

**FLACSO-UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS-
UNIVERSIDAD DE BARCELONA
MAESTRÍA EN RELACIONES Y NEGOCIACIONES
INTERNACIONALES**

**RELACIÓN ENTRE CIERTOS PRINCIPIOS
DEL DERECHO REGIONAL CONSUECUDINARIO
Y LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN
(BILATERALES Y REGIONALES)
EN EL ÁMBITO LATINOAMERICANO**

Por ELOÍSA RAYA DE VERA

Diciembre de 2011

Tutor: XAVIER FERNÁNDEZ PONS
Cohorte: 2007-2008

Para Papá,
que siempre estará conmigo

Para Mamá,
por su apoyo incondicional

Para mi esposo Jorge y mi hijita Macarena,
por su amor constante



Universidad de
San Andrés

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
I. Planteo del problema y delimitación del objeto de estudio	11
II. Relevancia del tema de estudio	13
III. Sistemática	15
CAPÍTULO PRIMERO “Derecho regional consuetudinario en materia de inversiones extranjeras”	
I. Introducción	17
II. Derecho Internacional consuetudinario clásico en materia de inversiones	18
III. Doctrinas Drago-Calvo	20
A) Doctrina Drago	20
B) Doctrina Calvo	22
IV. Derecho internacional del desarrollo	25
V. Conclusiones	27
CAPÍTULO SEGUNDO “Acuerdos sobre inversión extranjera”	
I. Introducción	28
II. Tratados Bilaterales de Inversión	30
A) Trato justo y equitativo	30
B) Trato nacional	33
C) Cláusula de Nación Más Favorecida	34
D) Protección y seguridad plenas	37
E) Prohibición de expropiación y compensación pronta, adecuada y efectiva	38
1) Expropiación indirecta	39
2) Reparación por expropiación	42
F) Cláusula paraguas	44
G) Otras cláusulas	45
H) Solución de controversias entre inversores y Estados	47
III. Acuerdos regionales	53
A) Tratado de Libre Comercio de América del Norte	53
B) Mercosur	56

C) Otros acuerdos que contienen disposiciones sobre Inversiones.....	58
IV. Conclusiones.....	58
CAPÍTULO TERCERO “Consecuencias de la especialidad de los acuerdos de inversión ¿La Doctrina Calvo ha fenecido?”	
I. Introducción.....	59
II. La especialidad del régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras y su relación con la costumbre regional.....	60
III. Ámbitos de aplicación temporal y espacial de los acuerdos de inversión extranjera.....	62
IV. Conclusión.....	66
CAPÍTULO CUARTO “Consecuencias de la especialidad de los acuerdos de inversión ¿El régimen jurídico de las inversiones es un <i>self-contained regime</i>?”	
I. Introducción.....	67
II. El derecho aplicable a las controversias sobre inversiones.....	70
A) Derecho aplicable según el Convenio de Washington de 1965.....	70
B) Derecho aplicable a las controversias sobre inversiones según el modelo europeo y norteamericano de TBI.....	76
C) Derecho aplicable en algunos acuerdos regionales que contienen cláusulas sobre inversiones.....	78
D) El tratamiento del derecho aplicable en ciertos laudos arbitrales del CIADI.....	79
III. Conclusión.....	84
CONCLUSIONES FINALES.....	85
REFERENCIAS.....	90

ABREVIATURAS

AMI	Acuerdo Multilateral sobre Inversión
CA	Comunidad Andina
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
CIADI	Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNMF	Cláusula de Nación Más Favorecida
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Del Derecho Mercantil Internacional
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969
CW	Convenio de Washington de 1965
GATT	Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio
IED	Inversión Extranjera Directa
ETN	Empresas Transnacionales
MIC	Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OMC	Organización Multilateral de Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PED	Países en vías de Desarrollo
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TLC	Tratado de Libre Comercio
TN	Trato Nacional
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo

INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera directa (IED) es generalmente considerada por los Estados como un tema sensible y de “alta política”.

Es comprensible dicha consideración, atendiendo a las cifras que implica la IED para las economías locales. Por ejemplo, la IED en América Latina y el Caribe llegó en el 2008 a 128.301 millones de dólares¹, superando en un 13% la cifra del año anterior.

Esa inversión es producto, en su gran mayoría, del accionar de las Empresas Transnacionales² (ETN), entidades que suelen poseer una producción que supera el Producto Bruto Nacional de muchos países³.

Históricamente, el sector privado requirió del Estado un mejor trato a la inversión extranjera. Esa presión fue en aumento a medida que las ETN alcanzaban un papel protagónico en el ámbito mundial, gracias a la creciente liberalización de los mercados y a la globalización⁴.

Luego de la posguerra, las empresas comenzaron a deslocalizarse para aprovechar las ventajas comparativas, diversificando internacionalmente la cadena global de valor⁵. Para maximizar sus beneficios, las ETN requerían de la libre circulación de capitales, derecho a establecerse, de obtener garantías de que su inversión no sería expropiada y que suscitada la controversia con el Estado receptor podrían acceder a un sistema adversarial “imparcial”⁶.

¹ CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe, Informe 2008*.

² La Comisión de Empresas Transnacionales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas considera ETN a aquellas “que incluyen entidades en dos o más países, sean cuales fueren las fórmulas jurídicas y las esferas de sus actividades; que funcionen con un sistema de adopción de decisiones que permita una política coherente y una estrategia común gracias a uno o más centros de adopción de decisiones...” Extraído de BARBÉ Esther, *Relaciones Internacionales*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 2003.

³ Es el caso de las ETN *Exxon Mobil, Wal-Mart Stores, General Motors, Ford Motor, DaimlerChrysler, Shell Group, General Electric, Toyota Motor*, cuya producción supera el PBN de Venezuela, Finlandia, Grecia, Portugal, entre otros. (Fuente: Atlas del Banco Mundial y Revista Fortune).

⁴ Si bien la globalización es un término que ha generado amplios debates, podemos afirmar –siguiendo a DE LA DEHESA G. en *Comprender la globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, que se trata de un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capitales.

⁵ CHUDNOVSKY Daniel y LÓPEZ Andrés, *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur*, en AA.VV., 15 años de Mercosur, Red Mercosur, Montevideo, 2006.

⁶ MAIRAL Héctor, *El silencio de los tribunales argentinos*, en Res Pública Argentina, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, nro. 3-2007, Buenos Aires.

Estos requerimientos del capital transnacional mermaron la capacidad de decisión de los Estados. Asimismo, el Estado, por decisión propia o inducida comenzó a retirarse⁷ de áreas en las que otrora ejercía el monopolio.

El derecho internacional no ha permanecido ajeno a estas demandas o tensiones⁸ entre lo requerido por el sector privado y lo deseado por el sector público. El derecho internacional no es un compartimento estanco. El fenómeno jurídico va íntimamente unido a la base social respecto a la que éste opera⁹.

Ciertamente en esta tensión, la comunidad jurídica internacional cedió al requerimiento de promoción de la cooperación internacional para favorecer una mayor liberalización de los flujos económicos transfronterizos y de la inversión.

Fue así que en 1965, se aprobó el Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, redactado por los directores ejecutivos del que fuera el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Este instrumento internacional, entre otras disposiciones, rompería con la regla consuetudinaria de que la litigiosidad internacional estaba sólo reservada a los Estados, al permitir que un particular pueda demandar, por una controversia relativa a inversiones, a un Estado ante un esquema arbitral internacional.

La tendencia a cooperar en el ámbito internacional con relación a la inversión tuvo diversas manifestaciones durante la segunda mitad del siglo XX. En 1955, las Partes Contratantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) adoptaron una resolución relativa a inversiones en la que se solicitaba a los Estados la conclusión de acuerdos bilaterales tendientes a proteger y garantizar la seguridad de las inversiones extranjeras¹⁰.

En la Ronda de Tokio de Negociaciones Multilaterales de Comercio de 1979, algunos países desarrollados intentaron multilateralizar, bajo la esfera del

⁷ STRANGE Susan, *La retirada del Estado, la difusión del poder en la economía mundial*, Icaria Editorial, Barcelona, 2001.

⁸ FERNÁNDEZ PONS Xavier, *Globalización económica, soberanía de los Estados y políticas sociales: funciones y retos del derecho internacional ante el "trilema" de la globalización*; Sociedad Global, Revista de Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana, Vol. 1, Febrero de 2008.

⁹ DIEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2008.

¹⁰ BASALDUA Ricardo, *La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

GATT, un número de requisitos de desempeño que habían sido introducidos por los países receptores respecto de los inversores extranjeros para limitar su actuación¹¹.

Un nuevo punto de inflexión se estableció en la Ronda de Uruguay. Allí quedó de manifiesto el reconocimiento creciente a los “otros tipos de intercambio del comercio internacional”. Especialmente se aceptó la gran conexión entre el comercio y la inversión¹².

Durante el proceso de preparación de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos elevaron una propuesta con el objetivo de obtener una regulación de las inversiones extranjeras¹³, la que se introdujo –a pesar de la oposición de los PED- en el paquete de negociaciones de la Declaración Ministerial de Punta del Este en 1986.

Resulta interesante analizar las posiciones esgrimidas por los Estados Unidos y los PED en la discusión sobre la aprobación de un acuerdo multilateral sobre inversiones. Fue un nuevo ejemplo de las tensiones existentes entre los capitales transnacionales y los Estados.

Estados Unidos y Japón estuvieron a favor de un régimen de inversión internacional general que estableciera derechos para los inversores extranjeros y que redujera las restricciones a las compañías transnacionales¹⁴. Los PED reclamaron la limitación de las negociaciones a los efectos de las medidas sobre inversiones que tuvieran un resultado negativo directo y significativo sobre el comercio.

¹¹ CORREA Carlos, *Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio: interpretación, aplicación y opciones para su revisión*, en Temas de Derecho Industrial y de la Competencia, Director Carlos Correa, nro. 6, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, pags. 107-142.

¹² UNCTAD, *Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD, Nueva York y Ginebra, 2008.

¹³ Según el Documento GATT PREP.COM (86)/W/35 del 11 de Junio de 1986 los Estados Unidos propusieron: “1) aumentar las disciplinas sobre las medidas gubernamentales sobre inversiones que desviarán los flujos de comercio y de inversión...; 2) explotar una amplia gama de cuestiones en materia de inversión, incluso el trato nacional/trato de nación más favorecida para inversiones directas nuevas y existentes, y el derecho a realizar una inversión y, 3) examinar varios tipos de medidas sobre inversiones en materia de comercio, tales como requisitos de contenido local, requisitos de desempeño, subvenciones e incentivos...”

¹⁴ CORREA Carlos, op. cit. 11.

Lo que finalmente se aprobó en los Acuerdos de Marrakech de 1994 fue un Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio¹⁵ (MIC).

Dicho acuerdo sólo tiene por objeto reducir los obstáculos al comercio de mercaderías originados por disposiciones relativas a inversiones. Es decir, que trata tangencialmente el régimen de las inversiones.

El MIC no se propone facilitar o proteger las inversiones¹⁶, aunque sienta un principio claro: los Estados receptores de la inversión no deben trabar la libertad de gestión de la inversión¹⁷.

Con el auge de las políticas neoliberales patrocinadas por el Consenso de Washington, los países desarrollados iniciaron un nuevo embate en el marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en donde se negoció, en 1995, un Acuerdo Multilateral de Inversión (AMI), el que no logró concretarse debido a la presión de los PED.

Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que no existe a la fecha un sistema multilateral que regule la inversión extranjera directa¹⁸, a pesar de los varios intentos para obtenerlo.

La regulación de las inversiones adquirió un nuevo ámbito de desarrollo a fines de la década del 80, cuando comenzaron a suscribirse en gran escala Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y Tratados regionales que también incluían un capítulo sobre inversiones¹⁹.

Al auge de los TBIs se incorporaron primero los países africanos (a instancias de Europa), luego los países de Europa del Centro y del Este y el Sudeste Asiático²⁰. Recién en la década del 90 la mayoría de los países latinoamericanos hicieron suya la ola de los TBIs.

¹⁵ Anexo 1.A del Acuerdo de Marrakech.

¹⁶ LUFF David, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce, Analyse critique*, Université Libre de Bruxelles, Collection de la Faculté de Droit, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2004.

¹⁷ TAXIL Bérangère, *L'OMC et les pays en développement*, Montchrestien, Paris, 1998.

¹⁸ RAYA DE VERA Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, nro. XVII, Córdoba, República Argentina, 2010, pags. 19-40.

¹⁹ Es el caso del TLCAN (capítulo 11) y del ASEAN (Acuerdo Marco sobre el área de inversiones). Posteriormente el Mercosur (Protocolo de Colonia y de Buenos Aires que no han llegado a entrar en vigor)

²⁰ RAYA DE VERA Eloísa, op. cit. 18

En principio, existieron dos modelos de TBIs: el modelo europeo –un tanto más moderado- y el modelo patrocinado por los Estados Unidos –menos moderado en sus disposiciones-²¹. Sin embargo, gran parte de los TBIs contenían la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF) que permitió extender el régimen del TBI americano a inversores europeos, por lo que de facto se produjo una cierta multilateralización del sistema²².

Si analizamos el fenómeno en Latinoamérica, podemos observar que Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela fueron, durante la década del 90 quienes mayor cantidad de tales acuerdos celebraron²³.

La tendencia a suscribir TBIs fue aumentando a inicios del siglo XXI. Así lo afirma la UNCTAD²⁴ al expresar que “durante los últimos años, por término medio, cada semana se concluyeron más de tres tratados de inversión”. Mientras que durante la década del 90 el universo de acuerdos sobre inversión alcanzaba los 3.400, a finales del 2007 llegaron a los 5.500²⁵.

Estos acuerdos han generado un sistema jurídico “especial” caracterizado por su atomización, complejidad y diversidad, aunque no cerrado.

Se ha caracterizado como “especial”, ya que introduce institutos particulares que favorecen la IED como el trato justo y equitativo, la no discriminación, la protección y seguridad plenas, la indemnización justa, pronta y efectiva, la expropiación indirecta, la cláusula paraguas, la posibilidad de que un particular pueda demandar a un Estado ante un tribunal arbitral internacional, entre otras disposiciones.

Se lo define como un sistema “complejo y diverso”, ya que está formado por miles de acuerdos individuales que carecen de coordinación y que posee múltiples capas (nivel bilateral, subregional, regional, interregional, sectorial, plurilateral y multilateral) que pueden superponerse²⁶.

²¹ CITARA Rubén Miguel, *El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada*, La Ley 2004-A, 1401.

²² RAYA DE VERA Eloísa, op. cit. 18.

²³ BURDMAN Julio, *La protección a las inversiones extranjeras en Argentina (1989-2005): una mirada político-económica*, en AA.VV., *Políticas Liberales exitosas: soluciones pensando en la gente*, compilador Lazzari Diego, Fundación Atlas, Buenos Aires, 2005.

²⁴ UNCTAD, op. cit. 12.

²⁵ En estas cifras se incluyen no sólo los acuerdos bilaterales, sino también la regulación de la inversión extranjera directa en el ámbito regional, en acuerdos de libre comercio u otros tratados de cooperación económica.

²⁶ UNCTAD, op. cit. 12.

En efecto, la firma indiscriminada de acuerdos sobre inversión durante la década del 90, generó el fenómeno que el Profesor Jagdish Bhagwati llamó “*spaghetti bowl*”, evocando una maraña de reglas preferenciales entrecruzadas²⁷.

La existencia de este conglomerado normativo generó el planteo de diversas hipótesis de estudio, algunas de las cuales trataremos de abordar en este trabajo.

I. Planteo del problema y delimitación del objeto de estudio

El régimen jurídico de la IED en América Latina durante parte del siglo XIX y primera mitad del siglo XX se rigió por el derecho regional consuetudinario (en sus relaciones entre sí) y por el derecho internacional consuetudinario clásico (en sus relaciones con países de Europa y Estados Unidos que jamás receptaron la costumbre regional).

Ciertamente, las Doctrinas Drago²⁸ y Calvo²⁹ fijaron pautas para el inversor extranjero. La primera de ellas consistió en la eliminación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales. La segunda estableció que los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado receptor³⁰.

Estas posturas, críticas a la visión de otorgarle un “mejor trato” al inversor extranjero -defendida por los países centrales y la costumbre internacional-, permitió mantener ciertas reglas del derecho regional general no exotizado por la academia internacional³¹.

²⁷ PEÑA Félix, *¿Cuál es el verdadero problema del spaghetti bowl? Proliferación de acuerdos preferenciales en un sistema global debilitado*, publicado en www.felixpena.com.ar, 2007.

²⁸ La Doctrina Drago tiene su origen en una comunicación que efectuó el gobierno argentino a los Estados Unidos el 29 de Diciembre de 1902 como consecuencia de los bombardeos, bloqueos y asalto a la aduana venezolana, que efectuó una flota conjunta entre Inglaterra, Alemania e Italia.

²⁹ La Doctrina Calvo surgió como consecuencia de las declaraciones del diplomático argentino Carlos Calvo en ocasión de la intervención armada de Francia a México.

³⁰ RAYA DE VERA Eloísa, op. cit. 18.

³¹ OBREGÓN Liliana, *Latin American International Law*, Tesis Doctoral, Harvard Law School, 2002.

América Latina, supo acuñar y mantener históricamente estas normas consuetudinarias de alcance regional, construidas enteramente desde los “sitios de recepción”³².

Sin embargo, el conglomerado de TBIs firmados a fines del siglo XX por gran parte de los países de Latinoamérica puso en jaque el particularismo del derecho consuetudinario regional en materia de inversiones.

La doctrina comenzó a interrogarse si la especialidad introducida por los modernos acuerdos de inversión generó la desaparición de la Doctrina Calvo³³ o si el derecho internacional perdió coherencia y comenzó a fragmentarse³⁴.

La imputación de fragmentación no es nueva en el derecho internacional³⁵. De hecho, desde la creación del Sistema Multilateral de Comercio, se ha mantenido una creciente discusión doctrinaria sobre si los acuerdos comerciales incluyen su propio conjunto de normas secundarias especiales³⁶.

Retomaremos esos interrogantes y trataremos de responder: A) Si ciertos principios del derecho regional general perdieron vigencia frente al conglomerado de Acuerdos sobre Inversión.

Este interrogante nos introducirá en las reglas de jerarquía (*jus cogens*, *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat lege generali*) y en los ámbitos de aplicación de los tratados sobre inversión y la costumbre regional³⁷.

B) Si el conglomerado de acuerdos de inversión (bilaterales, regionales, interregionales, etc) se ha convertido en un “régimen jurídico autónomo”.

³² LÓPEZ MEDINA Diego, *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Editorial Legis, Bogotá, 2005.

³³ WENHUA Shan, *Is Calvo Dead?*, *The American Journal of comparative law*, Vol. 55, Abril de 2007, pp. 123-163.

³⁴ SALINAS ALCEGA S., *El Derecho Internacional y algunos contrastes en el cambio de milenio*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 2001.

³⁵ Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre su 52 período de sesiones, 2000, Doc. A/55/10, anexo.

³⁶ FERNÁNDEZ PONS Xavier, *La OMC y el Derecho Internacional, Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional General*, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

³⁷ Hay Estados en Latinoamérica, como Brasil, que no ratificaron ningún acuerdo sobre IED. Por lo tanto, las Doctrinas Drago y Calvo permanecen vigentes en ese ámbito espacial (situación no oponible a las relaciones que Brasil mantenga en el ámbito universal). También es de destacar que la mayor parte de los TBIs tienen plazo de vencimiento, por lo que de no prorrogarse, perderían su vigencia.

Siguiendo a Fernández Pons³⁸, la autonomía de un régimen jurídico internacional material se lograría si contuviera normas secundarias especiales que excluyan el operar de normas de segundo grado del Derecho Internacional general.

Para determinar si el conjunto de normas secundarias especiales producto de los acuerdos de inversión y que establecen un sistema de solución de controversias particular, no se encuentran ancladas en el sistema general de fuentes (lo que confirmaría su autonomía), analizaremos cuáles son las reglas de interpretación y los principios de derecho aplicable a las controversias sobre inversión como producto de esos acuerdos y de qué modo los tribunales arbitrales aplican esas reglas.

Si los órganos arbitrales de solución de controversias en materia de inversiones se remiten al sistema general de fuentes para interpretar los acuerdos, el régimen jurídico internacional de las inversiones no debería concebirse como un “circuito jurídico completamente cerrado”³⁹

II. Relevancia del tema de estudio

Como se expresara anteriormente, los Estados de Latinoamérica se lanzaron, a partir de fines de 1980, a firmar un sinnúmero de acuerdos sobre inversión, compitiendo entre sí, como si se tratara de un concurso de belleza⁴⁰.

Los gobiernos creían que la conclusión de acuerdos de inversión generarían un clima estable y transparente para la inversión. Se esperaba que el marco jurídico de los acuerdos diera mayor confianza y certeza y contribuiría a aumentar el flujo de inversiones.

Sin embargo, la existencia de un conglomerado de acuerdos de inversión no implicó la ausencia de controversias.

A comienzos del 2008, el número de casos conocidos de solución de controversias basadas en las disposiciones de un acuerdo de inversión se elevaba a 290, de los cuales 182 se sometieron al CIADI⁴¹.

³⁸ FERNÁNDEZ PONS Xavier, op. cit. 36.

³⁹ FERNÁNDEZ PONS Xavier, op. cit. 36.

⁴⁰ OMAN C., *Policy competition for foreign direct investment: a study of competition among governments to attract FDI* Paris, OECD Development Centre, 2000.

Asimismo, encabezó la lista de Estados requeridos la República Argentina, con 46 casos, seguida por México con 18⁴².

El aumento de la conflictividad puede deberse a varios factores. Tomando el “caso argentino” –que nos implica directamente-, podemos sostener tentativamente que la falta de disposición de considerables recursos humanos suficientemente formados para participar en forma plena y efectiva en el desarrollo, aplicación y vigilancia de los acuerdos de inversión, implicó la suscripción de tratados incoherentes entre sí y contrarios a ciertos principios constitucionales argentinos⁴³. Tampoco debemos olvidarnos que la grave crisis económica que vivió Argentina en el 2001 fue un importante disparador de las controversias.

Bajo este contexto, el análisis del régimen jurídico internacional de las inversiones y sus implicancias en el derecho internacional puede resultar relevante para el momento en que los operadores gubernamentales renegocien acuerdos vencidos⁴⁴.

Ciertamente y a diferencia de lo que podría suponerse después del caso argentino, los PED a partir del año 2000, continuaron con el boom de la firma de acuerdos de inversión. Actualmente, tres países en desarrollo (China, Egipto y República de Corea) figuran entre los 10 principales signatarios de TBI en todo el mundo⁴⁵. Por lo tanto, el presente análisis tampoco ha perdido actualidad.

⁴¹ UNCTAD, op. cit. 12. Es interesante relevar que hasta 1998 sólo se habían sometido al CIADI 14 casos.

⁴² UNCTAD, op. cit. 12.

⁴³ ROSATTI Horacio, *Los Tratados Bilaterales de Inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, La Ley 2003-F, pag. 1283.

⁴⁴ Este es el caso de Bolivia que anunció oficialmente que renegociará 21 TBIs (www.todanoticia.com, 12/05/10). Argentina ha mantenido silencio al respecto, pero extraoficialmente se sabe que funcionarios de Cancillería están trabajando sobre un TBI modelo para las renegociaciones.

⁴⁵ UNCTAD, op. cit. 12.

III. Sistemática

Con el objetivo de verificar las hipótesis del trabajo⁴⁶ y para arribar a un análisis claro y conciso, se ha decidido sistematizar el contenido como se explicitará *ut infra*.

El trabajo se dividirá en dos partes. En una primera parte se abordarán los contenidos teóricos básicos del régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras. En una segunda parte se analizarán dos posibles consecuencias de la especialidad de los acuerdos de inversión. En detalle:

En el capítulo primero, se examinará la evolución del derecho regional general latinoamericano relativo a inversiones (Doctrinas Drago, Calvo e Irigoyen) y su particularismo con relación a los “sitios de producción” y al derecho internacional consuetudinario.

Asimismo se analizarán las normas internacionales que forman parte del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI). En particular, la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados de 1974⁴⁷.

