



**UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL POLITECNICA
“ANTONIO JOSE DE SUCRE”
VICE-RECTORADO PUERTO ORDAZ
DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL
INGENIERÍA FINANCIERA**

**PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO Y
ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LOS TRATADOS
BILATERALES DE INVERSIÓN**

PROFESOR:

MSc. Ing. TURMERO IVÁN

INTEGRANTES:

Buscema Eligio

Isasis Leonel

Márquez Catherine

Puga Reinaldo

Tabate José

CIUDAD GUAYANA, JULIO 2012

INTRODUCCIÓN

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

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

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

LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

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

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

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

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

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

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

II. El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión

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

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

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

III. Consideraciones históricas acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión

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

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

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

Por estos tratados, el Estado receptor de la inversión reconocía la validez de los pagos efectuados por el Estado asegurador al inversor para el caso que su inversión fuese afectada por algún “riesgo político”, en el país donde se

encontraba radicada. De esta forma, el Estado receptor de la inversión aceptaba asimismo la transferencia al Estado asegurador de todos los derechos y reclamos que hubiera podido ejercer el inversor por los daños sufridos.

IV. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus efectos jurídicos

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

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

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

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

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

V. Concertación de Tratados Bilaterales de Inversión

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

Según nos informa Puig, *“la fuente por excelencia del reparto autónomo en la comunidad internacional es el tratado, documento escrito que registra el contenido de los acuerdos logrados entre personas del Derecho de la comunidad*

internacional”. El mismo autor nos cuenta que las formas son variadas e incluso cambian, según sea las personas que normativamente son “partes” en él.

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

a) Ámbito de aplicación de los convenios

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

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

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

Dentro de este panorama de estudio, iremos identificando cuestiones que a nuestro criterio constituyen el núcleo medular de estos tratados internacionales. Los tratados en cuestión contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados y cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado parte, generando obligaciones para los Estados y derechos para los inversores.

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

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

c) Duración

Consideramos importante resaltar, que todos los convenios aseguran la protección de los inversores extranjeros por un período inicial de diez años, renovables. Poseen, incluso, la

“cláusula de remanencia” (de 10 o 15 años, según el caso) en virtud de la cual se prevé que el convenio continuará aplicándose, aún después de terminado el mismo, a inversiones efectuadas antes de su expiración. Ese efecto se justifica por la necesidad de asegurar a todo inversor el beneficio del trato durante un tiempo

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

d) Eliminación de “Doble imposición”

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

VII. Reclamos derivados del tratado y reclamos derivados del contrato

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

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

VIII. La responsabilidad internacional del Estado ante el incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión

Admitida actualmente la responsabilidad internacional del Estado en forma prácticamente unánime (derecho consuetudinario), se exige en general que a fin de declarar existente dicha responsabilidad se reúnan los siguientes elementos:

- a) un comportamiento (acción u omisión) atribuible tanto a órganos del poder central como a órganos de entes públicos territoriales u otras personas a las que se les atribuye potestad de gobernar; y,
- b) la ilicitud del comportamiento estatal como consecuencia de la violación de una obligación internacional, subsistiendo ciertas discusiones respecto a la imputabilidad subjetiva u objetiva en función de las teorías de la falta o del riesgo, cuestión que excede al presente trabajo.

IX. La “cláusula arbitral” como recurso del inversor extranjero

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

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

EL ARBITRAJE COMO RECURSO DE PROTECCIÓN AL INVERSOR EXTRANJERO EN EL MARCO DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.

I. Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional

Señala un autor que durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX las diferencias entre los Estados y los inversores extranjeros se encontraban altamente politizadas y su protección radicaba esencialmente en gestiones diplomáticas⁸⁸ seguidas con frecuencia del uso de la fuerza

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

La segunda, denominada Doctrina Calvo, se originó a raíz de declaraciones efectuadas por el diplomático e internacionalista argentino Carlos Calvo, siendo asimismo desarrollada en su “Derecho Internacional Teórico-Práctico” aparecido entre 1868 y 1896.

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

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

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

Actualmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en su capítulo X prevé que el inversionista, luego de haber intentado resolver la disputa

a través de consultas o negociaciones, pueda someterla a arbitraje conforme a las reglas del arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones o de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

También el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela incluye la

posibilidad de recurrir a arbitraje internacional. Por su parte, la Decisión 220 del Pacto Andino permite a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras.

Lo expuesto permite valorar la verdadera y real dimensión del cambio que significó para ciertos países de América Latina la suscripción, desde finales de la década del 80 y principios de los 90, de estos convenios en pos de la promoción de las inversiones y la protección del inversor extranjero. Los casos de Argentina y el Mercosur son tomados más adelante, como ejemplos de estos cambios que reflejan actitudes encaminadas a la protección del inversor extranjero.

