

# AAU

AMERICAN ANDRAGOGY  
UNIVERSITY



# **Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional** **en los Tratados Bilaterales de Inversión**

*Autor: Leonardo Granato*

## **Leonardo Granato**

Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Belgrano, Argentina. Tesina: “Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión”. Tutora: Dra. María Odile Pedrido. Tribunal de Defensa: Dra. Astrid Gómez, Dr. Dino Bellorio Clabot, Lic. Fernando Laborda. Fecha: 01/03/2005. Calificación: 10 (diez).

Maestrando en Derecho de la Integración Económica, Escuela de Posgrado Ciudad Argentina (EPOCA), Universidad del Salvador y Université Paris I - Panthéon Sorbonne.

Es colaborador periodístico de Multimedios El Eco de la Provincia de Buenos Aires.

Asimismo, se desempeña como Auxiliar docente, adscripto a las cátedras de Derecho Internacional Privado y Derecho Privado Profundizado en la Universidad de Belgrano (UB) y como Ayudante diplomado en la Comisión 754 de la cátedra de Sociología Jurídica en la Universidad de Buenos Aires (UBA).

## AGRADECIMIENTOS

A mis padres, siempre.

A Nahuel Oddone, por sus siempre atinadas observaciones e incondicional apoyo y su apuesta por dar siempre lo mejor.

A las Profesoras Odile Pedrido, Lidia Achinelli y Norma Bruno, en quienes supe hallar ante todo grandes personas. A ellas mi agradecimiento por su amistad y por todo el apoyo y la confianza que me han brindado desde un comienzo.

Al Profesor Dr. Juan Carlos Martínez Coll, por el espacio brindado y su constante ánimo por producir, creando e innovando.

# Índice

Introducción, p. 1

Capítulo I: *La protección del inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión*, p. 4

- I. El régimen de la inversión extranjera en el Derecho Internacional Público y Privado, p. 4
- II. El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 6
- III. Consideraciones históricas acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 9
- IV. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus efectos jurídicos, p. 11
- V. Concertación de Tratados Bilaterales de Inversión, p. 13
- VI. El contenido de los derechos derivados de los Tratados Bilaterales de Inversión desde la óptica de la protección del inversor extranjero, p. 15
  - a) *Ámbito de aplicación de los convenios*, p. 15
    - i) La definición de “inversión extranjera”, p. 15
    - ii) La definición de “inversor”, p. 17
    - iii) El ámbito de aplicación territorial y temporal, p. 20
  - b) *Las obligaciones del Estado que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversión respecto de la protección del inversor extranjero*, p. 20
    - i) *Las normas de tratamiento*, p. 21
      - 1. Tratamiento justo y equitativo, p. 21
      - 2. El trato no discriminatorio, p. 22
      - 3. Protección y seguridad plenas, p. 23
      - 4. La cláusula de la Nación más favorecida, p. 23
      - 5. El trato nacional, p. 24
      - 6. La denominada “Umbrella clause”, p. 25
    - ii) *Las normas de protección y las garantías contra riesgos “no comerciales”*, p. 26
      - 1. La llamada “Stabilization clause”, p. 28
      - 2. Reglas en materia de transferencia de divisas, p. 29
  - c) *Duración*, p. 30
  - d) *Eliminación de “Doble imposición”*, p. 31
- VII. Reclamos derivados del tratado y reclamos derivados del contrato, p. 31
- VIII. La responsabilidad internacional del Estado ante el incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 33
- IX. La “cláusula arbitral” como recurso del inversor extranjero, p. 35

Capítulo II: El arbitraje como recurso de protección al inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 37

- I. Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional, p. 37
- II. Métodos modernos de solución de disputas: el arbitraje, p. 40
- III. La cláusula de arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 43
  - a) Consulta y negociación, p. 43
  - b) El período de espera, p. 44
  - c) La elección de jurisdicción, p. 44
  - d) La elección de institución o de reglas de arbitraje, p. 47
- IV. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), p.

48

- a) Procedimiento, p. 48
  - b) Jurisdicción del Centro, p. 49
  - c) Derecho aplicable, p. 50
  - d) Obligatoriedad de los laudos, p. 51
- V. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), p. 52
  - a) La Convención de Nueva York de 1958, p. 52
  - b) Reglamento de arbitraje de 1976, p. 53
  - c) La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, p. 54
- VI. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, p. 55

Capítulo III: La protección del inversor extranjero en el Mercosur, p. 57

- I. La integración como fenómeno actual, p. 57
- II. La institucionalización del Mercosur. Contexto y expectativas, p. 58
- III. Derecho del Mercosur, ¿Derecho de la Integración?, p. 60
- IV. Armonización legislativa en el Mercosur, p. 61
- V. Mercosur e inversiones, p. 62
  - a) Un bloque que atrae inversionistas, p. 62
  - b) El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur, p. 64
  - c) El Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del Mercosur, p. 67
- VI. Consecuencias para el inversor extranjero de la aplicación del régimen jurídico para las inversiones en el Mercosur, p. 68

Capítulo IV: La protección del inversor extranjero en Argentina, p. 70

- I. La internacionalización del orden jurídico argentino, p. 73
- II. Marco normativo nacional de los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 71
- III. Jerarquía constitucional de los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 72



V. Argentina y el arbitraje internacional, p. 74

a) Argentina y el CIADI, p. 76

b) El caso "Maffezini", p. 79

i) A manera de introducción, p. 80

ii) El caso en cuestión, p. 80

iii) Acerca de la decisión adoptada, p. 82

c) Argentina y el CNUDMI, p. 83

d) La UN.A.D.AR., p. 84

Conclusiones, p. 85

Bibliografía, p. 89

Anexo I – Listado de Tratados Bilaterales de Inversión y de "Doble Imposición" suscriptos por la República Argentina

Anexo II - Tratado suscripto con la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Anexo III - Acuerdo suscripto con la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones

Anexo IV - Acuerdo suscripto con el Reino de España para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones

Anexo V - Tratado suscripto con los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

Anexo VI – Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

Anexo VII - Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR

Anexo VIII - Protocolo sobre Promoción y protección de Inversiones Provenientes de estados no partes de MERCOSUR

Anexo IX – T. O. Ley de Inversiones Extranjeras 21.382/93

Anexo X - Stock de IED en Argentina por Sector Económico.

Anexo XI – Gráficos sobre IED en Argentina.

## Introducción

La evolución y dinámica de la inversión extranjera directa han sido consideradas como dos de los fenómenos más relevantes del proceso de globalización mundial, en particular, por su significativo crecimiento en la década de los noventa y su incidencia en el desarrollo de las economías nacionales y regionales.

Nuestro objetivo hoy ha girado en torno a la pregunta de si, en este contexto anteriormente descrito, el inversor extranjero está garantizado por una efectiva protección jurídica en el proceso que implica llevar a cabo una inversión en un país foráneo.

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

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

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

De esta forma, estos Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, fueron consolidando un esquema normativo general, posibilitando una suerte de "institucionalización" de derechos y garantías para el inversor extranjero, cuya contrapartida es la obligación del Estado receptor de proteger al inversor extranjero.