En el capítulo segundo, se evaluarán los principales institutos contenidos en el modelo americano y europeo de TBIs suscriptos por la República Argentina.

Del mismo modo, se desarrollarán los acuerdos regionales que se refieren a inversiones (el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur y el Protocolo de Buenos Aires para la promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur), así como también el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

En el capítulo tercero se desarrollará una de las primeras consecuencias de la especialidad de los acuerdos de inversión. Allí trataremos de responder si la Doctrina Calvo feneció. Necesariamente nos introduciremos en los principios de jerarquía y en las reglas de aplicación de las normas internacionales (espacial y temporal).

⁴⁶ Hipótesis A: el proceso de ratificación de acuerdos de inversión en Latinoamérica no implicó la desaparición de ciertos principios del derecho regional general. Hipótesis B: el régimen jurídico internacional sobre inversiones no constituye un sistema autónomo y fragmentado del derecho internacional.

⁴⁷ Aprobada mediante resolución 3.281 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU del 12 de Diciembre de 1974.

En el capítulo cuarto abordaremos otra de las consecuencias de la especialidad de los acuerdos de inversión. Intentaremos dilucidar si el conglomerado de acuerdos de inversión ha devenido en un régimen autónomo. Para ello, analizaremos las reglas de derecho aplicable establecidas en el Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, en los TBIs –modelo americano y europeo- y especialmente analizaremos si los tribunales arbitrales del CIADI aplican excluyentemente las normas de los TBIs o se remiten al sistema general de fuentes del Derecho Internacional.

Por último, terminaremos con las conclusiones.

Antes de finalizar con la introducción es mi intención dejar sentado mi agradecimiento al apoyo moral e intelectual que me ha brindado a lo largo de todo el proceso de elaboración de este trabajo mi tutor el Prof. Dr. Xavier Fernández Pons.



CAPÍTULO PRIMERO

Derecho regional consuetudinario en materia de Inversiones extranjeras

I. Introducción

La regulación de las inversiones extranjeras se ha desarrollado históricamente entre dos polos.

En efecto, a lo largo de los últimos cien años, la protección de la inversión extranjera experimentó grandes oscilaciones⁴⁸. Se dirimió entre: el derecho internacional consuetudinario clásico, que le reconocía a los extranjeros ciertos niveles mínimos de protección -desafiado en el ámbito regional por las Doctrinas Drago y Calvo-; la ola de nacionalizaciones y expropiaciones luego de la Segunda Guerra Mundial; el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), para finalizar en la actual tendencia generalizada a bilateralizar - mediante un acuerdo internacional- el régimen jurídico de las inversiones extranjeras.

En el presente capítulo, intentaremos establecer si el desafío de las Doctrinas Drago y Calvo al derecho internacional consuetudinario general en materia de inversiones generó una costumbre regional.

Debemos partir de la afirmación de que el derecho latinoamericano se construyó, en su mayoría, por un número limitado de eruditos y de intereses asentados en países centrales, desde una concepción del conocimiento etnocéntrica, eurocéntrica o anglocéntrica⁴⁹.

Ese conocimiento elaborado por los “sitios de producción” conformó la “teoría transnacional del derecho”⁵⁰.

⁴⁸ FONTOURA COSTA José Augusto, *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, Juruá Editora, Curitiba, 2010.

⁴⁹ LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, tercera reimpresión, Colombia, 2005.

⁵⁰ Expresiones utilizadas por LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, op. cit. 49.

La teoría transnacional fue calcada por los “sitios de recepción” (terminología empleada para designar al pensamiento jurídico de los países de la periferia).

Podría sostenerse que una gran excepción a esta “traslación” fue el Derecho Internacional latinoamericano⁵¹. Ciertamente, una de las pocas disciplinas jurídicas en donde América Latina ha hecho un aporte no exotizado por “los sitios de producción” es en el derecho internacional⁵².

El derecho internacional americano posee varios principios particulares de aplicación regional⁵³. Esos principios⁵⁴ han dotado de particularismo al derecho internacional Latinoamericano.

A modo de avance podríamos afirmar que el régimen jurídico regional de la inversión extranjera no ha sido una excepción al particularismo del Derecho Internacional Latinoamericano, por lo menos en lo que se refiere a las Doctrinas Calvo-Drago.

II. Derecho Internacional consuetudinario clásico en materia de inversiones

Durante gran parte del siglo XIX, fue habitual que los Estados de Latinoamérica suscribieran Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, especialmente con países europeos⁵⁵.

⁵¹ RAYA DE VERA Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, Anuario Argentino de Derecho Internacional nro. XVII del año 2008, Córdoba, publicado en Mayo de 2010, págs. 19-40.

⁵² OBREGÓN Liliana, *Latin American International Law*, Tesis Doctoral, Harvard Law School, 2002.

⁵³ DIAZ CISNEROS César, *Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1966.

⁵⁴ Siguiendo al Dr. DIAZ CISNEROS podemos mencionar los siguientes: a) el *uti possidetis juris* de 1810, aplicable exclusivamente a la demarcación de los territorios que se heredaron de la metrópoli española; b) el principio de no intervención; c) la negación del derecho de conquista y las adquisiciones territoriales por la fuerza o la presión diplomática; d) el asilo diplomático en las legaciones o embajadas; e) las reglas jurídicas que protegen la inmigración, entre otros.

El Dr. ÁLVAREZ Alejandro en *Droit International Américain*, Paris, 1910, pág. 271, establece como cuestiones propias del Derecho Internacional Americano a: a) la condición de las tierras polares antárticas; b) la solicitud de protectorado por un país americano; c) la situación internacional del Canal de Panamá; d) la responsabilidad de los Estados americanos por daños en luchas civiles; e) intervenciones armadas en los países latinoamericanos; f) la Doctrina Drago; g) la Doctrina Calvo; h) la Doctrina Tobar; i) la Doctrina Varela; entre otras.

Si bien estos acuerdos no se referían en forma directa a la inversión extranjera, solían contener disposiciones relativas a la admisión y protección de las inversiones⁵⁶.

Entre sus cláusulas más importantes figuran: declarar la amistad perpetua entre los signatarios y sus ciudadanos recíprocamente; libertad de comercio y libertad de establecimiento; libertad de navegación de los ríos; libertad de ejercer el culto.⁵⁷ Además solían establecer el derecho a ser asesorado jurídicamente, el derecho a un juicio rápido, el trato nacional al inversor extranjero, la protección de la propiedad adquirida, la igualdad de trato impositivo, entre otros⁵⁸.

Quizás, uno de los aspectos más relevantes contenidos en estos acuerdos, tenía que ver con la Cláusula de la Nación Más Favorecida (CNMF)⁵⁹.

En general, la doctrina moderna los criticaba por la cantidad de materias que abarcaban y se les reprochaba haber dado forma contractual a derechos y garantías de extranjeros que estaban suficientemente garantizados por preceptos constitucionales de los Estados latinoamericanos⁶⁰.

Estos Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación no hacían más que plasmar estándares mínimos de trato, un principio ya consagrado en el derecho internacional consuetudinario clásico.

Como bien lo explica FATOUROS⁶¹, el Derecho Internacional consuetudinario clásico, mayoritariamente, establecía un nivel de trato mínimo

⁵⁵ La República Argentina, por ejemplo, suscribió un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con EE.UU. en 1853 y otro con Alemania en 1857, aunque ya en 1825, las Provincias Unidas del Río de la Plata habían firmado uno con Inglaterra (Fuente: ROSA José María, *Historia Argentina*, Tomo III y V, Editorial Oriente S.A., Buenos Aires, 1974).

⁵⁶ HERDEGEN Matthias, *Derecho Internacional Económico*, Thomson Civitas, Navarra, 2003.

⁵⁷ MARZORATI Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, Tomo 2, tercera edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003.

⁵⁸ GRANATO Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión, Working Paper nro. 3, Centro Argentino de Estudios Internacionales, en www.caei.com.ar.*

⁵⁹ La CNMF fue invocada en diversas oportunidades para proteger el accionar de inversores extranjeros. Verbigracia, los Estados Unidos la invocaron en 1910 para que se le otorgue a las sociedades estadounidenses el mismo trato que se les otorgaba a las inglesas en el servicio de comunicaciones.

⁶⁰ ANTOKOLETZ Daniel, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Quinta edición, Ediciones de La Facultad, Buenos Aires, 1951.

⁶¹ FATOUROS Arghyrios, *International investment agreements: recent trends in law and policy, en UNCTAD, Symposium for Least Developed Countries-International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*, Ginebra, 1999.

en cuanto a la posibilidad de invocar la protección diplomática y en cuanto al respeto del derecho de propiedad de extranjeros.

Sin embargo, la protección “integral” de la inversión extranjera no tenía recepción jurídica armoniosa de modo universal.

En efecto, ese estándar mínimo internacional fue desafiado desde los “sitios de recepción”, a través de diversas doctrinas.

III. Doctrinas Drago-Calvo

A) Doctrina Drago: Como consecuencia de la guerra civil que azotó a Venezuela desde 1896, extranjeros sufrieron diversos perjuicios en sus personas y bienes, lo que motivó reclamaciones diplomáticas por parte de Alemania, Francia, Inglaterra, Italia y algunas otras naciones, las que además reclamaron el pago de la deuda pública.

En Diciembre de 1902, no habiendo cumplido Venezuela con las intimaciones efectuadas por los países de Europa, las referidas potencias iniciaron un bloqueo al litoral venezolano, apresaron varios buques de esa nación, bombardearon el puerto Cabello y destruyeron varias cañoneras.

En respuesta a esas acciones, Luis María Drago, siendo Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, dirigió al gobierno de los Estados Unidos de América, una nota⁶² para expresar el punto de vista del gobierno argentino sobre esa intervención⁶³.

⁶² Las partes más relevantes de la nota son: “...este Gobierno ha estimado de oportunidad transmitir a V.E. algunas consideraciones relativas al cobro compulsivo de la deuda pública...El acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente de toda soberanía que no pueda iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella ya que de ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno. Entre los principios fundamentales del Derecho Público Internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados, cualquiera que sea la fuerza de que dispongan, son entidades de derecho, perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedores por ello a las mismas consideraciones y respeto. El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, puede y debe ser hecha por la nación, sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana; pero el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones débiles y la absorción de su gobierno...Lo único que la República Argentina sostiene y lo que vería con gran satisfacción, consagrado con motivo de los sucesos de Venezuela, por una nación que, como los Estados Unidos, goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir

Esa nota dará lugar a la Doctrina Drago y con ello al rechazo del cobro compulsivo de la deuda pública⁶⁴.

Cabe mencionar que dicha Doctrina sólo tiene alcance americanista⁶⁵, aunque no fue receptada por los Estados Unidos ni por Brasil.

En la Segunda Conferencia de la Paz, en 1907, se aprobó la “Proposición Porter”, que incorporaba el principio de no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales. Sin embargo, guardaba silencio con relación al cobro de deuda pública y receptaba el arbitraje como único medio de solución de controversias.

Al respecto, la República Argentina efectuó una reserva para incluir dentro del rechazo, al cobro compulsivo de la deuda pública. Asimismo solicitó agotar primero la jurisdicción del país receptor⁶⁶.

Lamentablemente, la Convención de La Haya de 1907 sobre Resolución Pacífica de Controversias Internacionales –producto de la Segunda Conferencia de la Paz- aprobó la “proposición Porter” literalmente.

De ese modo, quedó plasmado en el ámbito universal (a través de la Convención de La Haya) el principio del rechazo del cobro compulsivo de las deudas contractuales y recurrir al arbitraje para solucionar los diferendos y, en el ámbito regional (a través de la Doctrina Drago) el principio del rechazo del cobro compulsivo de las deudas contractuales y públicas, y agotar primero las instancias jurisdiccionales locales para dirimir las controversias⁶⁷.

el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido, es el que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea.

⁶³ ANTOKOLETZ Daniel, op. cit. 60.

⁶⁴ Esta posición no es nueva: Juan Manuel de Rosas se había negado a aceptar exigencias de los acreedores británicos al firmar la paz con Southern en 1849, y su posición, ratificada por el gobierno inglés, pasó a llamarse desde entonces “Doctrina Palmerston”. El gobierno de Luis Sáenz Peña había rechazado igualmente, en 1893, por sus ministros Anchorena y Romero, la intromisión diplomática británica en el cobro de las deudas exteriores.

⁶⁵ El propio Drago le dio alcance americano para que fuera más fácilmente aceptada.

⁶⁶ La reserva de la República Argentina expresaba: “1) en lo que respecta a las deudas provenientes de contratos ordinarios entre el nacional de un Estado y un gobierno extranjero, no se recurrirá al arbitraje sino en el caso específico de la denegación de justicia por las jurisdicciones del país del contrato, que deben ser previamente agotadas; 2) los empréstitos públicos con emisiones de bonos, que constituyen la deuda nacional, no podrán dar lugar, en ningún caso, a la agresión militar, ni a la ocupación material del suelo de las naciones americanas (en igual sentido las reservas efectuadas por Colombia, El Salvador y Guatemala aunque Perú y Uruguay también dispusieron que las controversias sobre inversiones deberían ser resueltas por la justicia local).

⁶⁷ ANTOKOLETZ Daniel, op. cit. 60.

B) Doctrina Calvo: Carlos Calvo, jurista y diplomático argentino, defendió por primera vez en 1868 el derecho de los Estados recientemente independizados a no someterse a la injerencia de potencias extranjeras y promovió la denominada “Doctrina Calvo”, según la cual, los inversores extranjeros no deben gozar de una situación más favorable que los inversores locales y sus derechos y obligaciones deber ser determinados bajo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de ese Estado⁶⁸.

Su tesis fue el resultado directo de la intervención que sufrió México en 1861 por los gobiernos de Inglaterra, Francia y España con el pretexto de deudas impagas. Dicha empresa finaliza con la conquista de México y la imposición de un gobierno imperial extranjero (Maximiliano de Austria).

También tuvo en cuenta la situación de explotación vivida por Perú, Bolivia y Chile por las compañías inglesas dedicadas a la comercialización del guano – fertilizante-⁶⁹.

Puede afirmarse que la Doctrina Calvo sostiene dos conceptos bien diferenciados: en primer lugar, la no intervención y en segundo lugar, la absoluta igualdad de trato entre nacionales y extranjeros⁷⁰. Aunque la doctrina, suele ser proclive a expresar que las ideas centrales residen en la noción de igualdad y el rechazo a la concepción de “super-estados”⁷¹.

La teoría del diplomático argentino posee, asimismo, dos ámbitos: por un lado, el ámbito sustancial, materializado en el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros y el rechazo al estándar mínimo de trato establecido por el derecho internacional consuetudinario clásico, y por el otro, el ámbito procesal, materializado en afirmar la aplicación de la ley y la jurisdicción del país receptor de la inversión y en desconocer la protección diplomática como derecho estatal⁷².

⁶⁸ CALVO Carlos, *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris, 1868.

⁶⁹ ROSA José María, op. cit. 55.

⁷⁰ SHEA Donald, *The Calvo Clause: a problema of inter-american and international law and diplomacy*, 1955.

⁷¹ SHAN Wenhua, *Is Calvo Dead?*, Paper presented at the Society of Legal Sholars Symposium 2006, entitled *Redefining Sovereignty: An International Debate on Sovereignty and International Economic Law*, Oxford University, May 2006.

⁷² KENNETH J., *Sustainable Liberalism and the International Investment Regime*, 19 MICH J. INT'L 373 (1998).

La Doctrina Calvo no tuvo ninguna aceptación ni en Europa ni en los Estados Unidos, sitios en los que continuó vigente el derecho internacional consuetudinario clásico, basado en un estándar mínimo de protección al inversor extranjero y plasmado en: a) la posibilidad de que un extranjero pueda recurrir a la protección diplomática⁷³; b) la protección de la propiedad de extranjeros⁷⁴; c) la posibilidad de reclamar –frente a una expropiación- una indemnización integral⁷⁵ o plena⁷⁶; d) recurrir al arbitraje para dirimir controversias sobre inversiones.

En Latinoamérica, en cambio, la Doctrina Calvo fue receptada con entusiasmo y adoptada por la Primera Conferencia Internacional de Estados

⁷³ DIEZ DE VELASCO Manuel en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2008, explica que la razón capital esgrimida por los países europeos para negarle efectos jurídicos a la Doctrina Calvo -en lo que a la renuncia a la protección diplomática por los particulares se refiere-, es que esa protección es un derecho del Estado y no del particular. Confirma esta postura el fallo del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso “Panevezys-Saldutsikis Railway”: “...al involucrarse en un caso en representación de uno de sus nacionales a través de una acción diplomática o de procedimientos judiciales internacionales, el Estado en realidad está velando por su propio derecho, es decir, el derecho de garantizar en la persona de sus súbditos, el respeto por las normas de derecho internacional. Este derecho está necesariamente limitado a la intervención en nombre de sus propios nacionales dado que, a falta de acuerdo especial, el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y sus súbditos por sí solo confiere al Estado el derecho a la protección diplomática y, por lo tanto, es como parte de la función de protección diplomática que se debe entender el derecho a iniciar una reclamación para garantizar el respeto por las normas de derecho internacional.”

En este sentido, es bueno recordar, que el derecho internacional consuetudinario regional también le niega protección diplomática a las personas jurídicas, a través de la Doctrina de Bernardo de Irigoyen.

⁷⁴ Derecho afianzado bajo el paraguas de los Derechos Humanos -Declaración Universal de los Derechos del Hombre-. (Confirmación: VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1978).

⁷⁵ El término integral fue adoptado por primera vez en el caso “Fábrica de Chorzów” de la Corte Permanente de Justicia Internacional y en el cual se estableció que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar (Confirmación: MONTERISI RICARDO, *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009).

La reparación, para que revista el carácter de integral debe: hacia el futuro, garantizar el pleno y libre ejercicio del derecho conculcado; hacia el pasado, implica para el Estado la obligación de reparar y de otorgar una justa indemnización (Confirmación: GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones en “La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo: 1979-2004”*, pág. 11, Corte Interamericana, Costa Rica, 2005)

La integralidad fue finalmente incorporada en el sistema de protección de los derechos humanos (Al respecto consultar: RAYA DE VERA Eloísa, *La reparación adecuada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nro. 7, Julio de 2011, págs. 89-111).

⁷⁶ La expresión plena se debe al Secretario de Estado de los Estados Unidos Cordell Hull, quien en 1938, mediante un comunicado a México, solicita para los ciudadanos estadounidenses que fueron expropiados una compensación pronta, adecuada y efectiva (Confirmación: TEMPONE Rubén, *Protección de inversiones extranjeras*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003).

Americanos en 1889 del siguiente modo: “Los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles de los que gozan los nacionales y se les otorgarán todos los beneficios derivados de tales derechos, tanto en lo sustancial como en la forma o el procedimiento, y se les concederán los mismos recursos para su defensa otorgados a los nacionales. Una nación no tiene ni reconoce a favor de extranjeros, más obligaciones o responsabilidades que las establecidas a favor de los nacionales por la Constitución y las leyes en las mismas circunstancias”⁷⁷.

Asimismo, fue receptada en constituciones⁷⁸, legislación⁷⁹, tratados⁸⁰ y contratos⁸¹ sobre obras públicas o concesiones en los que eran parte países de Latinoamérica.

La cláusula Calvo⁸², producto de la Doctrina, se hizo moneda corriente en la contratación pública latinoamericana e incluso fue exportada a los países de Asia y África luego de la descolonización⁸³.

Si concebimos a la costumbre como el proceso en el que se da el factor material –o práctica constante y uniforme- y la *opinio juris sive necessitatis*⁸⁴, no caben dudas que la Doctrina Calvo devino en derecho consuetudinario regional⁸⁵ y se opuso al derecho internacional consuetudinario clásico⁸⁶.

Universidad de
San Andrés

⁷⁷ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Cuarta edición, La Ley, Buenos Aires, 2007.

⁷⁸ Por ejemplo, el art. 31 de la Constitución de Perú de 1933.

⁷⁹ Ley ecuatoriana de inversión de 1938.

⁸⁰ Decisión 24 sobre inversiones del Pacto Andino de Naciones.

⁸¹ Contrato entre México y la empresa North American Dredging of Texas, por ejemplo.

⁸² Establecía que las empresas y ciudadanos extranjeros serían equiparados a los nacionales a efectos de reclamaciones y de acciones judiciales, renunciando a cualquier trato, prerrogativa o facultad que les correspondiese por su condición de extranjeros, incluida la protección diplomática.

⁸³ SHAN Wenhua, op. cit. 24.

⁸⁴ BARBERIS Julio, *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

⁸⁵ Interesa mencionar que las reglas generalmente aceptadas pueden tener un ámbito de validez restringido a una región o incluso entre dos Estados.

⁸⁶ Aunque, la existencia de un estándar mínimo de protección, nunca llegó a ser unánime en los propios países desarrollados (Confirmación: SORNARAJAH M., *The International Law of Foreign Investment*, segunda edición, Cambridge University Press, 2004).

IV. Derecho internacional del desarrollo

Durante las dos guerras mundiales y el período de entreguerras, subsistieron estas dos visiones de la inversión extranjera, aunque de modo atemperado por el propio conflicto.

En la posguerra y como consecuencia del restablecimiento de la inversión extranjera, el derecho internacional consuetudinario regional y clásico regresan con más fuerza.

Estas dos visiones inician una nueva pulseada, que terminará en la década del 90 con un aparente ganador, aunque no fue una batalla sencilla.

De la mano del estructuralismo⁸⁷, durante la década del 60, comienza a reivindicarse, a través de diversos instrumentos de derecho internacional, la posición de los países subdesarrollados. Estos instrumentos llegaron a conformar una propuesta ambiciosa para tratar de impulsar un “Nuevo Orden Económico Internacional” (NOEI)⁸⁸.

En ese ámbito, se elaboraron los siguientes documentos: a) La Declaración y el Programa de Acción sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), aprobado durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General en abril de 1974 mediante las Resoluciones 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI); b) La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por la Asamblea General en diciembre de 1974 mediante Resolución 3281 (XXIX); y c) La Declaración final sobre Desarrollo y Cooperación Económica Internacional, aprobada durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General en septiembre de 1975⁸⁹ mediante Resolución 3362 (S-VII).

En líneas generales, la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados establece con relación a la inversión extranjera que cada Estado tiene

⁸⁷ BARBÉ Esther en *Relaciones Internacionales*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2003, explica que el estructuralismo es la teoría que pretende conocer los orígenes, el carácter y las consecuencias del sistema capitalista mundial (con un interés especial por los temas del subdesarrollo).

⁸⁸ FERNÁNDEZ PONS Xavier, *Globalización económica, soberanía de los Estados y políticas sociales: funciones y retos del derecho internacional ante el “Trilema” de la globalización*, publicado en la Revista Sociedad Global, nro. 2, Diciembre de 2008, Editorial de la Universidad Abierta Interamericana.

⁸⁹ ALEJO Francisco, VILLARREAL René y REYES Saúl, *Economía y comercio internacional en AA.VV.*, Derecho Económico Internacional, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

derecho a reglamentar y regular la inversión extranjera, las empresas transnacionales, y a nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de extranjeros sobre sus riquezas, recursos naturales y actividades económicas (artículo 2).

La Carta, claramente somete el régimen de la inversión extranjera al derecho del Estado receptor de la inversión. De ese modo, reafirma los principios de jurisdicción y ley aplicable local establecidos por la Doctrina Calvo.

Asimismo, confirma el derecho a realizar expropiaciones –según los motivos que determine ampliamente el Estado receptor-, negando el estándar mínimo en materia de protección del derecho de propiedad de extranjeros.

Sin embargo, mucho se ha discutido sobre el valor jurídico de las Resoluciones que conforman el NOEI.

Doctrina minoritaria consideró que las Resoluciones en cuestión, por la forma de su adopción, el factor reiterativo y su aceptación por la práctica internacional regional, poseen una fuerza innegable⁹⁰.

Miaja de la Muela⁹¹ consolida la importancia del NOEI en la falta de valor jurídico del Viejo Orden (equivalente al derecho internacional consuetudinario clásico).

