

Título: La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI

Autor: González Campaña, Germán

Publicado en: Sup.Esp.El Contrato Administrativo en la Actualidad 2004 (mayo), 159

Sumario: SUMARIO: I. Importancia y actualidad del tema. - II. La despolitización de los conflictos económicos transnacionales. - III. El CIADI, ¿justicia del primer mundo para países del tercero?. - IV. Los Tratados Bilaterales de Inversión (la seguridad jurídica importada). - V. Modificación y rescisión contractuales: soberanía inalienable vs. "pacta sunt servanda". - VI. Cláusulas de protección contra las modificaciones legales (riesgo político). - VII. La pesificación de las tarifas: ¿expropiación indirecta?. - VIII. Consideraciones finales.

I. Importancia y actualidad del tema

Argentina ostenta en la actualidad el récord de ser el país más denunciado del mundo por incumplimiento de sus obligaciones contractuales internacionales. Veintisiete de los sesenta y ocho procesos que se tramitan en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en Washington, la tienen como demandada, ante reclamos presentados por las empresas extranjeras que suscribieron contratos administrativos al amparo de los tratados bilaterales de inversión, por una suma que ronda los 20 mil millones de dólares.

Tal dudoso mérito, logrado después del default de fines de 2001 y de la devaluación de principios de 2002, denuncia la inexistencia de garantías suficientes para realizar inversiones a largo plazo, ante el temor de modificación unilateral de los términos de los contratos o del régimen legal aplicable o, sencillamente, de la rescisión de las concesiones, nacionalización y posterior reprivatización de los servicios públicos, a cada cambio gubernamental.

El llamado riesgo país -tan manipulado por algunos medios de comunicación, consultoras y medidoras- no deja de tener una base cierta innegable: el Estado argentino no se siente compelido por sus propias reglas jurídicas, de manera que cada vez que una nueva crisis aparece en el horizonte, saca a relucir la doctrina de la emergencia que le permite sortear los derechos adquiridos por contratos privados o administrativos o por sentencias firmes, bajo impostergables exigencias del "bien común" o del "interés general" de la población.

Cuando el afectado es un ciudadano argentino, puede resultar aceptable -no digamos convincente- que se esgriman como argumentos derogatorios de los derechos adquiridos el propio "bienestar general" del resto de sus conciudadanos, de manera de armonizar (razonablemente) los derechos individuales con la "supervivencia misma de la Nación."

En cambio, cuando el perjudicado es una persona extranjera, cuyo único interés en el país es el de obtener una ganancia legítima, los motivos apuntados se diluyen, al extremo de sólo admitirse las restricciones a los derechos contractuales por razón de utilidad pública en la medida que sean indemnizados de forma pronta, justa y efectiva, como cualquier otra expropiación.

En el presente trabajo habremos de ocuparnos de los criterios sentados por los tribunales internacionales para solucionar los conflictos suscitados entre las empresas extranjeras y los Estados receptores de las inversiones, con especial referencia a los posibles laudos que puedan dictar los árbitros del CIADI en las demandas presentadas contra nuestro país.

II. La despolitización de los conflictos económicos transnacionales

Desde de la Segunda Guerra Mundial, la confiscación de la propiedad enemiga constituyó una práctica universal -de la que nuestro país no ha estado exento-, pasando las empresas de los vencidos a manos de los vencedores por la sola declaración bélica [\(1\)](#). No fue ese un acontecimiento excepcional, sino que se convirtió en un recurso común extensible a cualquier circunstancia extraordinaria asimilable a las conflagraciones, como son los desastres naturales o las crisis políticas o económicas.

Un estudio realizado entre 1953 y 1976 muestra que sobre 30 casos de nacionalización de empresas extranjeras, en sólo tres se cumplió con el recaudo de la indemnización adecuada y efectiva [\(2\)](#). A igual conclusión llegó el Centro sobre Empresas Transnacionales de Naciones Unidas, que contó 154 casos de expropiaciones de compañías foráneas en Africa, Asia y Latinoamérica sólo durante la década de 1970 [\(3\)](#). Por ello, la consagración de standards internacionales que prevean indemnizaciones en caso de expropiaciones o nacionalizaciones de capitales extranjeros constituyó uno de los ejes del debate sobre el llamado nuevo orden económico mundial en la década del 70 [\(4\)](#).

Por aplicación de la doctrina Calvo, que reconocía iguales derechos a los extranjeros que a los nacionales, quedando los primeros sometidos a la generalidad del régimen jurídico vigente en el país huésped, la protección de los inversores quedaba circunscripta a la ejercida por la vía diplomática por los Estados de origen [\(5\)](#). En

teoría, ello importaba otorgar los mismos derechos y garantías reconocidos por éstos a sus habitantes pero, en la práctica, conllevó una merma significativa del volumen de los negocios transnacionales, pues el trato dispensado por los países periféricos a sus ciudadanos no era (ni es) precisamente bueno, ni satisfacía las exigencias mínimas consagradas por la costumbre internacional.

Como consecuencia de este vacío, las rupturas de los contratos de inversión, suscriptos en una relación vis-à-vis por las compañías extranjeras y los Estados receptores, se basaban en el derecho local de estos últimos, y los conflictos de legislación y jurisdicción aplicables se dirimían por las reglas del Derecho Internacional Privado (6). Corolario de ello, su violación no generaba responsabilidad internacional del Estado, por no constituir un acto ilegal de éste contra otras naciones ni contra la comunidad internacional, sino contra una persona (física o jurídica) privada.