En este orden de ideas, el Derecho deja de ser una concepción jurídica exclusiva de cada Estado y se convierte en un derecho regulador común de actividades, que, tradicionalmente, estaban bajo la potestad soberana del Estado. La globalización económica ha restringido esa potestad al condicionar, a través de regímenes jurídicos internacionales, su función de legislador y regulador.

Entendemos que los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones otorgan una efectiva protección del inversor extranjero, asegurando al mismo una instancia arbitral internacional para el caso de cualquier diferencia suscitada en la materia que afectara dicha protección.

El Derecho ha adquirido un carácter instrumental al convertirse en un medio de solución de controversias entre Estados y nacionales de otros Estados, desplazando así los medios diplomáticos tradicionales de solución de controversias utilizados entre Estados.

Es a esta cuestión que consideramos complemento indispensable para el particular – inversor extranjero en cuanto a la posibilidad cierta que este mecanismo le proporciona para efectivizar cualquier reclamo en sede internacional.

El eje de este libro gira en torno de la protección del inversor extranjero y sus implicancias jurídicas. Nos basamos en aquella idea que por el año 1993 propuso Alicia Perugini respecto que en realidad, a pesar del título de estos acuerdos, de su contexto se desprende que los destinatarios finales de la protección no son las inversiones sino los inversores.

La mayor parte de la doctrina habla de “protección de inversiones”, nosotros aquí hablaremos de “protección del inversor extranjero”.

El término “protección” proviene del latín *protectio*, significando la acción y efecto de proteger. Y “proteger” proviene del latín *protegere* (de *pro*, delante y *tegere*, cubrir) que significa amparar, favorecer, defender, preservar.

En este libro hemos reunido y explicado sistematizadamente todos aquellos factores que “amparan, favorecen y defienden” al particular – inversor extranjero dentro del marco de los Tratados Bilaterales de Inversión, analizando los casos particulares de Argentina y el Mercosur.

Ello con un enfoque jurídico – sistémico, adicionando al análisis estrictamente jurídico elementos de Ciencia Política, Relaciones Internacionales, Economía e Historia; en la medida que sirvan para contextualizar y dar una visión más completa y acabada del tema que estamos estudiando.

En la primera parte de este libro nos centramos, por un lado, en las dificultades del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado para otorgar una acabada protección al particular inversor en el actual contexto de globalización internacional y, por otro, en el contenido de los convenios bilaterales de inversión: sus normas de tratamiento y de protección. Asimismo, exploramos la naturaleza jurídica de estos tratados mixtos, su surgimiento y antecedentes y alcance.

La segunda parte de este trabajo la dedicamos exclusivamente a la cláusula arbitral contenida en estos tratados que posibilitan que el sujeto particular – inversor extranjero pueda demandar en sede internacional al Estado receptor de la inversión efectuada por cualquier violación de sus derechos asegurados internacionalmente.

Indagamos acerca del arbitraje como método de resolución de controversias en materia de inversiones y de las Doctrinas Drago y Calvo, que constituyeron el régimen adoptado por los países de América Latina respecto al tema.

Para finalizar esta parte comentamos los dos sistemas de arbitraje que comúnmente se encuentran contenidos en los Tratados Bilaterales de Inversión, intentando brevemente describir aquellas cuestiones que resultan relevantes en la protección del inversor.

Conscientes que en el mundo globalizado del siglo XXI la integración constituye una herramienta política que permite mejorar las condiciones de inserción en el mundo porque implica mayor poder de negociación y competitividad para sus componentes al actuar como

bloque, tratándose de una alianza estratégica de enorme importancia para garantizar las posibilidades de desarrollo de sus miembros; en la tercera parte del trabajo damos tratamiento a la protección del inversor extranjero dentro del espacio integrado del Mercosur.

No se nos escapa que actualmente el Derecho de la Integración avanza a pasos agigantados y que de nuestra actuación en bloque depende una óptima inserción internacional, con una regulación eficiente en materia de inversiones extranjeras de las que tanto requiere el bloque.

Analizamos aquí las normas contenidas en los Protocolos en materia de inversiones que se encuentran vigentes en el Mercosur y los mecanismos de solución de controversias.

En la cuarta y última parte, tomamos la evolución de la protección del inversor en el país que más avanzó en materia de inversiones dentro del Mercosur: la República Argentina. En la actualidad, la Argentina está siendo demandada en distintos tribunales internacionales por causas originadas luego de la salida del régimen de convertibilidad. Evaluamos desde una óptica general estos casos, y tomamos en cuenta el caso de un inversor argentino que demandó a España.

Esperamos poder contribuir a una visión distinta del tema, que permita descubrir nuevas lecturas y opciones para un tema tan actual y “tan jurídico”. Finalmente, lo dicho en este libro es tan solo un primer paso para descubrir muchos otros aspectos relativos al tema. Como se sostiene en un proverbio chino: “hasta el más largo camino, comienza con un primer paso”.

# Capítulo I: La protección del inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión

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

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

Se ha sostenido que los países en desarrollo o mercados emergentes proveen de oportunidades de inversión y atractivas rentabilidades que deben sopesarse frente a ciertas desventajas: un sistema legal no demasiado apto por tener una clara preponderancia del poder administrativo sobre el judicial, sistemas deficientes de protección de derechos, instituciones políticas débiles, entre otras; lo que entendemos ha motivado la popularidad de los tratados de protección de los inversores extranjeros, asegurando así el respeto a ciertos derechos que trataremos más adelante, y en caso de violación, su juzgamiento por tribunales arbitrales internacionales.

Dicho esto, partimos de la idea que tales convenios otorgan una efectiva protección del inversor extranjero. Esta primera parte intenta explicar cómo opera tal protección del inversor en el marco de estos tratados bilaterales, analizando el contenido de los mismos.

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

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

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

Si bien el Estado del cual el inversor era nacional no podía basar su reclamo en el hecho de que éste recibiría un mejor trato en su propio país, sí podía hacerlo en caso de que

las leyes o el comportamiento del Estado receptor no se ajustaran a la pauta mínima de tratamiento internacional.

Por su parte, una visión alternativa creada por los países latinoamericanos consideraba que el trato al inversor extranjero debía ser idéntico al brindado al propio inversor nacional. Así, el Estado solo estaba obligado a brindar a los inversores extranjeros el mismo tratamiento que a sus inversores nacionales.

En el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX, la política abusiva de los países exportadores de capital en América Latina condujo a continuos desacuerdos acerca del contenido del mencionado "estándar mínimo". Basta recordar el cobro compulsivo de la deuda pública mediante el bloqueo de puertos y otras medidas de fuerza, la ocupación de aduanas como forma de garantía, la presentación de reclamos pecuniarios absolutamente exagerados y la imposición del arbitraje para determinar su monto; para comprender la reacción de los países de América Latina manifestada en las denominadas "Doctrina Drago" y "Doctrina Calvo".

