

LA PROTECCION DE LAS INVERSIONES EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Por Luis Alberto Erize ¹

La doctrina emergente del fallo anulatorio en el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c/República Argentina (CIADI Caso N° ARB/97/3) – Nulidad arbitral

En días recientes, diversos medios de prensa se han hecho eco del Laudo Arbitral emitido en Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/República Argentina, por el que se dictó la anulación parcial del Laudo Arbitral anterior, recaído en la misma causa, y reafirmó el derecho de inversores franceses a reclamar por ante un Tribunal arbitral internacional por causa de daños sufridos en la concesión de servicios de aguas públicas de la que eran titulares.

Este fallo anulatorio de uno anterior constituye un acontecimiento excepcional no sólo por la materia que se expondrá a continuación, sino porque constituye una de las cuatro ocasiones en el historial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones CIADI, con sede en Washington, creado en 1966, en que se determinó la nulidad de un fallo arbitral anterior, del mismo CIADI.

El fallo constituye un hito importante en lo que concierne a las inversiones efectuadas por un nacional de un país en territorio de otro, y respecto de la eficacia de los compromisos que adoptan los países bajo el derecho internacional como resguardo de las reglas aplicables a dichas inversiones, con la finalidad de aprovechar los flujos internacionales de capital a favor del crecimiento de los países receptores de la inversión.

De tal manera, constituye un caso que marca rumbos que trascienden las fronteras de nuestro país y proyecta soluciones con respecto a la gran proliferación en el mundo de Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones (cerca de 1.500), y, en cierta medida, a los Tratados multilaterales con el mismo efecto.

Como señaló el fallo anulatorio del anterior, la discusión planteaba un conjunto de cuestiones nuevas y complejas, que no habían sido materia de precedentes internacionales arbitrales, respecto de la interacción entre un Tratado Bilateral de Inversiones, un contrato de concesión con una cláusula de elección de foro y el Convenio del CIADI.

Por la circunstancia que se ha efectuado en diversos medios la publicación parcializada, y en varios sentidos errónea, de sus conclusiones, parece importante precisar sus alcances y su doctrina.

¹ Socio del Estudio Abeledo Gottheil Abogados SC, Gottheil-García Cozzi-Erize, que intervino junto con los Dres. Daniel Price y Stanimir Alexandrov, de los Estados Unidos, en el arbitraje de la referencia y junto con el Dr. Ignacio Colombres Garmendia, en la Provincia de Tucumán, en el carácter de asesor letrado de Vivendi Universal -Vivendi-y Compañía de Aguas del Aconquija S.A. en la República Argentina. Las opiniones aquí vertidas son estrictamente personales.

Al presente, el Gobierno Nacional ha presentado un pedido de rectificación del laudo anulatorio bajo el art. 49 (2) del convenio CIADI, dispositivo que las Reglas del CIADI confieren para requerir la decisión de algún punto que se hubiere omitido resolver, o rectificaciones por errores de hecho -"clerical error" en la versión inglesa- (pedido previsto para rectificaciones a un fallo arbitral que no comportan un pedido de nulidad, ni podrían tener dicho efecto), y que de ninguna forma constituye un sucedáneo o símil de un recurso de nulidad, improcedente en esta etapa (Fouchard, Gaillard y Goldman en *Traité de l'Arbitrage commercial international*, Ed. Litec, 1996, No. 1416 in fine, p. 790) al expresar que esta vía no podría ser utilizada para modificar el sentido de la decisión).

Al propio tiempo que resulta importante para la predicción de ciertas líneas de la jurisprudencia internacional en la materia (como guía para los inversores a la hora de definir sus decisiones de inversión y de conservación de las mismas) también el fallo será materia de reflexión sobre lo que Alberdi destacó² era piedra angular de nuestra ecuación como país y su relación frente al mundo, que logró el desarrollo del mismo con la velocidad y la profundidad que todos recordamos.

Así, sus conclusiones no se diferencian de aquéllas que la recta interpretación de nuestras bases constitucionales³ pudieren arrojar en relación al mismo diferendo, despojada la disputa de los componentes que, como un vendaval, parecen velar su aplicación en la Argentina en nuestros días bajo el imperio de una emergencia extendida más allá de límites habituales.

Los antecedentes.

El caso Aconquija no tiene relación con la presente emergencia nacional. Sus orígenes se remontan a una historia anterior, fuertemente politizada (como que las declaraciones de funcionarios y representantes de los poderes públicos en Tucumán fueron materia permanente de primera plana en todos los diarios de esa Provincia durante 4 años) en la que el discurso político primó, y tuvo como efecto concreto la destrucción de la inversión y de su operatividad en una concesión de aguas públicas.

El fallo anulatorio del anterior indicó que la conducta de la cual se reclamaba -los hechos y omisiones de los poderes públicos de la Provincia de Tucumán- no era más o menos "periférica" respecto de la continuación exitosa de la empresa. El fallo agregó que, en la opinión de tales árbitros competentes para resolver la nulidad planteada, el Tratado les daba a las demandantes el derecho de reclamar que la conducta de Tucumán (los actos de sus autoridades tomados en conjunto, o algunos de ellos) no se encontraba conforme con las normas (arts. 3 y 5 del mismo) del Tratado, lo que no es reducible a un número de reclamaciones bajo el derecho civil o administrativo por actos individuales.