II. Métodos modernos de solución de disputas: el arbitraje

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

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

Esta facultad de las partes no admite ser discutida, siendo diversos los motivos que

legitiman el derecho de renunciar a la jurisdicción estatal y someterse al arbitraje. En palabras de Uzal, “el arbitraje es una jurisdicción especial, admitida como alternativa al ejercicio de la jurisdicción a través de los órganos del propio Estado, tanto en el orden interno como en el orden internacional”. Por su parte, Gozaíni, entiende que se trata “de un desplazamiento de la función jurisdiccional, en sus etapas introductorias y decisorias, desde el Estado hacia ciertos particulares”.

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

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

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

“Las cláusulas de arbitraje han llegado a ser una garantía esencial, a fin de asegurar el

desarrollo del comercio internacional y sirven a las necesidades de los hombres de negocios transnacionales. Son más indispensables que en los contratos internos porque en los contratos internacionales, es absolutamente necesario establecer, en caso de disputa, una jurisdicción neutral cuya imparcialidad sea percibida por ambas partes y no pueda ponerse en duda”.

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

Por último, cláusulas de este tipo permiten prevenir el fórum shopping y, el laudo arbitral normalmente es más fácil de ejecutar que una sentencia extranjera que condene al pago de una suma de dinero.

En primer lugar, los temas en que esté interesado el orden público no son arbitrables.

En el orden internacional, la cuestión de la arbitrabilidad en tanto toca aspectos regulados por normas imperativas en los Estados, he merecido reconocimiento y salvaguarda. Pero el gran problema es qué ley se aplica para determinar la arbitrabilidad de un problema. La ley de fondo o la ley aplicable según el Derecho Internacional Privado.

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

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

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

a) Consulta y negociación

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

b) El período de espera

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

c) La elección de jurisdicción

El próximo paso que deberá seguir el inversor extranjero, en caso que las

negociaciones hayan concluido sin éxito y que el período de espera haya expirado, es la elección de foro o jurisdicción. La elección de cláusula de jurisdicción estipula típicamente tres posibles formas de resolución de controversias:

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

d) La elección de institución o de reglas de arbitraje

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

IV. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

a) Procedimiento

La mayor parte de las reglas de procedimiento son supletorias, pudiendo ser modificadas por acuerdo de las partes. Las únicas disposiciones imperativas del Convenio se refieren a la composición del tribunal, debiendo estar integrado por un solo árbitro o bien, por un número impar de ellos. Además, la mayoría no podrá

tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado contratante.

Consideramos de interés resaltar que, los árbitros nombrados según lo acuerden las partes, pueden no pertenecer a la Lista de Árbitros que el Centro pone a disposición de las partes.

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

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 (1) del Convenio de Washington, el

Tribunal decidirá la diferencia con arreglo a las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplica la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional Público que resultaran aplicables.

Esta disposición ha sido retomada, como veremos más adelante, bajo formulaciones

similares por prácticamente todos los tratados bilaterales suscriptos por Argentina.

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

b) Jurisdicción del Centro

El Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de

una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro.

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

El punto 26 del Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio señala lo siguiente:

“La expresión 'diferencia de naturaleza jurídica' se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal”.

El término “inversión” no es definido por el Convenio, dejándolo librado a lo establecido

libremente por las partes en los Tratados Bilaterales de Inversión. La jurisdicción del Centro se limita a las controversias que se susciten entre Estados e inversores extranjeros nacionales del otro Estado parte en el convenio. El Convenio de Washington califica como “nacional” del otro Estado contratante a las personas físicas y jurídicas (artículo 25 (2) a) y b) del Convenio).

c) Derecho aplicable

En relación al derecho aplicable, el artículo 42 del Convenio establece que el tribunal

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

Por ejemplo, el acuerdo bilateral entre Argentina y Canadá (ley 24.125/92) establece en su artículo X (4) que: “El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las

disposiciones de esta convenio, refiriéndose al derecho de la Parte contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflicto de leyes–; los términos de acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables...”. En idéntico sentido, por ejemplo, los tratados suscriptos con España, Italia, México, Reino Unido, Australia y Francia.

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

d) Obligatoriedad de los laudos

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

V. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Desde su creación en 1963 (comenzó a operar en 1966) la Comisión de las Naciones

Unidas para el Derecho Mercantil Internacional dedicó sus esfuerzos a la unificación del derecho comercial internacional a través de la preparación de instrumentos legislativos y no legislativos, diseñados para asistir a la comunidad internacional en la modernización y armonización de esta materia.

Este organismo multilateral está integrado por 36 Estados de todos los continentes con

distintos niveles de desarrollo y sistemas jurídicos. Desde su sede de Viena, donde fue

trasladada a fines de los años setenta, sentó las bases del arbitraje comercial moderno a través de su “Reglamento de arbitraje” (1976), la “Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional”

(1985) y las “Notas sobre la organización del proceso arbitral” (1996).

La Comisión es un órgano de las Naciones Unidas dependiente de la Asamblea General. Tiene a su cargo el seguimiento y el estudio de la implementación de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por 128 países y uno de los instrumentos más exitosos producidos por Naciones Unidas

a) La Convención de Nueva York de 1958

La doctrina es conteste que la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras continúa siendo la piedra angular del edificio del arbitraje comercial internacional moderno y es un ejemplo de exitosa producción jurídica en el campo del Derecho Internacional Privado. Actualmente, se encuentra vigente en todos los Estados Partes del Mercosur y los dos países Asociados: Bolivia y Chile.

