declara la expropiación por causa de utilidad pública, y siempre que no haya sido discriminatoria o contraria a un compromiso particular suscripto por el Estado contratante.

⁷ *Tippetts Abbott, Mc Carthy, Stratton v. Tams-Affa*, Fallo N° 141-7-2, 6 Irán-US. CTR 219, 225 (junio 22, 1984).

El artículo agrega que en tal caso, corresponderá el pago de una compensación pronta y adecuada, calculada sobre el valor real de las inversiones afectadas en función de la situación económica normal, anterior a cualquier amenaza de desposesión, y tal compensación debería ser abonada a más tardar a la fecha de la desposesión misma.

Por su parte, el Tratado de Argentina con los Estados Unidos expresa bajo su art. IV, párrafo 1 que las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán tanto directa como indirectamente, mediante la aplicación de medidas equivalentes a aquéllas, salvo por razones de utilidad pública, de forma no discriminatoria y mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva conforme al debido procedimiento legal. A su vez, la compensación deberá ser equivalente a lo que establezca el valor real en el mercado de tal inversión inmediatamente antes que se tome la acción expropiatoria o que ésta se llegare a conocer. La compensación será pagada prontamente, con más intereses a una tasa del mercado.

Como se ve, en ambos Tratados se han establecido los principios tradicionales en materia de expropiación por causa de utilidad pública, y con indemnización íntegra, conforme al valor de la inversión antes que se produjeran los hechos que provocaban efectos similares a la desposesión.⁸

Thomas Waelde, en “Multilateral Investment Agreements (MITs) in the year 2000”, capítulo perteneciente a la obra colectiva “Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle” publicado por la Universidad de Borgoña – CNRS, Trabajos del Centro de investigación sobre el derecho de los mercados y de las inversiones internacionales, año 2000, vol. 20, Ed. Litec, p. 408, señala:

“Existe hoy reconocimiento formal en prácticamente todos los BITs y MITs modernos que la expropiación puede no solamente consistir en una formal transferencia de derechos de propiedad, pero también por “desposesión regulatoria” (“regulatory taking”), esto es, acción gubernamental regulatoria o de otro orden que en efecto destruye el normal funcionamiento, legítimamente esperado y el valor económico de la operación. Esto está expresado en términos tales como “expropiación rampante” (“creeping expropriation”) o acción similar o “equivalente” a expropiación. Una desposesión confiscatoria puede entonces estar constituida por numerosas formas de acción gubernamental que puede dejar a los derechos de propiedad formales individuales o aún el conjunto íntegro de derechos intacto, pero que afecta agudamente el funcionamiento y el uso comercial de dicho conjunto de derechos. El exterior de los derechos de propiedad podrá permanecer intacto, pero su aptitud para cumplir con su función –obtener ganancias para el inversor- está severamente afectada. Casos modernos de riesgo regulatorio ilustran esta situación:

⁸ Tratado entre Argentina y Francia, art. 5.2. Las partes contratantes se abstendrán de adoptar, da manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

Tratado con U.S.A, art. 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 art. 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 enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación.

inversiones en infraestructura pública y en concesionarias (utilities) están manifiestamente amenazadas por acción regulatoria –tal como establecer tarifas para el suministro de energía o el uso de caminos, puentes, ductos u otras redes de transporte público a niveles demasiado bajos como para permitir el recupero de la inversión, o el incumplimiento de obligaciones por entidades controladas por el Estado con respecto al suministro de energía, energía contratada en condiciones “off take” o “take or pay” (contratos a término o con cláusulas de recibir o pagar) u otras acciones que controlen en particular la demanda y la oferta. Los Gobiernos difícilmente apunten directamente a los derechos de propiedad del inversor, pero más bien afectan el ambiente regulatorio y contractual que constituye una condición esencial para supervivencia comercial del proyecto”.

En igual sentido, Gaspar Ariño Ortiz en su publicación “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en la obra colectiva “El nuevo servicio público”, por Gaspar Ariño, J.M. de la Cuétara y J.L. Martínez López-Muñiz, del Programa de Estudios de Regulaciones Económicas de la Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 41, vinculando la expropiación rampante o confiscación camuflada con los precios políticos que llevan a la asfixia a las empresas.

Cabe recordar aquí el reciente caso (1° de julio de 2004) Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador (bajo las reglas UNCITRAL, administrado por la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, caso N° UN 3467), en el que se indicó (párrafo 85 de ese decisorio). “EL tribunal concuerda con el Actor en que la expropiación no necesita involucrar la transferencia de titularidad de un bien cualquiera, lo que constituía el rasgo esencial de la expropiación tradicional bajo el Derecho Internacional. Puede por supuesto afectar el valor económico de una inversión. La imposición fiscal puede resultar en una expropiación tanto como lo pueden constituir otras medidas regulatorias. La expropiación indirecta ha incrementado significativamente el número de casos ante tribunales arbitrales internacionales. Debe también notarse que los Tratados Bilaterales contienen amplias definiciones de inversiones que pueden comprender muchas variedades de activos”.

En ese caso el Tribunal consideró que Ecuador había incumplido, entre otros, con el compromiso de acordar al inversor un trato justo y equitativo garantizado por el Tratado Bilateral aplicable, aunque no llegó por ello a considerar que dichas violaciones implicasen, al propio tiempo, medidas equivalentes a la desposesión. Ordenó en consecuencia a Ecuador efectuar una importante compensación equivalente al reembolso omitido de ciertos impuestos.

V. Trato al inversor, no menos favorable que el de los nacionales de un tercer país. La cláusula de la Nación más favorecida

Como se analizará más a fondo en otra parte de este trabajo, los Tratados Bilaterales incluyen una cláusula de Nación más favorecida, esto es, la opción del inversor de requerir un trato que establezca condiciones más favorables en otros tratados suscriptos por el Estado receptor de la inversión.

El acceso amplio a dicho beneficio está demostrado por el caso Maffezini, en el que el inversor superó nada menos que la limitación planteada por el propio Estado bajo su tratado, que fijaba el acceso a la jurisdicción internacional solo una vez accedida la jurisdicción local, y transcurrido un

plazo de 18 meses, con independencia de si hubiera o no recaído sentencia sobre el particular, bastando que aquella, en su caso, no hubiera satisfecho al inversor.

Y bien, en dicho caso el inversor invocó con éxito las cláusulas del Tratado con Chile, bajo la invocación del trato más favorable, para dirigirse directamente bajo una cláusula de “elección de vías”, o fork in the road clause, ante el tribunal arbitral internacional.⁹

La Procuración del Tesoro ha expresado en algunos dictámenes, reservas sobre la adopción del trato no menos favorable que otros inversores (cláusula de nación más favorecida).¹⁰

En el caso Maffezini un ciudadano argentino demandó al Estado Español por una inversión realizada en el territorio. El inversor eligió someterse al tratado con Chile, que le permitía recurrir a una elección de vías, “fork in the road”, en vez de recurrir necesariamente a la sede local, en forma previa. Era una sociedad mixta con una agencia de fomento española; los españoles formularon objeciones al desempeño del inversor. La agencia de fomento, según el Reino de España, era un ente privado que contrataba como si fuera un comerciante cualquiera. El tribunal rechazó este argumento puesto que se trataba de una ley de fomento de inversión. Otro de los argumentos esgrimidos por el Reino de España fue que el daño lo sufre la sociedad y no el inversor, quien entonces carecía del derecho al reclamo. Pero con independencia de otras objeciones a esta defensa, cabe agregar que el rechazo de ese derecho lo dejaba indefenso, puesto que no podía movilizar la

⁹ El Tribunal concluyó que “la solución de controversias [es decir, el procedimiento para acceder al arbitraje internacional] está inseparablemente vinculada con la protección de inversionistas extranjeros”, y que por ello “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 aquellos 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” (decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, caso No. ARB/97/7 Maffezini c/El Reino de España, párrafo 56, y, antes, párrafo 54).

¹⁰ En el dictamen 568 bis del 20 de septiembre de 2001 de la Procuración del Tesoro de la Nación, analizando el efecto de Tratados sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, sostuvo que no habiéndose comprometido expresa o implícitamente a aceptar inversiones de origen francés o italiano (nacionalidades de los respectivos inversores) en el sector de radiodifusión, se mantenía aplicable la restricción impuesta en la ley de radiodifusión, destacando la diferencia con el Tratado con los Estados Unidos, que al no colocarlo en una lista negativa, otorgaron así el derecho para inversores de ese origen a invertir en el sector a pesar de lo establecido en la restricción legal.

En punto a la adopción de la cláusula de la Nación más favorecida, presente en aquellos tratados, el dictamen expresó que:

“En cuanto a la posibilidad de que los países que no gozan del trato preferencial que se deriva para los inversores de origen estadounidense del Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto con los Estados Unidos de Norteamérica, puedan invocar la cláusula de la Nación más favorecida, comparto la opinión negativa sostenida por los servicios jurídicos dictaminantes en autos, toda vez que aquellos estarían fuera del ámbito material de aplicación de sus respectivos tratados”.

El dictamen no expresa porqué la cláusula de Nación más favorecida no se extendería al “ámbito material de aplicación” del tratado invocado.

Sin perjuicio de que no son los países los que invocan la cláusula, si no que se trata de los propios inversores en función de la estructura de los Tratados Bilaterales, el argumento expresado por el Dictamen para establecer la distinción parece sostener que dicho trato al nacional más favorecido por otro Tratado no sería, según la Procuración, aquél trato que correspondiera al “ámbito material de aplicación” de los Tratados, esto es, al contenido mismo de la protección del tratado, si no que esa elección quedaría reservada para otros aspectos que no se aclaran.

voluntad de la sociedad mixta en la que tenía por accionista a una dependencia del Estado Español. La gran innovación de estos tratados es que también incluyen a las sociedades locales controladas por inversores extranjeros, como inversores a su vez, de ese origen, rompiendo con la doctrina Calvo.¹¹

En la decisión sobre jurisdicción del 29 de abril de 2004 en el caso Tokios Tokelès c/ Ucrania (Caso ICSID N° ARB/02/18), por su párrafo 46, se recuerda que la restricción del acceso a la jurisdicción arbitral (argumentando que la sociedad afectada es la subsidiaria local, constituida en el país receptor de la inversión) iría contra la inteligencia de la Convención CIADI. Ello sería “inconsistente con el objeto y el propósito del artículo 25 (2) (b). En efecto, tal como lo expresado por Broches, el propósito del test sobre el control establecido en el art. 25 (2) (b) es *expandir* la jurisdicción del Centro:

“Existe una razón contundente para esta última estipulación. Es usual que frecuentemente los estados receptores de inversiones requieran a los inversores extranjeros realizar sus negocios dentro de sus territorios a través de una compañía constituida bajo las leyes del Estado receptor. Si admitimos, tal como la Convención lo hace implícitamente, que ello hace a la compañía técnicamente nacional de un país receptor, resulta rápidamente aparente que existe la necesidad de una excepción o principio general de que el Centro no tendrá jurisdicción sobre diferendos entre un Estado contratante y sus propias nacionales. Si ninguna excepción fuere realizada para las compañías localmente incorporadas pero de titularidad extranjera, un importante y amplio sector de la inversión extranjera quedaría fuera del alcance de la Convención” (Aron Broches, “La Convención sobre arreglo de diferendo sobre inversiones entre estados y nacionales de otros Estados, 136 Recueil des cours 331, 359-60, 1972-2).

VI. El standard de “full protection” o plena protección de la inversión

En algunos tratados bilaterales se establece un compromiso expreso del Estado receptor de la inversión en el sentido que se obliga a respetar los compromisos asumidos con el inversor, y que le otorgará a los mismos “plena protección”.

¹¹ En el caso Maffezini, el Tribunal bajo sus párrafos 68 y 69 en su decisión sobre excepciones a la jurisdicción indicó que “las personas que tengan la nacionalidad de una de las partes contratantes, que efectúen inversiones en sociedades o entidades jurídicas similares creadas en el territorio de otra parte contratante, tienen en general derecho a invocar la protección de este tratado. Estas disposiciones complementan los requisitos del art. 25 del convenio y son compatibles con ellos”.

Y agregó bajo el párrafo 69 “esta conclusión no significa que en realidad el demandante haya probado que tiene una reclamación válida o perjuicios sufridos en su capacidad personal. Tendrá que hacerlo en el procedimiento sobre el fondo de la controversia para poder ganar su causa”.

En el último párrafo atinente al tema, sostuvo que el demandante había satisfecho la prueba inicial, por cuanto era un inversor argentino en una sociedad española que ostensiblemente somete el caso para proteger su inversión en esa empresa y por las pérdidas en que ha incurrido como resultado de los actos causantes del daño que atribuye al demandado, agregando que: “si el demandante puede probar tales hechos, tendría la capacidad de invocar la protección del ABI en su carácter personal”.

Ello constituye una formulación específica del principio más amplio de Pacta sunt Servanda, vigente en el derecho internacional, aunque por la existencia de tal compromiso específico se ha analizado si ello implica la expansión de la jurisdicción del Tribunal Arbitral convocado según las reglas del CIADI, para abarcar todos los aspectos reflejados en las cláusulas contractuales específicas, o si por el contrario dicha formulación bajo la así llamada “umbrella clause” no expresa sino, de modo más preciso, la formulación del respeto de los pactos alcanzados. Compromiso que se encuentra presente de otro modo en los Tratados Bilaterales bajo la genérica formulación de la protección de las inversiones, en especial si el concepto de inversiones está definido de un modo tan amplio como para comprender los derechos que resulten de contratos con el Estado, tales como las concesiones.

La polémica puede verse en la apreciación que del tema hacen los Tribunales Arbitrales que emitieron sus decisiones de jurisdicción en el caso SGS c/Pakistán y en SGS c/Filipinas, que más abajo se comentan.

De todos modos, como ya se ha reflejado con la cita de numerosos fallos arbitrales sobre la cuestión, el análisis de la inversión objeto de la protección específica bajo el Tratado Bilateral de que se trate comporta la revisión por el Tribunal Arbitral de los términos en que ella se ha efectuado, y con ello, de los derechos y expectativas bajo las cuales el Estado receptor extendió al inversor un régimen especial de tratamiento de la inversión.

Tanto si ello es considerado como un supuesto de hecho bajo el derecho internacional, de manera de definir si tal conducta del Estado receptor en contraste con el compromiso asumido constituye una violación de las cláusulas sustantivas del tratado bilateral, como si ello resulta de la sencilla operación de la aplicación de las cláusulas contractuales por efecto de la “umbrella clause” mencionada, los fallos comentados no han establecido una exclusión de la materia contractual en ausencia de dicha “umbrella clause”, y cuando lo han hecho han sido objeto, como en el caso Vivendi, de anulación por parte del respectivo Comité Ad-hoc, por considerarlo un defecto en el ejercicio de la competencia arbitral.