² El considerando 10 del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Cafés La Virginia", octubre 13, 1994 (ED, T 160, p. 253, en especial p. 259) retoma la cita de Alberdi, refiriéndose a los Tratados: "cuantas más garantías deis al extranjero, mayores derechos asegurados tendréis en vuestro país" -Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina, Eudeba, Buenos Aires, 1966, p. 69- y recomendaba: "Firmad Tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y de tránsito, les serán respetados" (reproducido en el considerando 22 del mismo fallo).

³ La jerarquía que tienen los Tratados Internacionales resulta de los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, destacándose esta prioridad de rango en el considerando 24 del fallo CSJN, oct. 13-1994 "Cafés La Virginia", ya citado. Por otra parte, las disposiciones sustantivas del Tratado no vulneran lo que establecen las garantías establecidas por la Constitución Nacional.

Paradójicamente quedó un sistema optimizado de aguas públicas en manos de los propios poderes públicos que impidieron su explotación, sin compensación al inversor.

Un concesionario se sustituye a la desfalleciente administración de un servicio de aguas, y efectúa ingentes inversiones sobre la base de la confianza en un documento, el contrato de concesión, y en un sistema jurídico (tanto en el plano del derecho local, como en el del derecho internacional de los Tratados) que le permite contar con derechos adquiridos y por consecuencia, con la expectativa de que las bases de dicha ecuación le serán respetadas.

En el marco de la contienda política en esa Provincia, el argumento político por excelencia fue el de procurar una rebaja tarifaria con el efecto, en definitiva, de causar una interrupción del flujo de ingresos de la concesionaria mediante el no pago de los servicios por los usuarios. Debates aparte, el resultado objetivo terminó por impedir el recupero de una cifra cercana a los U\$S 90.000.000 desembolsados por el inversor (y, menos aún, la ganancia esperada), forzándolo interin a permanecer prestando el servicio sin cobro efectivo y adecuado por el mismo durante un prolongado período de tiempo.

El inversor (tanto el accionista de control como su subsidiaria, la sociedad concesionaria)⁴ planteó la existencia de un diferendo por la agresión, que consideraba sufrida injustamente sobre su inversión, protegida por el Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones entre Francia y la Argentina, y reclamó del Estado Nacional por ello, puesto que es el Estado Nacional quien asume tales compromisos internacionales frente al inversor en virtud de dicho Tratado, tal como respecto de tantos otros Tratados similares.

Los argumentos en pugna y su tratamiento en lo que fue materia de anulación.

Los argumentos expresados por el Gobierno Nacional han sido presentados en seminarios y reproducidos en publicaciones especializadas, para destacar:

- (a) que el Gobierno Nacional oponía como defensa su propia estructura de Estado Federal, invocando así su propia limitación en la conformación de su unidad estatal;
- (b) que como consecuencia de ello, su rol se limitaba al de los buenos oficios, lo que estimaba haber desarrollado mediante su actuación en la conformación de modelos contractuales sucesivos para superar el rechazo en la Provincia, siempre mantenido de hecho (invocando el Gobierno Provincial a su vez, los límites de su propia integración como Estado Provincial, con distribución de funciones entre el Legislativo y el Ejecutivo provincial, como impositivos para llegar a una solución),

⁴ El fallo anulatorio confirmó el fallo anterior en la parte que consideró que ambas sociedades (tanto Vivendi cuanto Compañía de Aguas del Aconquija), en tanto inversores reconocidos como franceses según el Tratado, estaban legitimadas para reclamar ante el CIADI, sin perjuicio de no pronunciarse sobre el alcance preciso de los derechos de una y otra bajo el Tratado durante el transcurso del tiempo. Vivendi (Compagnie Générale des Eaux, en su anterior designación) es la operadora requerida bajo la concesión y controlante de su subsidiaria, en los términos tanto de la legislación local como de la nota anexa al Tratado por la República Argentina, ver ley 24.101).

- (c) que las materias en discusión jamás podrían ser tratadas ante un foro internacional, por encontrarse referidas a un contrato (lo que llamaremos la tesis de la “captura” del compromiso internacional, por el contrato),
- (d) Para denegar el derecho al acceso al foro internacional fue argumentado alternativamente que la comunicación del diferendo por el inversor (i) carecía de los requisitos suficientes para ser considerado como el paso inicial para acudir a un arbitraje internacional, (ii) excedía el marco de aquella, por reputar que el planteo del reclamo mismo ante las autoridades administrativas constituía el ejercicio concreto de una elección de la vía local, excluyente del foro internacional; o (iii) era insuficiente para reclamar del Estado Nacional tome cartas en el asunto, por no indicar qué cursos de acción precisos debía adoptar el Estado Nacional frente a la Provincia.⁵

La carrera de obstáculos propuesta tuvo su éxito inicial mediante el fallo arbitral anterior que declinó tratar los actos de los Poderes Provinciales, aunque en el camino quedaron, desde la óptica oficial antedicha, preocupantes elementos que reafirmaban la responsabilidad del Estado por violaciones al Tratado, no obstante que ellas se generaren por acciones provinciales.

