

El arbitraje internacional, los servicios públicos y la defensa del Estado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. 1. LA INCIDENCIA DEL NUEVO SISTEMA PROTECTORIO. 2. LA PROLIFERACIÓN DE TBI. SU CAUSA E IMPLICANCIAS PARA LOS ESTADOS. 3. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE UN TBI. 3.1. *El ámbito subjetivo*. 3.2. *El ámbito material. Los estándares de protección*. 3.3. *Los mecanismos de solución de controversias*. 4. SÍNTESIS. III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LOS REGÍMENES LOCALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA. 2. LA DISCUSIÓN SUBJETIVA. 3. LA DISCUSIÓN JURISDICCIONAL. ¿CUÁL ES LA RELEVANCIA DE LAS CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN?. 4. LA DISCUSIÓN MATERIAL: EL MARCO LEGAL DE LA DISPUTA. DISTINCIÓN ENTRE UNA CONTROVERSIA CONTRACTUAL Y UNA DE INVERSIONES. 5. SÍNTESIS. IV. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES, SUS PROBLEMAS SISTÉMICOS Y LA DEFENSA INTERNACIONAL DEL ESTADO. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha abierto una nueva dimensión en la actuación internacional de los Estados en tanto sujetos de la comunidad internacional: su participación en el sistema de protección de las inversiones. Tal participación obliga a reconsiderar las implicancias prácticas derivadas de la interrelación del Derecho internacional con el Derecho interno de los Estados y aquellas vinculadas con la defensa internacional de los Estados en nuevos foros.

En orden a estudiar este nuevo escenario, se indagarán las vinculaciones existentes entre este ámbito jurídico naciente y las contrataciones de servicios públicos celebradas por los Estados, enfocando principalmente la problemática que presentan para los Estados los sistemas alternativos de solución de controversias previstos para dirimir las controversias de inversión que se susciten en el ámbito de la protección internacional de las inversiones.

Ya se ha señalado en otro trabajo que las contrataciones del Estado han sufrido el impacto del desarrollo del sistema internacional de protección de inversiones¹.

También que los conflictos derivados de los contratos que celebra el Estado pueden llegar a ser arbitrables, siendo que por principio se trata de cuestiones económicas y, de suyo, en tanto patrimoniales, disponibles, salvando así una antigua discusión doctrinaria sobre el punto².

Asimismo, debe dejarse debidamente aclarado en esta instancia que el Estado puede resultar involucrado en un procedimiento arbitral de resolución de controversias ya sea porque el arbitraje fue el mecanismo elegido para resolver controversias en un contrato en el que interviene³ o porque deriva de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

II. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. LA INCIDENCIA DEL NUEVO SISTEMA PROTECTORIO

En un principio, la órbita de la responsabilidad internacional fue históricamente un campo reservado al accionar de los Estados. Eran sólo éstos quienes tenían legitimación activa para comprometer tal tipo de responsabilidad.

¹ Andrea GUALDE, *Servicios Públicos y Arbitraje Internacional*. Presentación en las Jornadas de Derecho Administrativo sobre Servicios Públicos, Policía y Fomento, celebradas en la Universidad Austral en el mes de mayo de 2003. Artículo en prensa en la *Revista de la Universidad Austral*.

² Andrea GUALDE, *op. cit.*, nota 1.

³ En este caso, el arbitraje será doméstico o internacional dependiendo de las características materiales y personales de la contratación de que se trate, y su procedimiento podrá estar gobernado bajo distintos regímenes jurídicos, de los cuales los más frecuentes son las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) e incluso arbitrajes *ad hoc*.

En las últimas décadas, tal escenario ha sido drásticamente modificado con el surgimiento de dos ámbitos de protección que ligan directamente a los Estados con personas físicas —o jurídicas— y que constituyen una nueva fuente de responsabilidad internacional. El primero es el de la protección internacional de los derechos humanos (sólo para personas físicas). El segundo es el que nos ocupa: la protección internacional de las inversiones extranjeras.

En la República Argentina, la fuente exclusiva de responsabilidad en materia de inversiones son los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (que denominaremos sintéticamente TBI en adelante). En líneas generales, puede decirse que estos instrumentos celebrados entre Estados son bilaterales en su gran mayoría, aunque los hay multilaterales⁴, conmutativos y generalmente simétricos⁵, si bien existen algunos Tratados que registran ciertas asimetrías y en los que los Estados signatarios reconocen recíprocamente garantías a los inversores extranjeros, siendo éstos definidos, en principio y en términos generales, como los nacionales del Estado cocontratante.