Así aparece en escena el derecho internacional público, que por metamorfosis -como irónicamente dice Prosper Weil- pasa de ser un controvertido y no querido intruso en la pareja formada por el Estado receptor del capital y el inversor privado extranjero a ser un mejor recibido compañero en un ya no tormentoso, sino pacífico, ménage a trois(7).

III. El CIADI, ¿justicia del primer mundo para países del tercero?

El CIADI, con personalidad jurídica internacional y sede en Washington, fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial del 18 de marzo de 1965, específicamente para promover un flujo más intenso de inversiones privadas internacionales en los países interesados en atraerlas (8).

Este tratado multilateral -que ha sido ratificado en la actualidad por 140 países, entre ellos, el nuestro- (9) prevé mecanismos de solución pacífica de controversias sobre inversiones, siendo el consentimiento para intervenir en los procedimientos el punto de partida de la jurisdicción internacional, que a su vez delimita la competencia del tribunal y da validez al laudo que se vaya a pronunciar, el que podrá ser anulado en caso de haberse excedido del compromiso arbitral (10).

El fin del arbitraje -incluimos a la conciliación, aunque rara vez ha sido utilizada en la historia del Centro- ha sido romper la asimetría de posiciones entre inversores y Estados, buscando lograr la igualdad procesal de partes. Este procedimiento evita que la resolución de los conflictos quede a merced de la legislación y jurisdicción de una de las partes interesadas en el litigio, como es el país receptor, (11) pero también impide a los inversores acudir a la protección diplomática, salvo que el Estado condenado se niegue a cumplir el laudo dictado por el tribunal arbitral (art. 27.1) (12).

La Convención de Washington ofrece a las partes la libertad de elección del derecho aplicable, pudiendo optar entre el vigente en el Estado contratante, el de un tercer Estado, el derecho internacional o una combinación de éstos (13). Lo mismo sucede con la definición de inversión, que queda librada a lo que aquéllas convengan, aunque con ciertos límites (14). En los últimos tiempos, el Secretariado no ha registrado 15 demandas por no surgir con claridad el consentimiento de las partes, por no considerar "inversiones" las materias discutidas -v.g. por ser una simple compraventa de mercaderías- o por la insignificancia del monto reclamado (15).

De la lectura del listado de casos tramitados y resueltos por los tribunales del CIADI, se pueden realizar dos observaciones: i) que casi todos ellos versaron sobre reclamos formulados por inversores de países industrializados a Estados en vías desarrollo, salvo en un único caso; (16) y ii) que el sistema constituye una forma de garantizar la aplicación de los principios generales del derecho internacional, de manera de otorgar la seguridad jurídica que suele faltar en los países subdesarrollados como el nuestro, donde el Congreso puede dictar leyes de aplicación retroactiva y alterar los derechos adquiridos, o el Ejecutivo asume diariamente la función legislativa o desconoce sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, etc.

La práctica arbitral ha recogido algunos de estos principios generales y costumbres internacionales, cuya violación acarrea la responsabilidad internacional del Estado (17). Así, ha identificado como costumbres internacionales -de obligatorio acatamiento- (18) la compensación adecuada en caso nacionalización o expropiación; (19) el respeto por los derechos adquiridos, en relación con la autorización para invertir concedida por el Estado receptor; (20) que las groseras irregularidades en el procedimiento administrativo constituyen una denegación de justicia; (21) etc. También ha reconocido la vigencia de ciertos principios generales del derecho internacional aplicables a las inversiones extranjeras, como son pacta sunt servanda; exceptio non adimpleti contractus; estoppel; enriquecimiento indebido; debido proceso; res judicata, etc. (22).

IV. Los Tratados Bilaterales de Inversión (la seguridad jurídica importada)

Hasta la sanción de la Convención de Washington, al contrato suscripto por un Estado soberano y una

empresa extranjera no le era aplicable el régimen de los tratados internacionales ni su violación acarrearía responsabilidad internacional (23). Por estas razones, desde finales de la década del 50, los Estados -encabezados por Alemania- comenzaron a firmar tratados con otras naciones para reconocer un trato recíproco a los negocios llevados a cabo entre sus ciudadanos, cuyo incumplimiento ya no quedaría relegado al derecho internacional privado sino al público.

Desde entonces hasta la fecha, se han suscripto cerca de dos mil tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras (BITs), por más de 150 países. De ellos, cerca de mil confieren el consentimiento anticipado de los Estados a someter las controversias suscitadas a los tribunales del CIADI, (24) lo que ha sido admitido por la práctica arbitral (25).

En resumidas cuentas, estos acuerdos prevén una serie de standards mínimos de tratamiento de las inversiones extranjeras, que sirven para interpretar los términos de los contratos y de parámetro a los tribunales arbitrales en caso de incumplimiento. Algunos de ellos son:

1. Trato justo y equitativo. Implica el derecho a llevar adelante los negocios y actividades libres de cualquier medida irrazonable y discriminatoria por parte del Estado contratante, lo que habrá de juzgarse en cada caso concreto. Esta cláusula suele expresarse con distintas fórmulas, que supeditan la interpretación de este concepto jurídico indeterminado al derecho internacional. Así, se ha estipulado que el trato justo y equitativo "no será en ningún caso menor que el acordado por las normas y principios del derecho internacional"; (26) o que se proveerá un "trato justo y equitativo, de conformidad con los principios del derecho internacional" (27).