La cuestión ha sido analizada en dos casos concernientes a SGS. El Tribunal interviniente en SGS v. Pakistán, recordando la autoridad de la doctrina expresada por el Comité Ad Hoc en su laudo anulatorio en el caso Vivendi, reconoció que SGS tenía legitimación bajo las reglas del CIADI debido al hecho que la sustancia de su reclamo estaba constituida por una violación de las obligaciones bajo el Tratado y no una cuestión contractual. El párrafo 161 estableció que la jurisdicción contractual en su caso aplicaría, y no la del CIADI en el caso en que los reclamos contractuales no alcanzaren a ser reclamos por violación de disposiciones del Tratado, a consecuencia de lo cual señaló que (párrafo 162) “no tendría jurisdicción respecto de reclamos sometidos por SGS basados en incumplimientos contractuales que no constituyeran al mismo tiempo incumplimientos de los standards de fondo del Tratado bilateral”.

Bajo los párrafos 186 a 188 y citando el laudo anulatorio de Vivendi en sus párrafos 105 y 113, concluyó que el Tribunal podía tomar en consideración los términos contractuales para determinar si había habido un incumplimiento de un standard específico del derecho internacional de los Tratados.

Mientras que el Tribunal consideraba que no creía que la jurisdicción debiera ser compartida con la jurisdicción establecida bajo el contrato, sin embargo estableció que no extendía su jurisdicción a cuestiones contractuales aunque existiera dicha cláusula de protección de las inversiones y de los

compromisos de forma específica en los Tratados (cuestión que ha sido debatida en doctrina y criticada tanto en otros fallos como en comentarios a dicho fallo¹²).

Agregó que dicha cláusula no “elevaba cláusulas contractuales a niveles de estipulaciones de derecho internacional”, aunque ello ha sido discutido con base en los argumentos y fundamentos desarrollados por los redactores de dichas convenciones bilaterales en los que se consideró la internacionalización del contrato mediante la adopción de estas cláusulas, por las que específicamente el Estado se comprometiera a cumplir con los compromisos contractuales.

Es bien claro sin embargo que en la práctica la distinción no alcanza para formular otra regla que aquella que, como en el caso de *SGS c. Filipinas*, surge de la exclusión de cuestiones dirigidas directamente al cumplimiento de una cláusula contractual incumplida por el Estado, tal como la falta de pago en el caso de una obligación monetaria, sin connotaciones de otro género, puesto que Filipinas mismo “parecía reconocer que una gran proporción del importe reclamado era debido” (párrafo 162).

También dispuso que “el Demandado (Filipinas) es requerido de observar (cumplir) la obligación de pagar sumas de dinero apropiadamente debidas e impagas bajo el Contrato”, aunque suspendió el proceso arbitral para permitir que Filipinas concluyera su determinación de lo que suponía adeudar, reasumiendo el curso del proceso arbitral luego de ello, a pedido de cualquiera de las partes.

Destacó, para llegar a esta conclusión, que el caso de *Vivendi* era bien diferente, en cuanto las alegaciones allí planteadas, “si fueren probadas, eran capaces de constituir incumplimientos bajo el artículo 3 o posiblemente el artículo 5 del BIT Franco Argentino” (Son los artículos que se refieren a trato justo y equitativo, y a medidas similares de desposesión, asimilables a una expropiación indebida), en tanto que en el caso *SGS c. Filipinas* no existían alegaciones de violación de compromisos bajo el BIT aplicable (párrafo 159).

En otro orden de cuestiones, el Tribunal en *SGS c/Filipinas* destaca la distinción respecto de lo que había establecido el Tribunal Arbitral en el caso de *Pakistán* debatiendo sobre la existencia de estas cláusulas de protección. El Tribunal en *SGS c/ Filipinas* afirmó esta distinción, para establecer – párrafo 125- como compromisos internacionales del Gobierno aquello que surja de un acuerdo específico –párrafo 117-, elevando así el contrato al rango de un compromiso internacional. El

¹² Stanimir Alexandrov, en “Introductory Notice to ICSID “*SGS Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan*”, publicado en 42 I.L.M. 1285, *International Legal Materials*, vol. 42, N° 6, Noviembre, 2003, recordó que el alcance de las cláusulas por las que un Estado receptor de una inversión aseguraba o garantizaba la observancia de los compromisos suscriptos con relación a la inversión de que se trate, incluyendo los compromisos contractuales, es un principio general que puede apreciarse en el Proyecto de Convención sobre Protección de Propiedad Extranjera de la OECD. El Artículo 2 (Observancia de Compromisos) señala “Cada Parte deberá en todo momento asegurar la observancia de los compromisos que ha contraído en relación a la propiedad de nacionales de cualquiera otra de las Partes”. Las notas y comentarios de esta estipulación establecen: “El artículo 2 representa una aplicación del principio general de *Pacta Sunt Servanda*, el mantenimiento de la palabra dada”, lo que “también se aplica a acuerdos entre Estados y nacionales extranjeros” porque “cualquier derecho que se origine bajo dicho compromiso da origen a un derecho internacional...” Agrega el comentarista “Las Notas y Comentarios esclarecen que, en opinión de los redactores, un incumplimiento de un contrato por un Estado con un extranjero implica un incumplimiento de un deber internacional”, evidenciando así la amplitud del alcance de tales cláusulas. Cita a Prosper Weil, en “*Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, 128 *Receuil des Cours* 95, 130 (1961), quien nota que no hay “dificultad particular” alguna en internacionalizar un reclamo por incumplimiento de contrato cuando una estipulación del Tratado “transforma un reclamo contractual en un reclamo bajo el Tratado” y señala que una estipulación de “la observancia del compromiso” en el proyecto OECD consigue precisamente dicha transformación.

Tribunal recordó el Estudio de la UNCTAD sobre Tratados de Inversiones Bilaterales (Graham & Trotman, NY, 1988, p. 56) para destacar que “la violación de compromisos relativos a la inversión, por parte del Estado receptor de aquélla, podía ser remediado por intermedio de los procedimientos de resolución de diferendos de un Tratado Bilateral” (nota al pie 61).

VII. La calificación de los actos de Gobierno como emanación de su calidad de soberano como materia sujeta al arbitraje internacional.

La cuestión sobre la entidad de la violación por el Estado receptor de la inversión a los principios ya establecidos bajo los tratados no admite restricciones.

En Metalclad los árbitros que fueron elegidos conforme a las reglas del CIADI, aunque para tratar cuestiones bajo el tratado de libre comercio de América del Norte señalaron que las medidas con efectos similares a una expropiación no estaban constituidas por las medidas en sí mismas, sino por su efectiva implementación (ver párrafo 111 de dicha decisión), lo que pone el acento sobre las acciones concretas de los entes reguladores para interferir con los derechos del inversor.

Bajo el párrafo 99 se establece que la omisión de México de “asegurar un marco transparente y predecible para la planificación de negocios e inversiones de Metalclad” violaba el criterio de trato justo y equitativo considerado en dicho tratado de libre comercio, y en derecho internacional, cualesquiera fueran las restricciones en la legislación interna que pudieren ser opuestas (párrafo 100).

En el caso Tippets se estableció que cuando la restricción no es meramente efímera, correspondía reconocer la violación de tales standards. En el caso Lanco se hace una referencia detallada a la naturaleza y la extensión de las concesiones como un contrato de inversión bajo el Tratado pertinente, y de las garantías que ellas establecen.

En el caso Aramco (27, ILR, 169-1963), el Tribunal consideró que tenía jurisdicción para revisar el uso por los poderes públicos (PL 152, ILR, Vol 27) de sus facultades, agregando que los términos inequívocos y no ambiguos de la concesión debían ser respetados y no podían ser alterados o restringidos (párrafo 142).

Como señala Dominique Carreau en “Droit International” (5ª. Ed., Ed. Pedone, 1997, p. 296, No. 770, el Tribunal aplicó al derecho local una interpretación y complementación por los “principios generales del derecho” y los “usos seguidos por la industria petrolera”. Agregó que “nadie podía derogar sus propios compromisos” y que ello constituía una “máxima jurídica de alcance universal”.

El Tribunal en *American Manufacturing and Trade v. República del Zaire* reiteró el principio ya mencionado, estableciendo que Zaire no podía dejar de lado su propia responsabilidad mediante la invocación de su propia legislación interna, desde que era responsable bajo una obligación internacional, un principio que surge más claramente desarrollado en el fallo anulatorio en el caso *Vivendi*, donde se señaló que un incumplimiento bajo un tratado puede ser considerado legítimo bajo la legislación interna, siguiendo para ello el comentario del artículo 3º de los artículos de la International Law Commission que a su vez recordó las conclusiones establecidas en el caso *Elsi* (ver *Vivendi*, Laudo Anulatorio, párrafo 97).

En el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos de su quincuagésimo tercera sesión, que contiene el proyecto de artículo sobre la responsabilidad de los Estados por hecho ilícito internacional, objeto de resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (sobre el informe de la Sexta Comisión –A. 56/589-) se destaca una serie de principios fundamentales:

Art. 3º:

Calificación del hecho del Estado como ilícito internacional.

La calificación del hecho del Estado como ilícito internacional proviene del derecho internacional. Una tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Capítulo II. **Atribución de un comportamiento al Estado.**

Artículo 4º.

Comportamiento de los órganos del Estado.

1. El comportamiento de todo órgano del Estado es considerado como un acto del Estado según el derecho internacional, sea que este órgano ejerza sus funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o otras, sea cual fuere la posición que ocupa en la organización del Estado y cualquiera sea su naturaleza como órgano del gobierno central o de una colectividad territorial del Estado.
2. Un órgano comprende a toda persona o entidad que tenga este Estatuto según el derecho interno del Estado.

Artículo 7º:

Exceso de poder o comportamiento contrario a las instrucciones.

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad habilitada al ejercicio de prerrogativas de poder público es considerado como un hecho del Estado según el derecho internacional si ese órgano, esa persona o esa entidad actúa en dicha calidad, mismo si contradice sus instrucciones.

Capítulo III. **Violación de una obligación internacional.**

Artículo 14º.

Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional.

1. La violación de una obligación internacional por el hecho del Estado que no tenga un carácter continuo tiene lugar en el momento en que el hecho se produce, mismo si sus efectos perduran.
2. La violación de una obligación internacional por el hecho del Estado que tenga un carácter continuo se extiende sobre todo el período durante el cual el hecho continúa y permanece como no conforme a la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional requiriendo del Estado que prevenga un acontecimiento determinado tiene lugar en el momento o en donde el acontecimiento sobreviene y se extiende por todo el período durante el cual el acontecimiento continúa y permanece no conforme a esta obligación.

Artículo 15°.

Violación constituida por un hecho compuesto.

1. La violación de una obligación internacional por el Estado en razón de una serie de acciones o de omisiones, definidas en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción o la omisión que, conjugada con otras acciones u omisiones, es suficiente como para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende sobre todo el período comenzando con la primera de las acciones u omisiones de la serie y dura tanto como tales acciones u omisiones se repitan y permanezcan no conformes a dicha obligación internacional.

Capítulo V.

Circunstancias excluyendo la ilicitud.

Artículo 23°.

Fuerza Mayor.

1. La ilicitud de un hecho de un Estado no conforme a una obligación internacional de este Estado se excluye si este hecho se debe a la Fuerza Mayor consistente en la sobreviniencia de una fuerza irresistible o de un acontecimiento exterior imprevisto que escapa al control del Estado y que hace que sea materialmente imposible, dadas las circunstancias, de cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no se aplica:

- (a) si la situación de fuerza mayor es debida, sea únicamente, sea en conjunto con otros factores, al comportamiento del Estado que lo invoca; o
- (b) si el Estado ha asumido el riesgo que sobrevenga a una tal situación.

Artículo 25°

Estado de necesidad.

1. El Estado no puede invocar el Estado de necesidad más que como causal de exclusión de ilicitud de un hecho no conforme a una de sus obligaciones internacionales, salvo que este hecho:

- (a) constituya para el Estado el único medio de proteger un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- (b) no afecte gravemente un interés esencial del Estado o de los Estados con respecto a los cuales la obligación existe o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso el Estado de necesidad no puede ser invocado por el Estado como causa de exclusión y de ilicitud:

- (a) si la obligación internacional en cuestión excluye la posibilidad de invocar el Estado de necesidad; o

- (b) si el Estado ha contribuido a la superveniencia de dicha situación.

Artículo 27°

Consecuencias de la invocación de una circunstancia excluyendo la ilicitud.

La invocación de una circunstancia excluyendo la ilicitud conforme al presente capítulo es sin perjuicio:

- (a) del respeto de la obligación en cuestión si, y en la medida en que, la circunstancia excluyendo de ilicitud deje de existir;
- (b) de la cuestión de indemnización de toda pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

Segunda parte.

Contenido de la responsabilidad internacional del Estado.

Capítulo I.

Principios Generales.

Artículo 29°.

Mantenimiento del derecho de cumplir la obligación.

Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito previstas en esta parte no afectan el mantenimiento del derecho del Estado responsable de cumplir con la obligación violada.

Artículo 30°

Cesación y no repetición.

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito tiene la obligación:

- (a) de ponerle fin si el hecho continúa;
- (b) de ofrecer seguridades y garantías de no repetición apropiadas si las circunstancias lo exigen.

Artículo 32°

No pertinencia del derecho interno.

El Estado responsable no puede prevalerse de disposiciones de su derecho interno para justificar un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Capítulo II.

Reparación del perjuicio.

Artículo 36°.

Indemnización.

1. El Estado es responsable del hecho internacionalmente ilícito debe indemnizar el daño causado por este hecho en la medida en que el daño no sea reparado por la restitución (el art. 35,

precedente, establece la obligación de proceder a la restitución consistente en el establecimiento de la situación que existía antes de que el hecho fuere cometido, en ciertas circunstancias).

2. La indemnización cubre todo daño susceptible de valuación financiera, incluyendo el lucro cesante en la medida en que éste es establecido.

(Traducción libre del francés, de su publicación en "Obligaciones Multilaterales, Derecho imperativo y responsabilidad internacional de los Estados, bajo la dirección de Pierre-Marie Dupuy, publicación del Instituto Universitario Europeo, Coloquio Internacional de Florencia, 7 y 8 de diciembre de 2001, Ediciones A. Pedone, París, 2003, págs. 277 y sgts.).