En efecto, luego de un procedimiento complejo en el que se debatieron todos y cada uno de los puntos antes mencionados, así como la extensa base de los hechos que daban lugar al reclamo, el fallo arbitral inicial finalmente estableció afirmando, sobre la base de la naturaleza de los reclamos presentados, la jurisdicción del Tribunal Arbitral por considerar que la responsabilidad internacional de la República Argentina estaba en principio comprometida tanto por los actos del Gobierno Federal mismo como por los de cualquiera de sus subdivisiones, incluyendo a las Provincias, no siendo audible la defensa planteada sobre las propias limitaciones del Estado Federal, en pugna con el compromiso adoptado por la República Argentina al suscribir la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Art. 27).⁶

La confirmación de la jurisdicción del CIADI.

También señaló aquel fallo en la parte ahora confirmada por el fallo anulatorio, que tampoco resultaba audible la defensa de la Argentina consistente en sostener que una cláusula de jurisdicción local exclusiva, establecida en el contrato de concesión pudiese apartar la opción conferida al inversor bajo el Tratado Bilateral, de acudir -en lugar de hacerlo ante un tribunal del país receptor de la inversión- a sede arbitral internacional en forma directa, en caso de un diferendo que estuviere cubierto por el Tratado (el que a su vez refiere a toda disputa relativa a una

⁵ En verdad, la no indicación de tales cursos de acción, innecesaria para plantear la existencia de un diferendo relativo a la inversión, no significa que no existan procedimientos tanto judiciales como relativos al propio juego de las relaciones institucionales (que fueron identificados con precisión durante el procedimiento arbitral) entre el Estado y las Provincias, para corregir las violaciones antedichas.

⁶ Reiteró así la inteligencia comúnmente asignada a dicho artículo 27, coincidiendo con Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ta. Edición, Oxford University Press, 1998, p. 34, recordando el viejo precedente de *Alabama Claims* y el de los *Nacionales Polacos en Dantzig* (1931) entre muchos otros. De la misma manera (en p. 45) al agregar que “un Estado no puede alegar el principio de la legislación nacional, incluyendo su Constitución, en defensa contra un reclamo internacional. La jurisprudencia arbitral contiene ejemplos de la responsabilidad de Estados Federales por actos de autoridades de las unidades de la Federación” (citando a los casos *Youmans* (1926), RIAA, iv, 110; *Maller* (1927) RIAA, iv, 173; y *Pellat* (1929), RIAA, v, 534).

inversión, y, en todo caso, una inversión de conformidad con las normas establecidas bajo el Tratado).

Tanto el fallo arbitral inicial, como el fallo anulatorio parcial que confirmó esta parte del fallo anterior, se apoyaron en el precedente Lanco⁷, en el que se hizo un preciso análisis de la naturaleza del contrato internacional que en definitiva poseía un contrato de concesión, del carácter no voluntario de la sumisión a jurisdicción a fuero local especializado en lo contencioso administrativo (por así establecerlo normas improrrogables de legislación interna) y la prevalencia de dicha opción conferida por el Tratado frente a toda y cualquier restricción del derecho interno en tal materia.⁸

Los argumentos del fallo que llevaron a su nulidad.

Sin embargo, el fallo arbitral inicial en Aconquija se volvió opaco en cuanto a extraer las necesarias conclusiones de dicha afirmación de la jurisdicción, por cuanto el análisis del fondo de la cuestión recaló nuevamente en la cláusula jurisdiccional establecida en el contrato de concesión. Estableció un procedimiento que, en la práctica, implicaba volver a colocar la discusión en un fuero judicial local (para el caso, el provincial). Dijo que era necesario que los inversores acudieran ante los Tribunales de Tucumán y no ante el Tribunal internacional para resolver la disputa, por cuanto la misma estaba “inextricablemente” vinculada al contrato de concesión, y por ende a su interpretación. Procuró superar la contradicción de negar en los hechos el acceso a la jurisdicción internacional, mediante la alusión a la extensión de la protección del Tratado, a lo que ocurra en esa sede judicial local (sin duda el Tratado alcanza también a casos de denegación de justicia, pero ello constituye un hecho separable y distinto de la diferencia planteada) indicando así a los inversores que siempre quedaría abierta una segunda chance ante el foro internacional, si el fallo local incurriera en denegación de justicia o “de otro modo” conculcase sus derechos bajo el Tratado.

Las defensas del Gobierno Federal en apoyo de ese fallo arbitral inicial partieron de una neta separación entre lo que era materia federal de lo que pudiera ser materia provincial, sin advertir que, por el hecho mismo del Tratado, tal distinción carecía de aplicación, como se verá más adelante.⁹

⁷ Lanco Internacional Inc. c. República Argentina (Caso CIADI N° ARB/97/6) (Decisión Preliminar sobre jurisdicción, 8 Dic. 1998).