2. Protección y seguridad. Los Estados garantizan que "las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante" (28).

Como apunta Sacerdoti, esta cláusula no agrega mucho a la protección de la cual los extranjeros son merecedores en el exterior por parte del Estado que los recibe, salvo en cuanto a situaciones específicas en contra de foráneos o ciudadanos de un país determinado (como el caso de xenofobia o protestas nacionalistas) (29). Esto suele suceder últimamente en nuestro país con los llamados "piquetes" contra las empresas de capital extranjero, cuyos daños terminan siendo indemnizados por el conjunto de la sociedad (30).

3. No discriminación respecto de otros inversores extranjeros. Esta cláusula está dirigida a evitar que el Estado receptor realice acciones discriminatorias con relación a los extranjeros en general o con algunos en particular. Como se puede apreciar, es una derivación de las anteriores fórmulas, nacida de la libertad que los Estados contratantes tienen a la hora de suscribir los acuerdos internacionales.

4. Trato no menos favorable que el acordado a los inversores nacionales. El inversor extranjero está garantizado de recibir el mejor tratamiento que pueda otorgar el Estado receptor, lo que no sólo se aplica a la protección y seguridad de sus bienes, activos, derechos e intereses, sino también al otorgamiento de permisos, habilitaciones, autorizaciones para emplear, licencias de importación y exportación, etc. Este estándar abarca todas las actividades -relacionadas o conexas- involucradas en la operación, de manera que el negocio pueda ser conducido de manera efectiva (31).

Este estándar cobra trascendencia en campos tales como el comercio argentino o en sectores reservados a capitales nacionales, de manera que por aplicación de estas disposiciones de los tratados bilaterales -huelga recordar que tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN)- los inversores extranjeros son considerados a esos efectos como nacionales (32).

5. Nación más favorecida. Cualquier ventaja obtenida por un país extranjero para sus inversores en un tratado bilateral puede perder todo valor si este país le otorga mejores condiciones a un tercer Estado, haciendo perder al primero toda competitividad en su mercado. A través de la cláusula de la "Nación más favorecida" se garantiza a todo inversor -cualquiera sea su nacionalidad- que la apertura de nuevos negocios o mejores condiciones fiscales, laborales, societarias, etc., no prevista al momento de celebrarse el BIT por su país de origen, estará disponible como si el nuevo tratado hubiese sido suscripto por el Estado al que pertenece.

La cláusula Most Favored Nation resulta de aplicación automática, es decir, no requiere otra cosa que haber sido consagrada en un tratado bilateral para resultar aplicable a los nuevos negocios. Una importante excepción constituyen los acuerdos de integración económica, que excluyen al resto de las naciones de los privilegios reconocidos entre los socios del bloque regional (33). Asimismo, otros BIT's descartan la aplicación de esta cláusula en ciertas materias, especialmente la fiscal (34).

6. Umbrella Clause. Esta disposición permite poner al abrigo del derecho internacional las obligaciones nacidas a la luz del derecho nacional. Su finalidad no es otra que dejar en claro la naturaleza internacional de la obligación, más allá del carácter local del contrato, de manera que las relaciones ya no serán inversor-Estado

receptor, sino Estado de origen-Estado receptor.

Los tratados bilaterales suscritos por nuestro país disponen que "cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio"[\(35\)](#).

V. Modificación y rescisión contractuales: soberanía inalienable v. "pacta sunt servanda"

Cuando una empresa extranjera decide realizar una inversión de gran volumen y a largo plazo en un país extranjero, se enfrenta con dos clases de riesgos: i) un alea económico, que resulta inevitable con el transcurso del tiempo y las fluctuaciones coyunturales, por lo que los contratos de duración prolongada prevén renegociaciones periódicas y; ii) un alea político, que deriva de la facultad del Estado de usar, durante la ejecución del contrato, los poderes que tiene, no en su calidad de cocontratante, sino de soberano. Este riesgo, a su vez, puede plasmarse de dos formas: primero, a través de medidas de tipo constitucionales, legislativas o reglamentarias, que modifican el ambiente jurídico en el cual el contrato se ejecuta, como son los cambios en la legislación fiscal, aduanera, monetaria o laboral y; en segundo lugar, por el uso de prerrogativas exorbitantes del derecho privado que el Estado posee de forma inherente, entre ellas, la de modificar unilateralmente el contrato o, incluso, rescindirlo antes de tiempo [\(36\)](#).

Durante la ejecución de un contrato, el Estado puede dictar normas que causen la invalidez del mismo o de alguna de sus cláusulas, o que modifiquen u obstaculicen su ejecución o, simplemente, alteren la ecuación económica-financiera, tornándolo irredituable. Dentro del grupo de medidas que aquél puede adoptar, se encuentran aquellas que justifican el incumplimiento del contrato por fuerza mayor y, especialmente, el hecho del príncipe (*factum principis*), que el organismo estatal invocará para liberarse de su obligación sin indemnizar a su cocontratante [\(37\)](#).

El problema pasa, entonces, por saber si, de acuerdo al derecho internacional, el Estado dispone de estas facultades a la hora de suscribir un contrato con un inversor extranjero. Como siempre, se han levantado dos posiciones extremas contrarias, y alguna reconciliadora de ambas.