El reflejo de principios de derecho internacional materia del informe citado es, como ha podido verse en distintos fallos arbitrales según las reglas del CIADI, citado con frecuencia, como fuente de interpretación (por caso, ver fallo Vivendi del 3 de julio de 2002, de anulación parcial del Laudo anterior en Cía. de Aconquija S.A. /Vivendi Universal v. República Argentina (ICSID Caso Nro. ARB/97/3), (por ejemplo, ver nota 78 al párrafo 110 del Laudo en el que se citan los artículos de la CDI en comentario al artículo 4º, párrafo 6, y en comentario al artículo 12º (párrafos 9-10).

También, en el párrafo 95 de ese fallo anulatorio puede verse cómo se articulan los principios establecidos bajo los Tratados Bilaterales con aquellos que resultan del derecho internacional, reflejados en dichos artículos de la CDI (para el caso, se cita el art. 3º "Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito" y, más adelante, el párrafo 97 se hace referencia concreta al comentario a dicho artículo).

Es por ello tanto tales principios así formulados, cuanto la doctrina arbitral que así los destaca, servirán de guía para considerar las diferentes posiciones que se van perfilando en los fallos arbitrales bajo las reglas del CIADI, como se puede apreciar por la recurrente cita en prácticamente todos los que se han emitido con posterioridad a aquél¹³.

Los artículos de la International Law Commission on the State Responsibility establecen por su art. 15 que la violación allí considerada puede estar constituida por un conjunto complejo de actos diferenciados. Siguiendo los comentarios establecidos en "los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado" Edit. Pedone, 2003, por James Crawford (pag. 168 y sgtes.):

Art. 15 violación constituida por un hecho compuesto.

1. la violación de una obligación internacional por el Estado en razón de una serie de acciones o de omisiones, definidas en su conjunto como ilícita tiene lugar cuando se produce una acción u omisión que, conjugada con otras acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende sobre todo el período comenzando con la primera de las acciones u omisiones de la serie y dura todo el tiempo que dichas acciones u omisiones se repitan o queden no conformes a la referida obligación internacional.

¹³ Aún tomando en consideración lo expresado en el párrafo 97 de la decisión sobre jurisdicción en SGS Societé Générale de Surveillance v. Filipinas, ICSID N° ARB/02/06, sobre la verdadera aplicación de una doctrina del precedente, la continua cita de la decisión sobre anulación en el caso Vivendi, sin observaciones, adquiere esa importante dimensión (los casos de SGS contra Pakistán y Filipinas, el caso Tokios Tokelès c/ Ucrania y todos los casos contra la República Argentina han invocado y aplicado su doctrina)

Comentario:

1. en el cuadro general de la distinción establecida en el art. 14 entre los hechos realizados y los hechos que tienen un carácter continuo, el art. 15 introduce un matiz suplementario, a saber la noción del hecho ilícito compuesto. Los hechos compuestos dan lugar a violaciones de carácter continuado, que se extienden sobre toda el período que comienza con la primera de dichas acciones u omisiones de la serie de hechos que constituye el comportamiento ilícito.
2. Los hechos compuestos considerados bajo el art. 15 están limitados a las violaciones de obligaciones que conciernen un conjunto de comportamientos y no hechos individuales, en tanto tales.
3. En otros términos, se trata esencialmente de una ‘serie de acciones o de omisiones definida en su conjunto como ilícita’. A título de ejemplo se citará en especial ...los actos sistemáticos de discriminación prohibida por un acuerdo comercial, etc. Algunos de los hechos ilícitos más graves desde el punto de vista del derecho internacional están definidos como tales visto su carácter compuesto. La importancia de las obligaciones en derecho internacional justifica el tratamiento especial previsto en el art. 15”.

Es necesario por consecuencia tomar en consideración el conjunto o la serie de diferentes actos que, vistos en su totalidad, hacen a la posibilidad de un incumplimiento de un compromiso internacional por el Estado, y la unidad de propósito que puede ser vista en esa sucesión de hechos.

Debe recordarse el concepto de la expropiación rampante, tal como ha sido expresado por L. Yves Fortier tal como fue publicado en News from ICSID, Vol. 20, No. 1, verano 2003.

En dicho artículo se señala que un conjunto de medidas puede resultar “con efecto similar a la expropiación” desde que “el lenguaje abarca una variedad potencialmente amplia de actividad regulatoria del Estado que puede interferir con los derechos de propiedad del inversor en su inversión “... por ejemplo, medidas impositivas por su misma naturaleza podrían ser consideradas como expropiatorias. Más particularmente constituyen una forma de expropiación indirecta; tienen un efecto que es similar a la desposesión por una expropiación; y cuando se implementan a través de un período de tiempo pueden ser también calificadas como expropiación rampante. El término “expropiación rampante” es definido en el American Law Institute -Restatement of Law III- de las relaciones exteriores de Estados Unidos (Restatement) como la acción del Estado que busca “obtener el mismo resultado [como una desposesión indirecta] por imposición fiscal y medidas regulatorias diseñadas para hacer antieconómica la continuada operación de un proyecto, de manera que éste sea abandonado (Restatement, vol. 1, sección 712, nota del informante 7 (1987).

Ciertos Estados (Argentina, España en el caso Maffezini) han procurado excluir su responsabilidad internacional por la vía de invocar que la actuación del mismo se ha realizado en calidad de sujeto privado.

Tal defensa tampoco ha tenido mayor andamio, en la medida en que se trate de reclamos en los que no se trate de suministros, sino de contratos administrativos con connotaciones de servicio público o con intensa regulación, cuya vinculación al derecho público no requiere mayor aclaración. Sin embargo, tampoco tal tesis sería correcta, aún con abstracción del carácter público de las concesiones, puesto que de lo que se trata es considerar si ha existido una afectación de aquellos

standards o protecciones establecidas bajo el Tratado, atribuibles a un Estado nacional por cualquiera de sus estados federados, dependencias, subdivisiones, o agencias, incluso de las provincias (también ello quedó aclarado en el fallo anulatorio en el caso Vivendi, como se señala más arriba).

La Argentina, en cambio, ha mantenido la tesis contraria en todos los casos de reclamos formulados en materia de deuda soberana, para poder invocar la inmunidad soberana ante ejecuciones planteadas ante tribunales de terceros países.¹⁴

Debido a que la cuestión no se vincula directamente con los casos bajo análisis, dejamos este tema sin dejar de todas maneras de señalar que las defensas planteadas responden en uno y otro caso a criterios diferentes.

La doctrina del caso Vivendi, por su fallo anulatorio, nuevamente echa luz sobre el particular, en cuanto advierte que la apreciación de una conducta del inversor bajo el derecho local no resulta vinculante para el tribunal internacional, el que debe juzgar sobre la sola base del derecho internacional, en especial aquél estipulado en el Tratado de que se trata, y con sus alcances, siendo quizás la referencia al derecho local una indicación valiosa, pero de ningún modo sustitutiva del análisis mencionado.¹⁵

¹⁴ República Argentina et.al v. Weltover Inc. (La Ley, 1992-D, p.1124) y Weltover Inc. V. República Argentina, United States District Court, SD, New York, N. 89 Civ. 6926(JES). Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman en su Tratado de Arbitraje Comercial Internacional, editado por Litec, 1996, hacen referencia a las cláusulas de estabilidad señalando que ellas en general son consideradas válidas "haciéndose valer que estas cláusulas no prohíben a un Estado legislar, pero se contentan de hacer escapar un contrato determinado de los efectos eventuales de dicha legislación; también se establece, lo que hasta cierto punto es tautológico, que la soberanía de un Estado sería suficiente para justificar su renuncia de manera irrevocable a algunos de sus poderes. La jurisprudencia arbitral valida generalmente las cláusulas de estabilización -citando profusa jurisprudencia internacional a partir del fallo Texaco con comentario de Lalive, Aminoil, Agip c. Congo y otros-. El Instituto de Derecho Internacional ha igualmente afirmado bajo el art. 3º de su resolución de 1979 que "las partes pueden convenir que disposiciones de un derecho interno a las cuales ellas se refieran en un contrato sean entendidas en su tenor al momento de la terminación del contrato".

¹⁵ En el fallo anulatorio en CAA/Vivendi c. Argentina señaló:

"párrafo 95. En cuanto a la relación entre el incumplimiento del contrato e incumplimiento del Tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los arts. 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar, establecen una norma independiente. Un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa y éste por cierto es el caso de éstas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el art. 3 de los artículos de la CDI, titulado: "Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito": "la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es aceptada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno".

Siguiendo el comentario del art. 3º, el fallo indica que los Artículos de la CDI concluyen en que la calificación dada al hecho impugnado por una autoridad interna puede constituir una indicación valiosa, pero ello nada predica sobre lo que pueda concluirse respecto del mismo hecho bajo el derecho internacional.

En el fallo arbitral –decisión sobre jurisdicción- Maffezini c/El Reino de España (caso No. ARB/97/7) por su párrafo 64, el Tribunal enfatizó "que Tratados Bilaterales de Inversión no son pólizas de seguro contra males estimaciones de negocios". En el caso en particular se indicó que la sociedad del Estado cuya responsabilidad fue atribuida al Reino no podía ser objeto de una presunción consistente en suponer que hubiere asegurado que los inversores pudieran ser eximidos de riesgos de negocios inherentes a cualquier inversión. Como se ve, en el caso se destacó que solo el riesgo

Los Tratados Bilaterales expresan que es arbitrable “una controversia entre una Parte (el Estado receptor de la inversión) y un nacional o sociedad de la otra parte, **surgida de o relacionada con**” un acuerdo de inversión o la violación de cualquier derecho conferido o establecido por el Tratado (la redacción es del Art. VII del Tratado con los Estados Unidos y nos pertenece al resaltado) con respecto a una inversión. A su vez, el Tratado con Francia identifica como arbitrable (art. 8) “toda controversia **relativa** a las inversiones”.¹⁶ (idem).

VIII. Cuestiones contractuales y diferendos sobre inversiones

Frente a la alegada distinción entre materia contractual y materia relativa a inversiones, no constituye una inhibitoria de la competencia del tribunal la circunstancia que el mismo diferendo pudiera implicar a la vez cuestiones de interpretación y aplicación de normas del Tratado y cuestiones contractuales.

El Tribunal está facultado para interpretar las normas del Tratado, el derecho doméstico y los términos de los acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, así como los principios de derecho internacional en la materia, no existiendo límites para ello.

El centro de la disputa a analizar es aquello que constituya el trato de una inversión de conformidad con las normas establecidas bajo el Tratado. Por ello, que la inversión guarde relación con un contrato no significa que la diferencia caiga fuera del alcance del Tratado, como así tampoco lo excluye el hecho que un contrato con el Estado o cualquiera de sus subdivisiones remita a los Tribunales provinciales para resolver las diferencias relativas a la concesión.

La competencia del Tribunal se extiende respecto de violaciones del contrato en cuanto constituyan, al propio tiempo, una violación del Tratado. En el caso de la decisión sobre anulación del laudo anterior en Vivendi, ésta destacó que el Tratado se refiere a diferencias relativas a las inversiones (en el sentido que las define el Tratado mismo) sin emplear una fórmula más estrecha, que requiera la caracterización de un incumplimiento del Tratado mismo, como categoría autónoma.¹⁷

comercial era trasladable al inversor, excluyendo cualquier otro (por cuanto en el fallo final del 13 de noviembre de 2000 se otorgó compensación al Sr. Maffezini por aquello que no podía reputarse como ejercicio de su criterio de negocios, sino como imposición de la agencia oficial).

¹⁶ El fallo anulatorio emitido respecto de CAA/Vivendi expresa que son arbitrables (párrafo 55 de dicho decisorio) las “diferencias relativas a inversiones” agregando que “es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI” (el Tratado). Esta conexión de la diferencia o disputa con la inversión es una de “relación” entre uno y otro concepto. En ello reside su especificidad.

¹⁷¹⁷ El Comité destacó que el art. 8 del Tratado no requería una formulación más estrecha, de incumplimiento del Tratado mismo, bastando que la disputa guardare relación con la inversión efectuada bajo el Tratado, diferenciando este caso de aquel sometido, por ejemplo, a las normas del Tratado de Integración y Libre Comercio (NAFTA) celebrado con México, en el que la protección se limita al solo caso de violación a deberes específicamente regidos por el Tratado, refiriéndose al caso Waste Management como explicación de las normas sustantivas del NAFTA. Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos, junio 2, 2000, por ante el CIADI (ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, p. 234; 40 ILM 56). En el citado párrafo 28 del mismo -y su precedente, el 27- el Tribunal en ese caso abordó la cuestión de las distintas acciones por un mismo diferendo, aunque con base en argumentaciones de derecho diferentes - el contrato y la legislación local, de una parte, y por la otra las violaciones concretas de normas sustantivas del TLCAN -NAFTA- a fin de tornar efectiva la divisoria de aguas de los procesos jurisdiccionales, por la que dicho Tratado exige la renuncia expresa de la vía local para habilitar la del TLCAN. Precisamente para destacar su diferente tratamiento bajo el Tratado Bilateral, el Comité en el laudo anulatorio en Vivendi recuerda que no existe tal formulación estrecha bajo el Art. 8 de este último, al incluir bajo su dispositivo todo diferendo bajo una inversión efectuada bajo el Tratado, sin imponer distinciones que, así, devienen inaplicables.

Ello así, por cuanto el derecho internacional establece que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional, y tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito, eventualmente, por el derecho interno. Así, la conformidad con el derecho interno y la conformidad con la disposición del Tratado son cuestiones diferentes e independientes entre sí, a pesar que la interpretación conforme a la normativa local pueda ser una indicación valiosa para revisar dichos actos.¹⁸

El Comité ad hoc en el laudo anulatorio en Vivendi destacó precisamente que resultaba nulo el argumento que la opción de acudir al foro internacional estuviere limitada sólo a reclamaciones por violación del Tratado y no si hubiere reclamaciones de carácter “puramente” contractual, aún cuando dichas reclamaciones se superpusieran con reclamaciones por violación del Tratado. Destacó entonces que la nulidad consiste en argumentar que el Tratado no debía aplicarse en circunstancias en que existan reclamaciones “basadas en el contrato de concesión”, invocándose hipotéticamente que la conducta en discusión pudiera haber tenido justificación bajo el propio contrato de concesión.

Es importante aclarar ciertos equívocos presentes en el laudo arbitral, en la parte luego anulada en el caso Vivendi.

La existencia de pactos de jurisdicción en los contratos entre el Inversor y el Estado o sus dependencias o subdivisiones, y la revisión de las conductas del Inversor y del Estado receptor de la inversión desde el punto de vista de las estipulaciones contractuales, no produce:

- (i) la “captura” por aquellas estipulaciones contractuales de cualquier litigio iniciado por el Inversor, de forma de excluir dicha cuestión del ámbito del arbitraje internacional, ni
- (ii) la exclusión de la revisión de aquellas conductas desde el punto de vista del Tratado pertinente.