La determinación del contenido de las normas del Derecho Internacional Público, en particular aquellas aplicables a la protección de los inversores extranjeros, tiene una considerable importancia política y económica.

Los criterios aplicables a la protección de los inversores (e inversiones en general) fueron objeto de enconados debates en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas durante las décadas de 1960 y 1970, plasmados en la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973.

Este reconocimiento del principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales y sobre el conjunto de las actividades económicas desarrolladas en su territorio, puso en evidencia una serie de divergencias entre los países exportadores y receptores de capital:

a) el carácter absoluto o no de la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales. Esto es, si su ejercicio sobre la propiedad extranjera es discrecional o si está sometido a las condiciones impuestas por el Derecho Internacional, tales como la justificación de un acto de expropiación por causa de "utilidad pública", sobre una base de no discriminación;

b) si el Estado tiene la obligación, según Derecho Internacional, de pagar una compensación por un acto de expropiación o nacionalización de la propiedad extranjera;

c) cuál es la naturaleza jurídica de los contratos concertados entre los Estados y las empresas extranjeras para la explotación de determinados recursos naturales;

d) cuál es la ley aplicable y la jurisdicción competente (si las normas y tribunales del Estado o el Derecho Internacional y el arbitraje internacional), en caso del surgimiento de una controversia sobre inversión.

En cierto modo, podemos decir que la posición que fueron adoptando los Estados se corresponde con su ubicación en el flujo de capitales. La condición de exportador o importador de capital incidió sobre la posición que asumieron los Estados sobre el tratamiento y la protección de los inversores extranjeros, y sobre el contenido mismo de las normas de Derecho Internacional general en esta materia.

Estas divergencias impulsaron entonces a los países exportadores de capital, a establecer reglas y principios que integran la protección del inversor extranjero, mediante la celebración de tratados internacionales y de esta forma unificando derecho, cuyo contenido estudiaremos más adelante.

Por su parte, desde una óptica jusprivatista internacional existirían dos opciones para el inversor extranjero: o aplicamos el derecho del lugar de ejecución de la inversión, y en tal caso el particular se vería desprotegido, al encontrarse sujeto a la legislación del país receptor del capital y con todos los problemas que ello conlleva; o bien, como segunda alternativa, aplicamos el derecho del domicilio del inversor extranjero, lo cual sería injusto para los nacionales del país receptor de la inversión, sin perjuicio de su no aplicación por el orden público internacional.

Cuando nuestro Derecho Internacional Privado nos remite a un ordenamiento jurídico extranjero, aplicamos éste en tanto no atente contra nuestro orden público internacional. Cuando dejamos de aplicar la norma extranjera que sería aplicable al fondo del asunto según nuestra propia norma de conflicto, hablamos de orden público internacional.

En materia de Derecho Internacional Privado la regla es la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por nuestro Derecho Internacional Privado; dejarlo de lado es la excepción. La legislación que regula las inversiones extranjeras es normalmente derecho público, por ende de aplicación territorial, dejando de lado derecho extranjero.

## **II. El surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión**

La globalización de la economía mundial<sup>1</sup> se trasunta en la mayor internacionalidad de la producción e intercambio económicos<sup>2</sup> y en el aumento de la circulación de los factores productivos, y se basa en la premisa de que el éxito en los mercados dependerá de la eficiencia y de la aptitud para competir de los operadores económicos (preponderantemente privados).

En palabras de Hopenhayn y Vanoli *“la globalización financiera es, pues, una característica fundamental de la transformación de las relaciones económicas internacionales, de la dinámica de la economía mundial contemporánea, de su conformación actual y de sus*

<sup>1</sup> Sugerimos la siguiente lectura: David Held, et al.; *Transformaciones globales –Política, economía y cultura-*, traducción de Guadalupe Meza Staines, México, Oxford University Press-México, 2002.

<sup>2</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “La globalización como proceso e ideología: las desigualdades se acrecientan” en *Debates Latinoamericanos*, publicación de la Fundación Universidad de Belgrano, Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria y Centro Latinoamericano de Estudios Avanzados, Año II, N° 3, Buenos Aires, 2004. También accesible desde: <http://www.rlcu.org.ar/revista/>

*perspectivas*<sup>3</sup>, es, en este sentido, “*el libre movimiento de capitales a través de las fronteras nacionales del mundo*”<sup>4</sup>.

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

La economía global actual es producto, tanto de los avances tecnológicos cuanto de la liberalización del comercio mundial. Los fundamentos filosóficos de la globalización han sido la libertad de comercio, la libertad de inversión del capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros. Es en este contexto que la capacidad de cada Estado para atraer el capital extranjero resulta decisiva, ya que la esencia misma de la economía global está constituida por la inversión extranjera directa –en inglés, *Foreign Direct Investment*.

Tawil cita lo dicho por Joachim Karl respecto del incremento de la inversión extranjera directa: “*el continuo proceso de innovación tecnológica y el progreso de las telecomunicaciones han reducido la importancia de las distancias físicas. La reducción de los costos de transferencia del capital facilitadas por el fenómeno de la desregulación, la liberalización del comercio y la creciente integración de las economías nacionales sumados a los procesos de concentración económica visibles en numerosas fusiones, adquisiciones, alianzas estratégicas y la creación de mercados regionales han resultado elementos decisivos en el incremento de esa inversión*”<sup>5</sup>.

No cabe duda que en países con dificultades para generar capital propio el desarrollo económico se encuentra íntimamente ligado al proceso de las inversiones extranjeras. Procesos de la importancia de los acaecidos en la Argentina desde finales de la década del 80 no habrían podido realizarse sin el aporte de dicho capital, sin perjuicio de ciertos efectos nocivos no deseados como la ausencia de medidas relevantes para disminuir el déficit público y la afectación que produjeron a nuestro mercado crisis como la mexicana y la brasileña<sup>6</sup>.

La exportación de capital a los países en desarrollo exige normalmente el cumplimiento de ciertos requisitos. A los beneficios esperados (representados por la tasa interna de retorno pretendida) y cierta estabilidad política y económica mínima, se le suma la necesidad de garantizar la estabilidad y seguridad jurídicas, es decir, que las reglas existentes al tiempo de la inversión serán mantenidas y que ellas no serán afectadas por medidas confiscatorias o arbitrarias<sup>7</sup>. En ello radica a nuestro entender la protección del inversor extranjero.

En este orden de ideas, sostiene Vanossi que “*ya Max Weber ponía como meridiano de la época anterior y posterior a la Revolución Industrial el crear seguridad jurídica, especialmente en la previsibilidad. Poder conocer anticipadamente las consecuencias de los*

<sup>3</sup> Benjamín Hopenhayn y Alejandro Vanoli; *La globalización financiera. Génesis, auge, crisis y reformas*, 1ª edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 16.

<sup>4</sup> Benjamín Hopenhayn y Alejandro Vanoli; *La globalización financiera...*, op. cit., p. 16.

<sup>5</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D, p. 1106.