Los representantes de las empresas multinacionales afirman la intangibilidad absoluta del contrato (*sanctity of contracts*), entendiendo que el Estado no podría alterar en manera alguna los derechos y obligaciones del cocontratante, ni siquiera en razón de utilidad pública, o en el marco de una reestructuración de su economía. Según esta tesis, el derecho internacional prohíbe al Estado tanto modificar como rescindir de forma anticipada los contratos suscritos con inversores extranjeros, al consagrar la igualdad de las partes y rechazar privilegios en el contratante estatal. En fin, según esta doctrina, no existiría reserva implícita de soberanía en beneficio del Estado [\(38\)](#).

Del otro extremo, los gobiernos locales alegan la mutabilidad esencial del contrato de inversión, en virtud del derecho inalienable e irrenunciable del Estado de adaptar en todo momento los derechos particulares a las necesidades superiores de su comunidad. Entre estos mandatos del bien común se encontraría el de modificar o anular en todo o en parte los contratos existentes y nacionalizar los servicios públicos, con la sola condición de que lo haga de buena fe y por un interés público, no por un simple arrepentimiento de los negocios concluidos.

En una posición intermedia -que compartimos- Weil entiende que el interés superior del Estado no puede ser sacrificado por la intangibilidad del contrato, ni el interés financiero del cocontratante por el interés general del Estado. Por ello, habrá de reconocerse la facultad estatal de modificar y de rescindir los contratos, pero bajo ciertas condiciones y límites, cuidando, en todo caso, que el equilibrio contractual sea salvaguardado por el pago de una indemnización justa. En definitiva, ya no es el contrato sino la ecuación financiera la que es considerada como intangible [\(39\)](#).

VI. Cláusulas de protección contra las modificaciones legales (riesgo político)

Al ser admitidos por la jurisprudencia internacional las prerrogativas soberanas de modificación y rescisión de los contratos administrativos, la práctica llevó a idear algunas formas de protección contra este tipo de acciones. Así nacieron las cláusulas de estabilización y de intangibilidad que, insertadas en los convenios, tornaron el uso de estas facultades por parte del Estado receptor en una forma de ruptura del tratado, generador de responsabilidad internacional.

La existencia de estas cláusulas obedece a una razón elemental: el Estado-parte en el contrato es a su vez Estado-legislador, que modifica sobre la marcha las condiciones pactadas por necesidades del momento: nacionalizaciones, aumento de alcúotas impositivas, derogación de exenciones, cambios de régimen monetario, prohibición de girar beneficios al exterior, etc. [\(40\)](#).

Estas disposiciones constituyen una forma de neutralizar el poder normativo del Estado, pues su adopción trae como consecuencia la inoponibilidad de la nueva legislación al contrato suscrito al amparo del régimen

anterior (41). De esta manera, el Estado que incumple el compromiso de no modificar la legislación vigente, viola su deber de actuar de buena fe, al obrar en contra de sus propios actos (estoppel) (42).

Aunque la mayoría de la doctrina no las distingue, ellas pueden adoptar dos formas distintas:

Cláusulas de intangibilidad. Su fin es el de poner al inversor al abrigo de los poderes exorbitantes que el Estado receptor posee respecto del cocontratante de acuerdo a su derecho nacional. Son menos frecuentes en la práctica que las de estabilización, y se expresan a través de una estipulación que establece de forma general que los derechos y obligaciones de las partes no podrán ser modificados sin el consentimiento mutuo (43). Como se podrá observar, si bien ofrecen una seguridad jurídica total al inversor extranjero, resultan fácilmente violables por los Estados receptores. Por ello, resultan difíciles de ser encontradas en los tratados bilaterales, siendo más frecuentes ubicarlas en los contratos específicos (generalmente, concesiones petroleras).

Cláusulas de estabilización. Tienen como objeto limitar el ejercicio de la competencia legislativa por parte del Estado, al "congelar" (freeze) la legislación en el estado en que se encuentra a la fecha de la conclusión del contrato. Es común encontrar en los convenios bilaterales disposiciones que mantienen al inversor al reparo del llamado alea legislativo, en algunos casos de manera genérica, y en otros, con una enumeración de las materias congeladas, como la legislación laboral, societaria o fiscal, (44) por todo el tiempo de duración del BIT, o por un período limitado.

Nuestro país ha adoptado cláusulas de estabilización, aunque no de manera clara y expresa. Algunos tratados bilaterales admiten el dictado de nuevas leyes y regulaciones, mientras no sean discriminatorias de los inversores de su nacionalidad; (45) otros permiten la adopción de nuevas normas por parte del Estado, las que serán únicamente aplicables a las inversiones protegidas por el convenio, de ser más favorables (46).

De particular importancia resulta el acuerdo firmado entre Panamá y Argentina (1998), que establece que "ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra de efecto similar, incluyendo modificaciones o derogaciones de leyes, que tenga el mismo efecto contra inversiones en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante" (47).

Dicha disposición resulta aplicable a los treinta y ocho tratados bilaterales suscriptos hasta la fecha, por aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, por lo que todo cambio en la legislación vigente con posterioridad al tratado, será válido en la medida que el Estado cumpla con el requisito de la compensación pronta, adecuada y efectiva, (48) como veremos en lo que sigue.

VII. La pesificación de las tarifas: ¿expropiación indirecta?

Los tratados bilaterales suscriptos por nuestro país prohíben la expropiación o nacionalización de las inversiones, así como cualquier otra medida de efectos similares, excepto por causa de utilidad pública, (49) de acuerdo con el debido proceso legal, de manera no discriminatoria y a cambio de una compensación pronta, adecuada y efectiva, en moneda convertible y libremente transferible, (50) entendiendo por tal la del valor real de mercado (51).