Su objetivo fue facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de

normas claras y simples y se aplica a los laudos arbitrales dictados en cualquier Estado gratificante distinto del país donde se promueve la ejecución.

Una de las reservas (la otra es la reciprocidad) denominada “reserva comercial” que puede hacerse a la Convención, es que los Estados ratificantes puedan declarar que sólo la aplicarán a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. Si un Estado no deposita esta reserva, la Convención se aplicará también a cuestiones no comerciales.

b) Reglamento de arbitraje de 1976

El mismo fue creado como un cuerpo de normas autónomas sobre procedimientos

arbitrales internacionales que las partes pueden elegir; enfatizando su carácter opcional se prevé que éstas puedan modificarlas como lo estimen más conveniente.

Incluye 41 artículos, divididos en cuatro secciones. La primera se ocupa de las notificaciones en general, el cálculo de períodos de tiempo, notificación del arbitraje, de la representación y de la asistencia.

La segunda regula el número de árbitros, el método de designación, recusación,

emplazo, y la reiteración de audiencias en caso de sustitución de árbitros.

La tercera incluye previsiones y reglas específicas concernientes al lugar de arbitraje, idioma a utilizar, escritos de petición y defensa, períodos de tiempo para prueba, audiencias y pérdida del derecho de objetar el laudo.

La cuarta sección contiene reglas sobre la forma en que el tribunal toma sus decisiones, la forma y efectos del laudo, la ley aplicable (incluyendo las instancias donde el tribunal está autorizado a decidir como amigable componedor o ex aequo et bono) su interpretación y corrección, los laudos parciales y las costas.

Estas reglas constituyen un marco estandarizado, diseñado para arbitrajes ad hoc. No obstante ciertas instituciones arbitrales las adoptaron y han influenciado la legislación sobre arbitraje de numerosos países. Fueron diseñadas para proveer un cuerpo de reglas internacionales para el arbitraje comercial internacional que pudieran ser aceptadas de manera opcional en Estados con sistemas legales y políticos diferentes, intentando servir a un doble propósito:

i) como reglas de procedimiento de directa aplicación; a disposición de las partes que firman un acuerdo de arbitraje;

ii) como modelo para los centros de arbitraje internacional y nacional.

Aunque el reglamento provee de una guía detallada de algunos aspectos del procedimiento arbitral, una de sus ventajas sustanciales es que permite gran flexibilidad a los árbitros a la hora de la conducción de los procedimientos. Esto, y la autonomía que reconoce a las partes, permiten adecuar los procedimientos a la medida de cada caso particular, tomando en cuenta las expectativas de quienes arriban al arbitraje con diferente bagaje cultural y legal.

c) La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985

En 1985 la Comisión a través de esta Ley Modelo influyó aún más directamente en las legislaciones nacionales sobre arbitraje internacional. Esta contiene una completa y autónoma disciplina del instituto; trata ampliamente los distintos temas que involucran al arbitraje comercial internacional desde el nacimiento del convenio arbitral hasta su reconocimiento y ejecución.

La idea de una Ley Modelo se originó en la importancia del arbitraje como instrumento para la solución de las controversias comerciales internacionales y la constatación de que las diferentes soluciones contenidas en las legislaciones nacionales como fuente de inseguridad en su funcionamiento y un freno a su desarrollo.

El instrumento promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales que suelen ser inadecuadas para el arbitraje comercial internacional. Algunas normativas domésticas son anticuadas y equiparan a menudo el proceso arbitral a los

litigios ante los tribunales judiciales, otras son fragmentarias porque no regulan todo el proceso y otras se redactaron teniendo en vista el arbitraje doméstico, lo cual

entraña imponer sus principios al arbitraje comercial internacional, sin satisfacer la práctica moderna.

VI. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral

Los laudos pronunciados por tribunales internacionales tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados o convenciones que se hallaren vigentes en el país respecto a la materia en cuestión. En su defecto, los códigos de procedimientos de nuestro país prevén un procedimiento de ejecución de sentencias extranjeras.

En el plano internacional, el criterio de efectividad impone analizar de antemano cuáles son las reglas de procedimiento aplicables para la admisibilidad del laudo arbitral en el país en que pretende invocárselo, a fin de cumplir con los recaudos allí exigidos.

No obstante, a través de convenciones y tratados se ha intentado unificar las exigencias sobre el punto (Tratados de Montevideo de 1889 y 1940; Código Bustamante de 1928; las Convenciones de Ginebra de 1927, de Nueva York de 1958, de Panamá de 1975; y la Ley Modelo CNUDMI).