Otra parte de la doctrina⁹², en cambio, considera que la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados –como parte integrante del derecho internacional del desarrollo- posee un rango inferior al de la Carta de las Naciones Unidas, aunque debe ser respetada en virtud al principio de buena fe.

⁹⁰ SEPÚLVEDA César, *México y el Club de Roma*, segunda parte (La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados), México, Colección Metropolitana, 1975.

⁹¹ MIAJA DE LA MUELA Adolfo, en *Principios y reglas fundamentales del Nuevo Orden Económico Internacional*, Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Madrid, 1976, afirma que el Viejo Orden Económico Internacional ha sido un orden de facto, integrado con una mínima regulación normativa, fundado en criterios que fueron el resultado de un sistema internacional que aceptó la explotación, la desigualdad y el colonialismo y que, consecuentemente, ha negado la plena e integral aplicación a las relaciones económicas internacionales de los principios de igualdad jurídica, independencia, soberanía, libre determinación y cooperación para el desarrollo.

⁹² POLANCO ALCÁNTARA Tomás, *La obligatoriedad y validez de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, en AA.VV., *Derecho Económico Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Otros consideran que el carácter vinculante de la Carta reside en que se encuentra anclada en el sistema de derechos humanos⁹³.

Mientras que la doctrina mayoritaria⁹⁴ considera que los principales instrumentos con los que se quiso implantar el NOEI son mero “soft law”.

A pesar de su carácter no vinculante, con el que coincidimos, las disposiciones del NOEI pueden ser utilizadas como fuente del derecho internacional para la interpretación de otras fuentes⁹⁵ (tal como se analizará en el Capítulo Cuarto del presente trabajo).

V. Conclusiones

Del análisis precedente pueden deducirse las siguientes conclusiones parciales: 1) el estándar mínimo de protección al inversor extranjero consagrado en el derecho internacional consuetudinario clásico y en algunos acuerdos internacionales nunca llegó a ser unánime; 2) las Doctrinas Drago-Calvo desafiaron el estándar del derecho internacional clásico; 3) las Doctrinas Drago-Calvo tuvieron una importante aceptación en la práctica regional⁹⁶; 4) la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados receptó algunos de los principios consagrados en el derecho internacional consuetudinario regional en materia de inversiones, aunque sin carácter vinculante para los Estados.

⁹³ ABI-SAAB Georges, *The legal formulation of a Right to development*, Le droit on developpement, Paris, 1980.

⁹⁴ FERNÁNDEZ PONS Xavier, op. cit. 88. Ver también REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 77.

⁹⁵ De hecho, la Resolución 3232 (XXIX) de la Asamblea General establece que “el desarrollo del derecho internacional puede reflejarse, entre otras cosas, en las declaraciones y resoluciones de la Asamblea General que, en esa medida, pueden ser tomadas en consideración por la Corte Internacional de Justicia”.

⁹⁶ Corresponde aclarar que el derecho regional latinoamericano en materia de inversiones nunca fue aceptado ni por Europa ni por Estados Unidos. Ello implica que, en las relaciones que Latinoamérica mantuvo con los países desarrollados, las Doctrinas Calvo-Drago no fueron aplicables.

CAPÍTULO SEGUNDO

Acuerdos sobre Inversión Extranjera

I. Introducción

La protección de la inversión extranjera, a pesar de los esfuerzos de los países exportadores de capital, no tuvo un régimen suficientemente integral de promoción y protección de la inversión sino hasta después de la década del 90.

En efecto, el régimen internacional de la inversión extranjera se caracterizaba por un profundo desacuerdo en la comunidad internacional sobre el grado de protección⁹⁷ y por falta de unanimidad en la concepción de los estándares mínimos⁹⁸. Ello ha permitido sostener la afirmación de que ese régimen era inexistente en el ámbito universal⁹⁹.

Los diversos intentos multilaterales¹⁰⁰ de materializar ese estándar mínimo de protección, fracasaron.

Los países desarrollados, comenzaron entonces, a partir de la segunda mitad del siglo XX, a reeditar los Tratados bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación con Países En vías de Desarrollo (PED). Si bien, esos acuerdos no regulaban en forma directa la inversión, contenían algunas disposiciones de sumo interés para los inversores extranjeros, como la protección de la propiedad según el estándar del derecho internacional consuetudinario clásico, la garantía de un trato justo y equitativo y una compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación¹⁰¹.

El primer Tratado Bilateral específicamente relativo a la Promoción y Protección de la Inversión Extranjera (TBI) se firmó en 1959 entre la República

⁹⁷ UNCTAD, *Regulación Internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD, Nueva York y Ginebra, 2008.

⁹⁸ FONTOURA COSTA José Augusto, *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, Juruá Editora, Curitiba, 2010.

⁹⁹ Aunque la doctrina de los “sitios de producción del derecho internacional” sostenían su existencia basados en documentos oficiales de los países desarrollados y en la práctica internacional (Confirmación: SORNARAJAH M., *The International Law of Foreign Investment*, segunda edición, Cambridge University Press, 2004).

¹⁰⁰ Se puede mencionar la Carta de La Habana de 1948 y a principios de los años ochenta el proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas para las empresas transnacionales.

¹⁰¹ UNCTAD, op. cit. 97.

Federal de Alemania y Pakistán. Sin embargo, durante muchos años, los países en vías de desarrollo no lo adoptaron como práctica habitual¹⁰².

Fue recién en la década del 90, con el auge de las políticas neoliberales, que esta práctica se generalizó¹⁰³. En una primera oleada se incorporaron los países africanos (a instancia de Europa), luego los países de Europa del Centro y del Este y el Sudeste asiático y por último los países de Latinoamérica¹⁰⁴.

La doctrina suele mencionar varias causas de la acentuada tendencia de los Estados latinoamericanos a suscribir TBIs a partir de la década del 90. Entre ellas: a) la aceptación generalizada de las políticas neoliberales patrocinadas por el Consenso de Washington¹⁰⁵; b) la crisis de la deuda soberana de los años ochenta que exigió a los PED la búsqueda de créditos e inversiones¹⁰⁶; c) la visión ortodoxa predominante en las élites políticas de que era necesario crear un ambiente económico y jurídico que resulte atractivo para los inversores a través del aseguramiento del estándar mínimo de protección previsto en el derecho internacional consuetudinario clásico¹⁰⁷.

Como resultado de esa visión, América Latina abandonó el particularismo que la caracterizara en materia de inversión extranjera y se lanzó en una carrera casi desesperada a garantizar “integralmente” al inversor, a través de la suscripción de numerosos TBIs.

En este Capítulo intentaremos abordar los aspectos más sobresalientes del régimen regional de las inversiones extranjeras (a través de los acuerdos bilaterales y regionales) y que implicó un quiebre con los principios establecidos por la Doctrina Calvo.

¹⁰² Entre 1959 y 1970 se firmaron 72 TBIs. Entre sus cláusulas más importantes figuraban: el trato nacional y el trato de nación más favorecida, un trato justo y equitativo (conforme al derecho internacional consuetudinario), una garantía de compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación, un derecho de libre transferencia de los fondos relacionados con la inversión y disposiciones de solución de controversias (Fuente: UNCTAD, op. cit. 1)

¹⁰³ Sin embargo, ya a partir de la década del 70, el número de TBIs acordados comenzó a aumentar: entre 1970 y 1989 se firmaron 552.

¹⁰⁴ RAYA DE VERA Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, nro. XVII del año 2008, publicado en Mayo de 2010, págs. 19-40.

¹⁰⁵ FONTOURA COSTA José Augusto, op. cit. 98.

¹⁰⁶ UNCTAD, op. cit. 97.

¹⁰⁷ GRANATO Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Working Paper nro. 3, CAEI, disponible en www.caei.com.ar, 2005.

II. Tratados Bilaterales de Inversión

A) Trato justo y equitativo: la obligación de conceder un trato justo y equitativo, ya era muy difundida entre los países exportadores de capital¹⁰⁸. Sin embargo, no existía una norma vinculante internacional que la reconociera específicamente con relación a la inversión, hasta su inclusión en los TBIs¹⁰⁹.

En general, los TBIs incorporaron el trato justo y equitativo en cláusulas con términos amplios y genéricos. Así por ejemplo, el TBI firmado entre la República Argentina y España¹¹⁰: *“Cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte”*¹¹¹.

Otros, en cambio, fueron más específicos, como el TBI suscripto entre la República Argentina y Estados Unidos en 1992, que dispuso al respecto: *“Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”*¹¹².

El TBI americano materializa el anclaje del tratamiento justo y equitativo en el derecho internacional. Asimismo, fija un piso para la interpretación del contenido de ese tratamiento, al establecer que en ningún caso se les concederá a los inversores un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional. Ello implica que no puede ser menor aunque sí superior.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ DE GURMENDI Silvia, *Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* en Relaciones Internacionales, publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, nro. 3, Noviembre de 1992.

¹⁰⁹ En cambio, ya había un reconocimiento en diversos laudos arbitrales y en la doctrina internacional. Por ejemplo, en el caso “Neer vs. Estados Unidos Mexicanos” de 1926, el tribunal arbitral definió que el no cumplimiento del estándar de trato justo y equitativo se produce como consecuencia de un ultraje, acto de mala fe, negligencia voluntaria de un deber o insuficiencia de una acción gubernamental, reconocidas como tales por cualquier hombre razonable e imparcial.

¹¹⁰ En igual sentido el Art. 5.1 del Tratado Modelo de Canadá (2004), el Art. 3 del Tratado Modelo de Francia (2006), Tratado Modelo de Alemania (2008) y la India (2003).

¹¹¹ Art. 4.1 (firmado el 03/10/91, aprobado por ley argentina 24.118, en vigencia desde el 28/09/92, con vencimiento en el 2006)

¹¹² Art. II.2.a (firmado el 14/11/91, aprobado por ley argentina 24.124, en vigencia desde el 20/10/94, con vencimiento en el 2004)

Interesa destacar que el trato justo y equitativo se diferencia de otros institutos vinculados al tratamiento del inversor extranjero (como el trato nacional o la cláusula de nación más favorecida) en que no es contingente ni relativo¹¹³. Ello implica que el contenido del “trato justo y equitativo” es independiente del tratamiento otorgado al inversor local o a inversores de terceros Estados. Su violación sólo se observa bajo la lente de la justicia y la equidad¹¹⁴.

Ese lente tan amplio ha generado diversas interpretaciones al momento de definir el contenido mínimo del “trato justo y equitativo”.

Siguiendo a BARRAGUIRRE¹¹⁵, las interpretaciones efectuadas son pasibles de distinta gradación: en primer lugar, la posición de considerar que la protección es “superior” y “autónoma” al estándar mínimo establecido en el derecho internacional; o en segundo lugar, considerar que la protección es similar al estándar mínimo establecido en el derecho internacional.

La concepción del trato justo y equitativo como protección “superior” y “autónoma” al estándar mínimo del derecho internacional se caracteriza por su total flexibilidad y amplitud. Cualquier conducta del Estado receptor –incluso las promesas efectuadas por funcionario sin competencias para hacerlo, o la actuación de buena fe- puede violentar las expectativas inducidas.

A modo de ejemplo, fue utilizada en el caso “Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos” (CIADI ARB (AF)/00/2), en el que el Tribunal arbitral estableció que los alcances del estándar comprende la expectativa de que el Estado receptor actúe de manera coherente, libre de ambigüedades y en forma totalmente transparente...por lo que el inversor debe conocer de antemano todas las reglas y regulaciones que gobernarán la inversión así como las metas y objetivos de las políticas públicas, directrices y

¹¹³ FATOUROS Arghyrios A., *International investment agreements: recent trends in law and policy* en Symposium for Least Developed Countries-International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries, Ginebra, UNCTAD, 1999.

¹¹⁴ FONTOURA COSTA José Augusto, op. cit. 98.

¹¹⁵ BARRAGUIRRE Jorge y MANSI Ariel, *El Sistema de Solución de Controversias en materia de Inversiones: el Subsistema del Convenio C.I.A.D.I. Tratados Bilaterales de Inversión*, Relato del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”, Córdoba, 1 al 3 de Octubre de 2009.

prácticas administrativas pertinentes a fin de ser capaz de planificar su inversión y cumplir con aquéllas¹¹⁶.

La doctrina de los países exportadores de capital suele tener la visión de que “el trato justo y equitativo” se refiere a una conducta que va mucho más allá del estándar mínimo y otorga una protección más amplia que cualquier otro concepto expresado en el pasado¹¹⁷.

Por el contrario, la doctrina de los países receptores de inversión suele atenerse de modo estricto al estándar mínimo establecido en el derecho internacional, rechazando toda especie de estándar aditivo¹¹⁸.

En “MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. la República de Chile” (CIADI ARB/01/7), también se tomó un estándar ampliado, basándose en los enunciados proactivos (tales como promover, crear y estimular) contenidos en el TBI. Por ello se concluyó que violenta el trato justo y equitativo la falta de transparencia en el funcionamiento de los órganos públicos y en la falta de un marco predecible para las inversiones.

Contrariamente, la posición de que el trato justo y equitativo incluye un estándar similar al previsto en el derecho internacional se caracteriza por estabilizar el estándar en el marco regulatorio bajo el cual la inversión fue hecha¹¹⁹; por limitar la interpretación del estándar bajo el derecho del Estado receptor, y por sólo incluir conductas estatales especialmente delegadas por compromisos específicos.

Para esta visión, las expectativas legítimas dignas de protección son aquellas que descansan sobre una base objetiva de derecho¹²⁰.

En “Metalpar S.A. y Buen Ayre S.A. v. La República Argentina” (CIADI ARB/03/5) el tribunal llegó a una conclusión semejante: “las expectativas

¹¹⁶ En igual sentido las conclusiones del tribunal en el caso “CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina” (CIADI ARB/01/8) y “Mondev International Ltd. v. Estados Unidos de América” (CIADI ARB AF/99/2).

¹¹⁷ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Cuarta edición, La Ley, Buenos Aires, 2007.

¹¹⁸ BARRAGUIRRE Jorge y MANSI Ariel, *op. cit.* 115.

¹¹⁹ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador (CIADI ARB/06/11)

¹²⁰ El Tribunal arbitral en el caso “M.C.I. Power Group L.C. & New Turbine Inc. V. La República de Ecuador” (CIADI ARB/03/6) dispuso: “Las expectativas del inversor respecto a la exigencia de un trato justo y equitativo y de buena fe, de conformidad con el TBI, deben tener un correlato de legitimidad objetivo. La legitimidad de las expectativas del trato debido...no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza del contenido de las obligaciones exigibles”.

legítimas requieren una promesa de la administración en la cual los demandantes basen sus derechos...en este caso concreto, no existió una licitación, una licencia, un permiso o un contrato de alguna clase entre Argentina y los demandantes, por lo que no hubo expectativas legítimas que fueran violadas...”

Asimismo, en el caso “Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc. y A.A. Baltoil v. Estonia” (CIADI ARB/99/2) el tribunal dispuso que el significado de trato justo y equitativo requiere para su violación actos por parte del Estado que demuestren una premeditada intención hacia el incumplimiento de una obligación.

Las disímiles interpretaciones del “trato justo y equitativo” en los diversos laudos arbitrales generaron un replanteo de la cláusula. Así por ejemplo, en el modelo de TBI (2004) de los Estados Unidos, se modificaron los términos del originario Art. II.2.a incorporando la expresión “y no crea derechos sustantivos adicionales”¹²¹.

B) Trato nacional: la obligación de tratar al inversor extranjero de un modo no menos favorable que al inversor nacional se encuentra plasmada en la mayoría de los TBIs.

Así por ejemplo, en el TBI firmado entre España y la República Argentina se establece que: “Además de las disposiciones del párrafo 2 (correspondiente a la Cláusula de la Nación Más Favorecida), cada Parte aplicará, con arreglo a su legislación nacional, a las inversiones de los inversores de la otra Parte, un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores”¹²².

Por su parte, el TBI firmado entre Estados Unidos y la República Argentina dispone: “Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades...”¹²³.

¹²¹ Los TBIs que hoy se están negociando, en general, se remiten al derecho internacional para establecer el contenido del “trato justo y equitativo”, pero como techo y no como piso (Confirmación: CROSS Karen H., *Inversión en América Latina: los Tratados bilaterales de inversión y arbitraje de conflictos con inversiones en América Latina* en Seminario de Aspectos Legales de las Finanzas, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Marzo de 2010).

¹²² Art. 4.5

¹²³ Art. II.1

Tanto el modelo americano como el europeo de TBI establecen un mínimo de tratamiento, con la expresión “no menos favorable que”. Es decir, llegado el caso, el tratamiento debe ser igual –como mínimo- o superior.

De este modo, se apartan del principio de igualdad absoluta entre nacionales y extranjeros establecido en la Doctrina Calvo.

Cumple aclarar que la cláusula de Trato Nacional es relativa o contingente¹²⁴, ya que su alcance debe determinarse de la comparación del trato otorgado a los nacionales.

Conceder el “Trato Nacional” posee, para el Estado receptor de la inversión, una doble obligación: por un lado, establecer un trato no menos favorable al inversor extranjero por medio de su legislación, y por el otro, establecer un trato no menos favorable en situaciones de hecho¹²⁵. Es decir, el Trato Nacional prohíbe tanto discriminaciones “de iure” como “de facto”.

Sin embargo, el “Trato Nacional” previsto en los TBIs no implica que el tratamiento entre nacionales y extranjeros sea idéntico. La exigencia del TBI es que sea igual –como mínimo- dentro de un rango de iguales (a ello alude la expresión “en situaciones semejantes” del TBI americano)¹²⁶.

Ello ha quedado plasmado en diversos laudos arbitrales. Por ejemplo, en el caso “Metalpar S.A. y Buen Ayre S.A. v. La República Argentina (CIADI ARB/03/5), el Tribunal consideró que: “Tratar de manera diferente a sujetos de distintas clases no implica un trato desigual...el principio de igualdad se aplica entre iguales únicamente”¹²⁷.

C) Cláusula de Nación Más Favorecida: mediante la CNMF se establece una ligazón entre la situación del inversor extranjero del Estado Parte del TBI e inversores de terceros Estados.

En el TBI entre Argentina y España, se encuentra plasmada del siguiente modo: “En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento

¹²⁴ FATOUROS Arghyrios A., op. cit. 113.

¹²⁵ FONTOURA COSTA José Augusto, op. cit. 98.

¹²⁶ Lo mismo sucede en el ámbito de la OMC en donde se interpreta que el trato nacional establecido en el GATT se aplica con respecto a productos similares o de un mismo rubro.

¹²⁷ En igual sentido, el laudo del caso “CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina” (CIADI ARB/01/8) y del caso “Sempra Energy Internacional v. La República Argentina” (CIADI ARB/02/16).

no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país”¹²⁸.

Mientras que en el TBI entre Argentina y los EE.UU. se establece que “Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de los nacionales o sociedades de terceros países...”¹²⁹.

La CNMF es la otra cara del principio de no discriminación al inversor extranjero. En efecto, la discriminación no sólo puede producirse en la relación con el inversor local, sino también con otros inversores extranjeros.

El estándar de protección consagrado a través de la CNMF de los TBIs es superior al consagrado en la Doctrina Calvo¹³⁰, ya que al disponer que no sea menos favorable que, rompe con el principio de la igualdad absoluta.

Cabe destacar que la incorporación de la CNMF tiene un efecto “difusivo” de la protección otorgada a las inversiones, en la medida en que las protecciones adicionales obtenidas por uno de los Estados en relación con el Estado receptor de la inversión se transmitirán a los demás Estados que celebren un tratado de inversión con dicho Estado¹³¹.

O dicho en otros términos, la inclusión de la CNMF tiende a multilateralizar el contenido de los TBIs¹³².

No es pacífica la interpretación del alcance de la CNMF. Parte de la doctrina¹³³ considera que sólo puede invocarse con relación a los derechos

¹²⁸ Art. 4.2

¹²⁹ Art. II.1

¹³⁰ TAWIL Guido S., *Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos Vivendi, Wena y Maffezini* en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, octubre de 2002, año XXV, nro. 289, pág. 241 y subsiguientes.

¹³¹ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 117.

¹³² PERUGINI Alicia, *La definición de las personas físicas y la cláusula de la Nación más favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones* en Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993.

¹³³ Es el caso de ROSATTI Horacio en *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, La Ley 2003-F, 1283 al criticar la posición del tribunal arbitral en el caso Maffezini y CMS.

sustantivos relativos a la inversión. Otra parte considera que puede extenderse a cuestiones procesales, como el mecanismo de resolución de disputas¹³⁴.

Este debate tiene su equivalente en el arbitraje del CIADI. Por ejemplo, en el caso “Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España” (CIADI ARB/97/7), el Tribunal arbitral estableció que la CNMF podía invocarse con relación a la posibilidad de recurrir directamente al arbitraje sin agotar primero la jurisdicción del país receptor de la inversión (tal como disponía el TBI entre la República Argentina y EE.UU.)¹³⁵.

En un reciente laudo, en el caso “Hochtief AG v. La República Argentina” (CIADI ARB/07/31), el Tribunal consideró que la CNMF se aplica al sistema de solución de controversias, con el siguiente argumento: “Efectivamente, el derecho (‘procesal’) de hacer efectivo otro derecho (‘sustantivo’) es un componente dentro del compendio de derechos y obligaciones que conforman el concepto jurídico de lo que constituye propiedad. En consecuencia, el Tribunal entiende que la cláusula NMF en principio es aplicable a la promoción de procedimientos sobre resolución de diferencias”¹³⁶.

Sin embargo, algunos laudos arbitrales adoptaron la visión restringida de la CNMF, es decir, sólo aplicarla al sistema de solución de controversias si esa fue la intención inequívocamente expresada por las partes¹³⁷.

Distintos Estados, frente a la ambigua delimitación de la CNMF, han optado por modificar los modelos de TBIs, para evitar los riesgos de una interpretación amplia¹³⁸.

¹³⁴ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 117.

¹³⁵ En igual sentido, los casos “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. La República Argentina” (CIADI ARB/03/19), “Siemens A.G. v. La República Argentina” (CIADI ARB/02/8); “Gas Natural SDG S.A. v. La República Argentina” (CIADI ARB/03/10).

¹³⁶ Sin embargo, el Tribunal reconoce ciertas limitaciones: “Se entiende claramente que las cláusulas NMF están sujetas a limitaciones implícitas. Un ejemplo fue el dado por la Comisión de Derecho Internacional en sus Comentarios al Proyecto de Artículos sobre cláusulas de la nación más favorecida. La Comisión sostuvo que una cláusula de ese género contenida en un tratado comercial entre el Estado A y el Estado B no permitiría al Estado A reclamar la extradición de un delincuente del Estado B por el hecho de que este último haya accedido a extraditar, o extradite voluntariamente, a delincuentes al Estado C. La cláusula NMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizados por el TBI que contenga la cláusula NMF”.

¹³⁷ Ejemplos de esta posición han sido los casos: “Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino Hachemita de Jordania” (CIADI ARB/02/13), “Plama Consortium Limited v. Bulgaria” (CIADI ARB/03/24), “Wintershall Aktiengesellschaft v. República Argentina” (CIADI ARB/04/14), “Tza Yap Shum v. Perú” (CIADI ARB/07/6).

D) Protección y seguridad plenas: el estándar mínimo del derecho internacional, circunscribe la protección y seguridad plenas a la obligación del Estado receptor de evitar de que se produzcan violencia física o daños materiales a la inversión.

Sin embargo, esta no es la interpretación mayoritaria que se ha hecho de esta cláusula. En general se sostiene que, a través de este instituto contenido en la mayor parte de los TBIs, se amplían las obligaciones del Estado receptor de la inversión¹³⁹.

Para la opinión mayoritaria, la protección y seguridad plenas” consagra en el trato al inversor extranjero, responsabilidad objetiva del Estado receptor¹⁴⁰, ya que no hace falta demostrar la existencia de culpa o mala fe, sólo alcanza con acreditar que el Estado no efectuó las diligencias necesarias para proteger las inversiones.

El TBI entre Francia y Argentina al respecto dispone: “Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte contratante de protección y plena seguridad”¹⁴¹.

El TBI entre Estados Unidos y Argentina establece: “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad...”¹⁴².