Los tribunales del CIADI han entendido que para que una nacionalización sea legítima, debe haber sido realizada de buena fe, de forma no discriminatoria, declarada por ley formal y acompañada de una indemnización apropiada (52). Asimismo han resuelto que el derecho internacional impone la obligación de indemnizar a las partes cuyos legítimos derechos hayan sido afectados por el ejercicio del dominio eminente por parte de los Estados, lo que incluye no sólo la propiedad sino también los derechos contractuales, directa o indirectamente expropiados (53).

En ese sentido, la práctica arbitral, al juzgar casos de medidas legislativas o regulatorias de efectos similares a la expropiación o nacionalización, denominadas "expropiaciones indirectas" (creeping expropriation), (54) ha rechazado sin hesitación la tesis de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas que involucren prerrogativas soberanas de los Estados (55).

Resulta claro, entonces, que un cambio en las condiciones tarifarias pactadas o la rescisión de un contrato antes del tiempo convenido, importa una violación de los tratados bilaterales de inversión suscriptos por nuestro país, en los que se comprometió a no expropiar mediante medidas legislativas o de otra índole, las propiedades de los inversores extranjeros, dentro de las cuales figuran las ganancias (justas y razonables) (56).

Ello no quita que al momento de decidir, los tribunales internacionales analicen no sólo el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado argentino, sino también la falta de realización de las inversiones comprometidas por las empresas extranjeras. Dicha circunstancia cobrará trascendencia a la hora de determinar la compensación adecuada por el cambio del régimen monetario, en el que entrarán a jugar otros elementos, como la ilicitud de las ganancias excesivas obtenidas en las concesiones monopólicas. Como lo pudimos

apreciar en el primer laudo de Compañía de Aguas de Aconquija (2000), los tribunales arbitrales no se encuentran predispuestos a fallar en contra del Estado, sino de acuerdo al derecho internacional (57).

VIII. Consideraciones finales

La mayoría de los tratados bilaterales concluidos por nuestro país fueron suscriptos a principios de los 90, en medio de una fuerte tendencia a la globalización de la economía mundial, con apertura de nuevos mercados, antes cerrados al monopolio de las empresas nacionales.

A partir de 1994, luego de un siglo de estricto apego a la doctrina Calvo -enunciada precisamente por el diplomático argentino Carlos Calvo en 1896- nuestro país ratificó el Convenio de Washington de 1965 y firmó una treintena de acuerdos bilaterales, con el expreso propósito de atraer nuevas inversiones. Paralelamente, en el orden interno sancionó la ley de convertibilidad de la moneda (ley 23.928) y la ley de reforma del Estado (ley 23.696) en el marco de un proceso de privatización de las deficitarias empresas estatales, en aras de mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y saldar la deuda externa con lo recaudado en las licitaciones.

Diez años más tarde, Argentina se convertía en el país más demandado ante el CIADI por incumplimiento de esos tratados y, en un maratónico esfuerzo, buscaba sustraer sus bienes en el exterior de la acción de los acreedores extranjeros que adquirieron títulos de la deuda pública (58).

No es el objeto de este trabajo analizar las causas de esta estrepitosa caída, sin embargo, no podemos dejar de señalar que ese golpe fue consecuencia del salto en vacío dado por nuestro país, que al mismo tiempo que privatizó todas sus empresas estatales, duplicó su deuda pública externa. De poco sirvió captar capitales extranjeros si simultáneamente el déficit público se incrementó sin cesar, hasta la declaración formal de default en diciembre de 2001. En definitiva, como bien dice Gordillo, se trató de otra "burbuja de riqueza", donde al final nos encontramos que habíamos malgastado el dinero, debíamos aún más y el desarrollo sólo había sido una ilusión temporal (59).

Sean quienes fueren los responsables políticos del fárrago de las arcas públicas, en el derecho internacional rige el principio de continuidad de la identidad del Estado, que no distingue entre los sucesivos gobiernos que asumen el poder, por lo que sólo cabe cumplir con las obligaciones asumidas.

Los números son alarmantes. En algo más de una década Argentina ratificó 38 tratados bilaterales de inversión y recibió 31 demandas internacionales por incumplimiento de los mismos, la gran mayoría en los últimos tres años.

A este masivo reclamo, ocasionado por el cambio de la ecuación económica de los contratos firmados bajo el régimen monetario derogado, se suma una preocupante corriente a rescindir los contratos suscriptos por los gobiernos anteriores, sin reparar en las consecuencias de tales actos (60). Estas políticas coinciden con un marcado proceso de reestatización de las empresas privatizadas en la región durante la década pasada, que genera el temor de futuras reprivatizaciones en un sinfín de rescisiones e indemnizaciones, que son pagadas con más deuda externa y exclusión social (61).

Medidas como las citadas pueden haber quedado impunes hace medio siglo, pero difícilmente triunfen hoy, ante la red de tratados bilaterales de protección de las inversiones, que evitan la politización de los conflictos económicos transnacionales, al sustraerlos de la legislación y jurisdicción locales, y colocarlos en poder de tribunales independientes e imparciales, que aplican elementales principios generales del derecho, como *pacta sunt servanda*, *venire contra factum proprium non valet*, *res judicata*, debido proceso, buena fe, etc.