⁸ En el mismo sentido, Agustín Gordillo, en “El Arbitraje Administrativo Nacional e Internacional”, en la obra colectiva “Derecho Constitucional y Administrativo”, dirigida por Luis Carello (Ed. Juris, 1999), p. 58 haciendo referencia al caso Video Club dreams, para destacar la falta de “sometimiento voluntario” a un régimen impuesto por la ley como pre-requisito para el ejercicio de una actividad.

⁹ Lo que fuerza a repensar sobre la concepción del Estado Federal desde la óptica bien conocida de la teoría de los poderes implícitos, entre los cuales se cuenta la facultad del Gobierno Federal para celebrar Tratados, los que necesariamente superan la distinción entre la materia federal y la materia provincial, constituyendo como federales todos los temas que conciernen directa y esencialmente a cada uno de los Tratados suscriptos, lo que también fue materia de análisis por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Méndez Valles, CSJN, dic. 26-1995, ED T 167, p. 19 y sgts: “La mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un Tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante”. En comentario a dicho fallo, Raúl Alberto Ramayo (op. y loc. cit, p. 19, en especial p. 25) expresó: “como prueba de que constituye una atribución federal implícita, es concluyente citar los múltiples tratados que la República Argentina ha celebrado con Estados Extranjeros, en materia de determinación de la jurisdicción

También esta teoría de extraneidad del Gobierno Federal respecto de la Provincia procuró fundarse en las limitaciones del Estado Federal para disponer de medios destinados a corregir la situación generada por la acción de una división (autónoma o provincial), lo que llevó al fallo arbitral inicial a analizar brevemente otro requisito adicional, impuesto pretorianamente en la interpretación del Tratado, al preguntarse si debía el inversor, como parte del inicio de su puesta en comunicación del diferendo para proseguir una discusión amigable sobre el mismo, abundar en exponer y requerir los cursos de acción que debía emprender el Gobierno Federal para corregir la situación generada por la Provincia. En su defensa, el Gobierno Federal además indicó que carecía de tales medios, por lo que bastaba ejercer sus buenos oficios para cubrir este aspecto de una responsabilidad por hecho de las Provincias o sus divisiones, exonerando así de responsabilidad al Gobierno Federal.

El recurso de anulación.

El inversor puso en marcha el dispositivo de anulación, que prevé la propia Convención del CIADI como un procedimiento apto para resguardar el prestigio y la eficacia de tales laudos arbitrales¹⁰, abriendo una estrecha vía de revisión, exclusivamente por nulidad del laudo arbitral conforme a parámetros que bajo nuestra teoría constitucional podrían asimilarse en parte a las del recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia.

En lo que aquí concierne, las causales de nulidad podían concentrarse en tres de los supuestos establecidos en el art. 52.1 de las Reglas del CIADI que tienen que ver, el primero, con un exceso manifiesto en el ejercicio de los poderes conferidos al Tribunal, y los restantes con un severo apartamiento de una regla fundamental de procedimiento, y de una ausencia de expresión de las razones en las cuales se basa el fallo. La anulación parcial del laudo arbitral fue decidida por considerar el mismo incurso en la primera de tales causales.

Es importante destacar que el Gobierno Federal, al contestar sobre la nulidad planteada, consideró que el fallo sujeto a anulación había resuelto como lo hizo sobre la base de diferenciar dos grandes cuestiones: lo que constituía a su criterio la materia contractual, distinguiéndola de aquella que concernía directamente a las inversiones, categoría que por definición debía excluir todo aquello que fuera concerniente a la primera.

También el Gobierno Federal procuró mantener la coherencia de su argumento respecto, por una parte, de la opción conferida bajo el Tratado y, por la otra, del

internacional, sin que para concretarlos y ponerlos en vigencia haya necesitado, antes o después, la anuencia de los Gobiernos Provinciales". Ver, además, A. Boggiano, Teoría del Derecho Internacional, Las relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos, Ed. La Ley, 1996, p. 158/9.

¹⁰ Georges R. Delaume, en "ICSID Arbitration Proceedings", en International Business Lawyer, Vol. 4, No. 2, p. 218, en especial, señala que "en el arbitraje bajo el ICSID, cualquier objeción al laudo arbitral está también regulada por las estipulaciones de la Convención del CIADI y permanece bajo los auspicios del CIADI. Bajo ninguna circunstancia puede ser objetado en los Tribunales de uno de los Estados Signatarios. Esta no es sino una de las muchas ilustraciones de la independencia del CIADI respecto de los Tribunales locales". La misma independencia de la jurisdicción internacional es recordada en el considerando 10 de la Resolución del 28.6.91 del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande, cuya impugnación fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Fibraca Constructora, Jul. 7, 1993 (ED. T 154, p. 165).

necesario recurso a la jurisdicción local. La opción de acudir al foro internacional debía reservarse, según el Gobierno, sólo para una cuestión que se limitase exclusivamente a las inversiones, debiendo ser descartada para el caso en que la materia pudiere calificarse como contractual.