<sup>6</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1107. Véase también, Nahuel Oddone; “Mercados emergentes en crisis financieras internacionales: el caso argentino a la luz de las experiencias de México y el Sudeste Asiático” en II Congreso de Relaciones Internacionales “Los condenados de la Tierra en la agenda internacional”, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) y Universidad Nacional de La Plata, 11 y 12 de noviembre de 2004.

<sup>7</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1107.



actos jurídicos era la 'conditio sine qua non' para que la acción humana se pudiera desplegar libremente<sup>8</sup>.

Como consecuencia de ello, el proceso de globalización y la necesidad de atraer capital ha llevado a los países en desarrollo a asumir la necesidad de crear un ambiente económico y jurídico que resulte atractivo para los inversores extranjeros, también denominado por la doctrina "clima de inversión"<sup>9</sup>.

Mientras los cambios en la economía son difíciles de obtener y generalmente implican mucho tiempo, es relativamente más fácil establecer nuevas normas en materia de inversiones o liberalizar las existentes. Incluso, el resultado de tales actos legislativos es normalmente mucho más predecible que las reformas macroeconómicas.

De cualquier modo, aún las más liberales normas en materia de inversión se encuentran sujetas a cambios por parte del país receptor. De esta forma el inversor no tiene garantía de que el panorama seguirá como se encuentra en la actualidad.

Aquí es donde los Tratados Bilaterales de Inversión adquieren su verdadera relevancia. Tales acuerdos están destinados a asegurar la estabilidad y predictabilidad de los marcos jurídicos nacionales respecto de la inversión extranjera directa. Sientan condiciones básicas para el tratamiento de las inversiones y sus inversores que los países receptores de capital no pueden ya modificar unilateralmente, sin incurrir por ello en responsabilidad internacional.

En palabras de Gutiérrez Posse, *"las cláusulas de estos tratados marco persiguen un objetivo de estabilidad, intentando garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativos, o de otra índole, del Estado parte. Tratan, así, de preservar lo que los países desarrollados consideran el 'equilibrio de los contratos' . Estas cláusulas de estabilidad no comportan enajenación de la soberanía estadual, por cuanto no generan un compromiso absoluto de no modificación –por ejemplo- de la política económica. Simplemente, si así lo decidiese el Estado, las nuevas disposiciones que adoptase en esa materia no serían oponibles al inversor en el ámbito del contrato y – por ende- del tratado marco"*<sup>10</sup>.

En los 90 gran parte de los países latinoamericanos que requerían de inversión extranjera directa<sup>11</sup> tuvieron como premisa que la celebración de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones llevaría a un "clima de inversión" adecuado para satisfacer la imperiosa necesidad de protección requerida por el inversor extranjero.

<sup>8</sup> Jorge R. Vanossi; "Inversiones extranjeras y seguridad jurídica" 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, p. 21. Sobre la inseguridad jurídica en la República Argentina: Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones Administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999, ps. 4/8.

<sup>9</sup> Un informe del Banco Mundial define al clima para la inversión como "el conjunto de factores propios de cada lugar, que forjan las oportunidades y los incentivos para que las empresas inviertan en forma productiva, generen empleo y crezcan". Véase, Informe sobre el desarrollo mundial 2005: "Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos", Panorama general, Banco Mundial, Washington D.C., p. 1. Accesible desde: <http://www.worldbank.org>, enero de 2005. Véase también <http://www.econ.worldbank.org/wdr/wdr2005>

<sup>10</sup> Hortensia Gutiérrez Posse; "Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias" 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, p. 9.

<sup>11</sup> Tener en cuenta: R. Ffrench-Davis; *Macroeconomía, Comercio y Finanzas para Reformar las reformas en América Latina*, Santiago, McGraw-Hill, 1999.

### III. Consideraciones históricas acerca de los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>12</sup>

En general, existe consenso que el antecedente más cercano de los actuales tratados en materia de inversión extranjera fueron los denominados “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*) suscriptos esencialmente durante la posguerra y hasta finales de la década del 60 por los Estados Unidos de América<sup>13</sup>, Japón –en menor medida- y por algunas naciones de Europa Occidental.

No obstante ello, ya desde finales del siglo XVIII encontramos tratados bilaterales de comercio que si bien no estaban exclusivamente dedicados a regular la inversión extranjera, contenían relevantes disposiciones referidas a la adquisición de propiedad o al ejercicio de determinadas actividades económicas en el territorio de un Estado por nacionales de otro Estado.

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

La mayor parte de estos tratados abarcaban temas diversos; desde el ingreso y libertad de movimiento, la protección de las personas, el derecho a ser asesorado jurídicamente, el derecho a un juicio rápido, hasta el tratamiento nacional del inversor extranjero, la ejecución de los laudos arbitrales, la protección de la propiedad adquirida, la igualdad en el trato impositivo, la administración y los controles cambiarios, el tránsito de bienes y personas, el derecho a locar y adquirir propiedades, derechos e impuestos a la importación y exportación, entre muchos otros.

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

Según lo expresa Fernández de Gurmendi, hasta la Primera Guerra Mundial el objeto principal de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; con el correr del tiempo se procuró asimismo promover las inversiones en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas partes contratantes<sup>14</sup>.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, surge un nuevo género de tratados en materia de inversiones que apuntaba al reconocimiento internacional de la validez de seguros

<sup>12</sup> Conscientes que excedería al presente trabajo tratar el tema de los flujos financieros internacionales es que recomendamos la lectura del punto V de la primera parte de: Pierre Renouvin y Jean-Baptiste Duroselle; *Introducción a la Historia de las Relaciones Internacionales*, traducción de Abdiel Macías Arvizu, 4ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

<sup>13</sup> A modo de ejemplo: Argentina suscribió un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Estados Unidos de fecha 27 de julio de 1853 y otro con Alemania el 19 de septiembre de 1857.

<sup>14</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras” en *Relaciones Internacionales*, publicación del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, año II, N° 3, noviembre de 1992, p. 67.

nacionales contra riesgos no comerciales (la expropiación, la nacionalización, los daños debidos a conflictos armados, la imposibilidad de transferencia y la inconvertibilidad de la moneda local) otorgados por los países exportadores de capital a las inversiones realizadas por sus propios inversores en países extranjeros, desarrollando de esta manera interesantes esquemas de garantía de inversión.

Por estos tratados, el Estado receptor de la inversión reconocía la validez de los pagos efectuados por el Estado asegurador al inversor para el caso que su inversión fuese afectada por algún “riesgo político”, en el país donde se encontraba radicada. De esta forma, el Estado receptor de la inversión aceptaba asimismo la transferencia al Estado asegurador de todos los derechos y reclamos que hubiera podido ejercer el inversor por los daños sufridos<sup>15</sup>.

Asimismo, surgieron en este contexto conocidos programas de garantía multilateral desarrollados por el Banco Mundial, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el Consejo de Europa, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia de Garantía Multilateral de Inversiones (*Multilateral Investment Guarantee Agency - MIGA*).