Ello no se vincula directa o indirectamente con las cláusulas que pudieren establecerse en diversos Tratados bilaterales como paraguas para evitar tal discusión, consistentes en establecer en forma específica el compromiso internacional del Estado receptor de respetar sus compromisos u obligaciones otorgadas mediante contratos. Si bien es verdad que la internacionalización del contrato, y la determinación precisa que la violación de cualquiera de sus cláusulas constituya una violación de un compromiso internacional elimina toda posible discusión. Sin embargo, los Tratados bilaterales establecen en forma generalizada una protección específica de los derechos del inversor en forma tal que se efectúa una mención directa a los derechos bajo contratos, al considerar a tales derechos como una inversión protegida bajo el Tratado.

La circunstancia que la jurisdicción del Tribunal Arbitral internacional no surja de una cláusula específica establecida en el contrato no varía dicha conclusión, en la medida en que el Tratado bilateral mismo constituye la oferta del Estado contratante, sin exclusiones, asegurando irrevocablemente al inversor el derecho a aceptar dicha jurisdicción bastando que el mismo, una vez superado el período de espera desde la comunicación del diferendo, que inicie la solicitud de arbitraje pertinente.

¹⁸ El caso ELSI (Electrónica Sicula Spa - Elsi, US v. Italia, 1989, ICJ Rep. 15, 42) destaca la distinción entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de responsabilidad internacional, como lo refleja el comentario al art. 3 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional.

La distinción entre materia contractual y materia regida por los Tratados, es planteada en ocasiones por algunos Estados para restringir el acceso al arbitraje internacional, tal como en el primer fallo arbitral recaído en el caso Vivendi, y ello fue precisamente materia de la anulación recaída en este punto en particular por el fallo anulatorio posterior.

Baste recordar que en el caso *Azinian c/México* (caso No. ARB (AF) 97/2 de noviembre 1, 1999) no se efectuó una distinción de tal género, sino que sencillamente se advirtió (para el caso de la interpretación del NAFTA, que no tiene una estructura similar a la de los Tratados Bilaterales¹⁹) no

¹⁹ A diferencia de algunos otros Tratados, tal el del NAFTA que establecen ciertos preceptos concretos que circunscriben la materia bajo el Tratado, los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones sólo requieren que se trate de una disputa sobre una inversión, de orden legal, para habilitar el arbitraje, y fijar así la competencia, o sea, el poder de decidir, de los árbitros para resolver al cuestión planteada.

Por el contrario, en el NAFTA la determinación de la materia arbitrable se vincula con ciertos contenidos específicos, de manera de apartar aquello que no sea una precisa violación de dicho contenido. Tal como lo señaló el fallo anulatorio en el caso Vivendi, los tratados bilaterales tienen un campo más amplio, en el que no existe tal restricción.

Todd Weiler, en su artículo “NAFTA article 1105 under free trade Commission: just sour grapes, or something more serious?”, publicado en *International Business Lawyer*, diciembre 2001, vol. 29, No. 11, publicado por la International Bar Association, destaca la preocupación que surge de la interpretación del art. 1105 del NAFTA (North America Free Trade Agreement), señalando que “es generalmente aceptado que el propósito de una estipulación tal como el art. 1105 del NAFTA es ‘proveer un standard básico y general que está separado de la ley local del Estado receptor’, de modo de sujetar las inversiones a la protección de los standards establecidos por el derecho internacional, entendiéndose por ello lo que establece el art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia: las obligaciones establecidas en Tratados internacionales; la costumbre internacional; los principios generales del derecho; y las fuentes secundarias de autores altamente calificados y tribunales internacionales (Weiler, op.cit, p. 492).

También en el art. 1105 del NAFTA se encuentran los dos standards usuales en los Tratados Bilaterales, de tratamiento justo y equitativo y de protección y seguridad íntegra, lo que incluye la prohibición de incurrir en conducta arbitraria o discriminatoria, o de violar el principio de buena fe, que en materia de derecho internacional incluye la doctrina del abuso del derecho y de la regla de *pacta sunt servanda* (ver nota al pie No. 8 a dicho artículo).

El tema ha sido planteado en el caso *Metalclad Corp. c/Gobierno de México* (No. ARB(AF) 97/1, del 30.8.2000). La diferencia que pueda resultar bajo dicho art. 1105 en cuanto a la consideración de la aplicación de estos principios como una propuesta de mínima, o por el contrario, como una amplia aceptación de estos principios tal como se encuentran formulados en los respectivos Tratados, es superada bajo el derecho que emerge de los Tratados Bilaterales, que, como lo señala el fallo anulatorio en el caso Vivendi, revisten mayor amplitud que la fijada en el marco del NAFTA.

En efecto, en la decisión sobre anulación recaída en *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) c/República Argentina*, caso ARB/97/3 del 3 de julio de 2002, se destacó, bajo el párrafo 55: “Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del art. 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del TBI [Tratado Bilateral] mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI. Esto se puede contrastar, por ejemplo, con el art. 11 del TBI que se refiere a una diferencia “relativa a la interpretación o aplicación del presente acuerdo”, o con el art. 1116 del TLCAN [el NAFTA] que dispone que un inversor podrá someter a arbitraje bajo el capítulo 11 ‘una reclamación en el sentido que otra parte ha violado una obligación establecida’ en disposiciones específicas de dicho capítulo.

En consecuencia, si el procedimiento nacional involucra una ‘diferencia relativa a inversiones’, tal como se interpreta en el TBI, entonces se aplica el art. 8 (2) –citando al caso *Waste Management Inc. C/México* (No. 1) 2040 ILM 56 en 68 párrafo 28.

En la opinión del Comité una reclamación por parte de CAA contra la Pcia. de Tucumán por incumplimiento del contrato de concesión ante los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán estaría prima facie dentro del alcance del art. 8 (2) y constituiría una elección de fuero y jurisdicción “de carácter definitivo”, siempre y cuando se

se puede considerar que dicho tratado permita a los inversores el acceso al arbitraje internacional para “meros incumplimientos contractuales” (párrafo 87). Más adelante, prosigue señalando que la distinción entre expropiación e incumplimiento contractual es crítica (párrafo 90) agregando que el principio sustantivo bajo el art. 1105 del NAFTA es que el inversor no debiera ser tratado de manera tal que contravenga el derecho internacional.²⁰

constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI.

Destácase por ello que el tratado bilateral tiene un alcance más amplio que el de la posible discusión que surgiera bajo el capítulo 11 del NAFTA, estando dentro de la jurisdicción del tribunal arbitral, y por consecuencia bajo su poder de decisión resolviendo el diferendo, cualquier diferendo relativo a inversiones bajo el Tratado, tornando así estéril la discusión que pudiere generar la aplicación del caso Metalclad ya antes citado.

²⁰ Aún en el ámbito del TLCAN (NAFTA), que establece un concepto de incumplimiento de un deber específico tal como se encuentra referido en el Tratado, la configuración de lo que se considera trato justo y equitativo adquiere una dimensión similar a la que pudiera resultar de la moderna formulación de esa noción bajo los Tratados Bilaterales, visto que el derecho internacional por sus variadas fuentes ha evolucionado de manera singular respecto del derecho consuetudinario internacional para ir más allá de un elemento calificante como podría haber sido el de “internacional delinquency” (ilícito internacional).

En la decisión del caso NAFTA²⁰: *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada* (decisión respecto de los daños) publicado en el 41 ILM 1347, Vol. 41, No. 6 de *International Legal Materials*, de noviembre de 2002, fallo del 31.5.02, el Tribunal determinó que el requerimiento establecido para otorgar a los inversores bajo el NAFTA un trato justo y equitativo era independiente de, y no subsumido en, el requerimiento de otorgarles un tratamiento acorde con el derecho internacional.

El Tribunal consideró que esa interpretación era requerida por tres razones:

(i) En primer lugar, los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones concluidos por las Partes bajo el NAFTA establecen en muchas instancias que los inversores deben “en todo momento ser asegurados de un tratamiento justo y equitativo... y no serán en caso alguno sujetos a un tratamiento menos favorable que aquél requerido por la ley internacional”. Como los inversores de países que han suscripto dichos Tratados estaban en consecuencia sujetos a un trato justo y equitativo sin consideración a cualesquiera limitaciones que podrían ser inherentes al derecho internacional, los inversores bajo el NAFTA podían solicitar los mismos derechos bajo la cláusula de Nación más favorecida establecida en el art. 1103. Consecuentemente, el Tribunal concluyó que no tendría sentido negarles estos derechos bajo el art. 1105, sólo para encontrarlos nuevamente bajo el art. 1103.

(ii) En segundo lugar, el Tribunal consideraba que las Partes bajo el NAFTA difícilmente hubieran tenido la intención, bajo el art. 1105, de efectuar el tratamiento de los inversores menos favorablemente que aquéllos de otros países.

(iii) Finalmente, el Tribunal consideró que el art. 1102 requería de cada Parte bajo el NAFTA otorgar a aquellos inversores de la otra Parte un trato no menos favorable que aquél que acuerda a sus propios inversores, un standard obviamente no limitado por cualesquiera condiciones que podrían ser incorporadas por standards bajo el derecho internacional.

En dicho fallo se señala que Canada consideraba que un incumplimiento bajo dicho artículo debía ser interpretado como el no haber “alcanzado el standard mínimo de tratamiento de sus actos, si aquéllos alcanzaran el nivel de un ultraje, un ejercicio de mala fe, un abandono consciente del deber o una insuficiencia de acción gubernamental tan por debajo de los standards internacionales que cualquier persona razonable e imparcial hubiera reconocido su insuficiencia”.

El Tribunal consideró aplicable la doctrina que las interpretaciones establecidas por ambos gobiernos con posterioridad al fallo -la Comisión sobre el libre comercio bajo el NAFTA formuló una Notas de Interpretación de algunas Estipulaciones del Capítulo XI, el 31 de julio de 2001- constituían una modificación de hecho de las estipulaciones del NAFTA, apartándose en consecuencia del significado del art. 1105 tal como había sido aceptado al tiempo en que NAFTA fue concluido, con lo cual tales interpretaciones no serían vinculantes para un Tribunal bajo las reglas del NAFTA.

El Tribunal se rehusó a considerar que dichos standards bajo el derecho internacional pudieren ser interpretados en función de ciertos antecedentes antiguos en más de medio siglo respecto de la fecha del reclamo, consistentes en los expresados en el caso Neer.

El Tribunal señaló que había habido una evolución en los conceptos del derecho internacional consuetudinario desde los años '20 y que es una faceta del derecho internacional que el derecho internacional consuetudinario evolucione a través de la práctica de los Estados, siendo que los acuerdos internacionales constituyen la práctica de los Estados y contribuyen a determinar las bases del derecho internacional consuetudinario.

Así, consideró que esa evolución incluía el concepto de trato justo y equitativo tal como resulta del trabajo de la OECD sobre el proyecto de Convención sobre la protección de propiedad extranjera, el que reconoció que dicho concepto era ya habitual en acuerdos bilaterales entonces en vigencia, concluyendo que “la práctica de los Estados está ahora representada por esos Tratados”.

También agregó que la Corte Internacional de Justicia se apartó de la formulación bajo el caso Neer, para señalar que “la arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una regla de derecho (“a rule of law”), como algo opuesto a ‘the rule of law’ (lo que se traduce en castellano como el Estado de Derecho) ... se trata de un consciente desconocimiento del debido proceso legal, un acto que resulta chocante o al menos sorprende un sentido de conducta judicial”. (la traducción y aclaración nos pertenece)

Brevemente señala el Tribunal que este encontró “que cuando el inversor instituyó su reclamo bajo estos procedimientos, Canadá Software Lumber Division cambió su previa relación con el inversor y con la inversión, desde una de cooperación en el manejo del régimen de Software Lumber (maderas aserradas blandas) en uno de amenazas y de engañosas representaciones (“misrepresentations”).

En el sentido de la nueva actitud se encuentran las aserciones de razones de política inexistente, para forzar a aquéllos a cumplir con demandas sumamente gravosas de documentos, rechazos a proveerles con la información prometida, amenazas de reducciones y aún terminación de las cuotas de exportación de la inversión, representaciones severamente engañosas, de hecho, en memoranda al Ministro concerniente a las acciones del inversor y a la inversión y aún sugerencias de una investigación criminal respecto de la conducta en la inversión.

El Tribunal también concluyó que estas acciones no estaban causadas por ninguna conducta del inversor o de la inversión, el que “había mantenido su actitud de cooperación hasta que el exceso ... se volvió demasiado gravoso y confrontacional”.

También señaló el Tribunal que Canadá basó su pedido de rechazo en: “la prohibición bajo el derecho internacional consuetudinario a que los accionistas recuperen perjuicios sufridos por una corporación –la regla así llamada Barcelona Traction-. Está bien establecido en el derecho internacional consuetudinario que las sociedades tienen una existencia separada de aquella de los accionistas. El art. 1116 (NAFTA) autoriza a los inversores (aquéllos que son titulares o controlan una inversión) a requerir compensación por daños que sean directos pero no derivados” (“derivative”).

Sin embargo, destacó la contradicción con otras presentaciones de Canadá en las que hizo referencia a tal derecho derivado, concluyendo el Tribunal que “difícilmente podría estar más claro que los reclamos podían ser traídos bajo el art. 1116 por un inversor que reclame por daño o perjuicio a su interés en la empresa respectiva, que es la persona jurídica de la que el inversor es titular”, agregando sin embargo que resulta una carga para el inversor “probar que dicho perjuicio ha sido causado a su interés, y que ha tenido conexión causal con el incumplimiento acusado”.

Agregó también que “el vínculo entre la fortuna financiera de la casa matriz y las subsidiarias, probablemente obvio a primera vista, está planteado expresamente por requerimientos en la mayor parte de los países desarrollados que las subsidiarias controladas sean consolidadas en los estados financieros de la casa matriz”.

El tribunal finalmente fijó una indemnización a favor del inversor.

En el caso de Myers Inc. v. Canada (98 AJIL, 339, The American Journal of International Law, April, 2004), el tribunal Arbitral condenó a pagar daños por lo que juzgo eran regulaciones discriminatorias contra el inversor.

En el caso Azinian²¹, existía un tratamiento judicial previo por ante las Cortes locales, y el actor no había efectuado reclamo alguno sobre la forma en que dichas Cortes habrían administrado justicia, no obstante que aquéllas habían juzgado el contrato de marras como desprovisto de validez.