La tesis sin embargo estaba desmentida ya por la propia definición que el Tratado formula bajo su artículo 1, (e) puesto que indica como un caso de inversiones bajo el Tratado, a ... las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato, y bajo su artículo 8.4 dispone que el Tribunal decidirá de acuerdo al Tratado, la legislación del país y los términos de “eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión”, como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia (es decir, el Derecho Internacional tradicional).

La naturaleza del recurso de nulidad es tal que las cuestiones a debatirse se encuentran estrictamente centradas en aquello que resulta necesario para decidir sobre la nulidad o no del laudo arbitral, con arreglo a los estrechos cauces fijados en las reglas del CIADI para ese efecto.

Sin embargo, también dentro de dicho análisis pueden quedar cuestiones zanjadas, como lo fueron en este caso, de eminente importancia para la interpretación de los Tratados Bilaterales de factura similar al presente, contribuyendo así a definir lo que es materia arbitrable.

Por ello, el fallo no entró a revisar, salvo en la medida aquí expresada, los hechos que dieron lugar al reclamo bajo el Tratado.

El fallo anulatorio fue el resultado del ejercicio de una facultad que tiene todo Comité (así su nombre) integrado por nuevos árbitros, designados por el CIADI, para resolver sobre la nulidad, de disponer la nulidad parcial, manteniendo la decisión sobre jurisdicción (coincidió así con lo solicitado por Vivendi, aunque no por considerarse limitado por esa petición).

Los argumentos del fallo anulatorio.

Por la forma en que resolvió, tal remedio fue posible, por cuanto el Comité decidió, no sobre la base de una ausencia de razones (por íntima contradicción entre la parte del fallo concerniente a la jurisdicción y aquella concerniente a la materia, en cuyo caso ninguno de sus términos hubiera subsistido) sino que centró su análisis en lo que consideró un manifiesto exceso de ejercicio de las facultades por parte de los árbitros en el fallo así anulado, al declinar ejercer su competencia en los puntos sometidos a su análisis, en directa contradicción con una regla del CIADI que dispone la obligación por parte de los árbitros de resolver las cuestiones que le sean planteadas.¹¹ Tal insuficiencia en el ejercicio de sus poderes fue considerada, así, como un exceso, por cuanto se establecía un ejercicio arbitrario de tal negativa a resolver.¹²

¹¹ Art. 42 de las Reglas del CIADI.

¹² Precisamente, fue rechazado el razonamiento utilizado por el Tribunal Arbitral que emitió el fallo anulado, consistente en destacar su inhibitoria para resolver toda cuestión que pudiere tener vinculación con un diferendo contractual. El Comité reafirmó así la doctrina sobre el art. 42 (2) de las Reglas del CIADI, por la cual se considera a dicha disposición como estableciendo la obligación para el Tribunal Arbitral y a no rehusarse a hacerlo (Carreau, *Droit International*, 5ª. Ed., Ed. Pedone, 1997, p. 299, No. 780).

Así, el Comité procedió a ejercer su facultad de nulificación parcial, para confirmar, abundando en razones sobre ello, la parte del laudo arbitral anterior consistente en la afirmación de la jurisdicción de un tribunal establecido bajo las reglas del CIADI para resolver el caso.

Apartó así las reiteradas defensas del Gobierno Federal sobre su falta de responsabilidad por actos de sus subdivisiones, y en especial la invocación de la Regla 25 (3) de la Convención del CIADI, que permite a los Estados contratantes identificar subdivisiones que pudieren ser demandadas bajo las mismas reglas, lo que el Gobierno Federal no hizo. El Comité apartó dicha regla considerando que no era aplicable en cuanto ella no limitaba el alcance de las responsabilidades internacionales del Estado.

También señaló que, tal como lo había indicado el Tribunal anterior, una cláusula de jurisdicción establecida en un acuerdo de concesión no excluía, ni podía excluir, la jurisdicción del Tribunal establecida por el Tratado, en cuanto existiere una violación bajo el mismo.

La tan debatida discusión sobre la doctrina de atribución de los actos de las subdivisiones -Provincias- al Estado, único sujeto reconocido bajo el derecho internacional (y cuyo rechazo constituyó un elemento base de la defensa argentina, si bien con modulaciones durante el desarrollo del proceso ante las dificultades evidentes de insistir con el mismo) fue reafirmada sin ambages por el Comité al señalar que el Estado es responsable por los actos de las Provincias.

El Comité 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.

También destacó 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, 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 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.

Sostuvo además que existían cláusulas sustantivas de protección de inversiones bajo el Tratado consistentes en la protección (i) de un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de derecho internacional¹³ por una parte, y por la otra, (ii) contra medidas

¹³ El Comité recordó las disposiciones sustantivas del Tratado, abarcativas de la garantía que el ejercicio del derecho a obtener dicho trato justo y equitativo no debía ser de hecho ni de derecho obstaculizado (el subrayado nos pertenece), así como que ello implicaba garantía de protección y plena seguridad en la aplicación de aquel trato.

de expropiación o equivalentes, que sólo pueden ser establecidas mediante compensación pronta y adecuada que exigían ser consideradas y tratadas en extenso.