Vale decir que el desarrollo creciente del sistema de protección de inversiones enfrenta a los Estados con la posibilidad que sus actos y omisiones sean cuestionados a la luz de una eventual responsabilidad internacional por sujetos diferentes de los otros Estados soberanos que integran la comunidad internacional.

2. LA PROLIFERACIÓN DE TBI. SU CAUSA E IMPLICANCIAS PARA LOS ESTADOS

La suscripción por los Estados de este tipo de Tratados obedece a una definición ideológica sobre un modelo de capitalismo que pone el énfasis en la internacionalización del capital. En efecto, se ha manifestado que: *Los TBI son presentados generalmente como la quintaesencia de un documento liberal. Un típico TBI cita en su preámbulo dos objetivos: la creación de condiciones favorables para las inversiones de nacionales y compañías de una parte en el territorio de la otra, e incrementar la prosperidad de ambos estados. En suma, el propósito declarado de un TBI puede ser resumido en las siguientes palabras: incrementar la prosperidad a través de la inversión. El preámbulo afirma así la doctrina libe-*

⁴ Tal es el caso del ya citado NAFTA (*North American Free Trade Association* o Tratado de Libre Comercio de América del Norte, firmado entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor desde el 1.º de enero de 1994).

⁵ Véase, por ejemplo, en las condiciones de trato, artículo 2 del TBI entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, y la lista de cuestiones excluidas del ámbito de protección del TBI.

*ral básica según la cual la libre circulación del capital contribuye a incrementar la productividad*⁶.

Dicho esto, no puede obviarse una reflexión acerca de cuál es en verdad la ventaja que reporta la firma de tales Tratados para los Estados signatarios. Desde el punto de vista del Estado receptor de las inversiones, se ha señalado que a través de su suscripción se estimula la radicación de inversiones extranjeras en países emergentes.

Para el inversor, se ha puesto el énfasis en la necesidad de contar con reglas claras. Para los países exportadores de capital, dar a sus nacionales un marco de seguridad jurídica y protección cuando invierten en países emergentes, importadores de capital⁷.

Enrolada en esta tendencia, la República Argentina estimuló una agresiva suscripción de TBI durante la década de los noventa. Existen, entre Tratados suscritos y ratificados, alrededor de 60. Por su parte, en el año 1991 la República Argentina suscribe la Convención de Washington, de 1965 –denominada Convención CIADI–, por la cual los inversores de países protegidos por los Tratados pueden acudir a ese foro en caso de controversias^{8 9 10}.

La suscripción de estos instrumentos impacta definitivamente en los países receptores de las inversiones porque implica la incorporación de todo un régimen jurídico que debe necesariamente imbricarse en el sistema jurídico local¹¹. Y también porque, como veremos más adelante, los TBI prevén ciertos mecanismos de solución de controversias cuya operatividad puede colisionar con la estructura jurídica e institucional de los Estados.

⁶ Kenneth J. VANDEVELDE, «The political economy of a Bilateral Investment Treaty», *The American Journal International Law*, October 1998 (92 A.J.I.L. 621).

⁷ Tal vez a estos objetivos responde la particular geografía de estos Tratados: su distribución se verifica, en una casi mayoría, entre países centrales y periféricos (Norte-Sur) o entre países periféricos (Sur-Sur); siendo raros los casos de Tratados Norte-Norte.

⁸ CIADI es la sigla para el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, órgano dependiente del Banco Mundial.

⁹ Para consultar el listado e información de fecha de suscripción de los TBI en los que la República Argentina es parte, chequear Horacio D. ROSATTI, *Los tratados bilaterales de Inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, publicado en *La Ley* del 15-10-03, nota.

¹⁰ Como argumento contrafáctico, puede indicarse que muchos países con importante desarrollo económico han evitado suscribir este tipo de instrumentos (tal el caso de la República Federativa de Brasil) o que, yendo al caso argentino, muchas de las inversiones que llegaron al país durante la década de los noventa lo hicieron con anterioridad a la firma de estos Tratados.

¹¹ En la República Argentina, los TBI tienen jerarquía superior a las leyes e inferior a la Constitución Nacional.

3. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE UN TBI

Si bien todos los tratados se parecen en cuanto a su estructura y sus términos, registran importantes matices que deben ser tenidos en cuenta cuando se discuten controversias de inversión.