Este es uno de los casos en los cuales las manifiestas insuficiencias del inversor evidenciaban su falta de legitimación para acceder ante el arbitraje internacional, por cuanto no se percibía que pudiese requerir la protección de derechos a los que el mismo no se había hecho acreedor. La cuestión reside entonces en que la materia de arbitraje internacional bajo estos Tratados (ya formulada la observación que el NAFTA tiene una estructura diferente de los Tratados bilaterales, y por consecuencia no puede ser extensible sin más la conclusión a su respecto) atiende a la violación de los principios establecidos bajo los Tratados y no a una discusión sobre un “mero” incumplimiento contractual, cuestión que será analizada en oportunidad del comentario sobre el fallo anulatorio parcial en el caso Vivendi, que contribuye a determinar el contorno de una disputa sobre inversiones ante el CIADI.

En el fallo del Comité ad-hoc en Cía. de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/3, procedimiento de anulación) el Comité expresó (párrafo 60): "nuevamente es evidente que una diferencia particular relativa a inversiones puede a un mismo tiempo implicar cuestiones de interpretación y aplicación de las normas del TBI y cuestiones contractuales. El art. 8 (4) (TBI), al facultar expresamente al Tribunal para basar su dictamen en las disposiciones del Acuerdo –el Tratado- como también sobre los términos de cualesquiera acuerdos particulares concluidos en materia de la inversión, claramente reconoce dicha posibilidad. Así también lo hace el art. 8 (2) el que contempla que una misma diferencia pueda ser sometida ya sea a los Tribunales internos del Estado contratante (a ser resuelta de conformidad con el derecho interno de dicho Estado), ya sea al arbitraje internacional (a ser resuelta de conformidad con el derecho aplicable identificado en el art. 8 (4)).”

Como se ve, queda eliminada esta discusión de géneros, no siendo óbice para la discusión frente a un Tribunal Arbitral constituido según las reglas del CIADI y conforme a un tratado bilateral, el que la conducta atribuida al Estado receptor de la inversión pueda constituir a su vez, un incumplimiento contractual, el que será analizado dentro del amplio campo que le permite el art. 8 (4) del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre Argentina y Francia, si tal fuere el caso.

Por su párrafo 105, el fallo anulatorio en CAA/Vivendi expresó: “Pero una cosa es ejercer jurisdicción contractual (discutiblemente de competencia exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional como aquella reflejada en el Artículo 3 del Acuerdo de 1991”.

El Comité ad-hoc en el fallo anulatorio del precedente recaído en CAA / Vivendi c. Argentina, ya mencionado, destacó con claridad por su nota al pie 64, citando a Salini Costruttori SpA c. Reino de Marruecos, caso CIADI, decisión sobre jurisdicción de fecha 23 de julio de 2001, recopilada en (2001) Journal de droit international 196 con nota de Gaillard, id., pág. 209, en el sentido que "el tribunal dictaminó que las disposiciones del TBI relativas a medidas de expropiación o de nacionalización "ne saurait être interprétée dans le sens d'une exclusion de tout grief d'origine contractuelle du champ de l'application de cet article" (pág. 209, párrafo 59) y además que, no

²¹ Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. The United Mexican States -Laudo de Noviembre 1, 1999.

obstante la cláusula de jurisdicción local, "le Tribunal arbitral demeure compétent pour les violations du contrat .qui constituerait en même temps, à la charge de l'Etat une violation de l'Acord bilatéral" (pág. 209, párrafo 62).

En su crítica al fallo anterior, en la parte que concluyó anulando, el Comité Ad Hoc en el fallo anulatorio Vivendi fundó esa nulidad, en su crítica al párrafo 79 del anterior, en cuanto destacaba una separación de cuestiones a decidir, para excluir todo aquello que se refiriera a la acción oficial "como parte [en el] contrato de concesión", lo que mereció el siguiente comentario en el párrafo 110 del fallo anulatorio:

"110. Este pasaje merece dos observaciones. Primero, se formula en términos no de una decisión sino de una imposibilidad de decidir, la imposibilidad basándose en la necesidad de interpretar y aplicar el contrato de concesión. Pero bajo el art. 8 (4) del TBI el Tribunal tenía jurisdicción para basar su decisión sobre el contrato de concesión, al menos en la medida necesaria para determinar si había habido incumplimiento de las normas sustantivas del TBI. En segundo lugar, el pasaje parece implicar que la conducta de Tucumán efectuada con el propósito de ejercer su derecho como parte del contrato de concesión no podía, a priori, haber violado el TBI. Sin embargo, no hay base para un supuesto de este tipo: el que una conducta particular conlleve el incumplimiento de un Tratado no se determina mediante la pregunta de si la conducta conlleva el propósito de ejercer derechos contractuales".

Es así que para considerar incumplido un trato justo y equitativo comprometido hacia el inversor, ello resulta de una conducta de alguna forma arbitraria, o de una medida similar o con los mismos efectos que una desposesión de los activos, sin efectuar una especial calificación de dicha conducta bajo el derecho local. Ciertamente, las inversiones consideradas son aquellas efectuadas conforme a las normas locales, lo que exige de parte del Estado receptor que a su vez respete las expectativas generadas y la confianza del inversor al realizar dicha inversión en función de la existencia de ciertos derechos que resultan de su inversión tanto bajo la legislación local como bajo la protección más amplia de los Tratados bilaterales que le conciernen. Las restricciones que pudieren resultar de la legislación interna de cada país no pueden ser utilizadas por aquél para menoscabar o restringir los derechos de otro modo conferidos bajo el Tratado, por lo propio que la legislación interna será considerada desde el punto de vista del derecho internacional, como un hecho susceptible de consideración y análisis bajo el propio derecho internacional.

Es importante destacar este aspecto, por cuanto siempre que exista un diferendo, el Estado receptor de la inversión tendrá una concepción diferente que la del inversor sobre la interpretación de la legislación interna aplicable, sin computar debidamente que la violación de las disposiciones bajo el Tratado podrán ser incurridas aún si la legislación interna facultare a realizar dichos actos por parte de los Poderes Públicos.

El ejercicio legítimo del poder será entonces analizado por el Tribunal a la luz del derecho internacional, y en especial bajo las estipulaciones sustantivas o de fondo que el Tratado Bilateral establezca sin sentirse limitado por aquellas restricciones que pudieran resultar de la legislación interna.

En algunos Tratados, como el suscrito entre Francia y Argentina, existen disposiciones, tal el art. 10 en el caso mencionado, por las que los acuerdos o convenios entre inversor y Poderes Públicos serán ejecutables en la medida en que esas estipulaciones beneficien al inversor en mayor medida

que lo que hubiere incurrido bajo el Tratado bilateral mismo, una muestra adicional de la subordinación aquí mencionada a nivel de normas aplicables.

En la decisión sobre jurisdicción (caso ICSID ARB/01/3 Enron Corporation y Ponderosa Assets LP c. Argentina, enero 14, 2004, por su párrafo 91) el tribunal recordó “las diversas decisiones ICSID que han recientemente discutido esta misma cuestión, particularmente aquellos en Lanco, Cía. de Aguas del Aconquija (laudo y laudo anulatorio) Wena, CMS y Salini. En todos estos casos los Tribunales han reconocido jurisdicción bajo la convención para considerar violaciones de contrato que al mismo tiempo constituyeran una violación del pertinente tratado bilateral”.

En el caso Autopista Concesionada de Venezuela, Autoven c/República Bolivariana de Venezuela, caso CIADI ARB/00/5, de fecha 23.9.03, se analizó el interesante caso de la violación del compromiso del concedente de admitir un aumento progresivo de tarifas de peaje y su ajuste periódico. La defensa del Estado consistió en tal caso la circunstancia de la “resistencia pública al aumento de tarifas propuesto [por lo que] el Ministerio decidió no aumentarlas” (párrafo 32). El caso es que el Estado rehusó ajustar las tarifas según cláusulas contractuales y que, cuando el concesionario reclamó por ello, el Estado determinó que había vicios de nulidad tanto en la resolución que adjudicaba la concesión como en el contrato mismo (párrafo 45), forzando así al concesionario a reclamar la rescisión del contrato de concesión.

La defensa del Estado consistió en invocar como evento de fuerza mayor los disturbios provocados por aumentos programados a dichas tarifas, una disputa respecto a las inversiones que sostenía el Estado debía ser la sociedad no obstante la falta de aumento de tarifas y considerando que la concesionaria no tenía derecho a considerarse desprovista de flujo de fondos futuro.

Puso en cabeza del concesionario la carga de la expectativa que dichos aumentos podría generar tales disturbios. El Tribunal consideró (párrafo 115) que “no se puede argumentar razonablemente que los funcionarios venezolanos que negociaron el contrato podían ignorar que el incremento en el precio del transporte resultante del mecanismo contractual de aumento de las tarifas de peaje podía por lo menos potencialmente desatar una protesta popular violenta similar a la ocurrida en 1989”. Más aún (párrafo 116) si a poco de suscribir el contrato “se tornó evidente que una fuerte resistencia pública a los aumentos de las tarifas podía poner en peligro el futuro de la concesión”.

El Tribunal señaló que Venezuela “no convenció al Tribunal de que era imprevisible, al momento de la negociación del contrato de concesión, la posibilidad que se produjeran disturbios civiles (párrafo 118), y “dada la falta de imprevisibilidad, el incumplimiento por parte de Venezuela no puede fundarse en razones de fuerza mayor” (párrafo 119). También incidió en ello el reconocimiento que las autoridades locales se resistían a dicho aumento, haciendo referencia al criterio establecido en la decisión sobre anulación del laudo arbitral en Vivendi para considerar que dichas acciones eran atribuibles al Gobierno central (párrafo 126).

Nuevamente, destacando el principio internacional ampliamente reconocido, el Tribunal desestimó las imputaciones del Gobierno sobre cierta invalidez de alguna cláusula del contrato señalando que era una regla bien establecida del derecho internacional que un Estado no puede excusar su incumplimiento de una disposición contractual amparándose en una supuesta ilegalidad bajo la legislación nacional.

El laudo naturalmente sigue paso a paso las cuestiones fácticas que se desarrollan, el estado incipiente de la concesión y otros factores, pero en lo particular, para establecer alguna orientación

en cuanto a los criterios aquí formulados, resulta de interés para destacar que el Estado no puede considerarse exento de respetar y hacer cumplir las disposiciones bajo las cuales el inversor organizó las inversiones y en especial los compromisos asumidos en forma específica en los respectivos contratos de concesión.

En el caso *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador* (administrado bajo la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, caso N° UN 3467), bajo los párrafos 51 y siguientes el Tribunal en su decisión sobre jurisdicción del 31 de julio de 2004 destacó la doctrina emanada de los fallos *Lauder*, *Genin*, *Aguas del Aconquija*, *CMS* y *Azurix* y el del Comité Ad Hoc en *Vivendi* refirmando junto con *CMS* que aunque existiera “recurso a las Cortes locales en caso de incumplimientos contractuales, ello no habría impedido la presentación de un reclamo de arbitraje según el Tratado (“a treaty claim to arbitration”), es decir respecto de una conducta que en las circunstancias fuere contraria al standard del Tratado aplicable”. (párrafo 52), caso en el que una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato “no podría operar como una prohibición de la aplicación del standard bajo el Tratado” (párrafo 53), más aún, si no constituyera una verdadera opción para el inversor en virtud de limitaciones precisas (párrafo 61), para el caso de períodos de tiempo restringidos; como requisito de procedibilidad de la acción en el caso de *Lanco*, por no existir esta opción desde su inceptión, por tratarse de una competencia exclusiva e improporogable según la las leyes argentinas.

Dicho tribunal también indicó que no solo diversas cuestiones podrían dar lugar a distintas causa para accionar (causa petendi, diríamos nosotros), sino que sus conclusiones pudieran hasta cierto punto interactuar con las del Tribunal Arbitral (algo que en la decisión sobre anulación del caso *Vivendi* fue expresado como susceptible de aportar una indicación de interés para el Tribunal, aunque la perspectiva de aquel, desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Tratados, sea distinta de lo expresado a nivel local).

IX. Pactos de jurisdicción local y jurisdicción arbitral internacional

Así, la discusión sobre los pactos de jurisdicción también se encuentra zanjada según el comité Ad Hoc en su decisión de anulación del fallo *Vivendi* por el mismo principio, esto es, la irrelevancia de la determinación de un pacto de jurisdicción exclusiva en algún acuerdo del inversor, frente a la invocación de una violación del derecho internacional materia de los Tratados.²²

Tal examen no está precluido por cuestión alguna de derecho interno, incluyendo bajo el mismo cualquier acuerdo de las partes bajo dicho derecho interno, si existe un incumplimiento bajo el Tratado de Protección de Inversiones. Por ello, existiendo una cuestión de derecho internacional, ninguna disposición interna, ni acuerdo con el inversor, aún de jurisdicción exclusiva, puede evitar la caracterización de tal conducta como internacionalmente ilícita bajo un Tratado.

²² A mayor abundamiento, el Comité recordó que no existía en el Tratado una norma como la del art. 11 (1) de la “Claims Settlement Declaration” entre Irán y los Estados Unidos del 19.1.81. La misma expresaba que el Tribunal arbitral internacional así designado resolvería los reclamos de nacionales de una de las partes, respecto de la otra “...excluyendo reclamos que surgieran bajo un contrato vinculante entre las partes estableciendo específicamente que cualquier disputa bajo el mismo se encontraría sujeta a la exclusiva jurisdicción de las Cortes iraníes competentes” (*Aida Avanessian, Iran - United States Claims Tribunal in Action, Graham Totman/Martinus Nijhoff, 1993, p. 8/9*).

Naturalmente, es necesario tomar en cuenta los términos de un contrato para determinar si respecto de la inversión efectuada con base en dicho contrato ha habido incumplimiento por el Estado de una norma independiente de derecho internacional.

El propio Comité Ad Hoc señaló que “la disponibilidad de tribunales locales” no es indiferente para el análisis global de la cuestión, pero no constituye elemento que habilite a la preclusión de las facultades de un Tribunal internacional para considerar el fondo de la diferencia.

El Comité destacó que la opción que confiere el Tratado constituye un derecho amplio del inversor, el que no puede ser retaceado de ninguna manera, añadiendo a su vez que el inversor corre riesgos al efectuar dicha opción, por cuanto la decisión del Tribunal internacional sobre el fondo de la cuestión, de no considerar violado un compromiso internacional, podría conllevar al propio tiempo la decisión definitiva sobre el diferendo, aunque el mismo quizás hubiera podido ser calificado de otra manera bajo la concreta discusión de un incumplimiento contractual en sede local. Con ello no hizo sino recordar la parte final del Art. 8.2 del Tratado, que destaca el carácter definitivo de la elección de procedimiento arbitral internacional, lo que estimó aplicable siempre y cuando se constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el Tratado.