Cuestiones contractuales y diferendos sobre inversiones.

Frente a la alegada distinción entre materia contractual y materia relativa a inversiones, aspecto que motivó un esforzado ejercicio de la defensa por el Gobierno Federal, el Comité destacó precisamente que la lectura del Tribunal anterior sobre esta materia constituía el núcleo mismo de la nulidad a dictarse, por cuanto no constituía 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 Comité confirmó que 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.

También señaló, si bien de manera indirecta, luego de afirmar que no le resultaba necesario para resolver (siguiendo, agregamos nosotros, la sabia regla del Juez Madison, de no enunciar en las sentencias una regla de derecho más amplia que la requerida para juzgar la controversia) que un “mero” incumplimiento contractual, no acompañado de mala fe u otras circunstancias agravantes, raramente podría constituir una violación a dicho compromiso de trato justo y equitativo establecido en el artículo 3 del Tratado.

La calificación de la conducta apunta a determinar 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 vaya más allá del “mero” incumplimiento contractual (Brownlie, *op.cit.*, p. 552).

Recordó el Comité 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), indicando 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.

El Comité refirió la aplicación de lo establecido en el art. 8.4. del Tratado, que faculta al Tribunal para basar su dictamen ...también sobre los términos de cualesquiera aspectos particulares concluidos en materia de la inversión, con lo que un incumplimiento del contrato de concesión cae dentro de la materia justiciable por el Tribunal Arbitral. Finalmente, dentro del marco del art. 5 (1) del Tratado, citado por el Comité, se encuentra la garantía de protección y plena seguridad de la inversión, en la aplicación del principio de trato justo y equitativo del art. 3.

El Comité recordó en otro pasaje que se hacía referencia a ese concepto, la inversión, en el sentido que le otorga el Tratado, el que a su vez menciona como aquellos derechos a respetar y proteger, los que se generan por virtud de un contrato de concesión (art. 1 (e) del Tratado), 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, la Corte 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).

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 la concesión no significa que la diferencia caiga fuera del alcance del Tratado, como así tampoco lo excluye el hecho que el contrato de concesión remita a los Tribunales provinciales para resolver las diferencias relativas a la concesión.

El Comité volvió sobre ello, recordando que el hecho que la jurisdicción contencioso-administrativa no pudiera prorrogarse, demostraba su carácter no voluntario, y además, que el consentimiento dado por la República Argentina, a permitir la opción del arbitraje, ofrecida al suscribir el Tratado Bilateral (con arreglo a lo que dispone el art. 25.1 de las Reglas del CIADI) no podía ser retirado unilateralmente.¹⁴

Como elemento central entonces de su conclusión sobre la nulidad, el Comité apartó ciertas teorías erróneas que han podido verse discutidas y debatidas en nuestro país sobre esta distinción entre materia contractual y materia regida por el Tratado. Ello, por cuanto las normas del Tratado establecen una norma independiente respecto de lo que establece el derecho interno y por consecuencia es independiente de toda interpretación según normas de derecho interno de un incumplimiento contractual.

La competencia del Tribunal se extiende respecto de violaciones del contrato en cuanto constituyan, al propio tiempo, una violación del Tratado. Más aún, 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.¹⁵

Ello así, por cuanto el derecho internacional establece que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho

¹⁴ Estableció así la diferencia con otros casos, en los que, ausente dicha restricción -impuesta en este caso por vía de la aplicación de la Convención de creación del CIADI y del Tratado Bilateral de Protección y Promoción de Inversiones- el país receptor de la inversión podía imponer al inversor una restricción al acceso a una reclamación internacional con base en un reclamo contractual (Woodruff (1903), Reports of International Arbitral Awards, Vol. IX, p. 213). Sin embargo, ni aún entonces tal vía quedaba precluida, en cuanto se tratare de un incumplimiento del derecho internacional (p. 222), que habilitare la protección diplomática de nacionales en el exterior, por parte del Estado de la nacionalidad del inversor (adviértase que, por la época del fallo, no existían los dispositivos previstos en los modernos Tratados Bilaterales, con lo que la reclamación individual, del sujeto particular, no fue acogida).

¹⁵ 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 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.

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.¹⁶

El Comité 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.

Entendió así el Comité que lo calificante bajo el Tratado es que exista una disputa que guarde relación con una inversión efectuada bajo el Tratado, es decir, con aquella que califique como inversión bajo el mismo. De tal modo, en cuanto el diferendo lo fuere por circunstancias que a la vez puedan ser interpretadas bajo las normas protectoras del Tratado y bajo las normas contractuales, ello no debía constituir razón alguna para excluir su análisis por el Tribunal.

La confirmación de la responsabilidad del Estado Federal no obstante la afirmación de buenos oficios.

Es importante destacar que la responsabilidad del Estado Federal ha sido pronunciada no obstante que también el Comité admite que el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento, como tal, de los contratos concluidos por una Provincia, la que posee personalidad jurídica separada y es responsable del cumplimiento de sus propios contratos.