Los requisitos para el reconocimiento y ejecución de laudos normalmente recogidos por estas convenciones son los siguientes:

- a) Sentencia dictada en virtud de compromisos o cláusula compromisoria válida, según la legislación que le sea aplicable;
- b) Arbitrabilidad de la cuestión objeto de la sentencia;
- c) Procedencia de la jurisdicción arbitral según el acuerdo arbitral o por conformidad de las partes.
- d) Laudo definitivo no susceptible de recurso ordinario u oposición, según el procedimiento aplicable al caso;
- e) Que la decisión contenida en el laudo no sea contraria al orden público o a los principios de orden público constitucionales del país en que se la invoca;
- f) Que la sentencia no merezca observaciones una vez efectuado el control de los principios fundamentales de legalidad y razonabilidad en el procedimiento seguido;
- g) Existencia, o no, de otras causas que permitan atacar la validez del laudo según las reglas de procedimiento aplicables en el arbitraje;
- h) Original de la sentencia y/o copia que, según la legislación aplicable (país de origen y/o tribunal requerido) reúna condiciones de autenticidad;
- i) Piezas necesarias para acreditar que el laudo tiene fuerza definitiva, sin recurso o planteo de nulidad pendientes;
- j) Traducción de la sentencia y otras piezas en la lengua oficial del país en que se invoca el fallo, certificado o emanada de traductor público, según sea el caso;

Por último, el procedimiento de trámite para el reconocimiento y ejecución del laudo (exequátur) puede en algunos casos estar contenido en los mismos tratados o convenciones, pero, normalmente, se lo suele deferir a las reglas establecidas para ello por la lex fori del tribunal requerido.

LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO EN EL MERCOSUR

Para poder llevar adelante un proceso de integración regional, los países del Mercosur requieren indefectiblemente de financiamiento externo. De esta forma, para que este capital llegue a Sudamérica, el inversor extranjero debe, sin perjuicio de las variables económicas financieras y de rentabilidad que influirán en su decisión de invertir o no en la región, encontrarse eficazmente protegido por los convenios.

Implementando en la región un procedimiento coordinado de armonización de las normas existentes y a legislarse, para ser incorporadas al ordenamiento jurídico de cada país. *“un Derecho Comunitario Nuevo, que podemos llamar Mercosureño”*

I. La integración como fenómeno actual

La necesidad de incorporar a nuestro estudio la protección del inversor extranjero en el marco actual del proceso de integración mercosureño. La integración fue y es vista como un recurso de los Estados. La clave está en saber cómo integrarse, para qué integrarse y qué integrar.

La actual situación sudamericana es fiel testigo de la pérdida del horizonte del “para qué” integrarse. El Cono Sur latinoamericano debe aprender a buscar los márgenes necesarios de autonomía para su toma de decisiones.

“Hoy en día, la integración sudamericana sigue constituyendo el factor fundamental para la reinserción internacional de nuestra subregión, para poder integrarse en forma justa e igualitaria a la economía del mundo capitalista de Wallerstein. Los principales procesos de integración latinoamericanos han surgido a partir de factores económicos, se busca la integración de los mismos al nivel regional para poder así insertarse como bloque en la economía mundo”.

América Latina necesita crear una conducta de bloque, impensable sin la voluntad política de las partes que le permita recrear nuevos márgenes de autonomía regionales para su toma de decisiones.

II. La institucionalización del Mercosur. Contexto y expectativas.

El Mercosur constituye un proceso de integración, y como tal, una opción de política internacional, estructurado este proceso sobre la base de la toma de decisiones nacionales. Conforme la palabra 'proceso' indica, el Mercosur se irá desarrollando de tal manera hasta que adquiera movimiento propio e independiente de las fuentes estatales que le dieron origen.

El proceso de integración de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como miembros

Plenos y como asociados Bolivia, Chile y Perú, constituye un subsistema internacional y dicho proceso debe tener como objetivo el desarrollo integral del bloque.

Características del Mercosur actual del carácter intergubernamental de sus órganos, no existiendo órganos supranacionales en los que los Estados miembros hayan delegado competencias legislativas o jurisdiccionales

- (i) la necesidad de incorporar a los ordenamientos jurídicos nacionales las normas del Mercosur que no poseen eficacia directa e inmediata
- (ii) la falta de delimitación de competencias entre el Mercosur y los Estados miembros, pudiendo cualquier materia ser regulada por el Mercosur
- (iii) la inexistencia de un Tribunal supranacional y de todo otro mecanismo que garantice la aplicación uniforme del derecho del Mercosur, ejerciendo el control de legalidad de la normativa
- (iv) mercosureña
- (v) la falta de previsión expresa sobre la primacía o supremacía del derecho originario y derivado del Mercosur, con relación a las normas internas de los Estados Miembros.

Sin voluntad política integracionista que se vea plasmada en instituciones sólidas, no hay proceso que llegue a tener éxito.

La institucionalización es la manifestación jurídica de la voluntad política de integrarse, a través de normas que regulan los distintos órganos competentes de un proceso de integración y los modos de interrelacionamiento recíproco en la consecución de objetivos comunes.

El Mercosur tiene que analizarse a sí mismo profundamente e ir un poco más rápido en la creación de órganos auténticamente 'mercasureanos', cuyos funcionarios sean estables y respondan al Mercosur como sujeto de derecho internacional.

III. Derecho del Mercosur, ¿Derecho de la Integración?

El Derecho del Mercosur se corresponde con la naturaleza jurídica del Derecho de la

Integración, sin haber alcanzado el nivel de un Derecho Comunitario. el Derecho de la Integración es una rama autónoma del derecho, que estudia y sistematiza las normas y principios que informan los diversos procesos y esquemas jurídicos de integración.