Un Tratado bilateral típico presenta un ámbito de aplicación subjetivo o personal, un ámbito temporal —relacionado con la vigencia del mismo— y un ámbito material que incluye las garantías para las inversiones extranjeras —estipuladas en estándares generales— y los mecanismos de solución de controversias. A los fines de este trabajo, sólo se describirán los ámbitos subjetivo y material, por ser aquellos de mayor incidencia en los contratos locales de concesión y licencia de servicios públicos, y en la consecuente defensa estatal.

3.1. *El ámbito subjetivo*

El ámbito subjetivo de los TBI puede sintetizarse en una pregunta: ¿quién está protegido por el Tratado? Es fundamental conceptualizar la condición de inversor protegido para poder distinguir tal especial categoría de otros sujetos que no se encuentran en la órbita de protección del Tratado y, en consecuencia, no pueden invocarlo.

Porque los destinatarios finales de la protección de inversiones son los inversores. Las inversiones representan, en rigor, un presupuesto para que el inversor pueda útilmente invocar el Tratado¹². Es en esa inteligencia que los Tratados traen una definición sumamente amplia de inversión, buscando cubrir la mayor parte de los activos que forman parte del patrimonio del inversor¹³.

Generalmente, los países exportadores de capital intentan incluir en los TBI que suscriben cláusulas por medio de las cuales las empresas controladas por nacionales o compañías de sus países, y constituidas según las leyes del país receptor o de un tercer país, estén dentro del ámbito del Tratado¹⁴.

¹² Alicia M. PERUGINI, en la obra compuesta de Hortensia GUTIÉRREZ POSSE, Jorge VANOSI, y otros, *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones*, Folletos, n.º 157, fasc. 3, pp. 36, 47 y 49, citado por Esteban YMAZ, *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 17.

¹³ En algunos casos incluyendo los contratos con el Estado. Ver, por ejemplo, el TBI con los Estados Unidos, artículo 1.º.

¹⁴ United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investments Treaties*, UN, New York, 1988, p. 25. Informe citado en Esteban YMAZ, *op. cit.* en nota 12, p. 23.

3.2. *El ámbito material. Los estándares de protección*

Los Estados signatarios de los TBI se comprometen a garantizar determinadas condiciones para la admisión y/o el tratamiento de la inversión¹⁵, que, en líneas generales, pueden resumirse en condiciones generales de trato tales como tratamiento no menos favorable que el del inversor nacional, no expropiatorio (sin compensación), no discriminatorio ni arbitrario, trato justo y equitativo.

El alcance y la interpretación de estos estándares deben formularse atendiendo al escrutinio más estricto. Así, no cualquier perjuicio económico puede ser considerado expropiatorio, ni cualquier medida gubernamental como arbitraria¹⁶, y difícilmente pueda argumentarse que una medida general resulte discriminatoria.

3.3. *Los mecanismos de solución de controversias*

El arbitraje no es el único mecanismo de solución de controversias previsto en los TBI; sin embargo, en la práctica es el medio preferido por los inversores extranjeros.

Es posible encontrar la causa de ese comportamiento en que el procedimiento arbitral es más flexible que los procedimientos judiciales ordinarios; que ofrece a las partes la posibilidad de someter su controversia a jueces de su elección porque los árbitros que componen los tribunales arbitrales son elegidos por las partes; que tiene bajos costos y que –en principio– puede ser más breve que un proceso ante los tribunales locales.

El arbitraje CIADI ofrece un atractivo adicional para el inversor: sus laudos son autosuficientes y autoejecutables¹⁷. La «autosuficiencia» implica que cualquier planteo de nulidad del laudo debe resolverse ante la misma CIADI por un Comité constituido *ad hoc* para ese caso¹⁸.

¹⁵ Se plantea aquí una discusión por demás interesante, pero que excede el ámbito de este artículo, cual es si las garantías pactadas en los instrumentos de protección de inversiones son para los Estados obligaciones de medio o de resultado. Sin entrar a este análisis, adelantamos opinión en el sentido que se trata de obligaciones de medio. Por su parte, y si bien referido al sistema de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo decidió en el *leading case* Velásquez Rodríguez.

¹⁶ Caso *Elettronica Sicula S.p.a.*, resuelto por la Corte Internacional de Justicia con relación a la interpretación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Italia y los Estados Unidos.

¹⁷ Ver artículo 54 de la Convención CIADI.

¹⁸ En otros sistemas, la nulidad tramita por un procedimiento ordinario en la sede del arbitraje, de conformidad con lo que establece la Convención de Nueva York. Tal es el caso de los arbitrajes regidos por las reglas de UNCITRAL.