Posteriormente a esto, en las últimas décadas, es que comienza una nueva práctica en materia de tratados, surgiendo lo que hoy conocemos como Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (conocidos comúnmente como TBI ó en sus siglas en idioma inglés BIT's, *Bilateral Investments Treaties*).

Históricamente, fue la República Federal de Alemania, quien dio el puntapié inicial con esta novedosa práctica en 1959, suscribiendo el primero de estos tratados el 25 de noviembre de ese año con la República Islámica de Pakistán.

De esta forma, Alemania fue gradualmente seguida por otros países europeos hasta que, en la década del 70, la conclusión de estos convenios se convirtió, como según lo dice Fernández de Gurmendi, “*en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de África y Asia*”<sup>16</sup>.

Estos tratados de inversiones contienen previsiones de distinta índole, como veremos detalladamente más adelante. Tan solo a modo de ejemplo diremos que ellos se refieren, en general, al alcance de la aplicación del acuerdo, patrones o normas de tratamiento, patrones o normas de protección, las reglas en materia de transferencia de moneda, o compensación de daños causados por conflictos armados, revoluciones, emergencias nacionales, así como las condiciones de desposesión y compensación y los mecanismos de resolución de controversias.

El contenido básico de estos convenios es muy similar, toda vez que a partir de 1962 fueron en su gran mayoría influenciados por el proyecto de convenio modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico a sus Estados miembros. En 1982, los Estados Unidos lanzaron su propio modelo que, si bien tiene algunas diferencias significativas, reitera las exigencias mínimas de seguridad para la inversión contempladas en el primero.

---

<sup>15</sup> Tal es el propósito fundamental del Acuerdo firmado entre nuestro país y los Estados Unidos el 22 de diciembre de 1959 y de su Protocolo Adicional de fecha 5 de junio de 1963, el cual entró el 4 de mayo de 1990.

<sup>16</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 68.

Los primeros convenios suscriptos por los Estados exportadores de capital fueron con países de Asia y África. A partir de los años 80, con la consagración del liberalismo político y económico, la red de estos instrumentos bilaterales se amplió a los países de Europa del Centro y del Este y los del Sudeste Asiático.

Finalmente en la década del 90 se incorporaron a la larga lista de Estados celebrantes de convenios en materia de inversiones extranjeras países latinoamericanos como Argentina, Bolivia, Uruguay, Paraguay, Venezuela, y Chile, quienes tradicionalmente se resistieron a firmarlos por su adhesión a la Doctrina Calvo y los reiterados abusos experimentados por parte de los países exportadores de capital.

#### **IV. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus efectos jurídicos**

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

Entendemos que la razón de esta tendencia, sin perjuicio de una serie de motivos políticos y económicos<sup>17</sup> que conducen a los Estados a celebrar este tipo de tratados, es por un lado, la incertidumbre que genera en los inversores extranjeros el carácter controvertido de las normas de Derecho Internacional Público en esta materia<sup>18</sup>; y por otro, la situación generada desde el Derecho Internacional Privado respecto de si aplicamos ley del domicilio del inversor o derecho del lugar de ejecución de la inversión y las implicancias de cada alternativa.

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

Estos tratados contienen un conjunto de normas, que detallaremos más adelante, destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios con los inversores de uno u otro Estado parte. “*No puede desconocerse el deseo generalizado de otorgarle al ser humano en el ámbito internacional una serie de garantías para sus derechos civiles, políticos, económicos y sociales*” sostiene Bruno<sup>19</sup>.

Desde el punto de vista de la aplicabilidad se pueden distinguir dos grandes categorías de tratados: a) tratados dirigidos exclusivamente a los Estados y, b) tratados dirigidos a los Estados y a los particulares. En la primera categoría son los Estados los sujetos que deben cumplir con las normas de dichos tratados, sin que las mismas trasciendan el plano interestatal. En la segunda categoría, los tratados pueden adquirir formas diversas: bien pueden considerar a los particulares como meros beneficiarios de un sistema jurídico dado o bien, yendo más allá, pueden otorgar derechos específicos a los individuos, debiendo los Estados reconocer estos derechos en sus órdenes internos.

<sup>17</sup> Los flujos de inversión extranjera privada dependen de diferentes fuerzas concurrentes entre las que encontramos: a) los saldos globales de ahorro en un momento determinado; b) las ventajas comparativas de los países en ciertos tipos de industrias, que lo hacen atractivo para los inversores y c) las ventajas competitivas de algunas empresas individuales, que le permiten perseguir estrategias globales (Pritchard).

<sup>18</sup> Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 30.

<sup>19</sup> Véase Norma B. Bruno (en colab.); *La Persona Humana en el Derecho de Gentes*, fascículo 24, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, p. 1.

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

Los Tratados Bilaterales de Inversión consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos. Sin lugar a dudas, la efectiva protección brindada por estos convenios al inversor extranjero se ve materializada según nuestra opinión, en la consagración de los derechos y la instrumentación necesaria para hacerlos valer en el plano internacional.

En este orden de ideas, entendemos que los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

a) en primer lugar, *establecen el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar*. Su carácter convencional aleja cualquier duda sobre su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.

b) en segundo lugar, *otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional*. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese modo las limitaciones que le impone el orden jurídico internacional.

Por regla general, el particular no se encuentra habilitado para reclamar en la instancia internacional al Estado que haya lesionado algún derecho suyo. Debe recurrir necesariamente ante los órganos competentes de dicho Estado, de conformidad con las reglas establecidas al efecto en su derecho interno.

Una vez agotados los recursos internos, y no habiendo obtenido una satisfactoria reparación por el presunto perjuicio sufrido, el particular podrá acudir al Estado de su nacionalidad para que sea éste quien reclame internacionalmente, a través del ejercicio de la protección diplomática, aunque pudiendo abstenerse por razones políticas.

c) por último, *los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor*. Estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a los vaivenes del derecho interno que permite al Estado resolverlos unilateralmente por razones de "interés público", y perjudicar seriamente al inversor extranjero. Así, por ejemplo, el Estado puede modificar de forma unilateral e imprevisible su legislación administrativa sobre concesiones, o las normas de derecho laboral o de la seguridad social, nacionalizar ciertas empresas, expropiar sus bienes, alterar el régimen aduanero o establecer control de cambio de divisas.

En este orden de ideas, los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero se hallan amparados por estos tratados internacionales posibilitando su

inserción en el orden jurídico internacional, otorgando la alternativa al inversor extranjero de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje.

De este modo, el actuar del Estado parte se sujeta al tratamiento estipulado en el tratado, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, por violación de una obligación internacional contenida en un tratado. En este contexto, un incumplimiento contractual que a su vez implique la violación de un Tratado Bilateral de Inversión constituye un acto ilícito contrario al Derecho Internacional general.

Un punto que consideramos importante aclarar, es que los Tratados Bilaterales de Inversiones no elevan por sí mismos la relación contractual Estado receptor – inversor extranjero al plano internacional, sino que la mantiene en el ámbito del derecho privado, sin perjuicio de que las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado en estos tratados tengan como beneficiario directo al inversor extranjero.