El Tratado de Asunción surgió de acuerdo a las pautas del Derecho Internacional Público. Constituye un acuerdo "marco" que establece los mecanismos para la formación del mercado común entre los cuatro países signatarios, cuyo objetivo es

regular el período de transición hasta que se logre la constitución del Mercado Común.

Como característica de este proceso, que lo diferencia del Europeo, debe señalarse la *no aplicación del principio de supranacionalidad*. De esta forma se evita un debate conflictivo acerca de si es necesaria una reforma constitucional previa al cumplimiento del objetivo propuesto, con toda la demora que ese paso implica en cada uno de los países miembros.

El principio de supranacionalidad supone una delegación de facultades en la comunidad creada y la operatividad directa de las normas comunitarias que se formulen. Dicho en otros términos: las normas internacionales creadas en el marco de Mercosur pasarían a ser de aplicación directa en los territorios de los países partes en mérito a la delegación de facultades efectuadas conforme al principio de supranacionalidad.

El Mercado Común se construirá desarrollando una intensa coordinación macroeconómica y sectorial que deberá instrumentarse mediante actos internacionales específicos celebrados por las Partes y por decisiones internas de los mismos, según los casos.

IV. Armonización legislativa en el Mercosur

El Tratado de Asunción ya establecía la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros, pero sin perjuicio de ello, considerando que tal armonización debe responder a ciertos criterios. Esencialmente hay que tener en cuenta que las meras diferencias legislativas no requieren modificaciones en tanto ellas no constituyan un obstáculo para la formación del Mercado Común.

La armonización de legislaciones, tiene, pues, un carácter funcional tendiente al logro de los objetivos del Mercado Común.

El cumplimiento de objetivos comunitarios supone cierta unidad jurídica, y esta unidad jurídica no puede realizarse sino por la armonización de los derechos nacionales, o, en su defecto, por la elaboración de un sistema de derecho comunitario.

V. Mercosur e inversiones

El tema de la protección del inversor extranjero en el espacio integrado del Mercosur se debe tratar contextualizando lo suficientemente como para comprender adecuadamente en dónde estamos y hacia dónde vamos.

a) Un bloque que atrae inversionistas

El bloque regional Mercosur, con doce millones de kilómetros cuadrados, representa un mercado en potencia de 200 millones de habitantes y un Producto

Bruto Interno de más de un trillón de dólares: esta ecuación lo transforma en el cuarto bloque económico integrado del mundo.

La promoción y protección de las inversiones están vinculada con las condiciones que debe crear el proceso de integración para garantizar la radicación de la inversión regional y la de inversiones provenientes fuera de la región.

En este ámbito interesa saber cuáles son los criterios para la inversión, así como las políticas que permitan un trato nacional, los diversos procedimientos para la admisión de inversiones, y los sectores con restricción a la inversión extranjera, y definir las pautas de tratamiento y protección del inversor extranjero ya admitido y la aceptación y permanencia de personal vinculado con estos inversores. De igual modo se encuentran las reglas en materia de expropiaciones.

b) El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur

Es considerado “inversor” para el protocolo, toda persona física nacional de una de las

Partes contratantes que resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta, a menos que la persona resida en forma permanente o se domicilie en la otra Parte contratante.

Es también inversor para el protocolo, toda aquella persona jurídica constituida en relación con las leyes y los reglamentos de una de las partes contratantes y que allí tenga su sede. También se asimila a las controladas por personas físicas o jurídicas.

c) Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del Mercosur

En la exposición del protocolo con deseos hace referencia a la necesidad de armonizar los principios jurídicos a aplicar por los Estados del Mercosur a las inversiones provenientes de Estados no Partes del Mercosur, creando así las condiciones óptimas para evitar efectos no deseados.

El artículo 1 otorga a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un tratamiento no más favorable que el que se establece en el protocolo en cuestión.

El artículo 2 define la “inversión” como todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de un Tercer Estado en el territorio de un Estado

parte, de acuerdo con su legislación. Seguidamente describe las inversiones en términos semejantes a los del Protocolo de Colonia.

Se Define al “inversor” como toda persona física, nacional de un Estado parte o Tercer Estado. Asimismo, es “inversor” la persona jurídica constituida en relación con las leyes de un Estado parte o del Tercer Estado y que tenga su sede en el territorio de su constitución.

VI. Consecuencias para el inversor extranjero de la aplicación del régimen jurídico para las inversiones en el Mercosur

Los protocolos otorgan al inversor extranjero el trato de inversor nacional en cuanto a su admisión y tratamiento en el espacio integrado. Lo que significa que, desde el punto de vista jurídico, impositivo y aún de acceso a la financiación, la inversión que un mendocino realice en San Pablo debe ser “igualmente tratada” a la que lleve a cabo un propio paulista.

Los protocolos también abordan el tema de los grandes riesgos que pueden afectar al inversor extranjero, riesgos como la expropiación y la nacionalización. Ante éstos, el inversor conserva la posibilidad de repatriar las ganancias obtenidas.