La «*autoejecutabilidad*» se vincula con la innecesiedad de obtener un *exequatur* para ejecutar un laudo CIADI¹⁹. No es a tales fines considerado una sentencia extranjera, sino que se ejecuta como una sentencia de un tribunal local. Ello, claro está, sin perjuicio de que la Convención CIADI no derogó las normas sobre ejecución de sentencia vigentes en cada Estado²⁰.

4. SÍNTESIS

La noción tradicional de la responsabilidad del Estado, sea en el ámbito doméstico o internacional, está en pleno proceso de revisión y evolución. Los Estados están siendo demandados por sus acciones y por sus omisiones, invocando para imputar tal responsabilidad la protección de distintos regímenes normativos²¹.

Como dijimos, nuestro país no ha sido ajeno a esta tendencia. Los instrumentos bilaterales analizados, y que la República Argentina ha incorporado a su esquema jurídico local desde la década de los noventa, tienen una indudable vocación protectoria de la inversión y el capital extranjeros, y traen aparejado todo un esquema normativo que afecta la concepción tradicional de la responsabilidad de los Estados. No solamente porque ahora son los individuos o las personas jurídicas quienes pueden exponer a un Estado soberano como eventual incumplidor de compromisos internacionalmente asumidos con otros Estados. También porque al expandirse la base normativa sobre la que se asientan las obligaciones del Estado, se expande necesariamente la base de la eventual antijuridicidad de sus actos y su potencial responsabilidad internacional.

¹⁹ Sobre los problemas que plantean a los Estados receptores de inversiones normas de este tipo, ver Horacio D. ROSATTI, *op. cit.*, p. 4.

²⁰ En este sentido, debe tenerse presente que la eventual prórroga de jurisdicción hacia los tribunales arbitrales no implica la renuncia a oponer la inmunidad de ejecución. El Derecho internacional reconoce que, en principio, ningún Estado puede ser pasible de medidas coercitivas en su contra, salvo por renuncia expresa o por tratarse de actos meramente comerciales. Aun así, es pacíficamente admitido que los bienes destinados al cumplimiento de servicios públicos esenciales o relacionados con el ejercicio de una función estatal no son embargables. Es doctrina de la Procuración del Tesoro de la República Argentina que existen distintas excepciones a la ejecución de una sentencia extranjera (Ver Dictamen n.º 102/04, del 15-03-04).

²¹ Sobre la omisión estatal relevante, ver Andrea GUALDE, *Responsabilidad del Estado por Omisión*, trabajo inédito. Tesina presentada y defendida en la Universidad Austral, marzo de 2000 (Programa Máster en Derecho Administrativo 1998-1999).

III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES Y LOS REGÍMENES LOCALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Como se desarrollará a continuación, la evolución del sistema de protección de inversiones ha invadido el ámbito del Derecho Administrativo local, resultando necesario precisar los límites de ambos ordenamientos, los espacios de conflicto y las zonas grises. El caso de las contrataciones de servicios públicos es prueba elocuente de la afirmación que precede. Sobre el particular existen, a nuestro criterio, tres aspectos en los que merece la pena detener la atención: la legitimación para articular una controversia de inversión en relación con una contratación estatal, las alternativas jurisdiccionales planteadas a partir de tales contratos y, finalmente, la distinción entre un incumplimiento contractual y una violación internacional de un Tratado.

2. LA DISCUSIÓN SUBJETIVA

Este primer aspecto se vincula con la respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuándo un inversor extranjero puede legítimamente invocar la protección de un TBI en relación con un contrato de concesión o licencia de servicios públicos en el que participa?

Para que el TBI sea relevante desde el punto de vista subjetivo deben presentarse los siguientes escenarios:

- a) Que el inversor sea una sociedad extranjera licenciataria o concesionaria de un servicio público²².
- b) Que el inversor posea una tenencia accionaria en la sociedad local que resulta concesionaria o licenciataria del servicio público. En este caso, deben distinguirse dos posibilidades: que el inversor sea controlante o que no lo sea²³. Si el inversor no es controlante es altamente discutible que pueda presentar reclamos indirectos²⁴.

²² Nótese que este caso no se verifica en los contratos celebrados por el Estado argentino, porque en el proceso de privatización se exigía en los pliegos la constitución de sociedades argentinas para licitar y operar los servicios.

²³ Si el inversor es controlante hay algunos Tratados que permiten que la sociedad local califique como inversor (Francia) o como inversión (EE.UU.).

²⁴ Sin perjuicio de ello, un Tribunal CIADI otorgó legitimación a un accionista minoritario en el caso *CMS Gas Transmission v. República Argentina* –caso CIADI ARB/01/8–. Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 65.