Debemos tener en cuenta además, como lo veremos en el punto que sigue, que un tratado constituye un instrumento jurídico que sólo rige las relaciones entre los Estados. De ese modo, todo Tratado Bilateral sobre Inversiones actúa simultáneamente en dos planos diferentes: en el plano internacional, al regir las relaciones interestatales, y, en el plano interno, al comprometer al Estado receptor del capital a respetar y proteger los derechos del inversor extranjero.

## V. Concertación de Tratados Bilaterales de Inversión

El término “tratado” es utilizado en su significado general, contenido en el párrafo 1, inciso a, del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>20</sup>: *“Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación”*.

Según nos informa Puig, *“la fuente por excelencia del reparto autónomo en la comunidad internacional es el tratado, documento escrito que registra el contenido de los acuerdos logrados entre personas del Derecho de la comunidad internacional”*<sup>21</sup>. El mismo autor nos cuenta que las formas son variadas e incluso cambian, según sea las personas que normativamente son “partes” en él.

Excede al presente trabajo dar los lineamientos generales de la formalización de los acuerdos en el Derecho Internacional Público. Por lo demás, ellos han sido codificados y desarrollados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la que haremos, en tanto lo consideremos necesario, expresa referencia a lo largo del desarrollo del presente trabajo<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Aprobada por la Argentina por ley 19.865 en 1973 y entrada en vigencia en 1980.

<sup>21</sup> Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad Internacional*, Vol. I – Parte General, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, p. 113.

<sup>22</sup> Para Teoría general de los Tratados véase: Norma B. Bruno (en colab.); *Tratados*, 1ª y 2ª Parte, fascículos 7 y 8; Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999. Véase asimismo, Werner Goldschmidt; “Los tratados como fuente del Derecho Internacional Público y del derecho interno argentino” en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 110, p. 955. También, “El régimen de los tratados en el Derecho Argentino” en *El Derecho*, Jurisprudencia, T. 27, p. 784. Del mismo autor: *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*, 9ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.

Recordemos solamente de forma breve que los tratados pueden clasificarse teniendo en cuenta el número de sujetos – parte que intervienen en el mismo, desde el punto de vista de su contenido, en cuanto a las posibilidades de acceder al tratado, o bien desde el punto de vista del procedimiento de creación. Es este último el enfoque que nos interesa, al menos en esta etapa del trabajo, al efecto de establecer la naturaleza jurídica de los tratados de inversión.

De esta forma vemos que desde el punto de vista del procedimiento de creación, los tratados se pueden clasificar en complejos o simplificados.

Bruno nos explica que *“el criterio de la distinción es la necesidad o no, de que exista un acto formal posterior a la adopción y autenticación del texto por los plenipotenciarios, por el cual las partes hacen constar la voluntad de obligarse por el tratado”*<sup>23</sup>. De allí también que ambos tratados se diferencien en cuanto a la forma de entrada en vigencia.

Entonces, definimos a los tratados complejos como aquellos que necesitan ser aprobados por un órgano interno, establecido en la norma fundamental del Estado, con la forma y el contenido que la misma disponga. Los tratados complejos a su vez pueden ser bilaterales o multilaterales según intervengan dos o más sujetos y según concluya con el canje de los respectivos instrumentos de ratificación (los primeros) o bien su vigencia comience a partir del momento en que se reúne el número de instrumentos de ratificación establecidos en el mismo tratado (los segundos).

En el ordenamiento jurídico argentino, por ejemplo, todo tratado es un acto jurídico complejo federal. Así tenemos que el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (artículo 99, inciso 11, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los aprueba o desecha mediante la sanción de leyes federales (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional), y por último, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de ratificar los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional<sup>24</sup>.

Sin perjuicio de ello, debemos tener en cuenta el interés de las provincias por lograr la captación de inversores extranjeros, cuyos tratados celebrados al efecto pueden ser encuadrados en el artículo 124 de la Constitución Nacional en los cuales el Congreso solo “toma conocimiento” de los mismos, no los aprueba. El artículo 124 establece: *“Las provincias podrán [...] celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional”*.

En este contexto, si se suscitase un conflicto, por ejemplo, entre lo estipulado en una ley nacional y lo establecido en un tratado provincial, deberá intervenir la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la Ley 48, ya que nada se estableció al respecto en la reforma constitucional de 1994.

<sup>23</sup> Norma B. Bruno (en colab.); *Tratados*, 1ª Parte, fascículo 7; Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, p. 2.

<sup>24</sup> La forma más frecuente de expresar la voluntad de obligarse por un tratado es la ratificación. En la Argentina se efectúa mediante un acto formal llamado “instrumento de ratificación”, en virtud del cual el presidente expresa “ratifico en nombre y representación del gobierno argentino” el tratado de que se trata. El instrumento lleva la firma del presidente y es refrendado por el ministro de relaciones exteriores. Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 113.

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

### a) Ámbito de aplicación de los convenios

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

### i) La definición de “inversión extranjera”<sup>25</sup>

Debemos tener en cuenta para comenzar este análisis que las definiciones de “inversión” e “inversor” son de gran importancia en el marco de este tipo de tratados pues delimita el alcance del mismo.

El concepto de “inversión” receptado es amplio<sup>26</sup>, comprendiendo a “toda clase de bienes” o “todo elemento del activo”, en especial, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales como cauciones, hipotecas y prenda; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades, aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual así como también las concesiones otorgadas por ley o por contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales<sup>27</sup>.

A pesar de estas amplias definiciones de inversión, ha surgido un cierto consenso en cuanto a las características que tiene una inversión a los efectos de la protección al inversor extranjero:

- a) una inversión tiene cierta duración;
- b) una inversión incluye cierta regularidad de beneficio y rendimiento;
- c) una inversión típica implica un elemento de riesgo para ambas partes;
- d) una inversión normalmente implica un compromiso o aportación sustanciales.

<sup>25</sup> A los efectos de este trabajo la definición de Marzorati sobre inversión puede sernos de utilidad: “*La inversión extranjera es el aporte de capital de riesgo efectuado por personas físicas o jurídicas que no tienen constituido su domicilio o el principal asiento de sus negocios, en el país donde invierten con la finalidad de desarrollar una actividad económica*”. Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 661.

<sup>26</sup> En general, los tratados celebrados por nuestro país, con más o menos variantes, contienen en sus artículos primero una definición amplia de inversión. Para Tempone hay que destacar la amplitud de esta definición basada en el concepto de “activos”, que va más allá de la restringida y tradicional definición de inversión extranjera fundada en el término “empresa” que excluye, por ejemplo, a la inversión en portafolio o a los bienes intangibles, como la propiedad intelectual. De ese modo los tratados se refieren a “*todo tipo de activo*” –caso del tratado suscrito con Alemania, ley 24.098/92), a “*todo tipo de inversión*” –tratado suscrito con Estados Unidos, ley 24.124/92), a “*todo tipo de bienes*” –tratado suscrito con Chile, ley 24.342/94), a “*todo tipo de haberes*” –tratado suscrito con España, ley 24.118/92), o “*todo aporte o bien*” –tratado suscrito con Italia, ley 24.122/92), invertido en cualquier sector de la economía del Estado receptor. Véase: Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 44.