En virtud a la ambigüedad de la proposición “protección y seguridad plenas”, hay diversos laudos arbitrales sobre su alcance. En el caso “Antoine Goetz v. República de Burundi” (CIADI ARB/95/3) se ha considerado que la revocación de una autorización al inversor constituía una violación a la obligación de seguridad y protección plenas.

En los casos “Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. República de Ecuador” (CIADI ARB/06/11) y

¹³⁸ Este es el caso, verbigracia, del Modelo de TBI de EE.UU. (2004), el TBI firmado entre EE.UU. y Uruguay (2005) y la declaración interpretativa del TBI entre Argentina y Panamá.

¹³⁹ TEMPONE Rubén, *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.

¹⁴⁰ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 117.

¹⁴¹ Art. 5.1 (Firmado el 03/07/91, aprobado por ley argentina 24.100, en vigencia desde el 03/03/93, con vencimiento en el 2003)

¹⁴² Art. II.2.a

“Wena Hotels Limited v. República Árabe de Egipto” (CIADI ARB/98/4) se ligó la protección y seguridad plenas al trato justo y equitativo.

Algo semejante sucedió en el caso “Azurix v. La República Argentina” (CIADI ARB/01/12), en el que el tribunal dispuso: “El Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas... El concepto de protección y seguridad plenas iba más allá de la protección y la seguridad garantizada por el deber de policía del Estado. No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro. El Tribunal tiene presente que en recientes acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos, por ejemplo con Uruguay, el concepto de protección y seguridad plenas se entiende que está limitado al nivel de la protección policial que se requiere conforme al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física. En conclusión, el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI”.

Como puede observarse, la interpretación precedente adiciona, al estándar mínimo previsto en el derecho internacional consuetudinario (materializado en otorgar seguridad física y llevar adelante el deber de policía), realizar todo tipo de diligencias para garantizar la inversión.

E) Prohibición de expropiación y compensación pronta, adecuada y efectiva: la mayor parte de los TBIs contienen una cláusula prohibiendo con carácter general la expropiación y protegiendo en forma amplia el derecho de propiedad del inversor extranjero.

El TBI firmado entre España y la República Argentina dispuso al respecto: “La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las

disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derechohabiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible”¹⁴³.

El TBI firmado entre Estados Unidos y la República Argentina estableció: “Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada...”¹⁴⁴.

Más allá de las importantes diferencias en la redacción¹⁴⁵, ambos TBIs consagran los siguientes principios¹⁴⁶: 1) la cobertura de la inversión frente a las expropiaciones directas e indirectas¹⁴⁷; 2) el establecimiento de criterios de licitud de la medida –como la utilidad pública, el debido proceso legal y la no discriminación-; 3) la fijación de una compensación.

1) Expropiación indirecta: La potestad expropiatoria¹⁴⁸ del Estado, ha sido una facultad constantemente reconocida por el derecho internacional consuetudinario, vinculado al principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales¹⁴⁹ y a la utilidad pública.

La novedad introducida por los TBIs es haber incorporado la noción de “expropiación indirecta”, para cubrir los riesgos políticos.

Ciertamente, la expropiación indirecta se configuraría cuando, a través de la adopción de medidas de amplio espectro por parte del Estado receptor, se prive sustancialmente del uso y el valor de la inversión (aunque el inversor

¹⁴³ Art. 5

¹⁴⁴ Art. IV

¹⁴⁵ El TBI americano adopta como regla la prohibición de las expropiaciones, a diferencia del TBI europeo que adopta la regla contraria.

¹⁴⁶ FONTOURA COSTA José Augusto, op. cit. 98

¹⁴⁷ Si bien el TBI europeo aquí analizado no contiene la expresión “expropiación indirecta”, la proposición “cualquier otra medida de características o efectos similares” puede interpretarse en dicho sentido.

¹⁴⁸ La expropiación es el instituto mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa (Confirmación: DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004).

¹⁴⁹ GRANATO Leonardo, op. cit. 107.

conservar la titularidad formal del bien)¹⁵⁰. Es decir, hay expropiación indirecta cuando por una limitación jurídica o fáctica del disfrute de la propiedad se produce una privación de derechos del inversor extranjero¹⁵¹.

Más allá de las diversas nociones que puedan darse de este instituto, su delimitación sigue siendo controvertida.

Por ejemplo, en el caso “CME BV v. República Checa” (según el Reglamento de la CNUDMI), el Tribunal consideró que ciertas medidas de la autoridad de radiodifusión checa que forzaron al inversor a renunciar a su licencia exclusiva y las modificaciones de otras condiciones esenciales del acuerdo de colaboración que impuso el Estado receptor, habían interferido con el sustento jurídico y económico de la inversión y, por consiguiente, habían configurado un caso de expropiación.

Otra interpretación efectuada por los tribunales arbitrales tiende a desmerecer la forma y finalidad de las medidas gubernamentales que generaron una privación de derechos. Verbigracia, en el caso “Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. República de Costa Rica” (CIADI ARB/96/1) el Tribunal consideró irrelevante que las medidas gubernamentales que privaron al inversor de sus derechos estén justificadas por loables consideraciones ambientales¹⁵².

Corresponde mencionar que se han hecho otras interpretaciones más restrictivas del instituto de la expropiación indirecta. Por ejemplo, en el caso “S.D. Myers Inc. v. Canadá”, el Tribunal consideró la forma y finalidad que adoptó la medida gubernamental atacada y determinó que: “Las partes en un Tratado Bilateral no son responsables por el perjuicio económico derivado de la reglamentación de buena fe dentro de los poderes de policía aceptados del Estado”.

¹⁵⁰ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 117.

¹⁵¹ RAYA DE VERA Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, nro. XVII, Córdoba, República Argentina, 2010, pags. 19-40.

¹⁵² El mismo tribunal encontró convincente la conclusión de que “[l]a intención del gobierno es menos importante que los efectos que tienen las medidas en el propietario, y la forma que adoptan las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto”

Asimismo, ciertos Tribunales arbitrales exigen, para que se configure la expropiación indirecta, que la medida gubernamental que prive de derechos al inversor extranjero no sea transitoria. Por ejemplo, han considerado que una medida no es efímera si los bienes estuvieron fuera del control del inversor durante un año (“Wena Hotels Limited v. República Árabe de Egipto” CIADI ARB/98/4) o si una licencia de exportación estuvo suspendida durante cuatro meses (“Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. v. República Árabe de Egipto” CIADI ARB/99/6). A pesar de ello, en el caso “Azurix v. La República Argentina” (CIADI ARB/01/12) el Tribunal consideró que no hay una medida exacta para juzgar la transitoriedad y que debe analizarse cada caso en particular.

Otra interpretación restrictiva es la del criterio de privación sustancial de la inversión. Esta es la posición del laudo sobre el fondo en “Azurix v. La República Argentina” (CIADI ARB/01/12) donde se dispuso que: “los efectos en la inversión atribuibles a las medidas de la Provincia no permiten concluir que, en conjunto, esas medidas representaran una expropiación; Azurix no perdió los atributos de la propiedad, continuó controlando a ABA en todo momento y retuvo la propiedad del 90% de las acciones. Sin duda la gerencia de ABA se vio afectada por las medidas adoptadas por la Provincia, pero no en grado suficiente como para que el Tribunal concluya que se expropió la inversión de Azurix”.

En igual sentido “LG&E Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc v. La República Argentina” (CIADI ARB/02/1) en donde se resolvió: “Debe destacarse que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para considerar la existencia de expropiación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan...el impacto debe ser sustancial para que sea exigible la compensación”.

Idéntico camino siguió el Tribunal en el caso “Metalpar S.A. y Buen Ayre S.A. v. La República Argentina” (CIADI ARB/03/5) en donde se desconoció la existencia de expropiación ya que no se pudo demostrar que las medidas del

gobierno argentino hubieran tenido un efecto “suficientemente grave” sobre las inversiones¹⁵³.

Tan diferentes interpretaciones generaron –en lo que respecta a la noción de expropiación indirecta- una crisis en el régimen bilateral de las inversiones extranjeras. Como resultado de ello, el modelo de TBI propuesto por los Estados Unidos a partir del 2004 establece que no puede considerarse expropiación de la inversión cuando las medidas gubernamentales tomadas estén destinadas a proteger objetivos legítimos de interés público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente¹⁵⁴.

Muy ilustrativo es también el TBI entre Estados Unidos y Uruguay del 2005, que dispone que la determinación de si una o una serie de acciones de una Parte constituye expropiación indirecta exige un examen caso por caso, debiendo considerar como factores para ello el impacto económico de una acción gubernamental, el carácter de esa acción y la extensión de la misma¹⁵⁵.

2) Reparación por expropiación: Corresponde ahora analizar el tema de los caracteres de la compensación.

Debemos partir por mencionar que la delimitación de la compensación tampoco ha sido pacífica. En general, los TBIs incluyen la expresión “compensación pronta, adecuada y efectiva”, plasmando de ese modo la fórmula Hull¹⁵⁶.

El estándar mínimo establecido por el derecho internacional consuetudinario clásico en la proposición “compensación adecuada, pronta y efectiva” implicaba

¹⁵³ También puede mencionarse dentro del criterio de la privación sustancial de la inversión a los siguientes laudos: en el caso “*Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*” (CIADI ARB(AF)/97/1), el tribunal sostuvo que este tipo de expropiación está relacionada con una injerencia indirecta en el uso de la propiedad que tiene el efecto de privar totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. En forma similar, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha sostenido que la privación debe afectar los “derechos fundamentales de propiedad”. En el caso “*CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*” (CIADI ARB/01/8) el tribunal confirmó no hay privación sustancial ya que el inversionista ejerce el control de la inversión; el Gobierno argentino no administra las operaciones diarias de la empresa; y el inversionista tiene la plena propiedad y el control de la inversión.

¹⁵⁴ Art. 4.b del Anexo B.

¹⁵⁵ Art. 6.4 del Anexo II

¹⁵⁶ Cordell Hull, Secretario de Estado de los Estados Unidos en 1938, mediante un comunicado a México, solicita para los ciudadanos estadounidenses que fueron expropiados una compensación adecuada, pronta y efectiva

que, en caso de expropiación de la inversión, el Estado receptor debía abonar el valor total de mercado del bien expropiado, en un tiempo breve y en moneda convertible¹⁵⁷.

No debe olvidarse que este estándar fue desafiado por ciertos principios del derecho regional consuetudinario y el derecho internacional del desarrollo¹⁵⁸.

La doctrina mayoritaria establece que para calcular el valor justo de mercado de un bien rentable o empresa en marcha, se calculan las ganancias futuras mediante la aplicación de un análisis de flujo de caja descontado¹⁵⁹.

Interesa mencionar que los tribunales arbitrales suelen aplicar un criterio restrictivo en cuanto a la consideración de la existencia de lucro cesante vinculado a las ganancias de la empresa¹⁶⁰.

En el caso “*CMS v. Argentina*” (CIADI ARB/01/8), el tribunal aplicó el estándar del valor real de mercado. En “*Azurix v. Argentina*” (CIADI ARB/01/12) aplicó el mismo estándar, aclarando que se trata de “el precio, expresado en efectivo, al que una propiedad cambiaría de manos entre un comprador hipotético dispuesto a comprar y con capacidad de hacerlo y un vendedor hipotético con capacidad de vender, actuando como partes independientes en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno tiene la obligación de comprar o vender y cuando ambos tiene un conocimiento razonable de los hechos pertinentes”.

Corresponde expresar que existieron también interpretaciones amplias sobre la expresión “compensación adecuada, pronta y efectiva”. En el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (CIADI No. ARB/01/7), el tribunal consideró aplicar el estándar de indemnización establecido en el caso *Chorzów*, es decir, una compensación integral.

En esta materia, las diversas posiciones sobre el alcance de la indemnización también generaron reformas en los TBIs que debían

¹⁵⁷ Esta posición fue ratificada por las Directrices respecto del Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa del Banco Mundial de 1993: “La compensación se considerará adecuada si se basa en el valor justo de mercado del bien expropiado y, para tal fin, deberá determinarse el valor del bien al momento inmediatamente anterior a que se produjera la expropiación o a que se conociera públicamente la decisión de expropiar el bien”.

¹⁵⁸ Remitirse al análisis efectuado en el Capítulo Primero del presente trabajo.

¹⁵⁹ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 117.

¹⁶⁰ Ver el laudo del caso “*Autopista Concesionada de Venezuela C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*” (CIADI ARB/00/5).

renegociarse. Por ejemplo, en el reciente TBI firmado entre China y Tailandia se incluyó la fórmula de “indemnización apropiada” utilizada por la Carta sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

F) Cláusula paraguas: la cláusula paraguas contenida en varios TBIs le impone a los Estados receptores de la inversión cumplir con los compromisos asumidos con la inversión.

El TBI firmado entre Estados Unidos y la República Argentina establece que “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”¹⁶¹.

Esta cláusula también ha sido objeto de diversas interpretaciones. La sostenida por los países exportadores de capital busca colocar bajo el paraguas de “compromisos con la inversión” a los contratos entre el Estado y el inversor (que naturalmente se encuentran amparados por el derecho interno). De ese modo, un liso incumplimiento contractual puede devenir en ilícito internacional, ya que lo que el Estado estaría incumpliendo es un tratado.

En líneas generales, los inversores han estado sosteniendo que la cláusula paraguas funciona como una cláusula residual¹⁶². Es decir, si el menoscabo sufrido por la inversión no calificó con el trato injusto e inequitativo, ni se violentó la protección y seguridad plenas o se configuró la expropiación, seguramente, ese menoscabo habrá infringido los compromisos asumidos con la inversión.

Sin dudas, el vehículo más importante del “compromiso” asumido con el inversor se materializa en los contratos de concesión o semejantes. Esos contratos suelen someterse al derecho administrativo del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, esta disposición “conflictual” con una elección única de ley (la del Estado receptor) es interpretada por los inversores como concurrente con la aplicación del derecho internacional (gracias a la cláusula paraguas).

Para los inversores, el estándar internacional funciona como una cláusula abierta y expansiva que atrapa cualquier eventual incumplimiento de los compromisos establecidos entre el Estado receptor y el inversor¹⁶³. De ese

¹⁶¹ Art. II.2.c

¹⁶² BARRAGUIRRE Jorge y MANSI Ariel, op. cit. 115.

¹⁶³ BARRAGUIRRE Jorge y MANSI Ariel, op. cit. 115.

modo, cualquier acción administrativa con efectos perjudiciales para el inversor puede ser considerada una violación al derecho internacional¹⁶⁴.

Esto es lo que sucedió en el caso “*CMS v. Argentina*” (CIADI ARB/01/8), cuando el Tribunal encontró que el primer acto de la República Argentina inconsistente con el Tratado fue una decisión cautelar de una jueza que consideró que las tarifas no debían aumentarse provisionalmente porque el procedimiento de audiencia pública no había sido respetado¹⁶⁵.

Las consecuencias de la interpretación amplia de la cláusula paraguas no sólo genera la desaparición del derecho administrativo doméstico, sino que también atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad a nivel de los contratos de concesión u obras públicas.

Por otro lado, la interpretación restringida tuvo asimismo algunos adeptos. Esta posición considera que la cláusula paraguas es sólo invocable si el Estado receptor ha suscripto un “compromiso específico” con el inversor¹⁶⁶.

G) Otras cláusulas: existen otros institutos paradigmáticos en los TBIs que han ampliado el estándar mínimo establecido en el derecho internacional consuetudinario clásico.

Por ejemplo, aquellas cláusulas que otorgan garantías al inversor por riesgos no comerciales, como la eliminación de las restricciones a las transferencias o utilidades, las expropiaciones –ya analizadas- y los daños ocasionados por guerra o eventos similares¹⁶⁷.

Asimismo puede mencionarse la cláusula de estabilización, incorporada en el TBI firmado entre Argentina y Panamá¹⁶⁸, por la que se estableció el

¹⁶⁴ BARRAGUIRRE Jorge, *Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI: la evaporación del derecho administrativo doméstico?*, en Res Pública Argentina, nro. 3, año 2007, págs. 107-121.

¹⁶⁵ Se aclara que el Comité Ad Hoc anuló el laudo en esa parte y dispuso: “...El efecto de la cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable...”

¹⁶⁶ Podemos mencionar como ejemplos los casos “SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República Islámica de Pakistán” (CIADI ARB/01/13), “SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Filipinas” (CIADI ARB/02/6); “Joy Mining Machinery Limited v. República Árabe de Egipto” (CIADI ARB/03/11), “Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino Hachemita de Jordania” (CIADI ARB/02/13) y “El Paso Energy International Company v. República Argentina” (CIADI ARB/03/15).

¹⁶⁷ GRANATO Leonardo, op. cit. 107.

¹⁶⁸ TBI entre Argentina y Panamá, firmado el 10/05/96, aprobado por ley argentina 24.971, en vigencia desde el 22/06/98, con vencimiento en el 2008.

compromiso del Estado receptor de no aplicarle a la inversión una nueva legislación que se dicte más adelante y que la afecte de manera desfavorable.

La cláusula de estabilización suele vincularse con los principios *pacta sunt servanda* y *sanctity of state contracts*¹⁶⁹.

Por último, podrían incorporarse en este listado tentativo aquellas cláusulas de “salvaguardia” o “excepciones generales”, que le permitirían al Estado justificar su conducta.

Verbigracia, el TBI entre Estados Unidos y Argentina dispone: “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”¹⁷⁰.

Esta cláusula de protección de los intereses esenciales fue invocada por la República Argentina en los casos “LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc v. República Argentina” (CIADI ARB/02/1) y “Continental Casualty Company V. República Argentina” (CIADI ARB/03/9) para referirse a las medidas que el gobierno argentino debió tomar durante la grave crisis económica que sufrió en el año 2001 y que afectó a toda la sociedad. Cabe destacar que los Tribunales arbitrales de dichos casos aceptaron la invocación de esta cláusula y efectuaron una interpretación amplia de la misma, en el sentido de admitirla no sólo con relación a circunstancias vinculadas con la acción militar o la guerra, sino también con circunstancias vinculadas al orden civil.

En cambio, en los casos “CMS Gas Transmission Co. V. República Argentina” (CIADI ARB/01/8) Enron Corporation v. República Argentina (CIADI ARB/01/3) “Sempra Energy International v. República Argentina” (CIADI ARB/02/16)” y “Camuzzi International S.A. v. República Argentina” (CIADI ARB/03/2), los Tribunales arbitrales descartaron la aplicación de la cláusula de protección de los intereses esenciales de seguridad y no consideraron probada la defensa de necesidad bajo el derecho internacional consuetudinario.

¹⁶⁹ YMAZ VIDELA Esteban, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999.

¹⁷⁰ Art. XI

H) Solución de controversias entre inversores y Estados: la redacción de las cláusulas de solución de controversias en los TBIs suelen tener un patrón: recurrir el arbitraje internacional¹⁷¹. Sin embargo, hay distintas aristas.

En efecto, el esquema de solución de controversias puede dividirse en varios pasos: en primer lugar, la apertura de un período de consulta y negociación¹⁷².

La utilización de la consulta es un mecanismo habitual en el ámbito del comercio internacional. Así, por ejemplo, el sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio se inicia con consultas bilaterales entre los Estados involucrados, guiadas por la buena fe y la mutua comprensión¹⁷³. Este régimen, ya estaba previsto en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), al regularse las consultas bilaterales y generales¹⁷⁴.

Por su parte, la negociación, como medio de solución de disputas, es el más antiguo y más utilizado en el ámbito internacional¹⁷⁵.

Sin embargo, ambos mecanismos, hasta su regulación en los TBIs, sólo eran utilizados en controversias entre Estados.

En efecto, en el derecho internacional consuetudinario clásico, la tutela de la inversión extranjera se canalizaba a través de la protección diplomática¹⁷⁶,

¹⁷¹ ROSATTI Horacio, *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, La Ley 2003-F, 1283.

¹⁷² El TBI entre Argentina y España dispone en su art. 10.1: "Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las Partes en la controversia..."

El TBI entre EE.UU. y Argentina dispone en su art. VII.2: "En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones..."

¹⁷³ BASALDÚA Ricardo Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, Lexis Nexis, Argentina, 2007.

¹⁷⁴ LAVAGNA Roberto (Director del Proyecto), *El GATT y sus normas: una aproximación a las cuestiones fundamentales*, Organización Techint, Boletín Informativo nro. 236, Enero-Marzo, 1985, Argentina.

¹⁷⁵ DIEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2008.

¹⁷⁶ Cabe recordar que este principio no era compartido por el derecho regional consuetudinario latinoamericano que, en virtud a la Doctrina Irigoyen, le desconocía a las personas jurídicas la posibilidad de invocar la protección diplomática por carecer de nacionalidad.

que descansaba en la facultad discrecional del Estado. El particular tenía vedado el acceso al sistema jurisdiccional internacional.

Ahora bien, los TBIs organizan su propio sistema de acceso a la jurisdicción, reconociendo que un particular tenga la capacidad procesal para demandar directamente al Estado receptor de la inversión ante instancias arbitrales internacionales¹⁷⁷.

De ese modo, se rompe con la regla general de que la litigiosidad internacional está sólo reservada a los Estados.

Aunque, es posible afirmar hoy que la práctica internacional de órganos sin carácter propiamente judicial refleja, en forma mucho más amplia, el poder procesal de los individuos para poner en marcha la actuación de órganos específicos de ciertas organizaciones internacionales¹⁷⁸.

A modo de conclusión parcial, puede mencionarse que la negociación ha sido bastante fructífera a la hora de solucionar controversias sobre inversiones. Esto ha llevado a ciertos autores a proponer su estimulación¹⁷⁹.

Una vez finalizada la etapa de “consultas y negociación” sin resultado positivo, se abre un período de espera para llevar el conflicto al arbitraje internacional¹⁸⁰.

En el modelo europeo, las partes tienen 6 meses para intentar, mediante la negociación, llegar a un acuerdo. En caso contrario, la controversia será llevada ante la justicia del Estado receptor de la inversión¹⁸¹. Sin embargo, al plazo de 6 meses inicial, el TBI europeo adiciona un plazo de 18 meses, vencido el cual sin sentencia sobre el fondo del asunto o persistiendo la controversia, recién se habilita el camino hacia el arbitraje internacional¹⁸².

El modelo americano, en cambio, establece que el plazo de seis meses se aplica al período de negociación y/o de tramitación del proceso en la

¹⁷⁷ BORZI DE LUCIA Máximo, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y sus efectos en el derecho público argentino*, Revista El Ciudadano, 2003.

¹⁷⁸ DIEZ DE VELASCO Manuel, op. cit. 175.

¹⁷⁹ PEÑA Félix, The role of ICSID in investor-State dispute resolution: lessons from the “argentinean cases”, disponible en www.ustr.gov, Noviembre, 2004.

¹⁸⁰ GRANATO Leonardo, op. cit. 107

¹⁸¹ Art. 10.2

¹⁸² Art. 10.3

jurisdicción local del Estado receptor y/o a cualquier otro procedimiento acordado entre las partes¹⁸³.

La diversidad de disposiciones de los TBIs ha generado uno de los debates más amplios en cuanto al acceso al arbitraje internacional y el agotamiento de la jurisdicción local del Estado receptor.

En numerosos TBIs no se requiere del agotamiento de la jurisdicción interna antes de poder para recurrir al arbitraje internacional¹⁸⁴.

Lo que el TBI entre Argentina y España requiere previamente¹⁸⁵ es recurrir a la justicia doméstica (como recuerdo de la Doctrina Calvo). Es decir, sólo instar la acción en la esfera local y no tener que agotar todas las instancias internas. Esta disposición se la conoce como cláusula Calvo débil o agotamiento moderado de los recursos internos.

Sin embargo, llegó a discutirse si plantear la controversia en los tribunales locales era una obligación previa o un derecho que tenían las partes. Mayoritariamente se optó por consagrar el derecho y no la obligación: “La frase “será sometida” del artículo 10.2 puede interpretarse en el sentido que confiere a cada una de las partes el derecho de recurrir a los tribunales, pero no impone a ninguna de ellas la obligación de hacerlo”¹⁸⁶. Aunque también, algunos laudos arbitrales declararon lo contrario¹⁸⁷.