Lo dicho se aplica a aquellos casos en que el reclamo se base en el contrato en el que el inversor extranjero participa. Obviamente, el accionista puede siempre reclamar por el daño directo por actos del Estado receptor (vgr., expropiación no compensada de acciones; afectación de sus derechos políticos en la sociedad). Pero ello no implica que pueda invocar un daño indirecto, esto es, un daño que afecta directamente a la sociedad en la que participa²⁵. ¿Por qué? Porque un accionista no puede tener más, ni mejores, ni distintos derechos que la sociedad en la que participa con relación al contrato. No puede tener una suerte distinta que la sociedad y sus socios²⁶.

Por su parte, la Convención CIADI agrega un segundo filtro jurisdiccional para considerar el aspecto subjetivo de la controversia, en cuanto dispone en su artículo 25 que la diferencia debe surgir **directamente** de una inversión.

Lo expuesto no es una mera especulación académica carente de efectos prácticos ni es indiferente en la defensa del Estado en una controversia de inversiones. ¿Cuál es el riesgo de reconocer daños indirectos cuando no están previstos convencionalmente?

La admisión de reclamos indirectos de inversores no controlantes puede derivar en un escándalo jurídico, resultado de la emisión de decisiones contradictorias, ello sin mencionar la escalada de litigiosidad *ad infinitum*.

No menos relevante resulta la circunstancia que el contrato puede estar ejecutándose o renegociándose. Esto podría generar discriminación hacia accionistas locales y la imposibilidad para el Estado de conocer exactamente el número de sus contrapartes negociadoras.

En síntesis, la determinación de quién puede válidamente articular las garantías protegidas en un TBI no es una cuestión menor o carente de implicancias de orden práctico. Se relaciona, antes bien, con la necesidad de un Estado soberano de gestionar eficientemente sus contratos, circunstancia ésta que no puede —ni debería— ser desconocida por los tribunales, a quienes no les está habilitado desentenderse de las consecuencias de sus decisiones.

²⁵ Una cosa es reconocer que la tenencia accionaria es una inversión protegida por el TBI y otra es reconocer que ese accionista pueda formular reclamos indirectos. El principio general es que no hay legitimación para esos casos, salvo acuerdo expreso en ese sentido.

²⁶ El Derecho internacional reconoce la distinta personalidad entre socios y sociedad y, como regla general, no permite reclamos por daños indirectos por accionistas. Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgement of 5th, February 1970, International Court of Justice, reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders.

3. LA DISCUSIÓN JURISDICCIONAL. ¿CUÁL ES LA RELEVANCIA DE LAS CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN?

Un segundo problema vinculado a la posibilidad de invocar los TBI en relación con los contratos de servicios públicos es el que deriva de la jurisdicción arbitral, cuando existen específicos pactos de jurisdicción. Sobre el particular, es posible esbozar tres criterios:

- a) La cláusula de foro posee efecto jurisdiccional absoluto. Esto es, en una disputa de contenido contractual, la cláusula de foro tiene efecto jurisdiccional.
- b) La cláusula de foro resulta decisiva para el fondo del caso, si media denegatoria de justicia. En otras palabras, si se plantea una controversia en materia de inversiones habrá responsabilidad internacional del Estado sólo por denegatoria de justicia en ese foro pactado.
- c) La cláusula de foro tiene escasa relevancia. Bajo esta hipótesis, la relevancia de la cláusula de foro no puede ser determinada *ex ante*, so pena de que el tribunal incurra en extralimitación de sus facultades.

Pensamos en este sentido que, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, la cláusula de foro debe tener efecto jurisdiccional absoluto y que en tales cláusulas puede, además, renunciarse a presentar reclamos ante cualquier otro foro o jurisdicción.

4. LA DISCUSIÓN MATERIAL: EL MARCO LEGAL DE LA DISPUTA. DISTINCIÓN ENTRE UNA CONTROVERSIA CONTRACTUAL Y UNA DE INVERSIONES

Desde que los TBI protegen estándares internacionales relacionados con el tratamiento que debe darse a las inversiones extranjeras, va de suyo que en un arbitraje internacional la discusión estará centrada en determinar si el Estado receptor de la inversión ha violado tales parámetros, incurriendo, en consecuencia, en responsabilidad internacional. Los contratos de servicios públicos no están internacionalizados a causa de los Tratados sobre inversiones. Simplemente pueden, bajo determinadas circunstancias, encontrarse amparados por tales instrumentos, ello sólo si el inversor puede invocar la titularidad de los derechos contractuales.