<sup>27</sup> Véase, Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 69.



Esta definición amplia de inversión *ut supra* señalada, que incluye todo tipo de derechos –incluso los controvertidos derechos de propiedad industrial- no debe ser interpretada como “*abandono de la legislación nacional*”<sup>28</sup>, a la que siguen sometidas las inversiones extranjeras en todos aquellos aspectos no regulados por estos tratados de inversión.

Es importante aclarar que los convenios celebrados por nuestro país revelan la preocupación por preservar el orden jurídico territorial, insertando en la definición misma una remisión expresa a la legislación del Estado receptor de la inversión.

En este orden de ideas, y para ilustrar lo recién mencionado, podemos ver que en la mayoría de los tratados se incluyen dos reenvíos al derecho interno del Estado receptor, que como explica Tempone, no tienen idéntico sentido<sup>29</sup>.

El modelo de cláusula es el siguiente: “*Artículo 1.- A los fines del presente acuerdo: 1. El término inversión designa, de conformidad con la legislación y disposiciones de la Parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, todo tipo de activo invertido por inversores de una Parte contratante en el territorio de la otra Parte contratante, de acuerdo a la legislación de ésta [...]*”.

En un caso, se trata de un “*reenvío material*” que persigue garantizar que el significado, contenido y alcance de cada uno de los elementos del activo que pueden constituir una inversión, se determinen por las leyes y reglamentos del Estado receptor del capital. En particular, aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa (propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales, acciones, derechos de propiedad industrial e intelectual, etcétera).

En el segundo caso, nos encontramos con un “*reenvío formal*”, a través del cual se pretende asegurar que los activos sean invertidos de conformidad con las leyes del Estado en que se realizó la inversión.

## ii) La definición de “inversor”

Sostiene Perugini que “*de la lectura de los preámbulos surge que los Convenios tienen por finalidad alentar las inversiones, y para ello cada Estado asume el compromiso de protegerlas en su territorio. En realidad, a pesar del título que tienen los diferentes acuerdos, de su contexto se desprende que los destinatarios finales de la protección no son las inversiones sino los inversores. Por esta razón los Convenios comienzan por definir lo que se entiende por inversor a los efectos de la protección*”<sup>30</sup>.

Ya hemos señalado que los convenios amparan las inversiones efectuadas en un Estado por inversores pertenecientes al otro Estado parte, sean personas físicas o jurídicas. Como dice Fernández de Gurmendi, “*el establecimiento de criterios para la determinación de la pertenencia de unas y otras a uno de los dos Estados constituye sin duda uno de los*

<sup>28</sup> Véase, Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 69.

<sup>29</sup> Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 45.

<sup>30</sup> Alicia M. Perugini; “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, p. 36.

*problemas más difíciles de resolver, por enfrentarse conceptos y tradiciones jurídicas muy diferentes*<sup>31</sup>.

Por regla general, sabemos que la pertenencia de personas físicas a un Estado puede determinarse sobre la base de la nacionalidad o del domicilio; en el caso de las personas jurídicas o de existencia ideal puede tenerse en cuenta el lugar de constitución, o de su sede, o de ambas a la vez.

Las dificultades para hallar un criterio común aceptable para ambos Estados partes en el marco de un tratado son claramente manifiestas respecto de las personas físicas. En palabras de Fernández de Gurmendi, *“las fórmulas de compromiso contenidas en los convenios suscriptos por nuestro país revelan la tentativa de conciliar el criterio de la nacionalidad, retenido por los países exportadores de capital, con el concepto de domicilio que domina en nuestro ordenamiento jurídico”*<sup>32</sup>.

Dice Tempone que *“en relación a las personas físicas, todos los tratados consideran como inversor al nacional de un país parte del mismo. La definición de 'nacional' está, por lo general, sujeta a la legislación nacional y hace referencia a la ciudadanía [para nosotros debe utilizarse el término “nacionalidad”]. Ahora bien, es sabido que nuestra Constitución Nacional equipara a todos los habitantes y que, en el ámbito del derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales, el Derecho Internacional Privado argentino privilegia el domicilio. En ese sentido, la Ley de Inversiones Extranjeras define el concepto de inversor extranjero en base al criterio del domicilio”*<sup>33</sup>.

La voluntad de conciliar este último criterio con el de la nacionalidad retenido por los países exportadores de capital –destinado a proteger a sus nacionales, sin efectuar distinciones por el lugar de residencia- se incluye una disposición a fin de excluir de la protección del tratado a las personas físicas residentes por más de dos años<sup>34</sup> en el Estado receptor de la inversión, a menos que se pueda probar el origen externo de la inversión. De otro modo, se discriminaría al inversor local en base a la condición de extranjero; ya que aún residiendo en el país, se lo habilitaría a invocar el amparo del tratado<sup>35</sup>.

En referencia al tema que estamos tratando, Perugini analiza lo establecido en el Tratado para la Promoción y Protección de Inversiones suscripto por Argentina y Alemania en su artículo 1 (3) respecto de que el concepto de “nacional” designa, con referencia a Alemania,

<sup>31</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 69.

<sup>32</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 69. Para Marzorati, y de acuerdo al ordenamiento argentino, cuando hablamos del sujeto titular de la inversión extranjera, hacemos referencia a toda persona capaz, es decir, todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta persona puede ser física o jurídica, siendo el único requisito exigido que su domicilio o asiento principal de los negocios no coincida con el lugar de la inversión. Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 663.

<sup>33</sup> Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 46. El artículo 2 de la Ley de Inversiones Extranjeras 21.382 (t.o. por Decreto 1853/93) define como inversor extranjero *“a todas las personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio fuera del territorio nacional”*. Véase también, Alicia M. Perugini; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 37.

<sup>34</sup> El período de dos años no es arbitrario explica la doctrina. Proviene de considerar al concepto de domicilio en sentido constitucional. En efecto, es al cabo de esa permanencia en el país que la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros es total, dado que sólo entonces los extranjeros están en condiciones de solicitar la nacionalidad argentina si así lo desearan. Por otra parte, y desde un punto de vista económico, ese plazo cumple con el fin de promover las inversiones y permite que los inversores extranjeros se establezcan temporalmente en el país para evaluar las condiciones económicas o la viabilidad de la inversión proyectada. Véase, Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 47.

<sup>35</sup> Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., ps. 46/47.

a los alemanes en el sentido de la Ley Fundamental, y a los argentinos, en el sentido de las disposiciones legales vigentes<sup>36</sup>.

La autora nos continúa contando que en el Protocolo de este instrumento se establece que el tratado no se aplicará a las inversiones realizadas en la República Argentina por personas físicas que sean nacionales de otro Estado, si tales personas a la fecha de la inversión original han estado domiciliadas desde hace más de dos años en el territorio, salvo que la inversión venga de afuera<sup>37</sup>.