En los casos más recientes se pueden considerar similares conclusiones en lo que hace a la jurisdicción local e internacional. La materia se despliega nuevamente en *SGS v. Pakistán* y en *SGS v. Filipinas*.

Los casos jurisdiccionales en *Azurix* y en *CMS* establecieron la posibilidad que hubiere procedimientos judiciales paralelos en la medida que no hubiere identidad de parte o identidad en la materia exacta, sin perjuicio, como se verá en algún otro fallo, de evitar la duplicación de indemnizaciones.

Ello nada predica en contra de lo establecido en la decisión sobre anulación en el caso *Vivendi*, en cuanto se recuerde que la materia del reclamo se encuentra en conexión con una inversión que determine la aplicación de las disposiciones de fondo del Tratado.

En el párrafo 14 del laudo arbitral en *Azurix* en materia de jurisdicción el Tribunal menciona que ha invitado a las partes a abstenerse de adoptar medidas de cualquier naturaleza que pudieren agravar o expandir la disputa sujeta a arbitraje, y tomó nota de ciertos reconocimientos que hizo la parte demandada a este respecto.

En el laudo anulatorio del fallo *Vivendi*, el Comité Ad Hoc estableció que el Tribunal Arbitral tenía jurisdicción para decidir en cuestiones contractuales que al mismo tiempo constituyeran una violación de los compromisos bajo el Tratado ²³ de tal manera rechazando cualquier intento de separar materias de tal forma como para establecer un sistema de doble procedimiento, haciendo depender el laudo arbitral de un previo análisis de las cuestiones contractuales por un foro local (una teoría incorrecta, que hemos denominado como “la captura del derecho internacional por la ley

²³ Lo mismo es expresado en *SGS c. Pakistán* y en *Corsortium RFCC c/Reino de Morocco*, de julio 16 de 2001 (“Mais cette restriction à la compétence du Tribunal arbitral ne s’applique qu’aux demandes qui reposent sur la seule violation du contrat. En revanche, le Tribunal arbitral demeure compétent pour les violations du contrat qui constitueraient en même temps, à la charge de l’Etat, une violation de l’Accord bilatéral») agregando que la única restricción a la jurisdicción podría surgir de reclamos que sólo se apoyaren en la mera violación de un contrato.

del contrato”). El Comité Ad Hoc en el caso Vivendi consideró que existía una cuestión de elección de foros, puesto que Vivendi había elegido someter su reclamo de esta forma, y que de haberlo hecho ante un Tribunal doméstico, ello podría haber constituido el ejercicio concreto de tal opción de jurisdicción.²⁴

Obviamente, la distinción es aún más clara en el caso en que se trate de falta de identidad de persona, donde esté involucrada una sociedad subsidiaria en el territorio del Estado receptor, sometida a cuestiones judiciales que de alguna manera se superpongan con el diferendo sobre la inversión, tal como lo señala el párrafo 80 del Tribunal que resolvió la jurisdicción en el caso CMS, en la medida que las causas para demandar fueran diferentes.

La cuestión ha sido analizada más ampliamente en Azurix, donde la subsidiaria local inició un reclamo a nivel provincial. En esa ocasión, el Tribunal arbitral estableció que no había identidad en las personas, al igual que en el otro caso, aunque en este la subsidiaria fuere controlada por la sociedad que efectúa el reclamo internacional bajo las reglas del CIADI. Allí se señaló que las materias no se superponían conforme a las teorías entre separación de las cuestiones relativas a las inversiones y las cuestiones que solo concernieran al cumplimiento de alguna cláusula contractual

En el párrafo 76 de la decisión sobre jurisdicción en Azurix, el Tribunal estableció que se trataba de un reclamo diferente de aquel basado solamente en documentos contractuales, agregando que la necesidad de analizar hechos relevantes relacionados con el contrato de concesión no producía que una violación del Tratado per se se transformara en una disputa contractual. En el párrafo 79, volvió a insistir que el propósito de los procedimientos ante el CIADI y los locales son diferentes, excluyendo de tal manera la aplicación de la cláusula jurisdiccional establecida en el contrato, y recordando la doctrina de Benvenuti y Bonfanti v. Congo, sin existir identidad de partes, materia y causa para la acción (lo que identificaríamos como causa pretendi).

X. La reclamación en un tribunal local bajo un contrato de concesión y elección de jurisdicción bajo el Tratado.

Bajo los Tratados Bilaterales una serie de derechos son asegurados al inversor por parte del país receptor de la inversión, entre los cuales se encuentra el del trato justo y equitativo hacia el inversor, y el compromiso de no adoptar medidas con efectos similares de desposesión.²⁵

²⁴ En el párrafo 103 de tal laudo anulatorio surge con claridad, a contrario sensu, esta doctrina:

“A la luz del art. 8 del Tratado Bilateral la situación conllevaba riesgos para las demandantes. Habiendo optado por no contestar los varios componentes fácticos de su causa de pedir bajo el Tratado bilateral ante los Tribunales Administrativos de Tucumán, habiendo en su lugar optado por iniciar un arbitraje ante el CIADI –y habiendo de esta manera en la opinión del Comité ejercido la opción de vías prevista por el art. 8 (4) rectius 2-CAA tomó el riesgo de que un Tribunal dictaminara que los actos en los cuales reclamaban no alcanzaban ni individual ni colectivamente el nivel de un incumplimiento del Tratado Bilateral”.

²⁵ Los Tratados bilaterales consideran bajo dichas garantías el compromiso del Estado receptor de la inversión de garantizar un trato justo y equitativo en concordancia con los principios del derecho internacional, respecto de las inversiones (que incluyen activos tales como bienes, derechos o intereses de cualquier naturaleza, incluyendo concesiones otorgadas por ley o por contrato) de tal manera que el ejercicio de estos derechos así reconocidos no sea interferido sujeto a obstáculos y además que se le otorgue total seguridad y protección a dicha inversión.

Los compromisos por el Estado receptor de la inversión constituyen así un standard mínimo que dicho país ha aceptado respetar.²⁶

El inversor puede iniciar así un reclamo en caso de violación de dichos compromisos internacionales²⁷ y tiene, debido a la acción del Tratado bilateral, la opción de elegir entre la jurisdicción local y la jurisdicción internacional (entre ellas, la jurisdicción bajo las reglas del CIADI), en el caso de tratarse de Tratados bilaterales que incorporen tal opción.²⁸

El Tratado bilateral incorpora de este modo lo que se establece como cláusula de elección de vías (“fork in the road”). Una vez que la opción ha sido realizada por el inversor aceptando dicha oferta abierta hecha por el Estado receptor al suscribir dicho Tratado bilateral como la opción es final y ninguna otra jurisdicción que aquella elegida debería ser aceptada.

Es importante aclarar ciertos equívocos presentes en el laudo arbitral, en la parte luego anulada en el caso Vivendi.

También sobre la base de esta doctrina, que fue materia de expresa anulación en cuanto seguida por el fallo Vivendi inicial, algunos Estados signatarios de Tratados Bilaterales (Argentina, en Vivendi) sostienen que el reclamo por ante un tribunal local es un requisito de procedibilidad de la acción, de forma de zanjar cuestiones contractuales que se supone ajenas al Tratado, argumentando el Gobierno Nacional (junto con lo que establece el fallo, ahora anulado en esta parte), que dicha sumisión a un tribunal local no representaría una elección de jurisdicción bajo el Tratado, precluyendo por el contrario el acceso a la jurisdicción arbitral internacional la falta de agotamiento del recurso judicial local.

Lo contrario fue establecido en el fallo anulatorio, con muy precisos términos en los cuales se señalaba el riesgo que implica la elección de vías, conforme a la “fork in the road clause” y la necesidad que el inversor tiene de decidirse por una u otra jurisdicción la que, realizada, tiene

²⁶ Thomas Waelde, “International Law of Foreign Investment: towards regulations by multilateral Treaties”, *Business Law International*, Vol. 1, septiembre 1999.

²⁷ La decisión sobre la anulación del fallo arbitral recaído en Vivendi destacó que en tal caso, “el artículo 8 (del Tratado Bilateral de Protección y Promoción de Inversiones entre Francia y Argentina) no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del Tratado bilateral mismo. Leído literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del artículo 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del Tratado bilateral mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el Tratado bilateral. Esto se puede contrastar, por ejemplo, con el art. 11 del Tratado bilateral, que se refiere a una diferencia ‘relativa a la interpretación o aplicación del presente acuerdo’, o con el art. 1116 del TLCAN (Tratado de Libre Comercio para la América del Norte) que dispone que un inversor podrá someter un arbitraje bajo el capítulo 11 ‘una reclamación en el sentido de que otra parte ha violado una obligación establecida’ en disposiciones específicas de dicho capítulo. En consecuencia, si el procedimiento nacional involucra ‘una diferencia relativa a inversiones’, tal como se interpreta en el Tratado bilateral, entonces se aplica el art. 8 (2)”. Conforme *The Waste Management Inc. v. Mexico* (No. 1), 40 ILM 56 (2001) en pág. 68, párrafo 28.

²⁸ Es evidente que una disputa específica sobre inversiones puede al mismo tiempo involucrar cuestiones relativas a la interpretación y aplicación tanto de los standards establecidos bajo los Tratados bilaterales como cuestiones contractuales. El art. 8 (4) del Tratado Bilateral de Protección y Promoción de Inversiones suscripto entre Francia y la Argentina, al facultar expresamente al Tribunal para basar su decisión en las estipulaciones del Tratado Bilateral tanto como en los términos de cualquier acuerdo privado concluido respecto de la cuestión de la inversión claramente reconoce dicha posibilidad. También lo reconoce así el art. 8 (2) que contempla que la misma disputa pueda ser sometida tanto a los Tribunales locales de la Parte Contratante (a ser determinado de conformidad con la ley local de tal Estado) o al arbitraje internacional (a ser determinado de acuerdo con la ley aplicable identificada en tal art. 8 (4)).

carácter final, sosteniendo el Comité Ad Hoc que anuló el fallo anterior que esto es lo que hubiera ocurrido precisamente si se hubiera presentado el caso por ante un tribunal local.²⁹

En ocasiones se ha formulado una serie de argumentos relacionados con la trigger letter o carta de iniciación de negociaciones (instrumentando el requisito del “stay period” , en el que el Inversor debe anticipar al Estado receptor de la inversión la existencia de un diferendo, de modo de facilitar negociaciones amistosas) , pretendiendo otorgarles un carácter formal a pesar que los Tratados no establecen requisitos, o bien intentando procurar destacar diferencias entre la carta de inicio de negociaciones y el reclamo posterior por ante el CIADI, en cualquiera de sus instancias (la Solicitud de Arbitraje, “Request for Arbitration”, o el Memorial posterior). El argumento no fue receptado por los árbitros en el caso CMS (resolución sobre la jurisdicción), en la medida que las Reglas permiten la presentación de demandas incidentales, si responden al mismo cuadro presentado en la reclamación, o tienen una directa vinculación con el mismo.³⁰

XI. Nacionalidad del inversor

El inversor debe ser un nacional de un país contratante de la Convención del CIADI, como lo indica el art. 25 (2) (b) de la misma. Como consecuencia, debe mantener esta nacionalidad a la fecha en que las partes consintieron someter dicho diferendo a conciliación o arbitraje, tanto como en la fecha en que dicho reclamo sea registrado, conforme lo indica el párrafo 3 del art. 28 y el párrafo 3 del art. 36. Tal como señalado por el Dr. Shihata (sobre el carácter irrevocable del sometimiento a

²⁹ En el fallo recaído en Lanco International Inc. C/Estado de la República Argentina (Decisión preliminar sobre jurisdicción del Tribunal Arbitral, caso CIADI No. ARB/97/6, el Tribunal destacó que en el contrato de concesión sobre terminales portuarias de que se trataba Lanco como inversora en la sociedad local suscribió el propio contrato de concesión (tal como es habitual en las licitaciones internacionales argentinas para las concesiones), destacándose así su titularidad de derechos bajo el contrato de concesión, más allá del hecho de ser asimismo titular de una parte del capital social de la sociedad concesionaria (párrafo 12 del decisorio). En aquel decisorio también se destacó la importancia de haber convocado a una licitación internacional, esto es, de convocar a inversores extranjeros y, finalmente, por su párrafo 26 destacó que “ la elección de los tribunales [locales] sólo podía abocar a la jurisdicción de los tribunales en lo contencioso administrativo, ya que la jurisdicción administrativa no puede prorrogarse. En este sentido, las partes no pudieron prorrogar la jurisdicción a favor de los tribunales de lo contencioso administrativo federal de la Ciudad de Buenos Aires porque difícilmente puede prorrogarse la jurisdicción a unos tribunales que por ley son improrrogables, territorial, objetiva y funcionalmente. La jurisdicción contencioso-administrativa siendo improrrogable, no puede entenderse su sumisión como un procedimiento de solución de controversias previamente acordado”. Por su párrafo 36, el Tribunal arbitral señaló “ cuando las partes otorgan su consentimiento al arbitraje CIADI, éstas pierden su derecho a buscar la solución de controversias en otro foro, sea nacional o internacional, y supone por tanto la no interferencia de otro foro con el arbitraje CIADI una vez que éste se haya instituido”. Con ello, el tribunal rechazó el argumento de la Argentina sobre la vigencia de una supuesta “estipulación en contrario” en los términos del art. 26 del convenio, establecido mediante una supuesta libre prórroga de jurisdicción en el contrato de concesión (la consideración pormenorizada del tema puede apreciarse en los párrafos 34 a 39 inclusive, de aquel decisorio).

³⁰ Reglas de Arbitraje, art.40, sobre demandas incidentales. En el caso CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina (Caso N° ARB/01/8, de julio 17, 2003, publicado en “International Law in brief” de la American Society of International Law), la Argentina se opuso a considerar la cuestión relativa a la incidencia de la ley de emergencia pública en las tarifas de transporte de gas en un caso arbitral que se había iniciado por causa de la suspensión, con anterioridad a la ley de emergencia pública, de la aplicación del ajuste por inflación de los Estados Unidos (PPI), de la misma tarifa (y de la posterior aplicación del dictamen de la Procuración del Tesoro en el sentido de considerar inválida dicha cláusula de ajuste). El Tribunal consideró admisible que dicha cuestión quede sometida bajo el arbitraje haciendo referencia a la Regla 40, por considerar que existe una conexión fáctica entre el reclamo original y el reclamo suplementario o subordinado (demanda incidental o adicional) que sea tan cercana como para requerir el juzgamiento de esta última, de manera de resolver definitivamente la diferencia, siendo tal objetivo el de laudar sobre todas las razones o fundamentos relativos a la diferencia que surgiere de la misma materia de fondo.

arbitraje: “Towards a greater depoliticization of investment disputes: The roles of ICSID and Miga”; y “The experiment of the International Centre for settlement of Investment disputes”; ICSID Review, Foreign Investments Law Journal, Vol 14, Nr. 2, 1999, p. 308, que fue Secretario del ICSID, dicho consentimiento del inversor está otorgado una vez que el inversor consiente o acepta la oferta unilateral efectuada por el Estado receptor cuando suscribió el Tratado bilateral, manifestando entonces el inversor dicho consentimiento, a su vez, cuando presenta la solicitud de arbitraje.