El incumplimiento de tales contratos no constituye —en tanto tal— una cuestión regida por los Tratados. Los contratos están regidos por el

Derecho Administrativo local y su violación no genera, en principio, responsabilidad a la luz de los Tratados, sino eventualmente bajo el Derecho local y, en el caso de denegación de justicia, en el foro pactado²⁷.

Es importante tener en cuenta, en este contexto, la necesaria distinción entre cuestiones contractuales de Derecho local y controversias en materia de inversiones. Hay una clara distinción en lo relativo a los extremos subjetivos (las partes en una controversia contractual son el Estado y la sociedad concesionaria o licenciataria, y en la controversia de inversión son el Estado y el inversor calificado según el Tratado del caso en la controversia de inversiones), materiales (la decisión versa sobre la violación del Derecho nacional y el contrato en la controversia contractual, y en la controversia de inversiones la decisión recae sobre la violación de los estándares del Tratado), jurisdiccionales (la jurisdicción es la pactada en el contrato para la controversia contractual, y para la controversia de inversión se abren las opciones pactadas en el Tratado) y de aplicación de ley (el Derecho local y el contrato para la controversia contractual, y el TBI, el Derecho local, los acuerdos relativos a la inversión y los principios del Derecho internacional público para la controversia de inversión).

5. SÍNTESIS

Resulta indiscutible a esta altura que el avance del sistema internacional de protección de inversiones ha incidido en los Derechos Administrativos locales de los Estados huéspedes de la inversión. Las contrataciones de servicios públicos son un claro ejemplo de esta nueva realidad. Sin embargo, para ponderar la entidad, alcance y magnitud de esa influencia debe tenerse en cuenta que estamos frente a dos ámbitos jurídicos distintos, cada uno gobernado por normas y lógicas diferentes y, de algún modo, autorreferenciales: el Derecho local o doméstico de los Estados, por una parte, y el Derecho internacional, por la otra. Hasta dónde prevalece uno y desde dónde avanza el otro es un límite difícil de precisar. En su delimitación deben necesariamente intervenir los Estados porque ello se relaciona nada menos que con la preservación de sus condiciones soberanas.

²⁷ Ver *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Case No. ARB/97/3), *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/97/2) y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Case No. ARB/97/3). Annulment Proceeding.

IV. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES, SUS PROBLEMAS SISTÉMICOS Y LA DEFENSA INTERNACIONAL DEL ESTADO

Ya se ha enunciado que la evolución del Derecho internacional a la que asistimos ha permitido responsabilizar a un Estado soberano sobre la base de distintas fuentes normativas y por otros sujetos de la comunidad internacional que no son sus pares, sino personas físicas o jurídicas.

Se ha demostrado también la influencia del sistema de protección de las inversiones en los regímenes de Derecho Administrativo local, especialmente en las contrataciones de servicios públicos.

Esa injerencia no se limita a los aspectos ya señalados, sino que cuando los TBI incorporan un sistema específico de solución de controversias, el sistema jurídico local del Estado receptor de la inversión sufre alteraciones. En el mismo sentido, se modifican las modalidades que adopta la defensa de los Estados, la que trae nuevas exigencias.

Los TBI son la principal fuente de creación del derecho de protección de las inversiones. La sola suscripción por parte de un Estado de este tipo de instrumentos trae como consecuencia que pueda ser llevado a un procedimiento arbitral internacional cuando un sujeto amparado por las garantías pactadas en tales Tratados invoca su protección. No es esto una consecuencia menor.

Se ha dicho que los Estados efectúan una amplia oferta de jurisdicción en los Tratados que suscriben. Por su parte, si además han suscrito la Convención CIADI puede válidamente entenderse que tales actos significan una tácita renuncia a invocar en el futuro su inmunidad soberana a la jurisdicción así aceptada. Esto tampoco es una consecuencia menor para los Estados²⁸.

En este escenario cobra la mayor relevancia la discusión jurisdiccional, esto es, si la controversia traída por el inversor extranjero a consideración de un tribunal arbitral internacional atraviesa los distintos filtros jurisdiccionales que permiten abrir la competencia de tales tribunales: los que prevén los TBI y, en el caso del arbitraje CIADI, el ya citado artículo 25 de la Convención. El consentimiento de los Estados a esta forma de solución de controversias es un extremo muy delicado que es necesario preservar para los casos en que efectivamente exista, y en las modalidades en que fue expresado.