En definitiva, a través de la justicia administrativa internacional se busca la vigencia de uno de los pilares del Estado de Derecho como es la seguridad jurídica, que -lamentablemente- hasta el día de hoy no hemos podido garantizar por nuestros propios medios.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(A) La presente investigación ha sido realizada en la Bibliothèque du Palace de la Paix de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, durante los meses de julio y agosto de 2003, con motivo de la Beca José María Ruda, otorgada por el Departamento de Derecho Internacional, Derecho Comunitario y Relaciones Internacionales de la Universidad Austral, a quien queremos manifestar nuestro más sincero agradecimiento).

(1) Como se recordará, en el caso "Química Merck", Fallos 211:162 (1948), la Corte Suprema argentina convalidó la incautación definitiva de bienes de titularidad enemiga sin indemnización alguna.

(2) Conf. ASSANTE, Samuel K. B., "International Law and Investments", en BEDJAOUI, Mohamed (Ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, p. 674, 1998.

(3) UN Centre on Transnational Corporation, "Bilateral Investments Treaties", New York, United Nations, p. 7 1988.

- (4) Art. 2.2.c) de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 3281 (XXIX), del 12/12/74. Ver: SCHREUER, Christoph, "International and Domestic Law in Investments Disputes. The Case of ICSID", *Austrian Review of International and European Law*, 1:89-120 (1996).
- (5) Esta situación fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el caso "Barcelona Traction Light and Power Company Limited ("Belgium v. Spain"), Second Phase (1970), ICJ Reports 1970, p. 3, párr. 78/79, donde sostuvo que los Estados retienen el "poder discrecional" de proteger a sus ciudadanos y empresas en el exterior por la vía diplomática. Con anterioridad lo había afirmado su antecesora, la Corte Permanente Internacional de Justicia, en el caso "The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece vs. United Kingdom)", Ser. A, N° 2 (1924).
- (6) Criterio sentado por la Corte Permanente Internacional de Justicia, en "Serbian Loans", Serie A, N° 20, párr. 41 (1929).
- (7) WEIL, Prosper, "The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois", en "Liber Amicorum Ibrahim F. I. Shihata", The Hague, p. 407, Kluwer Law International, 2000.
- (8) Puede consultarse en: www.worldbank.org/icsid
- (9) Ley 24.353, BO 22/08/1994 (Alda, 1994-C, 2861).
- (10) El tribunal internacional detenta el poder inherente de decidir sobre su propia competencia, facultad conocida como la compétence de la compétence. Véase: BENADAVA, Santiago, "La base de la competencia de un tribunal arbitral", en Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda, p. 221, The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- (11) ORREGO VICUÑA, Francisco, "A New System of International Dispute Settlement for the Twenty-First Century", en Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda, cit., p. 235. Véase también: COLLIER, John y LOWE, Vaughan, "The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures", Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 19 y sig.; CHINKIN, Christine, "Alternative Dispute Resolution under International Law", en EVANS, Malcom D., "Remedies in International Law: The Institutional Dilemma", Oxford, Hart Publishing, p. 123, 1998.
- (12) Sin perjuicio de ello, algunos tratados prevén el agotamiento previo de la vía diplomática antes de recurrir al arbitraje. Así lo hace el art. 9 del BIT Reino Unido-Argentina (1990) ley 24.184 (Adla, LII-D, 4061), vigente desde el 19/02/93.
- (13) En caso de silencio de las partes, rige el derecho del Estado receptor y el derecho internacional "en lo que resulte aplicable" (art. 42, párr. 3°, Convención del CIADI). Véase: PARRA, Antonio R., "Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investments Treaties", *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 16 (2001), p. 20; también: TAWIL, Guido S., "Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes." 2.6 "Applicable Law", p. 5-33, 2003, United Nations Conference on Trade and Development, New York - Geneva.
- (14) La mayoría de los tratados define por "inversión" a "cualquier clase de activos o bienes invertidos por una inversor de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante". Así, el art. 1° del BIT China-Argentina (1992), aprobado por ley 24.325 (Adla, LIV-C, 2779), vigente desde el 1° de agosto de 1994.
- (15) SHIHATA, Ibrahim F. I. y PARRA, Antonio R., "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, p. 299/361, 1999. Puede verse también: SHIHATA, Ibrahim F. I., "Recent Developments in ICSID", *Foreign Investment Law Journal*, Vol. 13, p. 10, 1998.
- (16) "Emilio Agustín Maffezini v. Spain", ICSID case N° ARB/97/7. Otras cuatro demandas fueron incoadas por nacionales de países desarrollados contra otros países industrializados: "Swiss Aluminium Ltd. And Icelandic Aluminium Company v. Iceland", Caso N°. ARB/83/1; "Mobil Oil Corporation and others v. New Zealand", caso N° ARB/87/2; "The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America" (caso N° ARB(AF)/98/3) y "ADF Group Inc. v. United States of America", caso N° ARB (AF)/00/1.
- (17) Con razón destaca Gordillo que el desfile en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de principios tan caros como el de buena fe, debido proceso legal, o no discriminación, no hacen sino confirmar la tradición milenaria de los principios generales del derecho, más allá y por encima de las normas de cada ordenamiento jurídico. Conf. GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", cap. XVI, p. 16, t. 2 FDA, 6ª ed., Buenos Aires, 2003.
- (18) Para una identificación de las reglas consuetudinarias del derecho internacional, véase: BARBERIS, Julio, "Formación del derecho internacional", ps. 67 y sigtes., Ed. Abaco, 1994, Buenos Aires
- (19) "Benvenuti & Bonfant v. Congo", laudo del 15 de agosto de 1980, ICSID Reports 1:357; "Compañía de Desarrollo Santa Elena v. Costa Rica", laudo del 17 de febrero de 2000, ICSID Review 15:191 (2000).
- (20) "Amco v. Indonesia", laudo del 20 de noviembre de 1984, ICSID Reports 1:493.