De todos modos, esa discusión se volvió algo estéril debido a la interpretación amplia de la Cláusula de la Nación más Favorecida, seguida en gran parte de laudos, que multilateralizó el acceso directo al arbitraje internacional previsto en el modelo americano¹⁸⁸.

Pasemos ahora a la etapa del arbitraje internacional. Esta etapa se caracteriza por consagrar, para cierta parte de la doctrina, un foro

¹⁸³ Art. VII.2 y 3

¹⁸⁴ Esta es una característica de la protección diplomática o de algunos regímenes del derecho internacional público como el sistema europeo y el sistema interamericano de derechos humanos

¹⁸⁵ Al igual que el TBI entre Argentina y Alemania (firmado el 09/04/91, aprobado por ley argentina 24.098, vigente desde el 08/11/93)

¹⁸⁶ “Hochtief AG v. La República Argentina” (CIADI ARB/07/31), resolución sobre jurisdicción de Octubre de 2011.

¹⁸⁷ En el caso “Wintershall A.G. v. La República Argentina” (CIADI ARB/04/14), el tribunal dispuso que: “El término “será” utilizado en el art. 10.2...denota, en sí mismo, una obligación y no simplemente una elección u opción. En la terminología de los tratados, la palabra “será” significa que lo estipulado es jurídicamente vinculante...”

¹⁸⁸ ROSATTI Horacio, op. cit. 171.

exorbitante¹⁸⁹, es decir, un ámbito que reconoce una vinculación mínima con el territorio en el cual se efectuó la inversión y las circunstancias que lo rodean –a diferencia de la justicia local-. Para otra parte, la posibilidad de recurrir al arbitraje consagra un foro natural¹⁹⁰.

Tanto el modelo europeo como americano han establecido la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional, al prever recurrir al procedimiento arbitral dispuesto por el Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, o ante un Tribunal arbitral *ad hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o ante cualquier foro arbitral que se haya establecido de común acuerdo.

Suponiendo que el inversor opte por el CIADI, deberá cumplir con los requisitos jurisdiccionales contemplados en el art. 25 del Convenio de Washington¹⁹¹.

En efecto, la parte que invoque la jurisdicción del CIADI deberá demostrar que: a) la disputa sea de naturaleza legal –se excluyen las controversias técnicas o políticas¹⁹²-; b) surja directamente de una inversión –se excluyen los reclamos exclusivamente contractuales¹⁹³-; c) la parte no estatal involucrada en la disputa debe ser un nacional de otro Estado contratante a la Convención¹⁹⁴.

Al respecto, hay que mencionar que el Convenio de Washington (CW) le atribuye nacionalidad a las personas jurídicas, desafiando de ese modo la Doctrina Bernardo de Irigoyen¹⁹⁵ seguida por gran parte de Latinoamérica¹⁹⁶.

¹⁸⁹ ROSATTI Horacio, op. cit. 171.

¹⁹⁰ CREMADES B., *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment – Protection Treaties*, Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel, 1996, pags. 156-161.

¹⁹¹ Art. 25: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante...y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro...”

¹⁹² GARCÍA-BOLÍVAR, Omar, *La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)*, La Ley RDM 2004-1, 7.

¹⁹³ Este tema se analizará detalladamente en el Capítulo Cuarto.

¹⁹⁴ Aunque desde el año 1978 existe en el CIADI un mecanismo complementario que permite que Estados receptores no contratantes o nacionales de Estados no contratantes –pero no ambos- lleven sus disputas ante ese organismo.

¹⁹⁵ El Ministro de Relaciones Exteriores del presidente argentino Nicolás Avellaneda, con motivo de la nota de reclamo que efectuara el gobierno de Inglaterra al gobierno argentino en 1876, para exigir protección diplomática para el Banco de Londres y Río de La Plata estableció que las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza, éstas no tienen nacionalidad y carecen de derecho de protección diplomática.

Asimismo recepta la teoría del control con atribución de nacionalidad, también rechazada por la doctrina latinoamericana¹⁹⁷.

Sin embargo, la piedra angular del sistema CIADI reside en la prestación del consentimiento. Ciertamente, la jurisdicción del CIADI se basa en el consentimiento de las partes, el cual debe darse en forma expresa y por escrito¹⁹⁸.

Si bien, el CW detalla la forma que debe revestir ese consentimiento –por escrito–, no aclara el mecanismo que debe ser utilizado para esos efectos, ni el tiempo en que debe ser efectuado.

En cuanto al mecanismo a ser utilizado, puede afirmarse que hay tres vías que posibilitan la prestación del consentimiento: la convencional, la contractual y la legislativa¹⁹⁹, aunque la más usual desde los TBIs es la convencional.

Cabría preguntarse si la expresión contenida en la mayor parte de los TBIs que establece la opción jurisdiccional del CIADI ¿es suficiente como consentimiento previsto en el art. 25 del CW?

Debemos mencionar dos posturas: la primera, sostiene que el tratado por sí mismo no puede crear jurisdicción del Centro, sin que las partes en la disputa nuevamente hayan consentido por escrito someterle la controversia²⁰⁰. La segunda, establece que si bien algunos TBIs no mencionan específicamente el consentimiento estatal previsto en el art. 25 del CW, establecen que una disputa “deberá ser sometida” al Centro, por lo que no puede dudarse del carácter obligatorio de esta disposición²⁰¹.

La posición mayoritaria establece que la ratificación de un TBI constituye un compromiso obligatorio de acudir al arbitraje internacional, que no necesita de

¹⁹⁶ Debemos subrayar que Estados Unidos y Europa sí le atribuyen nacionalidad a las sociedades y por lo tanto les otorga protección diplomática (Confirmación casos “Barcelona Traction” y “Elettronica Sicula” de la CIJ).

¹⁹⁷ Ver BIOCCA Stella Maris, *Derecho Internacional Privado, Un nuevo enfoque*, Tomo II, Editorial Lajouane, Buenos Aires, 2004.

¹⁹⁸ VINUESA Raúl Emilio, *Bilateral investment treaties and the settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience*, 8 L & Bus, Rev. Am. 501.

¹⁹⁹ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Sonia, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI* en Dreyzin de Klor Adriana y Fernández Arroyo Diego (directores), *Inversiones extranjeras*, DeCITA 03.2005, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, Zavalía, 2005.

²⁰⁰ SORNARAJAH M., *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, JIA, vol. 14, 1997, pág. 130.

²⁰¹ SCHREUER CH., *Commentary on the ICSID Convention*, ICSID Rev., vol. 11, 1996, pág. 443.

una posterior concreción escrita de la parte estatal²⁰². Así por ejemplo, en el caso “Wintershall A.G. v. La República Argentina” (CIADI ARB/04/14) el Tribunal arbitral dispuso: “El consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional se presta, no de manera general, sino *inter alia*, en el marco de un tratado específico de inversión. El consentimiento del Estado receptor se presta en el momento de celebrarse un tratado bilateral con otro Estado...”

Tal como se mencionara precedentemente, una segunda cuestión a analizar tiene que ver con la temporalidad de la prestación del consentimiento.

En este sentido podríamos preguntarnos ¿qué valor posee una cláusula conflictual de un contrato de concesión en el que inversor y Estado receptor hayan pactado una jurisdicción distinta al CIADI con posterioridad a la existencia de un TBI entre las partes?

La jurisprudencia en general ha sostenido que si las pretensiones alegadas en el procedimiento arbitral tienen como fundamento la existencia de una violación del TBI, éstas no están sujetas a la jurisdicción contractual²⁰³.

Vinculado a la temporalidad, debe también manifestarse que sólo podrán ser sometidas al CIADI aquellas controversias que hubieren surgido con posterioridad a la vigencia del TBI²⁰⁴.

Por último, corresponde hacer una mención con relación a la eficacia de los laudos arbitrales en materia de inversiones. Los TBIs suelen disponer que los laudos arbitrales son obligatorios y que las partes se comprometen a cumplirlos sin demora²⁰⁵. Otro tanto sucede con el CW en su art. 53²⁰⁶.

Para la doctrina mayoritaria, estas disposiciones se traducen en la regla de plena eficacia de los laudos arbitrales y exclusión del procedimiento de

²⁰² RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Sonia, op. cit. 199.

²⁰³ Este ha sido el razonamiento del Tribunal en el caso “Lanco International Inc v. República Argentina” (CIADI ARB/97/6), en donde dispuso que la cláusula de jurisdicción exclusiva del contrato no podía excluir la jurisdicción del Tribunal del CIADI respecto de una reclamación fundada en la violación de un TBI.

²⁰⁴ Confirmación caso “Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España” (CIADI ARB/97/7)

²⁰⁵ Art. VII.6

²⁰⁶ Art. 53: “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”.

exequatur²⁰⁷. Aunque esto no eliminaría la inmunidad de ejecución del Estado²⁰⁸.

Para cierta parte de la doctrina²⁰⁹, esta disposición contraría la norma fundamental argentina, ya que desconoce la facultad del Estado de efectuar un contralor *ex ante* o *ex post* por parte de las Cortes locales.²¹⁰

III. Acuerdos Regionales

En contra de las previsiones de que la regionalización se ha comportado como régimen rival de la liberalización comercial y financiera, en la defensa de los intereses de los países más débiles y como la opción más viable para el desarrollo de los pueblos²¹¹, la espada de Damocles a ciertos principios del derecho regional consuetudinario de los países latinoamericanos en materia de inversiones provino de disposiciones de un acuerdo regional.

A) Tratado de Libre Comercio de América del Norte: En efecto, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte²¹² (TLCAN), dedicó su capítulo 11 a las inversiones. Las disposiciones allí contenidas, (caracterizada por ser una regulación del tipo maximalista²¹³), luego servirían como modelo para los TBIs que en adelante, los países exportadores de capital firmarían con diferentes Estados de Latinoamérica.

La ratificación de México al TLCAN y al Capítulo 11 terminó con el particularismo de ciertos principios del régimen consuetudinario

²⁰⁷ SCHREUER CH., op. cit. 201.

²⁰⁸ SOMMER Christian, *El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI, ejecución directa o aplicación del exequatur?*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional "Dr. Enrique Ferrer Vieyra", Córdoba, Octubre de 2009.

²⁰⁹ ROSATTI Horacio, op. cit. 171.

²¹⁰ Sin embargo, no puede desconocerse que, la Argentina se encuentra ligada a compromisos internacionales, cuyo incumplimiento acarrearía responsabilidad internacional del Estado.

²¹¹ BIOCCA Stella Maris, *Claves Político-Jurídicas para la Integración Latinoamericana*, Zavallia Editor, Buenos Aires, 2001.

²¹² Suscripto por Canadá, EE.UU. y México el 17 de diciembre de 1992 y en vigor el 1 de enero de 1994.

²¹³ Término utilizado para designar minuciosidad y detalle.

latinoamericano de las inversiones, en virtud a su adhesión mayoritaria a las Doctrinas Calvo, Drago e Irigoyen.

Sin dudas, el contenido del Capítulo 11 marcaría un hito en el Derecho Internacional latinoamericano.

Entre lo más destacable del TLCAN, no solo incluye disposiciones sobre tratamiento justo y equitativo, protección y seguridad plenas y no discriminación para el inversor extranjero, sino que incorpora los principios de trato nacional y de nación más favorecida²¹⁴. Prohíbe con carácter general tanto la expropiación directa como la indirecta²¹⁵. Describe minuciosamente los requisitos que debe reunir la indemnización (art. 1110, párrafo 2²¹⁶) y establece garantías de convertibilidad en las divisas aplicadas a mercados de fondos para la repatriación de utilidades, desinversiones, etc.

Este capítulo es un abanico de posibilidades de amplio alcance, incluso si los signatarios establecieron una serie de excepciones en el anexo al capítulo de inversiones incluidas las excepciones generales de seguridad nacional y las específicas de sectores y países²¹⁷.

En cuanto al sistema de solución de controversias, introduce de forma novedosa el reclamo de particulares; garantiza el trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como del debido proceso legal ante un tribunal imparcial; detalla las condiciones previas para el sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral (art. 1121); establece plazo de prescripción de la acción (arts. 1116 y 1117); describe minuciosamente el procedimiento de constitución del tribunal arbitral – integración, número de árbitros y método de nombramiento-; fija el derecho aplicable a la controversia (art. 1131); establece los efectos del laudo (art. 1135

²¹⁴ SOLÉ, Marina, Regulación sobre inversiones en el ámbito nacional, bilateral, regional y multilateral. ¿Por qué tanta confusión?, Observatorio de la Globalización, Universidad de Barcelona, working paper, 2005

²¹⁵ Art. 1110, párrafo 1: ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente una inversión ...

²¹⁶ Art. 1110, párrafo 2: la indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación) y no reflejara ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

²¹⁷ SCHIFF, Maurice y WINTERS, L. Alan, Integración Regional y Desarrollo, Banco Mundial, Alfaomega, 2004.

y 1136); la posibilidad de aplicar medidas provisionales (art. 1134) y finaliza con una sección de definiciones.

Resulta interesante analizar brevemente la evolución de la jurisprudencia del TLCAN con relación a los estándares previstos en el acuerdo regional. Por ejemplo, en los casos “S.D. Myers Inc v. Canadá” y “Pope and Talbot Inc v. Canadá”, los tribunales arbitrales han determinado que el principio de “trato justo y equitativo” del TLCAN había sido conculcado por el comportamiento de las autoridades del Estado receptor al constituir una discriminación efectiva en beneficio de las entidades nacionales, así como por las amenazas, la denegación de solicitudes razonables y los pedidos de información que obligaron a los inversores a incurrir en gastos y molestias innecesarias²¹⁸. En estos supuestos, pareciera que los árbitros recurrieron al estándar mínimo previsto en el derecho internacional.

Sin embargo, en el caso “Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Estados Unidos Mexicanos” (CIADI ARB(AF)/00/2) –ya comentado-, el Tribunal adhirió a la doctrina de las expectativas básicas, consagrando un concepto autónomo e independiente del estándar mínimo.

Frente a las interpretaciones disímiles del TLCAN por los Tribunales arbitrales, la Comisión de Libre Comercio, en virtud de una disposición del Capítulo 11²¹⁹ que la faculta a interpretar las disposiciones sobre inversión del TLCAN, emitió una “declaración de interpretación obligatoria” del artículo 1105 y estableció que: “el principio de trato justo y equitativo no exige ningún trato adicional al requerido por el estándar mínimo internacional de protección a los extranjeros del derecho consuetudinario”²²⁰.

Sin embargo, su adopción por los Tribunales no fue pacífica, ya que dudaron de su obligatoriedad, hasta el caso “Loewen v. Estados Unidos” (CIADI/Laudo del 26/06/03). A partir de allí, los diversos laudos que se han dictado reconocieron que “el trato justo y equitativo” y “la plena protección y seguridad” no son obligaciones independientes y sólo resultan vinculantes en la

²¹⁸ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 117.

²¹⁹ Art. 1152.2

²²⁰ POSADAS URTUSUASTEGUI, Alejandro, Evaluación de tendencias en el arbitraje inversionista-Estado bajo el TLCAN: ¿un remedio extraordinario?, paper, Buenos Aires, 2007.

medida en que son reconocidas por el derecho internacional consuetudinario²²¹.

Con relación a la expropiación “indirecta” también hubo una importante discusión. En general, los árbitros son más proclives a adoptar una interpretación amplia del instituto. Esto ha sucedido en el caso “Metalclad Corporation v. Estados Unidos mexicanos” (CIADI ARB(AF)/97/1) en donde se determinó que: “La expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”.

Como muestra de una interpretación restringida de las disposiciones del TLCAN, puede mencionarse el caso “Robert Azinian y otros v. Estados Unidos de México” (CIADI ARB(AF)97/2), en donde se ha dispuesto que “el mecanismo de arbitraje inversor-Estado no es apropiado para resolver cualquier tipo de molestia o dificultad del inversionista con el gobierno receptor de la inversión... se requiere algo más para probar una violación en el plano del derecho internacional”²²².

A modo de conclusión parcial, podría sostenerse que, si bien el Capítulo 11 del TLCAN introduce institutos que rompen con ciertos principios del derecho regional consuetudinario, situación que se agrava por la ambigüedad de los términos empleados en el acuerdo regional, también es cierto que –vía laudos arbitrales- las últimas interpretaciones efectuadas suelen remitirse al estándar mínimo previsto en el derecho internacional consuetudinario, rechazando una calificación autónoma y disociada del derecho internacional.

B) Mercosur: En cuanto al régimen en el MERCOSUR, si bien se han elaborado dos Protocolos, uno para el régimen de inversiones entre los países

²²¹ REDFERN Alan, HUNTER Martin, BLACKABY Nigel y PARTASIDES Constantine, op. cit. 117.

²²² POSADAS URTUSUASTEGUI, Alejandro, op. cit. 220

parte (Protocolo de Colonia) y el otro para proteger las inversiones provenientes de terceros Estados (Protocolo de Buenos Aires), ninguno de los dos se encuentra vigente.

Sin embargo, puede resultar interesante su análisis para el supuesto de que se modifique en el futuro la situación de las ratificaciones.

Sus disposiciones no son tan amplias con las de los TBIs²²³, ya que no incorporan los principios de Trato Nacional y Nación más Favorecida. Son más limitados en sus definiciones. Por ejemplo, no se refieren a la expropiación indirecta. No establecen como requisito de la indemnización que sea pronta. La descripción del sistema de solución de controversias se basa exclusivamente en el detalle de la posibilidad de elección del ente y/o tribunal que resolverá la controversia; no incluye reglas sobre el procedimiento. Un elemento destacable es que admiten plantear la controversia ante los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se realizó la inversión²²⁴.

En suma, a pesar de sus disposiciones más semejantes al estándar mínimo del derecho consuetudinario clásico, la falta de vigencia de estos Protocolos, implica que el régimen de inversiones extranjeras entre países parte del MERCOSUR están sujetos a ciertos principios del Derecho regional consuetudinario latinoamericano. Para este caso, aún subsiste la Doctrina Calvo.

Con relación a terceros Estados, especialmente con los Estados del Norte, tanto Argentina, como Paraguay y Uruguay se encuentran vinculados por TBIs.

En el caso de Brasil, si bien no ratificó ningún Tratado Bilateral de Inversión, actualmente ha modificado su postura de mantenerse al margen de los TBIs y se encuentra negociando algunos modelos. Ello se debe esencialmente a que se ha convertido en un país exportador de capital²²⁵.

²²³ Esta no es la opinión de ARGERICH Guillermo en *Protocolos de inversiones extranjeras del Mercosur, ¿instrumentos útiles para el siglo XXI?*, en Dreyzin de Klor Adriana y Fernández Arroyo Diego (directores), *Inversiones extranjeras*, DeCITA 03.2005, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, págs. 208-219.

²²⁴ SANTOS BELANDRO Ruben, *Derecho Comercial Internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2008.

²²⁵ CROSS Karen H., *Inversión en América Latina: los Tratados bilaterales de inversión y arbitraje de conflictos con inversiones en América Latina* en Seminario de Aspectos Legales de las Finanzas, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Marzo de 2010.

C) Otros acuerdos que contienen disposiciones sobre inversiones extranjeras:
en el ámbito Latinoamericano puede mencionarse a modo de ejemplo, el Capítulo 17 del Acuerdo del Grupo de los Tres²²⁶, el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos (TLC), entre otros TLC.

Estos acuerdos incluyen disposiciones semejantes a las contenidas en el TLCAN y los TBIs y a las cuales nos remitimos en mérito a la brevedad.

IV. Conclusiones

A modo de conclusión puede expresarse que, a partir de fines de la década del 80 se reinauguró un régimen particular sobre inversiones extranjeras que desafía a ciertos principios del derecho regional consuetudinario.

Ese régimen se caracteriza por incluir institutos del derecho internacional consuetudinario clásico y proteger al inversor extranjero según el estándar mínimo previsto en el derecho internacional.

Sin embargo, la ambigüedad de muchas de sus cláusulas amplió el margen de discrecionalidad de los árbitros al momento de laudar sobre el alcance de esos institutos.

En cuanto a la interpretación de los acuerdos de inversión, no existe una posición unánime. De hecho, el esquema de laudos arbitrales se caracteriza por su oposición y diversidad.

Ello ha generado cierta crisis o reacción frente a los acuerdos de inversión y su sistema de solución de controversias²²⁷ y un aparente regreso a ciertos principios del derecho regional latinoamericano.

²²⁶ Acuerdo suscrito entre Colombia, México y Venezuela en 1990.

²²⁷ UNCTAD, op. cit. 97.

CAPÍTULO TERCERO

Consecuencias de la especialidad de los acuerdos de inversión

¿La Doctrina Calvo ha fenecido?

I. Introducción

Los acuerdos de inversión –como se viene sosteniendo- plasmaron en forma expresa el estándar mínimo de protección previsto en el derecho internacional consuetudinario clásico, e incluso lo ampliaron al consagrar, por ejemplo, el instituto de la expropiación indirecta o la posibilidad de que un particular litigue contra un Estado en el ámbito internacional, entre otras disposiciones.

De ese modo, el régimen jurídico de las inversiones extranjeras instituido por los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) de la década del 90 y algunos acuerdos regionales en el ámbito latinoamericano quebraron el particularismo de ciertos principios del derecho regional consuetudinario.

Ello ha llevado a parte de los especialistas a afirmar que la Doctrina Calvo feneció²²⁸ o fue desactivada²²⁹.

Sin embargo, cierta doctrina minoritaria²³⁰ ha sostenido la tesis de que los TBIs provocaron un regreso a la correcta versión de la Doctrina Calvo²³¹, -interpretación que no compartimos²³²-.

²²⁸ MANNING-CABROL Denise, *The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: equality of foreign and national investors*, 26 Law & POL'Y INT'L BUS. 1169 (1995).

²²⁹ SHAN Wenhua, *Is Calvo dead?*, paper presented at the Society of Legal Scholars Symposium 2006, entitled, Redefining Sovereignty: An International Debate on Sovereignty and International Economic Law, Oxford Brookes University, May 2006.

²³⁰ MONTI Santiago, *What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT generation*, en Revista Res Pública Argentina, 2007-3, Octubre-Diciembre de 2007, págs. 75-106.

²³¹ Según MONTI Santiago, la real versión de la Doctrina Calvo fue proteger a los extranjeros a través de la consagración del principio de "igualdad absoluta" entre nacionales y extranjeros.

²³² En efecto, si bien Carlos Calvo acuñó su pensamiento en el liberalismo de fines del siglo XIX, su idea de la igualdad absoluta fue tomada por las élites políticas para justificar que el inversor extranjero no puede tener mejores derechos que el nacional, ni en la solución de controversias ni en el trato que le es debido. La práctica habitual y el convencimiento de los Estados latinoamericanos de la obligatoriedad de esas reglas generaron la Doctrina Calvo como costumbre regional.

En el presente acápite intentaremos dilucidar si ciertos principios del derecho regional consuetudinario²³³ perdieron vigencia frente al conglomerado de acuerdos de inversión y en consecuencia, si la Doctrina Calvo realmente feneció.

II. La especialidad del régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras y su relación con la costumbre regional

En primer lugar, deberíamos preguntarnos si el régimen jurídico instituido por los acuerdos de inversión (bilaterales o regionales) han generado un sistema especial.

La especialidad de una norma viene dada cuando presenta especificidades en la designación de los arquetipos de sujetos destinatarios de la prescripción normativa o particularizaciones en la regulación de sus categorías de conductas²³⁴.

Ciertamente, los acuerdos de inversión son *lex specialis* entre las partes²³⁵. El CIADI también tuvo oportunidad de expresarse al respecto en el caso “Asian Agricultural Products Ltd. v. República de Indonesia” en donde el tribunal consideró que el TBI firmado entre el Reino Unido y Sri Lanka era *lex specialis*.

En efecto, los acuerdos sobre inversión extranjera –analizados en el Capítulo Segundo del presente trabajo– regularon específicamente el trato que debe otorgársele a la inversión y al inversor extranjero, efectuando calificaciones autónomas y particulares.

La afirmación precedente, sin embargo, no implicaría negar las importantes diferencias en los estándares de protección consagrados en el conglomerado de esos acuerdos de inversión²³⁶.