²⁸ En efecto: *Dentro del formato de la Convención y de las Regulaciones y Reglas adoptadas para su implementación, el arbitraje CIADI constituye una maquinaria que funciona con total independencia de los sistemas legales domésticos. El carácter autónomo del arbitraje CIADI está claramente definido en el artículo 44 de la Convención.* Ver Georges R. DELAUME, «ICSID Arbitration and the Courts», *The American Journal of International Law*, October, 1983 (77 A.J.I.L. 784).

Otra de las cuestiones que debe tenerse en cuenta en la defensa del Estado en este tipo de controversias es que los TBI deben interpretarse individualmente. Cada instrumento, a pesar de sus similitudes en su estructura general, define un especial ámbito de aplicación material, subjetivo y temporal. No pueden exportarse, bajo pretexto de aplicación de la denominada cláusula de la nación más favorecida (CNMF), cláusulas de un TBI a otro. La operación de una CNMF debe realizarse conforme al principio de identidad de materia o *ejusdem generis*, y nunca puede invalidar las condiciones ni los límites del consentimiento del Estado signatario de un Tratado.

Para completar el panorama expuesto, resta considerar que el arbitraje internacional presenta ciertos problemas sistémicos que también impactan en la defensa de los Estados y que importa, como ya se ha indicado, la necesidad de compatibilizar e imbricar dos sistemas jurídicos diversos, de algún modo autorreferenciales y con sus propias lógicas jurídicas: el sistema de Derecho interno y el de Derecho internacional²⁹.

Si bien los casos que involucran a la República Argentina tramitan mayoritariamente bajo las reglas del CIADI, nos permitiremos reproducir ciertas críticas que mereciera un sistema de solución de controversias muy similar: nos referimos al pactado en el ya mencionado NAFTA.

Se ha dicho que: *Sus reuniones son secretas. Sus miembros generalmente desconocidos. Sus decisiones no necesitan ser plemente reveladas. Sin embargo, la manera en que un pequeño número de tribunales internacionales manejan disputas entre inversores y gobiernos extranjeros ha conducido a la revocación de leyes nacionales, el cuestionamiento de sistemas de justicia y al desafío de regulaciones ambientales*³⁰.

Así, para los críticos del sistema, las decisiones adoptadas en el marco de estos procedimientos en donde prevalece la falta de apelaciones, de controles, de transparencia y precedentes legalmente obligatorios favorecen la posibilidad de debilitar políticas públicas³¹.

²⁹ Sobre el desarrollo de esta problemática, ver el trabajo de Horacio D. ROSATTI titulado «Los tratados bilaterales de Inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino», publicado en *La Ley* del 15-10-03. Asimismo, se recomienda la consulta de *Algunas consideraciones en Derecho Comparado sobre Regulación, Crisis y Constitucionalidad, y Tribunales arbitrales* por Miguel SOLANES, Reporte de Misión de la CEPAL a Buenos Aires, agosto 2003, y De Palma, ANTHONY, «Nafta's Powerful Little Secret; Oibscure Tribunals Settle Disputes, but go too far, critics say», publicado en el *New York Times* del 11 de marzo de 2001. Consultar en *www.nytimes.com*.

³⁰ *New York Times*, March 11, 2001; *New York Times Magazine*, June 9, 2002, p. 25. Interview to discuss Mr. STIGLITZ book *Globalization and its Discontentment*.

³¹ International Institute for Sustainable Development (IISD) – WWF, *Private Rights, Public Problems: A guide to NAFTA's controversial chapter on investor's rights*, Manitoba, Canadá, 2001, p. viii.

La preocupación se extiende a la interpretación de la cláusula de nación más favorecida y el tratamiento nacional y la interpretación de los estándares internacionales mínimos. Asimismo, se observa con inquietud que la consideración de medidas regulatorias sea hecha bajo estándares tan restrictivos que incluyan como expropiación indirecta medidas estatales hasta ahora consideradas un ejercicio legítimo del poder de policía del Estado y, por tanto, no requirientes de compensación.

No puede soslayarse el hecho que los tribunales están moldeados sobre la base de arbitrajes comerciales originalmente diseñados para entender en cuestiones entre privados.

En otro sentido se ha sostenido el efecto implícito que estos tribunales tienen sobre la gobernabilidad, pues *...suponen invertir en tribunales esencialmente no responsables la autoridad para constituirse en tribunales de apelación con poderes para decidir cuestiones domésticas claves*³².

Se han levantado argumentos sobre la constitucionalidad de las cláusulas que permiten la creación de tribunales arbitrales externos y la forma en que operan. Existen inquietudes sobre el impacto del sistema en la responsabilidad democrática, el balance entre poderes y la erosión del federalismo³³.