Ante los “riesgos políticos” (guerras, estado de emergencia, insurrecciones, motines, etcétera) los protocolos aseguran expresamente una restitución, indemnización o compensación no menos favorable a la que correspondería a un inversor nacional.

LA PROTECCIÓN DEL INVERSOR EXTRANJERO EN ARGENTINA

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

I. La internacionalización del orden jurídico argentino

Según Salomoni, una de las columnas vertebrales del sistema predicaba que el casi único productor y aplicador del derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, era el Estado a través de sus órganos constitucionalmente habilitados para ello. La transformación de tales principios se ve manifestada en lo que parte de la doctrina ha dado en llamar la “internacionalización del orden jurídico argentino”. Los paradigmas sobre los cuales se asentaba nuestro ordenamiento jurídico cambiaron, al igual que nuestras instituciones y problemas a resolver.

El establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno ha sido el primer paso de esta “internacionalización”. El segundo paso ha sido la incorporación con jerarquía constitucional de diversos Tratados de Derechos Humanos. Y finalmente, y que aquí interesa, resta mencionar como tercer eslabón de esta “internacionalización del ordenamiento jurídico” a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras.

II. Marco normativo nacional de los Tratados Bilaterales de Inversión

En el año 1989 la República Argentina aceptó por primera vez los ofrecimientos de negociar convenios de promoción y protección recíproca en materia de inversiones extranjeras efectuados por varios países exportadores de capital.

Este cambio en la política económica de nuestro país, que respondió a la tan mentada “globalización” de la economía mundial, tuvo entonces como objetivo principal lograr una mayor apertura a las inversiones foráneas, insertando al país en la arena internacional y otorgando al inversor extranjero la protección efectiva brindada por los Tratados.

Los convenios suscriptos por Argentina respetan en general la estructura y disposiciones de los convenios existentes pero con ciertas particularidades fundadas en requerimientos de su ordenamiento jurídico, tradición jurídica, o conveniencia política.

III. Jerarquía constitucional de los Tratados Bilaterales de Inversión

Antes de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había establecido su doctrina acerca de la jerarquía de los tratados internacionales. De ella surgía que los tratados internacionales eran actos federales no pudiendo *ergo* ser derogados por una ley posterior, sino que únicamente podían ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional. Además establecía claramente que los tratados tenían jerarquía superior a las leyes, pues la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que integraba nuestro ordenamiento jurídico nacional les otorgaba esa jerarquía.

En la reforma constitucional de 1994 se estableció como facultad del Congreso nacional: *“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”* disponiendo que *“los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”*.

IV. Argentina y el arbitraje internacional

Argentina fue parte en diversos arbitrajes internacionales desde principios del siglo XIX, ella admitió expresamente someterse a arbitrajes internacionales en materia comercial ante foros o tribunales arbitrales en forma creciente en las últimas Décadas.

La ley permanente de presupuesto autorizó expresamente al Poder Ejecutivo en el año 1973 a “someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya”.

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

En cuanto a los órganos arbitrales aceptados en los convenios, la Argentina recepta modernas corrientes en la materia²⁵⁹, al prever que los inversores extranjeros puedan elegir entre los dos tipos diferentes de arbitraje ya explicados en la segunda parte de este trabajo referida al arbitraje internacional.

a) Argentina y el CIADI

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

En dos casos de los últimos años²⁶³ –iniciados por inversores estadounidenses en licenciatarias de transporte y distribución de gas natural- los actores denuncian la existencia de una expropiación de su inversión debido a diferentes actos administrativos, legislativos y judiciales –incluida la controvertida ley 25.561- que afectaron los derechos reconocidos en las licencias de gas de calcular sus tarifas en dólares billetes estadounidenses.

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

La posición oficial de Argentina en relación a las demandas planteadas, el ministro dijo: *“Un eje es la invocación del estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad en el derecho público internacional y también en los tratados*

bilaterales de inversión [...]. Además, mostramos que no hubo expropiación, porque no hubo desapoderamiento de activos ni se impuso un gerenciamiento estatal. Hay una diferencia tarifaria que se está renegociando, pero de ningún modo puede decirse que ha habido una expropiación en la inversión [...]

b) El caso “Maffezini”

La acción promovida por Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España²⁷³ reviste interés tanto por la cuestión objeto de comentario específico –la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida en relación con la jurisdicción del CIADI– como por tratarse de la primera controversia planteada por un inversor argentino contra un país convertido en los últimos años en exportador de capitales como España.

Ratifica la importancia de los mecanismos de solución de controversia existentes en los Tratados Bilaterales de Inversión y su aptitud para ser utilizados no sólo por inversores de países tradicionalmente exportadores de capital, sino también por nacionales de países en desarrollo en conflictos suscitados con aquellas naciones.