Moshe Hirsh, en “The arbitration mechanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, publicado por Martinus Nihoff Publishers, Boston/London, pag. 55, capítulo sobre la jurisdicción del Centro Internacional para Arreglo de las Disputas sobre Inversiones, expresa que “esta obligación del Estado –un compromiso incondicional de referir futuros diferendos entre inversores extranjeros y Estado receptor al Centro- puede ser transformada en consentimiento a la jurisdicción del Centro mediante la recepción de tal consentimiento del inversor, que pueda ser dado en cualquier momento hasta la presentación de la solicitud de arbitraje en el mismo Centro, e incluso en la propia solicitud, como lo señala Delaume, “ICSID in Bilateral Investment Treaties”, News from ICSID, vol. II, No. 1, invierno 1985, pag. 13.

En la decisión del Tribunal que juzgó sobre las objeciones a la jurisdicción en el caso CMS Gas Transmission Company c/República Argentina, caso ARB/01/8, que tramita ante el CIADI, la discusión sobre el precedente de Barcelona Traction fue referida (donde la legitimación del Reino de Bélgica como consecuencia de considerarlo un caso de protección diplomática de sus nacionales fue rechazado, sobre la base que eran accionistas de una sociedad constituida en Canadá, dicha compañía habiendo sido afectada por las acciones del Reino de España) estableciendo que dicho caso de protección diplomática se había discutido en un escenario de un triángulo que no aplicable al caso de CMS.

En el caso Maffezini, el Tribunal designado por el CIADI no excluyó la jurisdicción porque el reclamo, habiendo sido suscripto por el inversor argentino por daños sufridos por la compañía española en la cual había invertido, pero recordó que ello podría tener algún impacto en ocasión de la discusión sobre el fondo. Sin embargo, al tiempo en que el laudo final fue emitido, y éste acordó compensación al inversor, aunque limitado a ciertos fondos que le habían sido retenidos y convertidos ilegítimamente en préstamo, no se hizo referencia alguna a la restricción del alcance de los derechos del inversor en lo que se refiera a daños derivados.

En la decisión CMS sobre la jurisdicción, el caso Electrónica Sicula fue recordado para demostrar que la Corte Internacional de Justicia había aceptado considerar la protección de accionistas de una compañía por el Estado de su nacionalidad, si la compañía en la cual ellos eran accionistas había sido constituida en el país receptor de la inversión.

El Tribunal del CIADI consideró que el Tratado bilateral constituía un acuerdo expreso que le otorgaba legitimación a los accionistas independientemente de aquellos derechos que pudieren corresponder de la sociedad misma, agregando asimismo “que no hay evidentemente ningún requerimiento, de forma de calificar, que deba necesariamente ser efectuado por los accionistas cuando controlan la mayoría de las acciones o la compañía misma.

El Tribunal recordó el antecedente “Goetz” para establecer que la jurisdicción del CIADI no está limitada a las personas jurídicas afectadas por las acciones de ese Estado receptor de inversión, pero

puede ser extendida para incluir dicho derecho al litigio a los propios accionistas de aquellas personas jurídicas.

Una consecuencia de dicha distinción puede apreciarse en el caso Tokios Tokeles c. Ucrania, decisión sobre jurisdicción caso ARB/02/18, decisión sobre jurisdicción, de abril 29, 2004, en que por ejemplo (nota 44) el Tribunal hizo notar que “Barcelona Traction, que consideraba que la constitución de la sociedad era el único criterio de nacionalidad en caso de protección diplomática, es inaplicable con respecto a acuerdos celebrados entre las partes para considerar compañías del estado de receptor, como nacionales de la otra parte bajo la segunda cláusula del art. 25 (2) (b) refiriendo entonces a Broches, pág. 360/361 (pág. 23 de la Decisión sobre Jurisdicción en Tokios).

En la decisión sobre jurisdicción (caso CIADI ARB/02/8 en el caso Siemens c. la República Argentina del 3 de agosto de 2004, pág. 61, párrafo 141) el tribunal destacó nuevamente la distinción entre derecho de los tratados bilaterales y el derecho consuetudinario internacional, debido a la disputa que existía entre las partes en muy distintas formas de interpretación de los casos Barcelona Traction y Elsi. El tribunal señaló “las partes interpretan de forma muy diferente Barcelona Traction y Elsi en cuanto al alcance del derecho de un estado, según el derecho internacional público, a otorgar protección diplomática a los ciudadanos que sean acciones de sociedades extranjeras. El Tribunal considera innecesario examinar la relevancia de estos casos en este procedimiento. Las cuestiones planteadas ante este Tribunal no conciernen la protección diplomática en virtud del derecho consuetudinario internacional sino los derechos de los inversores, incluyendo los accionistas, bajo el tratado”.

XII. Daños derivados y legitimación para actuar (el renacimiento de la Doctrina Calvo). La ruta estrecha del caso Maffezini contra España.

En todos los casos, y debido a la exigencia que aquellos que deseen efectuar actividad económica en la República Argentina deban inscribirse como establecimiento permanente, cumpliendo con las debidas registraciones, o formando una sociedad local, tal cuestión había sido desde antaño tratada por el Gobierno argentino bajo la óptica de la doctrina Calvo³¹, que consideraba a tales sociedades como sociedades locales, sujetas a la ley local, y por ello no autorizando la protección diplomática del Estado de donde provienen los capitales. La tesis era que las sociedades tenían la nacionalidad del lugar de constitución y se sometían por ello al orden local.

Tal teoría fue superada en especial en los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones, los que sin excepción resolvieron el punto, e indicaron exactamente lo contrario, esto es, que los inversores extranjeros se encontraban bajo la protección del derecho internacional de dichos Tratados en forma directa, así como las sociedades que ellos constituyeran.

También ocurre que accionistas, que ejercen un control conjunto con otros de la sociedad local a través de la cual por imperativo legal, hacen negocios en forma permanente en la Argentina, efectúan un reclamo en forma directa e individual.

³¹ Dominique Carreau, en “Droit International”, Ed. Pedone, 1997, p. 455, señala que: “Argentina, país promotor de la cláusula Calvo debía formalmente abandonarla tal como surge claramente del Tratado concluido con los Estados Unidos para la promoción y protección recíproca de las inversiones (art. VII)”.

Ciertos países signatarios de Tratados bilaterales no dejan de plantear una falta de legitimación de fondo, por considerar que en su caso, el perjuicio eventual que pudiera haber causado el Estado generaba un derecho propio de la sociedad, y por consecuencia no del accionista.

Así, a criterio de la Argentina la protección del accionista se limita a ciertos aspectos muy limitados de su tenencia accionaria, y vinculados de manera indirecta, cuyos alcances debe acreditarse, con el reflejo eventual en aquéllas del perjuicio que en la sociedad local hubiere causado el Estado.

El pleno desarrollo de esta tesis llevaría a la eliminación de la protección que procuran los Tratados, en cuanto quitan la legitimación amplia del inversor que los Tratados se ocupan en mantener. Resultaría contradictorio que esa restricción a la legitimación del inversor para reclamar se pudiese lograr por la vía de la discusión en materia de atribución de los perjuicios (haciendo jugar la exclusión del reclamo del accionista por tratarse del daño sufrido indirectamente, con argumento en que se trata del daño sufrido directamente por la sociedad).

No corresponde importar categorías del derecho societario, para distinguir interés individual de interés social, y trazar con ello legitimación diferenciada para accionar, puesto que los Tratados vienen a ampliar la protección del inversor extranjero, en lugar de la tradicional protección diplomática de ciudadanos extranjeros y sociedades del exterior. La incorporación de sociedades locales controladas por inversores del exterior que hacen los Tratados extiende el círculo, pero no lo desplaza, de aquellos sujetos que el Tratado protege. El caso *Electrónica Sicula* fue uno de los primeros en admitir esta legitimación más amplia.³²

³² Tal como lo señala E. Lauterpacht, en su ponencia “Security of investment abroad – recent arbitral and judicial developments, principally on the question of compensation” en el Seminario *Energy Law '90 Changing Energy Markets – The legal consequences*, convocado por la International Bar Association, Section on Energy and Natural Resources Law (Ed. Graham & Trotman, p. 471 y stes.) en el caso *Electrónica Sicula Company (Elsi)* de la Corte Internacional de Justicia, resolviendo un caso entre los Estados Unidos e Italia por aplicación de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre ambos países, de 1948, se admitió la legitimación de la compañía Raytheon para ser incluida bajo la protección diplomática de los Estados Unidos, en su carácter de accionista de control de Elsi a pesar que “el Tratado no contenía una cláusula expresa proveyendo a la protección de las sociedades de [esta] naturaleza”.

También agregó que “había una estipulación de fondo al efecto que las corporaciones de una de las partes estaban autorizadas a organizar, controlar y administrar sociedades de la otra parte. Esto dio a la compañía de los Estados Unidos, Raytheon, el derecho a organizar y controlar a Elsi”.

En la declaración de transacción sobre reclamos “the claims settlement declaration” aplicada por el Tribunal que consideraba los reclamos Irán-US se definió a los reclamos de nacionales “como incluyendo reclamos que son de titularidad indirecta por dichos nacionales a través de la tenencia de capital social u otros intereses de carácter similar a la propiedad (“proprietary”) en personas jurídicas, provisto que aquellos intereses de dichos nacionales, colectivamente, fueren suficientes al tiempo del reclamo para controlar la sociedad o aquella otra entidad” (art. VII (2)).

Lauterpacht señala que la declaración está publicada en *1-Irán-US Claims Tribunal Reports* 9. En el caso *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Co. case entre Bélgica y España –ICJ Reports 1970, p. 3)* en el que se denegó el “locus standi” del Estado ejerciendo la protección diplomática de sus nacionales en calidad de accionistas de una sociedad belga, a su vez inversora en una sociedad canadiense con intereses en España, señalando la duplicidad que surgiría de admitir legitimación internacional tanto a uno como otro país (Bélgica y Canadá) por causa de perjuicios experimentados por la compañía, salvo los derechos de los accionistas a participar en los activos residuales de una compañía en liquidación.

Sin embargo, el argumento para dicho rechazo estableció con claridad que se trataba de un potencial conflicto entre dos Estados que pudieran ejercer en forma concurrente el mismo reclamo, procurando cada uno solución a sus respectivos intereses, en una duplicación que se considera inadecuada. El Tribunal trazó la excepción clara del caso en que se trate

En el caso Maffezini contra el Reino de España, también dicha objeción fue planteada por el gobierno español, sin éxito, admitiéndose la legitimación directa del Sr. Maffezini, accionista de una sociedad mixta constituida con una agencia de promoción de inversiones española, proveniente del sector público, para permitir su plena invocación del perjuicio sufrido.³³

de un Estado de los accionistas, que tiene el derecho de protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad es invocada es el Estado Nacional de dicha compañía”. (párrafo 92 de la resolución, tal como se encuentra publicada en D.J.Harris, *Cases and materials on international law*, 5ta. Edición, editado por Sweet & Maxwell, 1998, p. 611). Lo mismo refiere el fallo sobre jurisdicción en CMS, mencionando la doctrina que emerge de *Elsi* para el caso en que la sociedad afectada tenga su personalidad societaria otorgada bajo la legislación del Estado receptor de la inversión, en cuyo caso tanto la sociedad accionista como la sociedad local tienen legitimación para demandar bajo el Tratado (en forma conjunta o independiente, según se trate de compañía controlada, o no controlada, por el primero). Lo mismo indica el fallo anulatorio del Comité Ad Hoc en CAA/Vivendi cuando por su párrafo 50 admite que el Tratado incluye como inversores bajo el Tratado tanto a accionistas como a las compañías controladas por ellos, como inversores bajo el Tratado.

En el párrafo 96 del decisorio se destaca precisamente que existiendo la legitimación de un Estado Nacional en donde se constituyó la compañía que experimentó el perjuicio, y no pudiendo considerarlo extinguida dicha legitimación, no es posible aceptar la legitimación del estado de los accionistas para efectuar dicho reclamo, en prueba que el argumento para el rechazo surge precisamente de esta duplicidad. En el caso *Mexican Eagle Co.*, 1938, el reclamante sostuvo, frente a una expropiación de una compañía petrolera en México cuyas acciones pertenecían a inversores extranjeros, lo siguiente: “si la doctrina fuere admitida que un Gobierno puede hacer depender la operación de intereses foráneos en su territorio de su constitución societaria bajo la ley local, y luego argumentar que dicha constitución es la justificación para el rechazo de la intervención diplomática extranjera, es claro que los medios no serían accesibles (the means would never be wanting) siempre que los Gobiernos extranjeros pudieran ser imposibilitados de ejercer su derecho indudable bajo la ley internacional a proteger los intereses comerciales de sus nacionales afuera del país” (Harris, op.cit. p. 615).

En todo caso las deliberaciones sobre la materia han quedado debidamente zanjadas por los Tratados bilaterales que incorporan con claridad la protección plena de los accionistas por los perjuicios sufridos en su inversión en el Estado que requiere, tal como la Argentina, la constitución de una sociedad o establecimiento permanente en el país para efectuar negocios en forma permanente, sin deducir de ello limitación alguna, con base en consideraciones de derecho internacional clásico influidas por, una vez más, la doctrina Calvo así deseada.

³³ En la decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, caso No. NO.ARB/97/7 Maffezini c/El Reino de España (CIADI) se estableció que si bien el demandante, nacional de la Argentina, fundamentaba su demanda en perjuicios supuestamente sufridos por una sociedad controlada por el demandante, y que tenía “una personalidad jurídica separada y distinta de la de sus accionistas” (por lo que España sostenía que mientras existiese tal sociedad en tanto sociedad, tal accionista no tenía derecho a prescindir del velo societario o corporativo y demandar en su capacidad personal por perjuicios sufridos por la sociedad), el demandante invocó que su reclamo se efectuaba en su capacidad personal como inversor extranjero en dicha empresa española, para proteger sus inversiones en dicha sociedad, apelando a la definición amplia del concepto de inversiones bajo el Tratado en cuestión (párrafos 65 y 66 de dicha decisión).