La inexistencia de un tribunal permanente y de un cuerpo de jurisprudencia unificada puede conducir a cuestionar la legitimidad de las decisiones tomadas por tribunales *ad hoc*. A ello se suma que, en general, no existen reglas que normativicen la responsabilidad de los árbitros.

Finalmente, permítasenos una reflexión final acerca de quiénes deben tener a su cargo la delicada misión de defender a los Estados en estas cuestiones. Entendemos que la naturaleza de los temas en discusión; su íntima relación con los aspectos más sensibles de la existencia y subsistencia de un Estado soberano; la necesidad de evaluar con objetividad los problemas sistémicos que hemos mencionado; la necesidad de imprimir coherencia y consistencia en la política estatal de defensa en todos los frentes, y la necesidad de despejar posibles conflictos de intereses, exigen que la defensa deba articularse desde el Estado mismo, con su cuerpo profesional de abogados.

V. CONCLUSIONES

Como hemos advertido a lo largo de este trabajo, el avance del sistema de protección internacional de las inversiones ha tenido fuerte

³² Chris TOLLEFSON, *NAFTA's Chapter 11, The case for Reform*, en Choises, Canada's opinion in North America, IRPP, vol. 9, March 2003, p. 55.

³³ Curtis A. BRADLEY, «International Delegations, The Estructural Constitution and Non-Self Execution», *Stanford Law Review*, May 2003 (55 Stan. L. Rev. 1557, 1573, 1575).

impacto en el esquema de responsabilidad y de Derecho local de los Estados receptores de la inversión, con su lógico correlato en la política de defensa frente a controversias que se planteen.

Ahora bien, acotar a contornos precisos el verdadero alcance de tal influencia es un delicado equilibrio, que necesita de la actuación responsable de todos los actores comprometidos.

En primer lugar, hay que ser muy cauteloso y riguroso en el análisis de un caso para considerar si se han reunido los extremos que permitan articular las garantías emergentes de los TBI.

Debe estar a la letra y al espíritu de los Tratados. Porque las palabras importan, e importa la voluntad que dos Estados soberanos plasmaron en cada instrumento. Los Tratados fueron negociados, firmados, discutida su ratificación en los cuerpos deliberativos correspondientes y definitivamente aprobados. La legitimidad que ostenta este procedimiento no puede ser sustituida por interpretaciones forzadas de los tribunales llamados a decidir la controversia de que se trate. La voluntad soberana de dos Estados no puede reemplazarse por las interpretaciones que los tribunales puedan ejercitar en nombre de ningún paternalismo procesal.

Esto implica una tarea muy minuciosa y celosa de parte de los Estados receptores de inversiones y un estudio profundamente responsable de los árbitros llamados a dirimir las controversias.

La delicada misión de los tribunales radica nada menos que en equilibrar la tensión entre los derechos del inversor y los de los Estados soberanos que crearon y contribuyen a sostener el sistema. Y, fundamentalmente, no olvidar que el análisis de los instrumentos bilaterales implica reconocer la existencia de una ley especial, en donde las generalizaciones no sólo son erróneas, sino ilegítimas.

Esta tarea incluye evitar la internacionalización de derechos domésticos por fuera de los compromisos internacionalmente asumidos e impedir la ordinarización de la vía arbitral internacional, defendiendo las jurisdicciones locales.

Porque ello no implica deshonorar los compromisos asumidos, sino todo lo contrario. El respeto al sistema de protección de inversiones no se consolida con la ausencia de cuestionamientos a sus problemas sistémicos, sino con un comportamiento consistente, crítico y razonable que impida que se desvirtúen sus bases mediante la presentación de reclamos claramente improcedentes, o no comprendidos entre aquellas situaciones protegidas.

En el caso del arbitraje CIADI, la función de los Estados debe ser colaborar con ese Centro en preservar su jurisdicción como excepcional y evitar que la ordinarización de cualquier controversia desnaturalice el sistema y la vocación protectoria para el que fue creado. Y la función

del CIADI, por su parte, debe ser cuidar y agudizar los controles de admisión de los casos, esto es, ejercer un auténtico control previo.

Para ello es menester efectuar el más riguroso escrutinio de las cuestiones de admisibilidad de una controversia, lo que implica una clara determinación de la legitimación de quien está invocando la protección del Tratado, de la procedencia de la jurisdicción articulada y, en cuanto al fondo, que la reponsabilidad que se pretende articular tenga base en los Tratados.

La credibilidad, fortaleza y desarrollo del incipiente sistema internacional de protección de inversiones descansa sobre estas bases.