He aquí el centro de la cuestión: equivocan aquellos que, bajo esta afirmación entienden que un Estado se desentiende de los actos de una subdivisión o ente autónomo de cualquier característica con el argumento que la parte obligada al cumplimiento de la cláusula contractual sea otra entidad diferenciada del propio Estado Nacional. También equivocan el camino aquellos que suponen lo contrario, esto es, que la protección del Tratado se vincula directamente con el incumplimiento por el concedente, que pudiere detectarse respecto de normas contractuales precisas.

Y la sencilla razón porque ninguno de estos términos es correcto reside en que de lo que se trata bajo el Tratado es de determinar si los standards en él establecidos¹⁷ han

¹⁶ El caso ELSI (Electrónica Sicula Spa - Elsi, US v. Italia, 1989, ICJ Rep. 15, 42) citado por Vivendi en su memorial, fue mencionado por el Comité para destacar 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.

¹⁷ Que, como lo diría el recordado Dr. Colautti, constituye una base mínima o principio básico: “El Derecho Internacional tiende a asegurar un piso de protección más abajo del cual se genera responsabilidad internacional” (Carlos E. Colautti, Los Tratados Internacionales y la Reforma de la Constitución, La Ley T 1994-D, p. 1145, en especial p. 1150. Con el mismo título, su publicación por Ed. La Ley, 1998, p.76).

sido violados o no bajo la concreta conducta del Estado Nacional o cualquiera de sus subdivisiones.

Distinciones desechadas.

También permítaseme decir que tal conclusión desplaza por completo la recordada distinción, traída en general a otros efectos (cual es el de determinar los alcances de la inmunidad soberana) entre actos iure gestionis y actos iure imperii.¹⁸ Nada hay en el laudo anulatorio que permita traer esta distinción, sin embargo puesta delante del Tribunal tanto por el fallo anulado como por los argumentos del Gobierno Federal en este sentido.

En efecto, de lo que se trata es saber si, con independencia de cualquier calificación bajo el derecho interno (bajo cualquiera de sus categorizaciones de derecho público o de derecho privado) los hechos u actos a ser revisados por el Tribunal Arbitral internacional requieren un análisis bajo el propio derecho internacional y así, el hecho que sea injustificado, irrazonable o arbitrario bajo el derecho local sólo puede constituir una indicación valiosa para detectar lo propio frente al derecho internacional, pero sin que ello implique una necesaria conexión. El Tribunal también destacó la virtualidad del principio en uno y en otro caso, esto es, que no constituye defensa atendible para el Estado contratante el argumentar que el comportamiento pueda ser calificado como lícito bajo el derecho nacional.

Así, la discusión sobre los pactos de jurisdicción también se encuentra zanjada 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.¹⁹

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.

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.

¹⁸ En efecto, la doctrina sostiene que la sumisión de un Estado a la jurisdicción del CIADI implica el reconocimiento de su obligación de cumplir con el laudo arbitral, lo que no representa una derogación o renuncia de la inmunidad soberana (expresa, en cambio, el reconocimiento a no fincar aspecto alguno de su defensa en la distinción entre actos calificables como ejercidos iure imperii o iure gestionis, para apartar una u otra categoría de actos de la jurisdicción arbitral internacional, puesto que la adhesión a la Convención y la suscripción del Tratado no contienen limitación en tal sentido). Ver, asimismo, art. 53(1) de las Reglas del CIADI, y art. 54

¹⁹ 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).

El Comité concluyó indicando que tal “imposibilidad de decidir” reiterada en diversos pasajes del fallo así anulado, constituía un manifiesto exceso en el ejercicio del poder de resolver confiado en el Tribunal Arbitral, puesto que aquel debía analizar dichos hechos y actos a la luz de las normas sustantivas del Tratado, para determinar la existencia o no de tal incumplimiento internacional, destacando la nulidad del razonamiento que remite previamente a los Tribunales locales para decidir si la conducta imputada conlleva al propósito de ejercer derechos contractuales, a fin de concluir luego con base en ello, si ha existido o no un incumplimiento bajo el Tratado.

La cuestión de las jurisdicciones.

El propio Tribunal 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.

El Comité no efectuó con ello argumentación alguna respecto del derecho interno, y así debe ser entendido. Queda esta cuestión para ser analizada bajo ese derecho interno, y en todo caso bajo otro capítulo de los incumplimientos de compromisos internacionales, cual es el que se abre frente a una eventual denegación de justicia (hecho separable de la cuestión tratada bajo el reclamo anterior) si en tales circunstancias la justicia local reputa como perdido el derecho al reclamo, en la hipótesis en que la materia a decidir fuera separable de aquello sobre lo que hubiera recaído el pronunciamiento arbitral. Se tratará de una cuestión similar a la que se plantea en el caso de acciones con objeto recortado, como el de las acciones de amparo, a fin de definir los alcances de la cosa juzgada.

El Estado Nacional es responsable de las infracciones a las normas sustantivas del Tratado. Las acciones correctoras frente a las Provincias.