²³³ Fueron analizados en el Capítulo Primero del presente trabajo, aunque a modo de ejemplo se pueden enunciar los siguientes: el no cobro compulsivo de las deudas contractuales y públicas; la igualdad absoluta entre los nacionales y extranjeros; el otorgamiento de una indemnización adecuada; el establecimiento de la jurisdicción y ley local para las controversias sobre inversiones; el rechazo a atribuirle nacionalidad a las sociedades).

²³⁴ GARCÍA Ricardo Ginés, *Fundamentos del Derecho*, Parábola Editorial, Buenos Aires, 2007.

²³⁵ SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, Grotius Publications, 1994.

²³⁶ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Sonia, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI* en Dreyzin de Klor Adriana y Fernández Arroyo Diego (directores), *Inversiones extranjeras*, DeCITA 03.2005, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, Zavalía, 2005.

La segunda pregunta a realizar es ¿qué tipo de relación se establece entre los estándares de protección fijados en los acuerdos de inversión –como *lex specialis*– y los establecidos por ciertos principios del derecho regional consuetudinario latinoamericano –como *lex generali*–?

Los autores se refieren²³⁷ a una relación de oposición o antinomia entre las disposiciones de los tratados de inversión y ciertos principios de la costumbre regional latinoamericana²³⁸.

En el supuesto aquí analizado, la antinomia no puede resolverse con el principio de jerarquía de normas, ya que las normas convencionales y consuetudinarias pertenecen a la misma jerarquía en el orden internacional²³⁹.

En efecto, no fue la intención de los redactores del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establecer, al enumerar sucesivamente los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, un orden jerárquico²⁴⁰. Las distintas fuentes tienen la misma fuerza jurídica y, por consiguiente, valor derogatorio recíproco²⁴¹.

Por lo tanto, en el caso de un conflicto de aplicación entre la costumbre y el tratado, éste ha de resolverse mediante el principio *lex posterior derogat legi priori*, excepción hecha de las normas de *ius cogens* que prevalecen sobre cualesquiera otras, según reza el art. 53²⁴² de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁴³.

²³⁷ VERBIC Francisco, *El CIADI y la situación de la República Argentina ante sus tribunales*, Jurisprudencia Argentina, Fascículo 2, 2008-IV, Buenos Aires, págs. 3-17.

²³⁸ Esta situación de oposición sólo podría haberse configurado en el caso de relaciones jurídicas que se entablaran en el ámbito latinoamericano con relación a la inversión. Está claro que Europa y los Estados Unidos han rechazado históricamente la Doctrina Calvo en sus contratos y trato a sus inversores.

²³⁹ BARBERIS Julio, *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

²⁴⁰ GUTIÉRREZ ESPADA Césareo y CERVELL HORTAL María José, *Derecho internacional en la encrucijada*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

²⁴¹ PASTOR RIDRUEJO José, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1989.

²⁴² Art. 53: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

²⁴³ DIEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2008.

Como segunda regla de solución de antinomias, se establece que una norma especial o particular prima –sin derogarla- sobre una norma general. Así, pues, los tratados, que contienen normalmente reglas particulares, priman por esta razón sobre las costumbres generales²⁴⁴.

En virtud de lo expresado *ut supra*, debe repararse que la Doctrina Calvo –como clara manifestación del derecho regional consuetudinario latinoamericano- no ha sido derogada por los acuerdos de inversión, sino que subsiste con dichos tratados (aunque los TBIs priman en su aplicación).

Por ello, es más propio referirse a la desactivación o suspensión de la Doctrina Calvo, que a su muerte.

La afirmación precedente se refiere al único supuesto de relaciones jurídicas en el ámbito de Latinoamérica. Por ejemplo, antes de la ratificación de los TBIs, Argentina y Panamá se regían por la costumbre regional en materia de jurisdicción en caso de conflicto por inversiones extranjeras. Luego de la firma del TBI entre estos dos Estados, esa costumbre fue desplazada por las disposiciones especiales contenidas en el tratado. Sin embargo, la costumbre regional no feneció como consecuencia de la especialidad sino que fue suspendida.

Sin embargo, sostener la suspensión de la Doctrina, también es una afirmación relativa si tenemos en cuenta el ámbito de aplicación temporal y espacial de los acuerdos de inversión extranjera.

III. Ámbitos de aplicación temporal y espacial de los acuerdos de inversión extranjera

Ciertamente, los acuerdos de inversión analizados en el Capítulo Segundo poseen un ámbito de aplicación temporal limitada.

El ámbito de aplicación temporal señala el momento inicial y final en que un Tratado empieza o deja de producir sus efectos²⁴⁵.

Si analizamos los diversos TBIs firmados por la República Argentina, vemos que todos estipulan un plazo determinado de vigencia –que suele ser de

²⁴⁴ DIEZ DE VELASCO Manuel, op. cit. 243.

²⁴⁵ DIEZ DE VELASCO Manuel, op. cit. 243.

entre diez y quince años-. Por lo que, muchos de ellos ya han vencido o están próximos a vencerse²⁴⁶.

Ello implica que, de no renovarse, pierden su vigencia. Por lo tanto, los principios del derecho regional consuetudinario latinoamericano aplicables a las inversiones resurgen en las relaciones bilaterales del ámbito latinoamericano²⁴⁷.

En cuanto al ámbito de aplicación espacial, es decir, cuál es el espacio físico o territorial al que alcanzan los efectos del tratado, puede expresarse que hay algunos Estados en Latinoamérica que se han mantenido al margen del régimen especial de las inversiones extranjeras.

Este es el caso de la República Federativa del Brasil, que firmó sólo 14 TBIs pero no ratificó ninguno²⁴⁸.

Si tomamos el ámbito integrado del Mercosur²⁴⁹, podemos afirmar que, salvo el caso de Venezuela, Argentina no ha firmado TBI con el resto de los miembros. Asimismo, el Protocolo de Colonia no se encuentra vigente.

Ello significa que los principios de la Doctrina Calvo entre los Estados Parte del Mercosur nunca se desactivaron.

También hay que considerar que, si bien la Argentina firmó alrededor de 56 TBIs²⁵⁰, en su mayoría lo hizo con países de Europa y Asia, por lo que ha quedado un importante universo de Estados fuera del régimen bilateral de inversiones²⁵¹.

Todo lo explicado hasta aquí, adquiere un parámetro parcial si los TBIs firmados por Estados de Latinoamérica hubieran llegado a crear una costumbre regional diferente a la Doctrina Calvo. Ya que en ese caso, la nueva costumbre

²⁴⁶ Por ejemplo, el TBI firmado por la República Argentina con Chile, Venezuela y Bolivia, con vencimiento en el año 2005. O el TBI firmado con Perú con vencimiento en el 2006.

²⁴⁷ Respecto de terceros países, la no renovación de un TBI genera que resurja el derecho internacional consuetudinario clásico.

²⁴⁸ FONTOURA COSTA José Augusto, *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*, Juruá Editora, Curitiba, 2010.

²⁴⁹ Área integrada que tuvo su origen con el Tratado de Asunción de 1991 y conformada originariamente por la República Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

²⁵⁰ Fuente: www.inversiones.gov.ar

²⁵¹ Por ejemplo, Argentina no ha firmado TBI con Colombia. Tampoco lo hizo con Uruguay, Paraguay y Brasil por lo que, para sus relaciones bilaterales o regionales, se aplicará el derecho regional consuetudinario latinoamericano. Con respecto a los países africanos, que salvo excepciones no ha firmado TBIs, se aplicará el derecho internacional consuetudinario clásico.

derogar la anterior. Sólo en este supuesto correspondería referirse a que la Doctrina Calvo feneció.

La posibilidad de que los tratados puedan dar origen a normas consuetudinarias es un tema que ha sido objeto de varios estudios en los años recientes²⁵².

Con relación al conglomerado de acuerdos de inversión, también la doctrina se ha preguntado si han generado la formación de un nuevo consenso a nivel regional²⁵³.

La posición que afirma que se ha creado una nueva costumbre en materia de inversiones extranjeras se apoya en: a) la existencia de un número importante de acuerdos bilaterales, regionales y sectoriales en América Latina y el Caribe²⁵⁴; b) la consagración, en estos acuerdos de inversión, de un estándar mínimo absoluto de tratamiento²⁵⁵; c) la jurisprudencia de los tribunales arbitrales que reafirman ese estándar mínimo.

Contrariamente, la posición que niega la conformación de una nueva costumbre se fundamenta en: a) el conglomerado de acuerdos de inversión no es uniforme y poseen textos muy diversos²⁵⁶; b) la jurisprudencia de los tribunales arbitrales es contradictoria y caótica en muchos aspectos²⁵⁷; c) hay Estados que no han participado de este conglomerado y que aún participando, no lo han generalizado.

En esta discusión, compartiremos el razonamiento efectuado por SORNARAJAH²⁵⁸: “La existencia de objetivos incompatibles entre las partes de

²⁵² BARBERIS Julio, op. cit. 10, sistematiza esos estudios y establece que se han demostrado tres modos de interacción: el efecto codificador, cristizador y generador.

²⁵³ FONTOURA COSTA José Augusto, op. cit. 248

²⁵⁴ Entre acuerdos bilaterales, regionales y sectoriales, hasta el 2007, en América Latina y el Caribe se habían firmado 890 (Fuente: UNCTAD-Informe 2008)

²⁵⁵ FONTOURA COSTA José Augusto, op. cit. 248, sostiene que “la gran mayoría de los acuerdos de inversión contienen un padrón mínimo absoluto de tratamiento “justo y equitativo” y gran parte de estos indican que ese padrón mínimo es acorde con el derecho internacional. Esa disposición presupone que los Estados parte de los acuerdos de inversión han concordado la existencia de padrones internacionales mínimos y, por lo tanto, no se afilian a la Doctrina Calvo. Difícilmente, los Estados que han acordado este tipo de tratados podrían alegar el estatus de opositores al estándar mínimo de tratamiento”.

²⁵⁶ FATOUROS Arghyrios A., *International investment agreements: recent trends in law and policy* en Symposium for Least Developed Countries-International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries, Ginebra, UNCTAD, 1999.

²⁵⁷ KISHOIYIAN Bernard, *The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary International law*, *Northwester Journal of International Law and Business*, nro. 14, 1994.

²⁵⁸ SORNARAJAH M., op. cit. 235

tales tratados y la negativa de Estados importantes de participar en tal práctica convencional, así como las distintas formulaciones establecidas en estos tratados, los hacen un fundamento poco válido para la creación del Derecho consuetudinario internacional... El contenido de todos los acuerdos de inversión y la organización de su contenido tienen similitudes básicas lo que da pie a la impresión superficial de que tienen los mismos estándares. Sin embargo, un análisis de los distintos tratados muestra que tal similitud no existe. Tal hecho disminuye su capacidad de crear Derecho Internacional consuetudinario”.

En suma, los acuerdos de inversión no han generado una nueva costumbre en el ámbito latinoamericano. Por lo tanto, la Doctrina Calvo no ha perdido vigencia²⁵⁹.

No corresponde finalizar este capítulo sin referirnos a la hipótesis de que actualmente se ha producido un retraimiento a firmar acuerdos de inversión y que ello, en consecuencia, ha generado el resurgimiento de la Doctrina Calvo²⁶⁰.

En general, no podría sostenerse dicha hipótesis. Ciertamente, el universo de acuerdos de inversión sigue ampliándose y la mayoría de los países sigue considerando que la Inversión Extranjera Directa (IED) es fundamental para su desarrollo económico²⁶¹.

Sin embargo, si analizamos el fenómeno en Latinoamérica, es posible concordar con esa hipótesis.

La traumática experiencia de la República Argentina a partir de la crisis de 2001²⁶², ha generado una reacción negativa de ciertos Estados. Por ejemplo, Bolivia se retiró del CIADI en el 2007 y Ecuador en el 2009. Venezuela inició una ola de expropiaciones.

²⁵⁹ Esta afirmación sólo es aplicable al ámbito Latinoamericano.

²⁶⁰ CROSS Karen H., *Inversión en América Latina: los Tratados bilaterales de inversión y arbitraje de conflictos con inversiones en América Latina* en Seminario de Aspectos Legales de las Finanzas, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Marzo de 2010.

²⁶¹ Paradójicamente, los países que más acuerdos de inversión han cerrado en estos últimos años son China, Egipto y la República de Corea (Fuente: UNCTAD-Informe 2008)

²⁶² Siendo el país en Latinoamérica que mayor cantidad de TBIs suscribió, también fue el país que tuvo el índice de conflictividad más grande (46 demandas)

Los Estados latinoamericanos, en general, aumentaron sus medidas reguladoras de la IED²⁶³.

Asimismo, se ha iniciado una tendencia a modificar aquellas cláusulas de los TBIs que más divergencia doctrinaria y jurisprudencial generaron, como el trato justo y equitativo, el concepto de expropiación indirecta o el alcance de la Cláusula de Nación Más Favorecida²⁶⁴.

Otro acontecimiento importante es que algunos TBIs recientes destacan con mayor firmeza que la protección de la inversión no debe lograrse a expensas de otros intereses públicos legítimos (como la seguridad nacional, el orden público, la protección de la salud, los recursos naturales y la diversidad cultural).

Todo ello nos permitiría afirmar que ciertos principios del derecho regional consuetudinario latinoamericano jamás perecieron. Estaban suspendidos y en búsqueda de mejores tiempos.

IV. Conclusión

Si bien, gran parte de los Estados de Latinoamérica suscribieron acuerdos de inversión a partir de la década del 90, no abandonaron la Doctrina Calvo, ya que: a) esos acuerdos poseen una vigencia temporal; b) hay Estados que permanecieron al margen del conglomerado de TBIs; c) hay Estados que reforzaron la existencia de ciertos principios del derecho regional consuetudinario al invocarlos en sus defensas ante el esquema de solución de diferencias en materia de inversiones; d) algunos países han elaborado modelos de TBIs en los que eliminaron todo estándar superior o aditivo de protección al inversor extranjero.

²⁶³ A fines de 1999 esa regulación representaba un 3%. A fines del 2007 alcanzó un 25% (Fuente: UNCTAD-Informe 2008).

²⁶⁴ Ya tienen su modelo de TBI Estados Unidos, Uruguay, Canadá, China, Guatemala, Bolivia y Perú. La Argentina se encuentra elaborando uno que aún no ha hecho público.

CAPÍTULO CUARTO

Consecuencias de la especialidad de los acuerdos de inversión ¿El régimen jurídico de las inversiones es un *self-contained regime*?

I. Introducción

El régimen jurídico de las inversiones extranjeras, en la actualidad, se materializa en un conglomerado de acuerdos internacionales regionales, interregionales o bilaterales²⁶⁵.

Ese conglomerado se caracteriza por su especialidad y complejidad. La especialidad responde a la introducción de institutos propios y diferenciados de otros regímenes. A modo de ejemplo se puede mencionar el trato justo y equitativo, la protección y seguridad plena, la indemnización adecuada, pronta y efectiva, la expropiación indirecta, la cláusula paraguas, la opción de que un particular pueda demandar a un Estado en la esfera internacional –ya analizados en acápites precedentes–.

Dichos institutos especiales, se encuentran consagrados en normas materiales o primarias especiales.

Las normas primarias, siguiendo a Hart²⁶⁶, son aquellas que establecen determinadas conductas humanas como permitidas, prohibidas u obligatorias.

Asimismo puede afirmarse que los acuerdos de inversión también poseen normas secundarias especiales.

Las normas secundarias son aquellas que complementan²⁶⁷ a las primarias, para regular su creación, modificación y aplicación. Se clasifican en: a) normas de reconocimiento –permiten identificar a las normas primarias como tales–; b) normas de cambio –admiten introducir nuevas normas primarias o dejar sin efecto normas primarias ya existentes–; c) normas de adjudicación –determinan las consecuencias jurídicas frente a la violación de las normas primarias–.

²⁶⁵ UNCTAD, *Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD, Nueva York y Ginebra, 2008.

²⁶⁶ HART H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

²⁶⁷ Expresión utilizada por BARBERIS Julio, *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

El Derecho Internacional le debe su coherencia a sus normas secundarias generales²⁶⁸, ya que son las que estructuran las calificaciones, modificaciones y sanciones en el orden jurídico internacional.

Los regímenes especiales del derecho internacional contemporáneo²⁶⁹ se han caracterizado, además de poseer normas primarias particulares, por contener normas secundarias especiales²⁷⁰.

La existencia de normas primarias y secundarias internacionales especiales ha llevado a parte de la doctrina²⁷¹ a sostener que el derecho internacional se había fragmentado en subsistemas²⁷² o subsistemas²⁷³.

Podríamos partir de la afirmación de que el régimen jurídico de las inversiones extranjeras²⁷⁴ está dotado de normas primarias y secundarias especiales.

Son normas secundarias del régimen jurídico de inversiones aquellas que, por ejemplo, instituyen mecanismos destinados a obtener el cumplimiento de los acuerdos de inversiones, como un ámbito especial y singular de solución de controversias.

Ese ámbito especial y singular en materia de solución de diferencias se materializa en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²⁷⁵ -aunque también se instituyeron otros mecanismos complementarios²⁷⁶-.

²⁶⁸ Suele mencionarse como ejemplo de “norma de cambio” la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y como “norma de adjudicación” las reglas sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

²⁶⁹ Se puede mencionar el caso del derecho internacional del medio ambiente, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho del comercio internacional.

²⁷⁰ Debe destacarse el estudio que efectúa sobre las normas secundarias del derecho del comercio internacional FERNÁNDEZ PONS Xavier en *La OMC y el Derecho Internacional, un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional general*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

²⁷¹ Ver SALINAS ALCEGA, S., *El Derecho Internacional y algunos contrastes en el cambio de milenio*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 2001. RODRÍGUEZ CARRIÓN J.A., *El Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 1999.

²⁷² MARSHICK A., *Too Much Order? The Impact of special secondary norms on the unity and efficacy of International legal system*, EJIL, Vol. 9, 1, 1998, citado por BONDÍA David, *El derecho internacional público como objeto de docencia*, working paper, FLACSO-Universidad de San Andrés, 2007.

²⁷³ REISMAN M. W., *International Law after the Cold War*, American Journal of International Law, vol. 84, 1990, , citado por BONDÍA David, *El derecho internacional público como objeto de docencia*, working paper, FLACSO-Universidad de San Andrés, 2007.

²⁷⁴ Nos referimos al conglomerado de acuerdos bilaterales y regionales de inversión.

²⁷⁵ El CIADI es una institución con personería internacional, creada por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y

Sin embargo, esto no es suficiente para afirmar que se trata de un régimen autónomo o *self-contained regime*²⁷⁷.

Ciertamente, la autonomía de un sistema jurídico especial se obtiene cuando sus reglas secundarias se oponen o excluyen a las normas secundarias del derecho internacional general. El régimen especial se autosustenta y se retroalimenta sin establecer lazos con el tronco común.

Verificar la premisa de que el régimen jurídico de las inversiones conforma un sistema autónomo supone analizar si sus normas secundarias especiales se bastan a sí mismas, configurando un “circuito jurídico cerrado”²⁷⁸.

Hay que reconocer que no existe a la fecha un régimen jurídico internacional especial “totalmente aislado”²⁷⁹ de las normas secundarias del derecho internacional general.

Y el caso que aquí nos convoca no es la excepción. Sin embargo, los acuerdos de inversión han establecido un mecanismo de solución de controversias particular –a través de sus normas secundarias- que se diferencia de otros mecanismos del derecho internacional general.

Deberíamos preguntarnos ahora si los tribunales arbitrales del CIADI²⁸⁰ pueden resolver una controversia recurriendo exclusivamente a las normas primarias del régimen de inversiones –porque así lo han estipulado las partes- o pueden recurrir al derecho internacional general.

Ello es lo que trataremos de dilucidar en los párrafos que siguen. Para lograr el objetivo, analizaremos los principios de derecho aplicable a las controversias sobre inversiones contenidos en el Convenio de Washington de 1965, en los diferentes modelos de acuerdos de inversión y en la

Nacionales de otros Estados, con la finalidad de proporcionar servicios para la conciliación y el arbitraje en materia de inversiones extranjeras.

²⁷⁶ El arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) o de cualquier otra institución arbitral según lo determinaren las partes.

²⁷⁷ Expresión empleada por RIPHAGEN Willem (Relator en el caso “United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980), citado por FERNÁNDEZ PONS, Xavier, *op. cit.* 270.

²⁷⁸ FERNÁNDEZ PONS Xavier, *op. cit.* 270.

²⁷⁹ KOSKENNIEMI M., *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades resultantes de la diversificación y ampliación del Derecho Internacional-Informe del Grupo de Estudio de la CDI, Doc. A/CN.4/L.682*, citado por FERNÁNDEZ PONS, Xavier, *op. cit.* 270

²⁸⁰ O eventualmente otros tribunales arbitrales internacionales que examinen temas relativos a inversiones extranjeras como el arbitraje de CNUDMI.

jurisprudencia del CIADI. Veremos si los laudos arbitrales recurren a las diversas fuentes y medios auxiliares del Derecho Internacional.

II. El derecho aplicable a las controversias sobre inversiones

Los Tratados de Inversión de la década del 90 solían contener términos muy amplios como “trato justo y equitativo”, lo que generaba -planteada la controversia- la necesidad de su interpretación.

En la actualidad, si bien los Tratados intentan aclarar el significado de diferentes institutos como el concepto de “expropiación indirecta”²⁸¹, abordan más dimensiones de la inversión que antes, lo que los ha tornado más complejos.

Por lo tanto, con uno u otro modelo, se ha dado el supuesto de interpretación de sus términos suscitada una controversia.

Nos adelantamos a afirmar que la interpretación que efectúan los tribunales arbitrales del CIADI de los Tratados sobre inversión es la puerta de entrada para la utilización de otras fuentes del derecho internacional general.

Si logramos demostrar esta hipótesis, confirmaríamos que el régimen jurídico de las inversiones no constituiría un sistema totalmente autónomo del derecho internacional general.

A) Derecho aplicable según el Convenio de Washington de 1965: este tratado ha sido elaborado por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento con la finalidad de crear medios institucionales en la órbita del Banco para el arreglo de diferencias relativas a inversiones mediante conciliación y arbitraje²⁸².

El medio institucional por excelencia establecido fue el CIADI, el que funciona como una institución internacional autónoma con plena personalidad jurídica²⁸³.

²⁸¹ UNCTAD, op. cit. 265.

²⁸² VERBIC Francisco, *El CIADI y la situación de la República Argentina ante sus tribunales*, JA 2008-IV, fascículo nro. 2, Buenos Aires.

²⁸³ BOTTINI Gabriel, *El cumplimiento de los laudos del CIADI y el Derecho Internacional*, La Ley, Suplemento del 1 y 3/11/05.

El Convenio de Washington (CW) establece en el art. 42.1 que “*el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables...*”.

Del análisis de este párrafo, se desprende que la primera regla consagrada en dicho texto es la autonomía de la voluntad de las partes. La materialización de esta regla es un resultado lógico en el ámbito del comercio internacional, ya que la misma permite la realización de los intereses materiales de las partes²⁸⁴.

Continuando con el análisis, podríamos aclarar que el artículo se refiere a la autonomía de la voluntad conflictual²⁸⁵.

Sin embargo, pareciera no expresar el tipo de autonomía conflictual que se consagra (si expresa o tácita, total, parcial o temporal).

La autonomía de la voluntad conflictual es expresa cuando las partes introducen una cláusula específica para estipular el derecho que gobernará el contrato²⁸⁶. Por el contrario, es tácita cuando se desprende en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto²⁸⁷. Podrá ser parcial cuando las partes declaren aplicable distintos derechos a diferentes partes del contrato (*dépeçage*) y temporal, cuando puedan modificar el derecho aplicable con posterioridad a la celebración del contrato²⁸⁸.

Podría afirmarse que el CW utiliza un concepto de autonomía de la voluntad amplio –y por lo tanto aglutinante de la elección tácita, parcial y

²⁸⁴ MAYER, Pierre et HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 8eme Edition, Montchrestien, , Paris, 2004.

²⁸⁵ Se entiende por autonomía de la voluntad conflictual a la facultad que tienen las partes de elegir la ley o leyes que han de regular el contrato (definición extraída de KALLER DE ORCHANSKY Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, corregido, aumentado y actualizado*, Editorial Plus Ultra, 1997).