- (21) "Amco v. Indonesia", replanteo del caso, laudo del 5 de junio de 1990, ICSID Reports 1:599.
- (22) Ampliar en SCHREUER, Christoph, "The ICSID Convention: A Commentary", p. 614, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- (23) Así lo entendió la Corte Internacional de Justicia en el caso "Anglo-Iranian Oil Co." ("United Kingdom v. Iran"), Preliminary Objection, Judgment of 22 July 1952, donde rechazó -por falta de jurisdicción- la demanda interpuesta por el gobierno británico contra la ley iraní de 1951 que establecía la nacionalización de toda la industria petrolera, donde sostuvo de forma terminante que "el Reino Unido no es parte en el contrato, el que no constituye una relación entre dos gobiernos o de alguna manera regula las relaciones entre ellos. Bajo el contrato Irán no puede reclamar al Reino Unido ningún derecho de los que podría reclamar a la Compañía, ni puede ser llamado a realizar en favor del Reino Unido ninguna de las obligaciones a las que está comprometido con la Compañía".
- (24) La mayoría de los tratados bilaterales concluidos por nuestro país establecen que las partes acudirán para la solución de controversias al procedimiento arbitral en el marco del Convenio del CIADI, o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; v. gr., el art. X (4), BIT España-Argentina (1991), ley 24.118 (Adla, LII-C, 2920), vigente desde el 28/09/92.
- (25) "Assian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka", ICSID Case N° ARB/87/3.
- (26) BIT Estados Unidos-Argentina (1991), ley 24.124 (Adla, LII-D, 3864), vigente desde el 20/10/94.
- (27) BIT Francia-Argentina (1991), ley 24.100 (Adla, LII-C, 2868), en vigor desde el 3/03/92.
- (28) Art. 4 (1), BIT Alemania-Argentina (1991), ley 24.098 (Adla, LII-C, 2859), vigente desde el 08/11/92.
- (29) SACERDOTI, Giorgio, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye, vol. 269, 1997, p. 255-460, en esp. p. 347. Ver también: DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margret, "Bilateral Investments Treaties", Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1995.
- (30) En AMT v. Zaire, ICSID Review 1997, p. 1531, el tribunal entendió que la cláusula que garantizaba la "protección y seguridad" de las inversiones, contenida en el BIT Estados Unidos-Zaire (1984), había sido violada por este último al no impedir un saqueo en la propiedad del inversor, lo que importó un incumplimiento de la "obligación de vigilancia".
- (31) Art. 3 (2), BIT Alemania-Argentina (1991).
- (32) TAWIL, Guido S., "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", LA LEY, 2000-D, 1106, esp. p. 1111.
- (33) Los artículos II (9) del BIT Estados Unidos-Argentina (1991); 3.2 del Tratado Bilateral Italia-Argentina (1990); 4 del BIT Francia-Argentina (1991); 3.3, BIT Alemania-Argentina (1991); IV del BIT España-Argentina (1991), y 3.3 del BIT Países Bajos-Argentina (1992), entre otros, excluyen la aplicación de la cláusula MFN a cualquier privilegio que uno de estos países otorgue a inversores de terceros países como consecuencia de la participación en zona de libre cambio, acuerdos de libre comercio, unión económica, aduanera o cualquier forma de organización económica regional.
- (34) El art. 12 del BIT Francia-Argentina (1991) y el art. 3.4, BIT Alemania-Argentina (1991), excluyen la aplicación de la cláusula MFN a cualquier privilegio otorgado por doble imposición o cualquier otra convención en materia fiscal.
- (35) Art. 7.2, BIT Alemania-Argentina (1991); art. 2.2 del BIT Reino Unido-Argentina (1990).
- (36) Conf. WEIL, Prosper, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", en "Mélanges offerts à Charles Rousseau. La communauté internationale", p. 301, Paris, Pedone, 1974, recopilado en: "Ecrits de droit international", p. 325, Presses Universitaires de France, Paris, 2002.
- (37) MAYER, Pierre, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat", Journal du droit international, p. 5-77, esp. p. 62, 1986.
- (38) Postura de VERDROSS, Alfred, "Protection of Private Property under Quasi-International Agreements", citado por LEBOULANGER, Philippe, "Les contrats entre États et entreprises étrangères", p. 112, Economica, Paris, 1985.
- (39) WEIL, Prosper, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier", p. 215, vol. 128, Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye, 1969-III.
- (40) MAYER, Pierre, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat", cit., p. 27.
- (41) En "AGIP v. Congo", laudo del 30 de noviembre de 1979, ICSID Reports 1:321, párr. 86, el tribunal juzgó que "estas cláusulas de estabilización, que fueron libremente incorporadas por el gobierno, no afectan el principio de su soberanía legislativa y regulatoria, desde que retiene ambas respecto de aquellos, nacionales o extranjeros, con los cuales el gobierno no ha entrado en esos compromisos, y que, en el presente caso, están limitadas a tornar las modificaciones de las disposiciones legislativas o regulatorias previstas en el acuerdo,

inoponibles a la otra parte contratante".