La nulidad parcial dispuesta por el Comité, con la cual consideró nulo el rechazo por el laudo arbitral de las cuestiones sometidas ante el mismo por los inversores, relativas al tratamiento que su inversión sufrió en la Pcia. de Tucumán, dejó en pie un capítulo relativo al análisis de la existencia de posibles hechos separables y autónomos de infracción al compromiso internacional por parte del Gobierno Nacional respecto de lo que hizo o dejó de hacer con la Provincia. Allí, el Comité señaló que la cuestión no era materia de un juicio de nulidad, sino de una revisión

de los argumentos e interpretación de los hechos, materia que le estaba explícitamente vedada, por lo cual dejó subsistente dicha parte del laudo arbitral (si bien también en este punto, resuelto sobre la base de la aparente expresión de argumentos sobre la cuestión, el Comité consideró que el Tribunal parecía resolver en parte por los mismos argumentos que fueron considerados inválidos por el Comité).

Esto representa, en combinación con la parte anulada del laudo, un elemento de suma importancia para la interpretación, puesto que la conclusión es que, aunque el Gobierno no incurra en violación de sus compromisos internacionales mediante sus políticas de buenos oficios, o cualesquiera acciones que disponga frente a la Provincia o la subdivisión de que se trate, o aún respecto de cualquier funcionario causante de la violación del compromiso internacional, la responsabilidad del Estado Nacional como tal se mantiene incólume, como queda demostrada en este caso. Con ello da por tierra a una doctrina cara a la Administración Nacional, que ha procurado siempre ver en el cuidado tratamiento de gestiones y entrevistas con los inversores un elemento procesal, si se quiere, que permita excluir tal responsabilidad internacional, sin que se le pudiese exigir resultados concretos.

Por el contrario, la conclusión de la subsistencia de la responsabilidad internacional del Estado por los hechos de sus instrumentalidades, sus divisiones políticas o Provincias no obstante cualquier actitud asumida por el Estado Nacional, demuestra allí la necesidad de la recuperación de los Poderes del Estado Federal, como unidad de decisión y de acción, para no declinar su responsabilidad bajo los Tratados suscriptos, lo que constituye, una vez más, la afirmación de la correcta teoría de los Poderes implícitos del Poder Federal que se proyectan aún en materias en las que una Provincia esté involucrada.²⁰

El laudo anulatorio comporta así una importancia fundamental en cuanto a la evaluación futura, no sólo para la Argentina, sino para una serie de países receptores de inversiones bajo tales Tratados Bilaterales, que marca una orientación y un rumbo que no es distinto de aquél que el propio Alberdi imprimió a la Constitución Nacional y que otorgó generosamente un rango a los inversores extranjeros, en el marco de una hospitalidad bajo la cual se construyó la Argentina.

El hecho que bajo el imperio de la emergencia, y de sus abusos, la Argentina deje progresivamente de lado ciertos corolarios evidentes que resultan de la Constitución misma, debiera ser materia de reflexión con miras a un futuro que supere el cortísimo

²⁰ Jorge Aja Espil, en Nueva Lectura del Art. 31 de la Constitución Nacional (en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, XII/1998, T 58, Nº 2, p. 29, en especial p. 39, Cap. VII, destaca la prioridad de los Tratados y su operatividad.

Linares Quintana, Tratado de Interpretación Constitucional, Ed. Abeledo Perrot, 1998, p. 793 y sgtes., Cap. XXIX, "Poderes Implícitos y Poderes Inherentes", con base en el art. 75, inc. 32, citando a Aja Espil, Constitución y Poder, Ed. Tea, 1987. Por poderes implícitos se entienden los "medios adecuados para poner en ejecución los poderes explícitamente enumerados en el instrumento constitucional" (p. 40).

También, ver p. 37 sobre el controvertido tema de la conservación de aquello que no haya sido delegado por la Constitución. Dominique Carreau, en Droit International, 5ª. Ed., Ed. Pedone, 1997, p. 117, recuerda esa doctrina de los poderes implícitos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aplicada al poder de celebrar Tratados que tiene el Gobierno Federal, sin que la 10ª. Enmienda a la Constitución de ese país (la reserva de poderes estatales) pueda constituir obstáculo a la conclusión de Tratados por el Gobierno Federal.

plazo, puesto que un país no se hace sin inversiones, propias o ajenas, y con el respeto de un cuadro mínimo de reglas de juego.

Ello no implica un desconocimiento de lo que implican las crisis, con independencia de sus factores y de su origen, sino la vuelta a la recta doctrina constitucional (que comparte el Derecho Internacional) de trazar una línea entre lo que constituye la suspensión provisoria del ejercicio de ciertos derechos confiados para su tutela por la Constitución a los entes públicos, y la afectación definitiva de los mismos, situación que dio motivo al diferendo que vuelve a centrarse ahora por ante un foro internacional, con pleno conocimiento de los alcances de la materia a decidir, a lo que ha contribuido de manera importante el fallo anulatorio materia de este comentario.

BUENOS AIRES, 27 de agosto de 2002

Users/alvez/memos/prot-inv4