²⁸⁶ FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.

²⁸⁷ Definición extraída de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, art. 7.

²⁸⁸ WEINBERG DE ROCA Inés, *Derecho Internacional Privado*, segunda edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

temporal-. Ello puede desprenderse de: A) el contexto histórico con el cual se elaboró el CW, y B) la utilización de la expresión “normas de derecho”.

Luego de la posguerra, se revitalizaron las ideas liberales en occidente – aunque no de modo tan vigoroso²⁸⁹-. A pesar de ello, se consagró la libertad en materia de pagos corrientes para facilitar el comercio internacional²⁹⁰ y se especializaba la liberalización del comercio internacional de mercaderías.

Como era de esperarse y para favorecer estos vientos de libertad, en 1962, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) se liberaron los movimientos de capital casi por completo.

En este devenir histórico, era más que lógico que el CW de 1965, consagrara una noción amplia de autonomía de la voluntad.

En cuanto a la expresión “normas de derecho” incluida en el art. 42.1, la misma alude a que la elección pueda recaer sobre las diversas fuentes del derecho –no reservándose la elección sólo a la ley-, incluyendo al derecho internacional y a sus normas secundarias generales y especiales.

Asimismo, la elección de las partes podría recaer en derecho no estatal²⁹¹ como la *lex mercatoria*²⁹² o el derecho internacional del desarrollo²⁹³.

²⁸⁹ FERNÁNDEZ PONS Xavier, *Globalización económica, soberanía de los Estados y políticas sociales: funciones y retos del derecho internacional ante el “trilema” de la globalización*; Sociedad Global, Revista de Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana, Vol. 1, Febrero de 2008.

²⁹⁰ TORRENT MACAU Ramón, *El orden jurídico internacional de la economía mundial: ¿cómo cambiar su enfoque para que recobre sentido?*, Revista económica de Castilla-La Mancha, nro. 10, año 2007.

²⁹¹ SANTOS BELANDRO, Rubén, *Derecho Comercial Internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, Mayo de 2008.

²⁹² La *lex mercatoria* estaría regida por principios generales del derecho. Estos principios serían los comprendidos en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (confirmación GOLDMAN, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, APD, 1964, p. 177).

Asimismo estaría conformada por los principios UNIDROIT sobre Derecho Comercial Internacional y los usos del comercio internacional para complementar los anteriores (confirmación FOUCHARD, Philippe, *Les usages, l'arbitre et le juge*, en Goldman B., *Le droit des relations économiques internationales*, 1982). Si bien los principios UNIDROIT sólo se aplican a los contratos comerciales internacionales (confirmación FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Obligaciones contractuales: aspectos generales*, en Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 949), esta calificación no parece circunscribirse únicamente a los contratos que versen sobre el comercio de mercaderías, sino que podría aplicarse a cualquier tipo de intercambio, incluyendo a los contratos sobre inversión extranjera directa.

²⁹³ Nos remitimos a lo analizado en el Capítulo Primero del presente trabajo.

Parte de la doctrina sostiene que no debería incluirse a la *lex mercatoria*, ya que no es un verdadero ordenamiento jurídico²⁹⁴. Este es el sentido que ha tomado el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, por ejemplo, ya que expresamente excluye de la elección a una ley no estatal²⁹⁵.

Doctrina minoritaria considera que la expresión “normas de derecho” permitiría recurrir también a normas no vinculantes o códigos de conducta²⁹⁶.

Hasta aquí, podría sostenerse que el CW, en su primera regla de derecho aplicable a las controversias sobre inversiones, admitiría recurrir a diversas fuentes, incluyendo al derecho internacional general y especial.

En su segunda regla, el art. 42.1 establece que de no existir acuerdo real sobre el derecho aplicable²⁹⁷, el Tribunal arbitral aplicará a la controversia el derecho del Estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas indirectas de fuente convencional e interna.

La terminología “derecho del Estado receptor de la inversión” también es amplia. Alude a las diversas fuentes locales, incluyendo a los tratados que hubiere ratificado el Estado en el ámbito multilateral, regional o bilateral, al derecho internacional consuetudinario y a los principios generales del derecho internacional.

Ciertamente, el art. 42 del CW incluye la posibilidad del reenvío al referirse a las normas indirectas²⁹⁸ del derecho del Estado receptor.

²⁹⁴ LAGARDE P., *Approche critique de la lex mercatoria*, Études B. Goldman, Paris, Litec, 1982 y DELAUME G. R., *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes*, Nueva York, 1986.

²⁹⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Volúmen II, sexta edición, Granada, Septiembre de 2005.

²⁹⁶ FONTOURA COSTA, José Augusto, *Direito Internacional do Investimento estrangeiro*, Jurua Editora, Curitiba, 2010.

²⁹⁷ SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, University Press, 2001, p. 573 expresa que parecería razonable sostener que el art. 42 del CW permitiría valerse de la voluntad presunta de las partes o del centro de gravedad de la relación jurídica, como acuerdo hipotético sobre el derecho aplicable.

²⁹⁸ Norma indirecta o de conflicto es aquella que no regula en sí misma la relación jurídica que constituye su objeto, sino que indica, a través de un punto de conexión, cuál es el derecho material aplicable a la misma (FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General*, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Abril de 2004).

El reenvío es el instituto que se presenta cuando la norma indirecta local se refiere a las normas de Derecho Internacional Privado extranjero, frente a un conflicto negativo²⁹⁹.

En efecto, el reenvío es una institución que amplía notablemente las fuentes a ser utilizadas por el Tribunal ad hoc, ya que la habilitación de recurrir a las normas indirectas del derecho extranjero, incluye la posibilidad de aplicar el derecho de un tercer Estado y todas sus fuentes del derecho interno y las del Derecho Internacional Público³⁰⁰ y el soft law cuando sus normas autoricen su aplicación³⁰¹.

En su última regla, el art. 42 del CW finaliza expresando que en forma complementaria se aplicarán *aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables*.

Este último párrafo permite efectuar ciertas aclaraciones. En primer lugar, las normas de derecho internacional que resultaran aplicables no actuarían de modo subsidiario o alternativo a las fuentes mencionadas precedentemente, sino que lo harían de modo complementario³⁰². En efecto, el derecho internacional tendría un efecto correctivo y suplementario, frente a posibles lagunas del derecho interno o como límite a la aplicación del derecho local contrario a normas de *jus cogens*³⁰³.

De todos modos, es dable recordar que el derecho internacional ya resulta aplicable según la primera y segunda regla del art. 42.1 del CW, de modo principal y tal como lo expresáramos *ut supra*.

En segundo lugar, la expresión “normas de derecho internacional” incluye a todas las fuentes del derecho internacional –según el art. 38 del

²⁹⁹ BIOCCA Stella Maris, *Derecho Internacional Privado, Un nuevo enfoque*, Tomo I, Lajouane, Buenos Aires, 2004.

³⁰⁰ Como afirmara GOLDSCHMIDT Werner en *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Lexis Nexis, Novena edición, Buenos Aires, 2002, es fuerza completar la ley por las convenciones y la costumbre interna por la internacional.

³⁰¹ Este es el caso del Código de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay que en su art. 51 establece que “se aplicarán cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que Uruguay forme parte.”

³⁰² FONTOURA COSTA, José Augusto, op. cit. 296

³⁰³ SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, University Press, 2001, p. 573

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁰⁴ - e incluso a otras fuentes no enumeradas como las Resoluciones de Naciones Unidas³⁰⁵, la *lex mercatoria*³⁰⁶ y el derecho internacional del desarrollo³⁰⁷.

En suma, el CW admite en cualquiera de las variantes consagradas en el art. 42, recurrir al derecho internacional –de modo principal o complementario- para dirimir controversias sobre inversiones extranjeras.

Aún suponiendo que las partes elijan –atendiendo a la primera regla del art. 42- como aplicable algún TBI, con ello no puede sostenerse la autonomía del régimen de inversiones, ya que la tercera regla del art. 42 autoriza al tribunal arbitral dirimente a recurrir de modo complementario al derecho internacional general para aclarar o interpretar al derecho internacional especial que resultara aplicable³⁰⁸ como así también a las otras fuentes del derecho internacional.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, el CW como acuerdo internacional perteneciente al régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras y que determina el derecho aplicable que deberá considerar el tribunal arbitral para solucionar una diferencia, no excluye la aplicación de otras fuentes del derecho internacional.

Por lo tanto, el sistema se nutre del tronco común y no conformaría un compartimento estanco.

³⁰⁴ Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 39”.

³⁰⁵ GRANATO, Leonardo en *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Edumed, Buenos Aires, 2006 incluye a las Resoluciones de la ONU, sin embargo cabe aclarar que tanto las Resoluciones de la Asamblea General como del ECOSOC no son vinculantes por sí mismas.

³⁰⁶ La inclusión de la *lex mercatoria* como norma de derecho internacional es muy discutible pues no es derecho interestatal ni se crea por las fuentes típicas del ordenamiento jurídico internacional sino que surge esencialmente de la práctica contractual entre particulares. Sólo podría ser tenida en cuenta dentro de la categoría de principios generales del derecho internacional.

³⁰⁷ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cuarta edición, La Ley, Buenos Aires, 2007.

³⁰⁸ Debemos excluir de esta afirmación a aquellas normas del derecho internacional general que resultaren especialmente excluidas por el régimen convencional de inversiones.

B) Derecho aplicable a las controversias sobre inversiones según el modelo europeo y norteamericano de TBI: para ilustrar el modelo europeo sobre el derecho aplicable a las controversias entre una parte e inversores de la otra parte, tomaremos el TBI entre el Reino de España y la República Argentina.

El art. 10 párrafo 5 dispone: “*el Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional...*”.

Hay que aclarar que la introducción de los TBIs en el universo jurídico de la inversión extranjera directa generó un cambio en las fuentes aplicables a una controversia, respondiendo al principio de la especialidad.

Ciertamente, frente al derecho internacional general los principios de *lex specialis* y *lex posterior* determinan la aplicación prioritaria de los TBIs³⁰⁹.

Por ello, el art. 10 párrafo 5 establece que, en primer lugar, para solucionar el diferendo deberán tomarse las disposiciones contenidas en el propio TBI.

Entendemos que, de modo complementario, y en virtud de la segunda proposición de la norma, el art. 10 permitiría recurrir a otros TBIs, ello en virtud de la Cláusula de la Nación más Favorecida (CNMF) que la mayoría de TBIs incorpora en sus textos y que generaría cierta uniformidad del sistema.

Como novel conclusión, podría afirmarse que, en la primera y segunda regla del art. 10 párrafo 5, se consagra la autonomía del sistema bilateral de inversiones, ya que se dispone recurrir en forma prioritaria al TBI que vincula a las partes (excluyendo la autonomía de la voluntad) y en forma complementaria al resto del universo de acuerdos sobre inversión –del ámbito regional o multilateral- que vincule a las partes.

³⁰⁹ RAYA DE VERA Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, nro. XVII, Córdoba, República Argentina, 2010, pags. 19-40.

Sin embargo, ello no es del todo exacto atendiendo a la expresión “sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes”. En efecto, de dicha frase no se extrae que se refiera exclusivamente a acuerdos de inversión y puede referirse a otros tratados internacionales.

Continuando con la segunda regla del art. 10 párrafo 5, de modo concurrente y con finalidad interpretativa, podría recurrirse al derecho interno del estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas de conflicto y a los principios generales del Derecho Internacional.

Sin embargo, la aplicación del derecho interno pierde relevancia –en virtud del principio de jerarquía- y de conformidad con lo establecido por el art. 27³¹⁰ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Para el supuesto de aclarar o interpretar algún término del TBI y estando en colisión el derecho interno y el derecho internacional, prevalecerá el derecho internacional³¹¹.

Esto ha llevado a ciertos autores a afirmar que el estudio de la aplicación complementaria del derecho interno y de los principios generales del derecho internacional derivada de los TBIs ha perdido relevancia³¹².

Podría sostenerse que el derecho interno operaría exclusivamente a la hora de determinar los hechos o para interpretar las normas internas frente a las cuales reclama el inversor³¹³.

En cualquier caso, es indudable que las disposiciones del TBI y las normas de derecho internacional general prevalecerán, en caso de conflicto, con el derecho interno del Estado receptor de la inversión³¹⁴.

En cuanto al Tratado Bilateral de Inversión firmado entre la Argentina y los Estados Unidos de América, si bien no contiene una regla específica sobre el derecho aplicable a las controversias entre el inversor y el Estado receptor, en el art. VIII establece que cualquier diferendo por la

³¹⁰ Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”

³¹¹ SCHREUER, Christoph, op. cit. 297

³¹² FONTOURA COSTA, José Augusto, op. cit. 296

³¹³ DIEZ-HOCHLEITNER Javier, *Protección diplomática v. arbitraje de inversiones*, Mayo de 2005.

³¹⁴ PROSPER WEIL, *The State, the Foreign Investor and International Law: The Non Longer Stormy Relationship of a menaje á trois*, ICSID Review, vol. 15, 2000

interpretación o aplicación del TBI se solucionará tomando en cuenta las normas aplicables del derecho internacional.

Al referirse a “las normas aplicables del derecho internacional” incluye a todas sus fuentes (las previstas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia más el resto de las fuentes reconocidas por la doctrina internacional como las resoluciones de organizaciones internacionales o el *soft law*).

A modo de conclusión parcial, puede afirmarse que aunque los TBIs introducen la especialidad en materia de inversiones y por lo tanto, su aplicación preferencial a la controversia, no se excluye recurrir a otras fuentes del derecho internacional en forma complementaria.

C) El Derecho aplicable en algunos acuerdos regionales que contienen cláusulas sobre inversión: comenzaremos analizando el Art. 1131 del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Dicha norma dispone que: “1. *Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional...*”

El artículo aquí analizado consagra dos reglas bien definidas. La primera de ellas, reside en la especialidad y en la aplicación prioritaria del TLCAN.

La segunda de ellas, a diferencia de lo establecido en los TBIs (analizados en el acápite B), permite recurrir, no ya de modo complementario y a al sólo efecto interpretativo, a las reglas aplicables del derecho internacional.

La conjunción “y” permite sostener que el TLCAN y las diversas fuentes del derecho internacional se encuentran en un pie de igualdad a la hora de su aplicación.

No sucede lo mismo cuando recurrimos al art. 9.5 del Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados no Partes del Mercosur y del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones en el Mercosur.

Dicho artículo establece que: “*El órgano arbitral decidirá las controversias en base a las disposiciones del presente Protocolo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a*

conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia”.

Es dable mencionar que esta norma, del modo en que está redactada, establece un orden de prelación de fuentes: en primer lugar deben aplicarse las disposiciones de los Protocolos; en segundo lugar el derecho interno –incluidas las normas indirectas-; en tercer lugar, otros acuerdos sobre inversión y los principios del derecho internacional.

Los Protocolos quisieron darle al derecho interno de los Estados una aplicación preferencial con relación al derecho internacional general. Sin embargo, esa preferencia debe tomarse con cautela³¹⁵, ya que de existir oposición entre una norma interna y una norma internacional, prevalecerá esta última.

Como conclusión preliminar puede establecerse que los acuerdos regionales aquí analizados, si bien disponen la aplicación prioritaria de los mismos, no se disocian del derecho internacional general, sino que por el contrario, se remiten a él.

Universidad de

D) El tratamiento del derecho aplicable en ciertos laudos arbitrales del CIADI:

Con la proliferación de los TBIs, el derecho internacional especial y general adquirió un papel primordial con relación al derecho nacional. Esta preeminencia fue receptada en diversos laudos del CIADI. Aunque no en toda la doctrina³¹⁶.

De hecho, la aplicación del derecho interno vs. la aplicación del derecho internacional tuvo un tratamiento particular en diversos casos en los que fue parte la República Argentina.

El primer tribunal arbitral en el caso “Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal SA c. República Argentina”, (CIADI ARB/97/3) para delimitar el ámbito de aplicación del derecho interno, hizo una distinción entre

³¹⁵ DIEZ-HOCHLEITNER Javier, op. cit. 313.

³¹⁶ BARRAGUIRRE, Jorge en *Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?*, Revista Res Pública Argentina, nro. 3, Buenos Aires, 2007, resume la posición de la República Argentina -en ciertos casos ante el CIADI- de aplicar el derecho interno pactado en los contratos de concesión.

reclamos derivados de un contrato (*contract claim*) y reclamos derivados de un tratado (*treaty claim*).

En efecto, se sostuvo que como el alegato de los inversores estaba tan inseparablemente unido al alegato sobre violación del contrato, que la demanda en la esfera internacional no podía proceder. No resulta posible alegar como falta del derecho internacional un sinnúmero de faltas contractuales³¹⁷.

Si bien, en este caso, el Tribunal arbitral determinó que la interpretación y aplicación del contrato de concesión debe hacerse a la luz del derecho administrativo local –y es ajeno a la jurisdicción del CIADI-, también estipuló que todo reclamo por incumplimiento de un TBI debe interpretarse bajo la lupa de ese acuerdo.

El Tribunal arbitral que decidió sobre la anulación en el mismo caso precedente, sostuvo que: "... respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI... el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno...".

De este modo, el Tribunal de anulación no sólo aclaró que el reclamo pertenecía al ámbito internacional sino que además determinó como prioritaria la aplicación del TBI y del derecho internacional.

Aunque el Tribunal interviniente en primer lugar y el Tribunal de anulación coinciden en que el derecho aplicable a los reclamos por incumplimiento de un TBI debe ser el derecho internacional especial y general, el Tribunal de anulación desconoce toda función del derecho interno en el ámbito del CIADI.

En la misma línea de pensamiento se enrolan los laudos de los casos "Azurix Corp. v. La República Argentina" (CIADI ARB/01/12) y "CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina" (CIADI ARB/01/8), ya que establecieron que los actos de autoridad pública pueden juzgarse a la luz del

³¹⁷ Esta es una posición que el CIADI mantuvo en otros casos, por ejemplo, "Wena v. Egipto" (CIADI ARB/98/4) en donde se estableció que el tribunal arbitral carece de jurisdicción para resolver controversias meramente contractuales o basadas en el derecho interno de una parte.

derecho internacional a diferencia de los actos derivados del contrato y que en el supuesto de que un acto de autoridad pública devenga en ilícito internacional debe ser juzgado mediante la aplicación preeminente del TBI y del derecho internacional.

En cuanto al derecho aplicable a los reclamos por ausencia de jurisdicción, es interesante mencionar el razonamiento seguido por los árbitros en los casos “Siemens A. G. v. República Argentina” (CIADI ARB/02/8), “Azurix Corp. v. La República Argentina” (CIADI ARB/01/12) y “CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina” (CIADI ARB/01/8).

En dichos casos, los tribunales arbitrales determinaron que la disposición de derecho aplicable del art. 42 del Convenio de Washington –ya analizado- debe aplicarse al fondo de la cuestión y que las decisiones de jurisdicción se rigen exclusivamente por el art. 25³¹⁸ del CW y las disposiciones pertinentes del Tratado, en su carácter de *lex specialis*.

Ciertamente, aún haciendo una distinción sobre el derecho aplicable a los reclamos sobre el fondo y la jurisdicción, los árbitros recurren en ambos casos al derecho internacional.

Es sumamente ilustrativo sobre el derecho utilizado para la interpretación de un TBI, el laudo en el caso “Wintershall Aktiengesellschaft v. República Argentina” (CIADI ARB/04/14).

En la sexta parte del laudo, el Tribunal establece que “Para la interpretación de tratados (incluidos los TBI), este Tribunal debe aplicar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, porque ambos Estados son Partes de la CVDT y (lo que es más fundamental) porque, tal como lo ha declarado la Corte Internacional de Justicia, las reglas de interpretación establecidas en la CVDT reflejan el derecho internacional consuetudinario en la materia.

³¹⁸ Art. 25.1 del Convenio de Washington de 1965: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado...”

El Tribunal arbitral basa su decisión en el art. 31 de la CVDT³¹⁹ y llega a la conclusión de que la interpretación de los tratados debe partir del sentido ordinario de sus palabras³²⁰.

Sin dudas, en el caso “Wintershall”, el laudo efectúa un anclaje del TBI en el derecho internacional general.

En una resolución reciente³²¹ en el caso “Hochtief A. G. v. República Argentina” (CIADI ARB/07/31), el Tribunal dispone –siguiendo la línea de interpretación establecida en el caso “Wintershall”- que “La tarea de interpretación del TBI debe abordarse, ante todo, dando a los términos del tratado su significado corriente en su contexto y a la luz del objeto y fin del TBI.

Otro tanto ha sucedido en el caso “Cargill Incorporated v. Estados Unidos de México” (CIADI ARB (AF) 05/2), en donde el Tribunal estableció que: “En el artículo 102(2) del TLCAN se dispone que el tratado debe interpretarse y aplicarse a la luz de sus objetivos establecidos y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional...y que dicha expresión incluye a la Convención de Viena de 1969”.

De hecho, esta solución no es nueva en el ámbito del comercio internacional. Por ejemplo, los órganos resolutorios de la OMC han invocado en reiteradas ocasiones normas internacionales ajenas a los acuerdos abarcados

³¹⁹ Art. 31 de la CVDT: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

³²⁰ Es loable mencionar que los árbitros en su decisorio, se apoyan también en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia –casos “Admission of a State to Membership in the United Nations”, ICJ Reports, 1948; “Guinea-Bissau c. Senegal”, ICJ Reports 1991; Opinión consultiva de la Corte con relación a la interpretación de los Tratados de Paz celebrados con Bulgaria, Hungría y Rumania, ICJ Reports, 1950, entre otros; y en doctrina especializada (se cita a Oppenheim en International Law, vol 1, novena edición, editado por Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, 1992; a Koskenniemi M. en From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument, Universidad de Helsinki, 1989), y se le toma declaración al ilustre Profesor Doctor Christoph Schreuer.

³²¹ De fecha 24/10/2011

para interpretar sus términos y en alguna ocasión³²² se han referido al art. 31.3 c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para justificar la búsqueda en los principios generales del derecho internacional³²³.

Cabría preguntarse ahora ¿qué grado de reconocimiento poseen los usos y costumbres comerciales internacionales y el derecho internacional del desarrollo en el sistema arbitral de inversiones?

En general, la comunidad arbitral suele recurrir a los principios generales del derecho internacional para complementar las decisiones de un tratado³²⁴.

Esta posición encuentra sustento, por ejemplo, en el caso “Asian Agricultural Products Ltd c. República de Sri Lanka”, CIADI ARB/87/3 en el que el tribunal arbitral sostuvo que el TBI –la fuente más importante de derecho aplicable- no era un cuerpo jurídico cerrado sino que debía analizarse en el contexto jurídico más amplio del derecho internacional³²⁵.

Cabe mencionar que la doctrina no es del todo pacífica al respecto, ya que existen quienes exigen, para la aplicación de los principios generales del derecho internacional –incluyendo los usos y costumbres mercantiles internacionales- que las partes lo hubieren acordado expresamente o que las leyes locales expresamente lo autoricen³²⁶.

Por ejemplo, en el asunto “Société Compagnie Valenciana de Cements Portland c. Société Primary Coal Inc”³²⁷ el tribunal arbitral resolvió la controversia en torno a un contrato de suministro de carbón aplicando reglas comerciales internacionalmente reconocidas³²⁸, decisión que fue ratificada por el Tribunal de apelación de París³²⁹.

³²² Asunto Estados Unidos-Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos, Doc. WT/DS58/AB/R

³²³ FERNÁNDEZ PONS, Xavier, *op. cit.* 270

³²⁴ PARRA, Antonio, *Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, nro. 16, 2001.

³²⁵ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *op. cit.* 307

³²⁶ REISMAN Michael, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, nro. 15, 2000.

³²⁷ Resuelto por la Cour de Cassation el 22 de Octubre de 1991, *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 457

³²⁸ HERDEGEN Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Thomson Civitas, Navarra, 2003

³²⁹ La expresión más relevante del tribunal fue: “l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales”.

En el caso “The Islamic Republic of Iran vs. The United States of America³³⁰” el Tribunal de La Haya ha acudido reiteradamente a principios jurídicos internacionalmente aceptados para resolver controversias entre nacionales estadounidenses y el Estado iraní o empresas estatales iraníes³³¹.