La conclusión a la que llegó el tribunal es que el reclamante tenía derecho a invocar la protección del Tratado a título personal, por su inversión en la respectiva sociedad –de la que era accionista mayoritario-, aunque ello no predique nada sobre el fondo de la cuestión, bastando señalar que si resultaran ciertas sus argumentaciones, ellas “le otorgarían la capacidad necesaria para someter el caso a título personal”. (párrafo 69 de la decisión mencionada). En el fallo final, de noviembre 13, 2000, el Tribunal arbitral falló a favor del Sr. Maffezini en solo uno de los reclamos formulados, mandando devolver con intereses un importe que la agencia estatal había requerido al inversor y que aplicó, sin consentimiento del inversor, a financiar a la sociedad local. Al hacerlo así, el Tribunal juzgó que la conducta había violado la garantía de protección de inversiones y de trato justo y equitativo respecto de la inversión, por medio de la acción de la sociedad estatal de fomento de inversiones en el ejercicio de funciones que el Tribunal reputó eran públicas.

XIII. Conclusión

La jurisprudencia que los distintos Tribunales Arbitrales va elaborando sobre la aplicación de los Tratados Bilaterales va desarrollando un cuerpo común de interpretación de sus estipulaciones, que demuestra su aplicación generalizada y la consistencia de estas soluciones.

Algunas de estas conclusiones fueron las expresadas en la exposición realizada para este Consejo Argentino de Relaciones Internacionales en forma sucinta, para identificar ciertas guías interpretativas, que se reproducen a continuación:

- En *SGS v. Pakistán* (6.8.03) se estableció que el mismo conjunto de hechos puede dar lugar a reclamos basados en dos órdenes diferentes, el local y el internacional, citando a *Vivendi II*, en el sentido que un Estado puede violar un Tratado sin violar el orden jurídico interno, recordando la cita en aquel fallo, del comentario al Art. 3 de los Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, de CLI.
- Agregó asimismo adhiriendo a *Vivendi II* que cuando el reclamo se basa en un Tratado, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva no puede impedir el acceso a la jurisdicción arbitral internacional. Siguiendo a *Vivendi II*: “tomar en cuenta los términos de un contrato para determinar si hubo una violación nítida de un standard de derecho internacional”.
- El Tribunal en *SGS v. Pakistán* expresó que “no consideraba que esa jurisdicción (la de ese Tribunal) debiera en cualquier grado ser compartida con el árbitro bajo el contrato”.
- En *Azurix v. Argentina* (8.12.03) se recordó que los individuos no podían renunciar a cierto tipo de reclamos, bajo el Derecho Internacional (en estos casos, de los Tratados). Por lo demás, siguió la doctrina en *CMS v. Argentina*, que también se basó en *Vivendi II*.
- En *CMS* (17.7.03), además de pronunciarse sobre la legitimación del inversor extranjero indirecto, cualquiera sea su tenencia accionaria, reiterando dicha conclusión en *ELSI* y en *Lanco*, se remitió asimismo a *Vivendi* para afirmar su jurisdicción.
- En *Wena v. Egipto* (fallo del Comité Ad hoc del 28.1.02 en la petición de anulación del laudo arbitral recaído el 8 de diciembre del 2000 –41 ILM.933-) el Tribunal indicó que los contratos (en ese caso, locaciones comerciales) constituían simplemente una condición precedente para la operación del Tratado, y que el derecho local había incorporado el derecho internacional por medio de reenvío (párrafo 42 de la decisión).
- En fallo *Consortium RFCC* contra el Reino de Marruecos de julio 2001 el Tribunal afirmó su competencia sobre violaciones contractuales que constituyeran al mismo tiempo, a cargo del Estado, una violación del Tratado bilateral.
- En *Salini v Marruecos* (1.5.03) el Tribunal rechazó la teoría del ejercicio de la opción de jurisdicción, o su renuncia, al suscribir un contrato con cláusula de jurisdicción local, con argumento en *Lanco v. Argentina*, por tratarse de una jurisdicción impuesta por la ley para reclamos contra el Estado.

- En *Lanco v. Argentina* (8.12.98) aludió el Tribunal a la naturaleza improrrogable de la jurisdicción local pactada para excluir que mediante su firma se hubiere ejercido la opción de jurisdicción bajo el Tratado.
- *SGS v. Filipinas* (29.1.04): la jurisdicción pactada podría tener precedencia si se trata, como en ese caso, de un mero reclamo de cumplimiento de una obligación de pago de sumas de dinero bajo un contrato, que el propio Estado reconoce adeudar. El reclamo bajo el Tratado queda en suspenso (la jurisdicción arbitral bajo el Tratado no podía ser derogada por contrato) hasta que el Estado fije –prontamente- el monto.
- En *Maffezini v. España* (9.11.00), se condenó a la restitución de un aporte requerido por la Agencia gubernamental a pesar del desacuerdo del Inversor, por considerar dicha medida como una emanación de los Poderes Públicos (igualmente en *Azinian v. Méjico*, a contrario sensu, citando a Brownlie).
- No es necesario para la jurisdicción arbitral, según *SGS v. Pakistán*, que se considere que una *umbrella clause* (la garantía que el Estado deba honrar sus compromisos) opere una suerte de “transmutación de los compromisos contractuales en internacionales”, agregando (párrafo 162) que una cláusula jurisdiccional sólo opera si los reclamos contractuales no importan a su vez un reclamo bajo el Tratado, como es el caso cuando el Estado reconoce adeudar una suma de dinero, restando definir sólo su importe final (en *SGS v. Filipinas* se considera que tales reclamos contractuales son cubiertos si hay *umbrella clause*).
- Concluyó que el Tribunal “debía considerar todos los hechos relevantes para determinar las causas de acción bajo el Tratado, incluyendo hechos relativos a los términos del contrato”, citando a *Vivendi II*, párrafo 105.

En apretada síntesis, los fallos aquí citados, y sus antecedentes van desplegando el Derecho Internacional de los Tratados perfilando sus virtualidades, con arreglo a los conceptos de equidad y buena fe enunciados al principio de este trabajo, de modo de confirmar que los compromisos asumidos frente al inversor extranjero son directamente operativos y son objeto de efectiva protección bajo los Tratados Bilaterales suscriptos al efecto.

XIV. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CITADOS.

Fairness in International Law and Institutions, por Thomas M. Franck, Clarendon Press, Oxford, 1995, Ed. 1997.

Contemporary Problems in international arbitration, por Julian D. M. Lew, publicado por el Queen Mary Collegue, University of London, Center for Commercial Law Studies.

Topco/Calasiatic – Libia Arbitration, publicado en 17 ILM 1 (1977). (pag. 3)

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case Nr. ARB/97/3) – Annulment Proceeding, July 3, 2002.

CMS Gas Transmission Company (claimant) and The Republic of Argentina (Respondent). Case Nr. ARB/01/8, July 17, 2003.

Emilio Agustín Maffezini (demandante) y El Reino de España (Demandado). Caso N° ARB/97/7.

Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Co –TOPCo- v. Lybia 17 ILMI (1978).

Salini Costruttori SpA c/Reino de Marruecos, caso CIADI, 23 de julio de 2001.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, May 20, 1992, ICSID Reports, Cambridge University Press.

Electronica Sicula S.p.A – (ELSI) v. Italia 1989, (ICJ Rep. 15,42).

“NAFTA article 1105 under free trade Commission: just sour grapes, or something more serious?”, por Todd Weiler, publicado en International Bussines Lawyer, diciembre 2001, vol. 29, No. 11, publicado por la International Bar Association

Revere Copper & Brass Inc. v. OPIC, 17 ILM 131 (1978).

Metalclad Corporation –Demandante- y Estados Unidos Mexicanos –Demandado-. Caso Nr. ARB (AF)/97/1; Laudo. 30 de agosto de 2000.

Justice in International Law, Stephen Schwebel, Cambridge University Press, 1994.

Tokios Tokelès (Demandante) c. Ucrania (demandado), Caso N° ARB/02/18.

Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens, 55 AMJ INT’L 545, 553 (1961) del Draft Convention on the International Responsibility of States for injuries to Aliens.

Tippets Abbott, Mc Carthy, Stratton v. Tams-Affa, Fallo N° 141-7-2,6 Irán-US. CTR 219, 225 (junio 22, 1984).

Thomas Waelde, en “Multilateral Investment Agreements (MITs) in the year 2000”, capítulo perteneciente a la obra colectiva “Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20 ème siècle” publicado por la Universidad de Borgoña – CNRS, Trabajos del Centro de investigación sobre el derecho de los mercados y de las inversiones internacionales, año 2000, vol. 20, Ed. Litec, p. 408,

“Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, por Gaspar Ariño Ortiz, en la obra colectiva “El nuevo servicio público”, por Gaspar Ariño Ortiz, J.M. de la Cuétara y J.L. Martínez López-Muñiz, del Programa de Estudios de Regulaciones Económicas de la Universidad Autónoma de Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 41.

Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador (administrado bajo la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, caso N° UN 3467).

"Obligaciones Multilaterales, Derecho imperativo y responsabilidad internacional de los Estados, bajo la dirección de Pierre-Marie Dupuy, publicación del Instituto Universitario Europeo, Coloquio

Internacional de Florencia, 7 y 8 de diciembre de 2001, Ediciones A. Pedone, París, 2003, págs. 277 y sgts.).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Case Nr. ARB/02/6, January 29, 2004.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan – Case Nr. ARB/01/13, August 6, 2003.

News from ICSId, Vol. 20, N° 1, verano 2003, artículo de L. Yves Fortier.

Weltover Inc., Sprindale Enterprises Inc. and Band Cantrade, A.G. Plaintiffs, v. Republic of Argentina and Banco Central de la República Argentina, Defendants, enero 3, 1991.

Tratado de Arbitraje Comercial Internacional, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman editado por Litec, 1996

Waste Management, Inc. -Demandante- y Estados Unidos Mexicanos -Demandado- Caso Nr. ARB (AF)/98/2, Laudo Arbitral – 2 de junio de 2000.

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada (decisión respecto de los daños) publicado en el 41 ILM 1347, Vol. 41, No. 6 de International Legal Materials, de noviembre de 2002, fallo del 31.5.02.

Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. The United Mexican States -Laudo de Noviembre 1, 1999.

Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Bélgica c. España), Decisión de Febrero 5, 1970, ICJ Reports 1970, 3.

Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c/ República Argentina, CIADI N° ARB/01/3. Decisión sobre jurisdicción, 14 de enero de 2004.

Lanco International Inc. c/ Estado de la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/97/6, Washington 8 de diciembre de 1998.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt (Procedimiento de Anulación). Caso N° ARB/98/4, Febrero 5, 2002.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) (demandante) c/ República Bolivariana de Venezuela (Venezuela) (demandada) – CIADI, Caso N° ARB/00/5, 23 de setiembre de 2003.

Azurix Corp. c. República Argentina, Washington, CIADI N° ARB/01/12. Decisión sobre jurisdicción, diciembre 8, 2003.

“Claims Settlement Declaration” entre Irán y los Estados Unidos del 19.1.81

Aida Avanesian, Iran - United States Claims Tribunal in Action, Graham Totman/Martinus Nijhoff, 1993, p. 8/9.

Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos. AFF. Nr. ARB/00/06, 16 de julio de 2001.

Ltd. Benvenuti et Bonfant S.R.L. v. The Government of the People's Republic of the Congo, Agosto 8, 1980.

Stanimir Alexandrov, en "Introductory Notice to ICSID "SGS Société Générale de Surveillance SA v. Pakistan", publicado en 42 I.L.M. 1285, International Legal Materials, vol. 42, N° 6, Noviembre, 2003.

"The arbitration mechanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", por Moshe Hirsh, publicado por Martinus Nihoff Publishers, Boston/London.

"ICSID in Bilateral Investment Treaties", por Georges R. Delaume, News from ICSID", Vol. II, No. 1, invierno 1985, pag. 13.

Siemens A.G. c/ la República Argentina, CIADI ARB/02/8 del 3 de agosto de 2004.

Droit International, por Dominique Carreau, Ed. Pedone, 1997.

E. Lauterpacht, "Security of investment abroad – recent arbitral and judicial developments, principally on the question of compensation" en el Seminario Energy Law '90 Changing Energy Markets – The legal consequences, convocado por la International Bar Association, Section on Energy and Natural Resources Law (Ed. Grahon & Trotman).

D.J.Harris, Cases and materials on international law, 5ta. Edición, editado por Sweet & Maxwell, 1998.

BUENOS AIRES, 8 de septiembre de 2004.

LA PROTECCION DE INVERSIONES Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

I.	LA ATRIBUCIÓN DE LOS ACTOS DE SUBDIVISIONES POLÍTICAS A UN ESTADO NACIONAL	3
II.	LA INEXISTENCIA DEL REQUISITO (EXISTENTE BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO) DEL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS LEGALES INTERNOS.....	3
III.	LAS CLÁUSULAS SUSTANTIVAS DE LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES BAJO EL DERECHO DE LOS TRATADOS.....	4
IV.	TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (ARTS. II DEL TRATADO DE ARGENTINA CON USA; 3 CON FRANCIA) Y MEDIDAS EQUIVALENTES A LA EXPROPIACIÓN (ART. 5 DEL TRATADO DE ARGENTINA CON FRANCIA; II Y IV DEL SUSCRITO CON LOS ESTADOS UNIDOS).....	5
V.	TRATO AL INVERSOR, NO MENOS FAVORABLE QUE EL DE LOS NACIONALES DE UN TERCER PAÍS. LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA	8
VI.	EL STANDARD DE “FULL PROTECTION” O PLENA PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN.....	10
VII.	LA CALIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE GOBIERNO COMO EMANACIÓN DE SU CALIDAD DE SOBERANO COMO MATERIA SUJETA AL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	13
VIII.	CUESTIONES CONTRACTUALES Y DIFERENDOS SOBRE INVERSIONES	20
IX.	PACTOS DE JURISDICCIÓN LOCAL Y JURISDICCIÓN ARBITRAL INTERNACIONAL.....	28
X.	LA RECLAMACIÓN EN UN TRIBUNAL LOCAL BAJO UN CONTRATO DE CONCESIÓN Y ELECCIÓN DE JURISDICCIÓN BAJO EL TRATADO.	30
XI.	NACIONALIDAD DEL INVERSOR.....	32
XII.	DAÑOS DERIVADOS Y LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR (EL RENACIMIENTO DE LA DOCTRINA CALVO). LA RUTA ESTRECHA DEL CASO MAFFEZINI CONTRA ESPAÑA.	34
XIII.	CONCLUSIÓN.....	37
XIV.	DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CITADOS.....	38