(42) "Atlantic Triton v. Guinea", laudo del 21 de abril de 1986, ICSID Reports 3:23; "MINE v. Guinea", decisión sobre anulación, del 22 de diciembre de 1989, ICSID Reports 4, párr. 6.31.

(43) Conf. WEIL, Prosper, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité...", cit., p. 332.

(44) En "Kaiser Bauxita v. Jamaica", ICSID Reports 1:297, el tribunal se refirió a la cláusula de estabilización selectiva contenida en el convenio entre las partes, referida exclusivamente a la materia fiscal ("no further tax" clause).

(45) El art. II (3) del BIT Canadá-Argentina (1991), ley 24.125 (Adla, LII-D, 3869), vigente desde el 29/04/93.

(46) Art. 11 del BIT Reino Unido-Argentina (1990).

(47) Art. 3, BIT Panamá-Argentina (1998), del 22 de junio de 1998, aprobado por ley 24.971.

(48) YMAZ VIDELA, Esteban M., "Protección de las inversiones extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones administrativas", p. 38, La Ley, Buenos Aires, 1999.

(49) Art. 4.2 del BIT Alemania-Argentina (1991).

(50) Art. V del BIT España-Argentina (1991).

(51) Art. 5.1 (c) del 3.2 del BIT Italia-Argentina (1990).

(52) "LETCO v. Liberia", laudo del 31 de marzo de 1986, ICSID Reports 2:366.

(53) "SPP v. Egipto", laudo del 20 de mayo de 1992, ICSID Reports 3: 208, en esp. ps. 227-229.

(54) En "Benvenuti & Bonfant v. Congo", laudo del 15 de agosto de 1980, ICSID Reports 1:357, el tribunal examinó la legalidad de la acción del gobierno que dispuso la disolución de la compañía, el embargo de sus bienes y la nacionalización de otra empresa de propiedad del demandante; en "AAPL v. Republic of Sri Lanka", ICSID Reports 4:282, los árbitros analizaron la conducta de las fuerzas de seguridad del Estado receptor que produjeron la destrucción de la propiedad del inversor; en "Amco v. Indonesia", laudo del 20 de noviembre de 1984, ICSID Reports 1:493, el tribunal juzgó que la revocación de la autorización de inversión era ilícita, por violar los estándares nacionales e internacionales del debido proceso; en Tradex Hellas S.A. (Grecia) v. Albania, ICSID case N° ARB/94/2, se ha considerado expropiación los actos de las autoridades que impidieron operar una planta de residuos peligrosos una vez que el inversor puso en marcha el proyecto y ejecutó acciones tendientes a desarrollarlo; también, en CDSE v. Costa Rica, laudo del 17 de febrero de 2000, ICSID Review 15:191 (2000), se ha dicho que un decreto que obstaculice o impida la explotación del potencial económico de la propiedad puede considerarse como expropiación.

(55) En CSOB v. Eslovaquia, decisión sobre jurisdicción, del 24 de mayo de 1999, ICSID - FILJ, 14:251 (1999), el tribunal arbitral sostuvo que "mientras que es cierto que las disputas sobre inversiones en las cuales un Estado es parte resulta frecuente que tengan elementos políticos o envuelvan acciones gubernamentales, esas disputas no pierden su carácter legal mientras conciernan a derechos y obligaciones legales o a las consecuencias de su ruptura."

(56) En ese sentido: PANELLO, Santiago, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los tratados bilaterales de inversión", LA LEY, 2003-E, 1484; y BOSCH, Juan, "La renegociación de los contratos públicos y los conflictos con inversores extranjeros", ED del 20 de agosto de 2003.

(57) En "Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y otra v. República Argentina", ICSID Case N° ARB/97/5, LA LEY, 2001-A, 231, referido a la rescisión del contrato de concesión para la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Tucumán, el tribunal rechazó la demanda el recurso presentado por la empresa concesionaria de capital francés por violación del tratado bilateral Francia-Argentina (1991), en cuanto "no se demostró que el Estado nacional incumpliera su obligación de esforzarse razonablemente por avenir a las partes obrando de buena fe". Puede verse un comentario crítico sobre las falencias de los BITs en GRONDONA, Mariano F., "El funcionamiento de los tratados de inversión", LA LEY, 2003-A, 1204.

(58) Primero, una acción de clase presentada contra la Argentina ante el juez Thomas Griesa, de la Corte de Distrito Sur de la Ciudad de Nueva York. Luego, la orden dictada por la jueza Michele Hotten, del Estado de Maryland, que inhibió dos depósitos de la Fuerza Aérea y otros dos de la Armada, a raíz del reclamo incoado por NML Capital Ltd.

(59) GORDILLO, Agustín, "The Future of Latin America: Can the EU Help?", p. 60, Esperia Publications, London, 2003, prólogo de Spyridon Flogatis, que comentamos en LA LEY, 2004/01/14, p. 2.

(60) MAIRAL, Héctor A., "Los contratos administrativos en el marco de la emergencia pública argentina", en: ALANIS, Sebastián D. (coord.), "El derecho administrativo de la emergencia, III", p. 129, FDA, Buenos Aires, 2003.

(61) Ver OPPENHEIMER, Andrés, "¿El regreso de las estatizaciones?", La Nación, 10 de febrero de 2004.