Antes de la vigencia de los TBIs los tribunales arbitrales del CIADI recurrían –aunque no habitualmente- a la *lex mercatoria* y a la equidad. Este es el supuesto de los casos “Benvenuti e Bonfant vs. Congo” (CIADI, ARB/77/2) y “Atlantic Triton vs. Guiné” (CIADI, ARB/84/1).

III. Conclusiones

Según se desprende del análisis efectuado, se ha podido demostrar que los tribunales arbitrales del CIADI, si bien aplicaron de modo preferencial los acuerdos de inversión, se remitieron a otras fuentes del derecho internacional, admitidas particularmente por los tratados, para su interpretación o aclaración.

Ahora bien, ¿es posible aceptar que esa aplicación preferencial ha desarrollado una nueva disciplina autónoma –el derecho de las inversiones³³²-?

Nuestra respuesta será negativa. Está claro que a partir de la interpretación de los acuerdos de inversión efectuada por los órganos arbitrales del CIADI³³³, se establece un lazo más que importante con el derecho internacional y sus diversas fuentes. Esta es una consagración no sólo normativa, sino también doctrinaria y arbitral.

³³⁰ Iran-US CTR 1988-II, Revue de l'arbitrage, vol 19

³³¹ HERDEGEN Matthias, op. cit. 328

³³² PARIASCA MARTÍNEZ Jorge, *El arbitraje CIADI y el fortalecimiento de las instituciones jurídicas de la inversión extranjera*, Working Paper, Estudio Altuve-Febres & Dupuy, Perú, 2006.

³³³ Y eventualmente algún otro esquema arbitral previsto en los acuerdos de inversión.

CONCLUSIONES FINALES

A los fines de concluir, retomaremos los dos grandes interrogantes que han servido de guía del presente trabajo.

En primer lugar, si ciertos principios del derecho internacional general regional perdieron vigencia frente al conglomerado de acuerdos de inversión.

Al respecto, la primera conclusión parcial a la que hemos arribado es que ciertos principios de las Doctrinas Drago, Calvo e Irigoyen devinieron en derecho consuetudinario regional latinoamericano, por su importante aceptación en la práctica regional.

Ese derecho regional consuetudinario, basado en el principio de la igualdad absoluta entre los nacionales y extranjeros y en negarle cualquier estándar aditivo al trato al extranjero, desafió al derecho internacional consuetudinario clásico³³⁴, sustentado en confirmar un estándar mínimo de protección a la inversión extranjera (aunque la delimitación de ese estándar mínimo nunca llegó a ser unánime en la doctrina de los países desarrollados).

En la década del 70, los Países en Vías de Desarrollo, intentaron –entre otras disposiciones- cristalizar la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros a través de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, pero no lograron obtener el consenso necesario.

Quienes sí tuvieron éxito en asegurar el estándar mínimo de protección al inversor extranjero fueron los países exportadores de capital, ya que a comienzos de la década del 90, valiéndose del consenso generalizado de las élites políticas de los PED en el pensamiento neoliberal, ofrecieron masivamente la suscripción de Acuerdos de Inversión (regionales, bilaterales, interregionales, etc).

Esos acuerdos se caracterizaron por otorgar un trato justo y equitativo al inversor extranjero; protección y seguridad plenas; trato nacional; incluían una cláusula de nación más favorecida; establecían la prohibición de la expropiación directa e indirecta, salvo por razones de utilidad pública; fijaban para el caso de procederse a una expropiación, la obligación de dar una

³³⁴ Cabe aclarar que ese desafío se circunscribió al ámbito latinoamericano ya que Europa y los Estados Unidos jamás receptaron esa práctica regional.

compensación adecuada, pronta y efectiva; garantizaban los compromisos asumidos con la inversión; garantizaban la inversión por riesgos no comerciales; establecían un sistema arbitral de solución de controversias entre inversores –particulares- y Estados en el ámbito internacional, entre otras disposiciones.

A pesar de que estos acuerdos de inversión contenían, en líneas generales, los mismos institutos, no existía uniformidad en el estándar de protección consagrado (algunos el mínimo y otros un estándar superior). Contribuyó a esta falta de uniformidad la ambigüedad de muchas de sus cláusulas, lo que amplió el margen de discrecionalidad de los árbitros y de la doctrina al momento de interpretar el alcance de esos institutos.

En contra de las previsiones de que propiciar un buen clima para la inversión a través de la suscripción de diversos acuerdos evitaría la promoción de conflictos, sucedió todo lo contrario y el índice de conflictividad a comienzos del siglo XXI aumentó exponencialmente.

Ese aumento y “el caso argentino” colocaron la mirada de los especialistas en el régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras. Comenzaron a preguntarse si como consecuencia de los acuerdos de inversión contemporáneos había fenecido la Doctrina Calvo que los países de Latinoamérica habían abrazado en otrora.

Nosotros hemos retomado ese interrogante y al respecto hemos respondido que la gran mayoría de los Estados latinoamericanos no abandonaron la Doctrina Calvo, ya que: a) esos acuerdos poseen una vigencia temporal; b) hay Estados que permanecieron al margen del conglomerado de TBIs; c) hay Estados que reforzaron la existencia de ciertos principios del derecho regional consuetudinario al invocarlos en sus defensas ante el esquema de solución de diferencias en materia de inversiones; d) algunos países han elaborado actualmente modelos de TBIs en los que eliminaron todo estándar superior o aditivo de protección al inversor extranjero; e) no se creó costumbre a partir de la ratificación por parte de algunos Estados de Latinoamérica de acuerdos de inversión.

Por ello preferimos el término “suspensión” de ciertos principios del derecho regional consuetudinario latinoamericano a consecuencia de la vigencia de los acuerdos de inversión.

En segundo lugar, nos hemos preguntado si el régimen jurídico de las inversiones (compuesto por acuerdos bilaterales o regionales) se ha convertido en un régimen autónomo.

Nuestra respuesta fue negativa. En efecto, la aplicación preferencial de los acuerdos de inversión efectuada por los órganos arbitrales del CIADI no es excluyente de otras fuentes, también aplicadas por los tribunales arbitrales y admitidas particularmente por los tratados, para su interpretación o aclaración.

El régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras tiene su anclaje en el derecho internacional y su sistema de fuentes.

Esta es una consagración no sólo normativa –por disposición de los propios acuerdos de inversión- sino también doctrinaria y arbitral.

Para finalizar, no debemos dejar de mencionar que, según un pronóstico efectuado por la UNCTAD en su Informe del año 2008 sobre “Regulación Internacional de la Inversión”, se prevé un retroceso en la liberalización de la inversión en los próximos años.

La complejidad y diversidad de los acuerdos de inversión, sumado al elevado índice de conflictividad internacional como consecuencia de incumplimientos del estándar de protección a la inversión extranjera, ha generado cierta reacción en contra del conglomerado de TBIs.

Asimismo, los PED han manifestado su preocupación de que los acuerdos de inversión no aborden expresamente las dimensiones del desarrollo y no prevean que el Estado pueda excepcionarse del cumplimiento de las obligaciones hacia el inversor si se encuentra en juego la protección de la seguridad nacional, la salud pública, el medio ambiente, la preservación de los recursos naturales o la diversidad cultural.

Esta preocupación por las dimensiones del desarrollo ha abierto la puerta a nuevos interrogantes con relación al régimen jurídico internacional de las inversiones extranjeras.

La doctrina especializada³³⁵ se está preguntando como interactúan los acuerdos de inversión con relación a ciertas disposiciones de derecho internacional sobre Derechos Humanos o sobre Medio Ambiente.

En este supuesto, no existe un conflicto normativo propiamente dicho, sino que, de la aplicación de los acuerdos de inversión al caso concreto, se pueden inferir consecuencias negativas sobre las obligaciones contraídas por determinado Estado en materia de Derechos Humanos o ambiental.

En efecto, la eficacia de los tratados de derechos humanos – especialmente los de segunda generación- puede verse afectada por disposiciones de tratados económicos. De hecho, los Estados pueden sumirse en una competencia negativa –reducir exigencias laborales o ambientales- para incentivar la inversión extranjera directa³³⁶.

Del análisis de ciertos laudos arbitrales y presentaciones ante el CIADI en casos en los que ha sido parte la República Argentina puede observarse este tipo de incidencia negativa.

En el caso “CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina” por ejemplo, la empresa argumentó un trato inequitativo fundado en que la República Argentina se había negado a renegociar las tarifas. El Estado argentino argumentó que su decisión de no reajustar las tarifas obedeció a la grave crisis social y económica que vivía el país y que todas las medidas adoptadas fueron necesarias para normalizar y hacer posible la operación de los servicios públicos.

Si bien el Estado argentino no opuso en su defensa la incidencia negativa que el cumplimiento de las reglas del TBI producía sobre obligaciones inherentes a derechos humanos fundamentales de su población, resultaba claro que ellos se verían limitados con el aumento indiscriminado de las tarifas (para equipararlas al valor dólar) y ello impediría el acceso al servicio de gas a una parte importante de la población³³⁷.

³³⁵ KAHN Philippe, *Investissements internationaux et droits de l'homme* en AA.VV., *Où va le droit de l'investissement, désordre normatif e recherche d'équilibre*, Editions A. PEDONE, Paris, 2007, págs. 95-109.

³³⁶ ZAPATERO, Pablo, *Economía de mercado y derechos humanos, un estudio sobre la interdependencia de las normas*, Revista Derechos y Libertades, nro. 16, Época II, Madrid, 2007, p. 211.

³³⁷ Puede mencionarse también el caso “Aguas Argentinas SA, Suez Vivendi Universal SA y otros c. República Argentina” (CIADI/ARB 03/19)

Esta interacción o incidencia de normas del Derecho Internacional no puede solucionarse con las reglas clásicas de jerarquía, especialidad y temporalidad. No existe oposición, en un sentido estrictamente jurídico de obligaciones contrapuestas, entre los TBIs y los Convenios sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, el estricto cumplimiento de un TBI (otorgar un trato justo y equitativo al inversor por ejemplo) puede acabar propiciando la violación de derechos humanos sociales o económicos en el caso concreto.

En definitiva, se plantea como prioritario en el futuro explorar el conjunto de herramientas disponibles para estimular las posibles sinergias³³⁸ el régimen jurídico de las inversiones extranjeras y otros sectores del Derecho Internacional, para tratar de evitar o limitar esas fricciones o interacciones negativas.



³³⁸ CHARNOVITZ, S., *The globalization of economic human Rights*, Brooklyn Journal of International Law, nro. 25, 1999.

REFERENCIAS

- ABI-SAAB Georges, *The legal formulation of a Right to development*, Le droit on developpement, Paris, 1980.
- ALEJO Francisco, VILLARREAL René y REYES Saúl, *Economía y comercio internacional* en AA.VV., Derecho Económico Internacional, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
- ÁLVAREZ Alejandro en *Droit International Américain*, Paris, 1910, pág. 271
- ANTOKOLETZ Daniel, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Quinta edición, Ediciones de La Facultad, Buenos Aires, 1951.
- ARGERICH Guillermo, *Protocolos de inversiones extranjeras del Mercosur, ¿instrumentos útiles para el siglo XXI?*, en Dreyzin de Klor Adriana y Fernández Arroyo Diego (directores), *Inversiones extranjeras*, DeCITA 03.2005, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, págs. 208-219.
- BARBÉ Esther, *Relaciones Internacionales*, segunda edición, Tecnos, Madrid, 2003
- BARBERIS Julio, *Formación del derecho internacional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.
- BARRAGUIRRE, Jorge, *Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?*, Revista Res Pública Argentina, nro. 3, Buenos Aires, 2007
- BARRAGUIRRE Jorge y MANSI Ariel, *El Sistema de Solución de Controversias en materia de Inversiones: el Subsistema del Convenio C.I.A.D.I. Tratados Bilaterales de Inversión*, Relato del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”, Córdoba, 1 al 3 de Octubre de 2009.
- BASALDÚA Ricardo Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, Lexis Nexis, Argentina, 2007.
- BIOCCA Stella Maris, *Derecho Internacional Privado, Un nuevo enfoque*, Tomo I, Lajouane, Buenos Aires, 2004.
- BIOCCA Stella Maris, *Claves Político-Jurídicas para la Integración Latinoamericana*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2001.

BONDÍA David, *El derecho internacional público como objeto de docencia*, working paper, FLACSO-Universidad de San Andrés, 2007.

BORZI DE LUCIA Máximo, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y sus efectos en el derecho público argentino*, Revista El Ciudadano, 2003.

BOTTINI Gabriel, *El cumplimiento de los laudos del CIADI y el Derecho Internacional*, La Ley, Suplemento del 1 y 3/11/05.

BURDMAN Julio, *La protección a las inversiones extranjeras en Argentina (1989-2005): una mirada político-económica*, en AA.VV., *Políticas Liberales exitosas: soluciones pensando en la gente*, compilador Lazzari Diego, Fundación Atlas, Buenos Aires, 2005.

CALVO Carlos, *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris, 1868.

CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Volúmen II, sexta edición, Granada, Septiembre de 2005.

CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe, Informe 2008*.

CHARNOVITZ, S., *The globalization of economic human Rights*, Brooklyn Journal of International Law, nro. 25, 1999.

CHUDNOVSKY Daniel y LÓPEZ Andrés, *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur*, en AA.VV., *15 años de Mercosur*, Red Mercosur, Montevideo, 2006.

CITARA Rubén Miguel, *El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada*, La Ley 2004-A, 1401.

CORREA Carlos, *Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio: interpretación, aplicación y opciones para su revisión*, en *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia*, Director Carlos Correa, nro. 6, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, pags. 107-142.

CREMADES B., *Arbitration in Investmen Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment –Protection Treaties*, Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel, 1996, pags. 156-161.

CROSS Karen H., *Inversión en América Latina: los Tratados bilaterales de inversión y arbitraje de conflictos con inversiones en América Latina en*

Seminario de Aspectos Legales de las Finanzas, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Marzo de 2010.

DE LA DEHESA G. en *Comprender la globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000

DELAUME G. R., *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes*, Nueva York, 1986.

DIAZ CISNEROS César, *Derecho Internacional Público*, Vol. 1, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, 1966.

DIEZ DE VELASCO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimosexta edición, Tecnos, Madrid, 2008

DIEZ-HOCHLEITNER Javier, *Protección diplomática v. arbitraje de inversiones*, Mayo de 2005.

FATOUROS Arghyrios, *International investment agreements: recent trends in law and policy*, en UNCTAD, *Symposium for Least Developed Countries- International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*, Ginebra, 1999.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Obligaciones contractuales: aspectos generales*, en *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 949

FERNÁNDEZ DE GURMENDI Silvia, *Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en Relaciones Internacionales*, publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, nro. 3, Noviembre de 1992.

FERNÁNDEZ PONS Xavier, *La OMC y el Derecho Internacional, un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional genereal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ PONS Xavier, *Globalización económica, soberanía de los Estados y políticas sociales: funciones y retos del derecho internacional ante el "trilema" de la globalización*; Sociedad Global, Revista de Relaciones

Internacionales y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana, Vol. 1, Febrero de 2008.

FONTOURA COSTA, José Augusto, *Direito Internacional do Investimento estrangeiro*, Jurua Editora, Curitiba, 2010.

FOUCHARD, Philippe, *Les usages, l'arbitre et le juge*, en Goldman B., *Le droit des relations économiques internationales*, 1982

FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General*, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Abril de 2004

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar, *La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)*, La Ley RDM 2004-1, 7.

GARCÍA Ricardo Ginés, *Fundamentos del Derecho*, Parábola Editorial, Buenos Aires, 2007.

GRANATO, Leonardo, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Edumed, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones en "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo: 1979-2004"*, pág. 11, Corte Interamericana, Costa Rica, 2005

GOLDSCHMIDT Werner, *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Lexis Nexis, Novena edición, Buenos Aires, 2002

GOLDMAN, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, APD, 1964, p. 177

GUTIÉRREZ ESPADA César y CERVELL HOSTAL María José, *Derecho internacional en la encrucijada*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

HART H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

HERDEGEN Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Thomson Civitas, Navarra, 2003

KALLER DE ORCHANSKY Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, corregido, aumentado y actualizado*, Editorial Plus Ultra, 1997

KAHN Philippe, *Investissements internationaux et droits de l'homme en AA.VV.*, Où va le droit de l'investissement, désordre normatif e recherche d'équilibre, Editions A. PEDONE, Paris, 2007, págs. 95-109.

KENNETH J., *Sustainable Liberalism and the International Investment Regime*, 19 MICH J. INT'L 373 (1998).

KISHOIYIAN Bernard, *The utility of bilateral investment treaties in the formulation of customary International law*, *Northwester Journal of International Law and Business*, nro. 14, 1994.

KOSKENNIEMI M., *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades resultantes de la diversificación y ampliación del Derecho Internacional-Informe del Grupo de Estudio de la CDI, Doc. A/CN.4/L.682*,

LAGARDE P., *Approche critique de la lex mercatoria*, Études B. Goldman, Paris, Litec, 1982

LAVAGNA Roberto (Director del Proyecto), *El GATT y sus normas: una aproximación a las cuestiones fundamentales*, Organización Techint, Boletín Informativo nro. 236, Enero-Marzo, 1985, Argentina.

LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, tercera reimpresión, Colombia, 2005.

LUFF David, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce, Analyse critique*, Université Libre de Bruxelles, Collection de la Faculté de Droit, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2004.

MAIRAL Héctor, *El silencio de los tribunales argentinos*, en Res Pública Argentina, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 3-2007, Buenos Aires.

MANNING-CABROL Denise, *The Imminent Death of the Calvo Clause and the Rebirth of the Calvo Principle: equality of foreign and nacional investors*, 26 *LAW & POL'Y INT'L BUS.* 1169 (1995).

MARSHICK A., *Too Much Order? The Impact of special secondary norms on the unity and efficacy of International legal system*, *EJIL*, Vol. 9, 1, 1998

MARZORATI Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, Tomo 2, tercera edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003.

MAYER, Pierre et HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 8eme Edition, Montchrestien, , Paris, 2004.

MIAJA DE LA MUELA Adolfo, *Principios y reglas fundamentales del Nuevo Orden Económico Internacional*, Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Madrid, 1976

MONTERISI RICARDO, *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009

MONTI Santiago, *What International Investment Law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT generation*, en Revista Res Pública Argentina, 2007-3, Octubre-Diciembre de 2007, págs. 75-106.

OMAN C., *Policy competition for foreign direct investment: a study of competition among governments to attract FDI* Paris, OECD Development Centre, 2000.

PARIASCA MARTÍNEZ Jorge, *El arbitraje CIADI y el fortalecimiento de las instituciones jurídicas de la inversión extranjera*, Working Paper, Estudio Altuve-Febres & Dupuy, Perú, 2006.

PARRA, Antonio, *Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, nro. 16, 2001.

PASTOR RIDRUEJO José, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1989.

PEÑA Félix, The role of ICSID in investor-State dispute resolution: lessons from the “argentinean cases”, disponible en www.ustr.gov, Noviembre, 2004.

PEÑA Félix, *¿Cuál es el verdadero problema del spaghetti bowl? Proliferación de acuerdos preferenciales en un sistema global debilitado*, publicado en www.felixpena.com.ar, 2007.

PERUGINI Alicia, *La definición de las personas físicas y la cláusula de la Nación más favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de las Inversiones* en Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1993.

POLANCO ALCÁNTARA Tomás, *La obligatoriedad y validez de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, en AA.VV., Derecho Económico Internacional, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

POSADAS URTUSUASTEGUI, Alejandro, *Evaluación de tendencias en el arbitraje inversionista-Estado bajo el TLCAN: ¿un remedio extraordinario?*, paper, Buenos Aires, 2007.

PROSPER WEIL, *The State, the Foreign Investor and International Law: The Non Longer Stormy Relationship of a menaje á trois*, ICSID Review, vol. 15, 2000

OBREGÓN Liliana, *Latin American International Law*, Tesis Doctoral, Harvard Law School, 2002.

RAYA DE VERA Eloísa, *La interacción de ciertos principios generales del derecho internacional con el régimen jurídico latinoamericano de las inversiones extranjeras*, Anuario Argentino de Derecho Internacional, nro. XVII, Córdoba, República Argentina, 2010, págs. 19-40.

RAYA DE VERA Eloísa, *La reparación adecuada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nro. 7, Julio de 2011, págs. 89-111

REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cuarta edición, La Ley, Buenos Aires, 2007.

REISMAN Michael, *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold*, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, nro. 15, 2000.

REISMAN Michael., *International Law alter the Cold War*, American Journal of International Law, vol. 84, 1990,

RODRÍGUEZ CARRIÓN J.A., *El Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 1999.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ Sonia, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI* en Dreyzin de Klor Adriana y Fernández Arroyo Diego (directores), Inversiones extranjeras, DeCITA 03.2005, derecho del comercio internacional, temas y actualidades, Zavalía, 2005.

ROSA José María, *Historia Argentina*, Tomo III y V, Editorial Oriente S.A., Buenos Aires, 1974

ROSATTI Horacio, *Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino*, La Ley 2003-F, 1283

SALINAS ALCEGA, S., *El Derecho Internacional y algunos contrastes en el cambio de milenio*, Real Instituto de Estudios Europeos, Zaragoza, 2001.

SANTOS BELANDRO, Rubén, *Derecho Comercial Internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, Mayo de 2008.

SCHREUER, Christoph, *The ICSID Convention: a commentary*, Cambridge, University Press, 2001, p. 573

SCHIFF, Maurice y WINTERS, L. Alan, *Integración Regional y Desarrollo*, Banco Mundial, Alfaomega, 2004.

SEPÚLVEDA César, *México y el Club de Roma*, segunda parte (La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados), México, Colección Metropolitana, 1975.

SHAN Wenhua, *Is Calvo Dead?*, Paper presented at the Society of Legal Scholars Symposium 2006, entitled *Redefining Sovereignty: An International Debate on Sovereignty and International Economic Law*, Oxford University, May 2006.

SHEA Donald, *The Calvo Clause: a problema of inter-american and international law and diplomacy*, 1955.

SOMMER Christian, *El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI, ejecución directa o aplicación del exequatur?*, Libro de Ponencias del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional “Dr. Enrique Ferrer Vieyra”, Córdoba, Octubre de 2009.

SOLE, Marina, *Regulación sobre inversiones en el ámbito nacional, bilateral, regional y multilateral. ¿Por qué tanta confusión?*, Observatorio de la Globalización, Universidad de Barcelona, working paper, 2005

SORNARAJAH M., *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, JIA, vol. 14, 1997, pág. 130.

SORNARAJAH M., *The International Law of Foreign Investment*, segunda edición, Cambridge University Press, 2004

STRANGE Susan, *La retirada del Estado, la difusión del poder en la economía mundial*, Icaria Editorial, Barcelona, 2001.

TAWIL Guido S., *Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos Vivendi, Wena y Maffezini* en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, octubre de 2002, año XXV, nro. 289, pág. 241 y subsiguientes.

TAXIL Bérange, *L'OMC et les pays en développement*, Montchrestien, Paris, 1998.

TEMPONE Rubén, *Protección de inversiones extranjeras*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003

TORRENT MACAU Ramón, *El orden jurídico internacional de la economía mundial: ¿cómo cambiar su enfoque para que recobre sentido?*, Revista económica de Castilla-La Mancha, nro. 10, año 2007.

UNCTAD, *Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir*, Colección de publicaciones de la UNCTAD, Nueva York y Ginebra, 2008.

VERBIC Francisco, *El CIADI y la situación de la República Argentina ante sus tribunales*, JA 2008-IV, fascículo nro. 2, Buenos Aires.

VERDROSS Alfred, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1978

VINUESA Raúl Emilio, *Bilateral investment treaties and the settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience*, 8 L & Bus, Rev. Am. 501.

WEINBERG DE ROCA Inés, *Derecho Internacional Privado*, segunda edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

YMAZ VIDELA Esteban, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999

ZAPATERO, Pablo, *Economía de mercado y derechos humanos, un estudio sobre la interdependencia de las normas*, Revista Derechos y Libertades, nro. 16, Época II, Madrid, 2007, p. 211.