Los procedimientos arbitrales se iniciaron ante la denuncia por parte del señor Maffezini de la existencia de una controversia ante el tratamiento recibido por su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región de Galicia, El Reino de España objetó la jurisdicción del CIADI y la competencia del tribunal arbitral. España que exigen someter la controversia a la jurisdicción local por un término de dieciocho meses ante la declaración del actor de que no existía una previsión similar en el Tratado Bilateral de Inversiones Chile – España, donde los inversores chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y que la cláusula de nación más favorecida contenida en el Tratado Argentina - España le otorgaba la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales españoles.

En función de ello, el tribunal concluyó que el señor Maffezini tenía derecho a someter la controversia al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles en tanto la exigencia de recurrir previamente a ellos contenida en el Tratado Bilateral de Inversión Argentina – España.

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

c) Argentina y la CNUDMI

Pero no solo ante el CIADI Argentina tiene radicadas demandas. Empresas británicas entablaron reclamos a Argentina ante tribunales *ad hoc* de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Como ya hemos estudiado, debe existir común acuerdo en este punto antes de plantear el reclamo. Como segunda opción se fijó la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Pero Como Argentina no les reconoció a los inversores extranjeros jurisdicción ante el Centro, *BG Group*, *National Grid* y *United Utilities International Limited* presentaron su queja ante el organismo jurídico especializado de las Naciones Unidas y solicitaron la formación de un tribunal *ad hoc* para atender sus casos.

d) La UN.A.D.AR.

Muestra de la preocupación manifestada a raíz del creciente número de casos en un lapso relativamente breve, fue criterio de Argentina, la creación en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación de la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral (UN.A.D.AR.), que tiene por objetivo elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa derivada de controversias planteadas por inversores extranjeros y en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

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

ANEXO V

TRATADOS

Ley Nº 24.124

Apruébese el Tratado suscripto con los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Sancionada: Agosto 26 de 1992.

Promulgada de Hecho: Septiembre 21 de 1992.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º Apruébese el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto en Washington, D.C. (Estados Unidos de América) el 14 de noviembre de

1991, que consta de catorce (14) artículos y un protocolo, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

ARTICULO 2º Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. ALBERTO R.

PIERRI. ORALDO BRITOS. Esther H. Pereyra Arnadí de Pérez Pardo. Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTISEIS DIAS DEL MES DE AGOSTO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS. TRATADO ENTRE LA REPUBLICA ARGENTINA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES

La República Argentina y los Estados Unidos de América, en adelante, "las Partes";

Deseando promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a las Inversiones hechas por nacionales y sociedades de una Parte en el territorio de la otra

Parte; Reconociendo que el acuerdo sobre el tratamiento a ser acordado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las

Partes; Conviniendo en que, a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones;

Reconociendo que el desarrollo de los vínculos económicos y comerciales puede contribuir al bienestar de los trabajadores en las dos Partes y promover el respeto por los derechos laborales internacionalmente reconocidos; y Habiendo resuelto concertar un tratado sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones, Han acordado lo siguiente:

ARTICULO II

1. A los fines del presente Tratado:

a) "inversión" significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros:

i) derechos de propiedad tangible e intangible, así como derechos tales como hipotecas, privilegios y prendas;

ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos;

iii) títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión;

iv) derechos de propiedad intelectual, que comprendan, entre otros, los relativos a:

— obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones de sonido,

— inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,

— diseños industriales,

— obras de estampado de semiconductores,

— secretos comerciales, conocimientos técnicos e información comercial confidencial, y

— marcas registradas, marcas de servicio y nombres comerciales, y

v) todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley.

b) "sociedad" de una Parte significa cualquier clase de sociedad anónima, compañía, asociación, empresa de Estado, sociedad comanditaria u otra entidad legalmente constituida conforme a las leyes y los reglamentos de una Parte, o de una subdivisión política de ella, constituida o no con fines de lucro, ya sea de propiedad privada o estatal;

c) "nacional" de una Parte significa una persona física que sea nacional de una Parte de conformidad con sus leyes pertinentes;

d) "ganancia" significa una cantidad derivada de una inversión, o vinculada a ella, incluidos los beneficios, los dividendos, los intereses, las plusvalías, los pagos de regalías, los honorarios cobrados por administración, asistencia técnica u otros conceptos, y las rentas en especie.

ARTICULO III

El presente Tratado no impedirá que cualquiera de las Partes dicte leyes y regulaciones con respecto a la admisión de inversiones hechas en su territorio por nacionales o sociedades de la otra Parte o con la conducta de las actividades afines, pero tales leyes y regulaciones no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos enunciados en el presente Tratado.

ARTICULO IV

1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo.

2 del Artículo II. La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación.

2. El nacional o sociedad de una Parte que asevere que su inversión le ha sido expropiada total o parcialmente tendrá derecho a que las autoridades judiciales o administrativas competentes de la otra Parte examinen su caso con prontitud a los fines de determinar si la expropiación ha ocurrido y, en caso afirmativo, si dicha expropiación y la compensación correspondiente se ajustan a las disposiciones del presente Tratado y a los principios del derecho internacional.

3. A los nacionales o sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra Parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas.

ARTICULO V

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o que salgan de él se realicen libremente y sin demora. Dichas transferencias comprenden: a) las ganancias; b) las compensaciones hechas conforme a las disposiciones del Artículo IV; c) los pagos que resulten de controversias en materia de inversiones; d) los pagos que se hagan conforme a los términos de un contrato, entre ellos, las amortizaciones de capital y los pagos de los intereses devengados en virtud de un convenio de préstamo vinculado directamente a una inversión; e) el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión, y f) los aportes adicionales de capital hechos para el mantenimiento o el desarrollo de una inversión.

2. Con excepción de lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo IV, las transferencias se harán en una moneda de libre convertibilidad, al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia con respecto a las operaciones al contado realizadas en la moneda que se ha de transferir. La libre transferencia tendrá lugar de acuerdo con los procedimientos establecidos por cada parte; estos procedimientos no trabarán los derechos establecidos en este Tratado.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente Artículo, cada Parte podrá conservar leyes y reglamentos que a) requieran la presentación de informes acerca de las transferencias monetarias, y b) establezcan impuestos sobre la renta por medios tales como la retención de impuestos aplicables a los dividendos u otras transferencias.

Además, cada Parte podrá proteger los derechos de los acreedores, o asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas en procedimientos judiciales, mediante la aplicación equitativa, imparcial y de buena fe de sus leyes.

ARTICULO VI

Las Partes convienen en consultarse con prontitud, a solicitud de cualquiera de ellas, para resolver las controversias que surjan en relación con el presente Tratado o para considerar cuestiones referentes a su interpretación o aplicación.

ARTICULO VII

1. A los fines del presente Artículo una controversia en materia de inversión es una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgida de o relacionada con: a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:

a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o

b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o

c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones ("el Centro"), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados,

adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio CIADI") siempre que la Parte sea parte del Convenio.

ARTICULO VIII

1. Cualquier controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación del presente Tratado que no se resuelva mediante consultas u otras vías diplomáticas, se presentará, a solicitud de cualquiera de las Partes, a un tribunal de arbitraje para que llegue a una decisión vinculante conforme a las normas aplicables del derecho internacional. Salvo acuerdo en contrario entre las Partes, regirán las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), excepto en la medida en que dichas normas hayan sido modificadas por las Partes o por los árbitros.

2. En el plazo de dos meses de recibirse la solicitud, cada Parte nombrará un árbitro. Los dos árbitros nombrarán como presidente a un tercer árbitro que sea nacional de un tercer Estado. Las Normas de la CNUDMI relativas al nombramiento de vocales para tribunales de tres miembros se aplicarán, mutatis mutandis, al nombramiento del tribunal arbitral, salvo que la autoridad designante a la que hacen referencia esas reglas sea el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje.

3. Salvo acuerdo en contrario, todos los casos se presentarán y las audiencias se completarán en un plazo de seis meses contados desde la fecha del nombramiento del tercer árbitro, y el Tribunal emitirá su laudo en un plazo de dos meses a partir de la fecha de las presentaciones finales o de la fecha de clausura de las audiencias, si esta última fuese posterior.

4. Los gastos incurridos por el Presidente y los otros árbitros, así como los demás costos del procedimiento, serán sufragados en partes iguales por las Partes.

ARTICULO IX

Las disposiciones de los Artículos VII y VIII no se aplicarán a las controversias que surjan a) de los programas de créditos, garantías o seguros para la exportación

del Export Import Bank de los Estados Unidos o b) de otros arreglos oficiales de crédito, garantía o seguro conforme a los cuales las Partes hayan acordado otros medios para la solución de controversias.

ARTICULO X

El presente Tratado no afectará:

- a) Las leyes y los reglamentos, las prácticas o los procedimientos administrativos o las sentencias administrativas o judiciales de cualquiera de las Partes;
- b) Las obligaciones jurídicas internacionales, o
- c) Las obligaciones asumidas por cualquiera de las Partes, incluidas aquellas que estén incorporadas a los acuerdos o autorizaciones de inversión, que otorguen a las inversiones o a las actividades afines un trato más favorable que el que les otorga el presente Tratado en situaciones similares.

ARTICULO XI

El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.

ARTICULO XII

1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar con justicia y equidad en el trato a las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.

2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente sus Artículos VII y VIII, se aplicarán a las cuestiones tributarias solamente con respecto a lo siguiente:

- a) la expropiación, de conformidad con el Artículo IV;
- b) las transferencias, de conformidad con el Artículo V, o
- c) la observancia y el cumplimiento imperativo de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversiones, tal como se menciona en los apartados a) o b) del párrafo 1 del Artículo VII, en la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre solución de controversias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre ambas Partes, o que se hayan suscitado de

conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto dentro de un plazo razonable.

ARTICULO XIII

El presente Tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las Partes.

ARTICULO XIV

1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha del canje de los instrumentos de ratificación. Permanecerá en vigor por un período de diez años y continuará en vigor a menos que sea dado por terminado de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. Se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.

2. Cada Parte podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, por medio de notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.

3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación.

4. El Protocolo forma parte integrante del presente Tratado. HECHO en Washington, D.C. el 14 de noviembre de 1991, en dos originales, en los idiomas español e inglés, ambos textos igualmente auténticos.