De esta forma, esta cláusula permitirá que se considere como inversor extranjero a una persona de nacionalidad alemana que se ha domiciliado en la Argentina desde su infancia<sup>38</sup> siempre que acredite que la inversión vino de afuera<sup>39</sup>.

En relación con las personas jurídicas u otras entidades legales, existen los siguientes criterios para la atribución de “nacionalidad”:

a) el lugar de constitución (toda persona jurídica se considera nacional del Estado donde se incorporó o constituyó, sin perjuicio del lugar donde realiza sus actividades económicas);

b) el lugar de asiento o sede (toda persona jurídica se considera nacional del Estado donde tenga el asiento de la administración de la empresa);

c) el concepto de control (la nacionalidad de la persona jurídica se determina en base a la nacionalidad de los accionistas que controlan o poseen la propiedad sustancial de la empresa)<sup>40</sup>.

Conforme a esos criterios, los tratados exigen que una sociedad se haya constituido o tenga su sede en uno de los Estados parte, y en algunos de los instrumentos suscritos podemos observar que se exige además, que la sociedad desarrolle también “actividades económicas reales” en el Estado receptor<sup>41</sup>.

Esto no excluye la aceptación de la “teoría del control”, reconocida por nuestro ordenamiento jurídico. A fin de que queden incluidas en el concepto de inversión, no sólo aquellas sociedades en las que “*el inversor de una Parte contratante invierte en el territorio de*

<sup>36</sup> Alicia M. Perugini; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 43.

<sup>37</sup> Perugini, Alicia M.; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 44.

<sup>38</sup> Para Perugini uno de los problemas que plantea el Protocolo al Tratado con Alemania es el concepto de domicilio. “Se puede interpretar que –a los efectos de estos acuerdos- el concepto de “habitante” tiene la significación de domicilio. Vale decir que se considerará inversión extranjera a la realizada por domiciliados y no meros residentes en la Argentina. Por domicilio en el Derecho Civil se entiende una residencia estable, permanente, que generalmente está acompañada con el asiento de la familia o los negocios o ambos a la vez [...]. El concepto de domicilio no ofrecía demasiadas dificultades a fines del siglo pasado [...]. El problema se presenta en la actualidad con la agilidad del transporte y la multinacionalidad creciente de los negocios que, sumados al cambio estructural de la familia tradicional, [...] vuelven difícil determinar el domicilio, y no es descabellado pensar en sujetos bi y multinacionales que tienen más de un centro de vida. Desde esta perspectiva no hubiera sido desdeñable sumar al hecho económico de la procedencia de las inversiones un dato personal. Así, por ejemplo, si los inversores tuvieran algunos índices de domicilio –en sentido tradicional- en la Argentina pero mantienen estrechas relaciones con la Parte de la que son nacionales, se la reconocería como inversión extranjera”. Alicia M. Perugini; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 45.

<sup>39</sup> Alicia M. Perugini; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 44.

<sup>40</sup> Caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Bélgica c. España, Corte Internacional de Justicia. C.I.J., Recueil 1970, p. 4 y ss.

<sup>41</sup> Por ejemplo, el artículo 1 (l) (c) del Convenio suscrito con la Confederación Suiza el 12 de abril de 1991 (aprobado por ley 24.099/92) prescribe: “Las entidades jurídicas establecidas de conformidad con la legislación de cualquier país que estén efectivamente controladas por nacionales de esa Parte contratante o por entidades jurídicas que tengan su sede, así como actividades económicas reales, en el territorio de dicha Parte contratante”.

la otra Parte”, sino también las que “indirectamente” sean propiedad o estén “controladas”<sup>42</sup> por nacionales o sociedades de la otra Parte.

En el ámbito de nuestro país, es importante que tengamos en cuenta los artículos 118 a 124 de la Ley de Sociedades Comerciales que regulan la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero<sup>43</sup>.

El artículo 118 establece que para realizar actos aislados en el país no se requieren mayores requisitos que los exigidos por la ley del lugar de su constitución en cuanto a su existencia y forma. Pero una inversión no se lleva a cabo por medio de un acto aislado, sino que se requiere el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social o el establecimiento de una sucursal o representación permanente; para lo cual la ley exige la cumplimentación de una serie de requisitos, como el de acreditar que dicha sociedad se constituyó de acuerdo con las leyes de su país y fijar domicilio en la República cumpliendo con los requisitos de publicación e inscripción.

Aclaremos por último, que la determinación de la nacionalidad de una persona jurídica en el marco de los tratados en materia de inversiones celebrados con países donde impera el sistema jurídico del *common law* (derecho anglosajón) es reveladora de la dificultad para encontrar un criterio común aceptable por ambos sistemas de derecho<sup>44</sup>.

### iii) El ámbito de aplicación territorial y temporal

El ámbito de aplicación territorial hace referencia a la extensión espacial del acuerdo; es decir, si se aplica a las inversiones realizadas en todo el territorio de los Estados partes o si se excluye algún área o zona. Estos tratados en cuestión se aplican en todo el territorio de las partes y en cualquier nivel u orden de gobierno.

El artículo 1, inciso 4, del acuerdo Francia – Argentina (aprobado por ley 24.100/92) establece: *“El presente acuerdo se aplica al territorio de cada una de las Partes contratantes así como a la zona marítima de cada una de las Partes contratantes, de aquí en más definida como la zona económica y la plataforma continental que se extienden más allá del límite de las aguas territoriales que cada una de las Partes contratantes y sobre las cuales ellas poseen derechos soberanos y jurisdicción a los fines de la prospección, explotación y conservación de los recursos naturales conforme con el derecho internacional”*.

<sup>42</sup> Recordemos que el “control” es el poder efectivo de dirección de los negocios sociales y se vincula con la participación social y que puede obtenerse por dos vías: la interna, caracterizada por la tenencia de los votos necesarios para formar la voluntad social y la externa, que generalmente se da en razón de vínculos existentes entre la sociedad controlada y la controlante mediante los cuales se logra dirigir los negocios sociales por parte de esta última.

<sup>43</sup> Para tratar el tema de la actuación internacional de las sociedades, sus esquemas de organización y un análisis pormenorizado de las normas de la ley 19.550 relativas al tema sugerimos: Yamila Castagnola, Leonardo Granato y Nahuel Oddone; “Una visión de la operatoria offshore y su encuadre en la Ley 19.550”, en *Observatorio de la Economía Latinoamericana* (ISSN 1696-8352), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/ar> [noviembre de 2003].

<sup>44</sup> Por ejemplo, en el convenio suscripto por nuestro país con el Reino Unido de Gran Bretaña (aprobado por ley 24.184/92), es cada Estado parte el que define por separado lo que considera “su” sociedad. Así se establece en el art. 1 (c) (i): *“El término “inversor” significa: I- En relación al Reino Unido (...) bb) Las compañías, sociedades, firmas y asociaciones, incorporadas o constituidas en virtud de las leyes vigentes en cualquier parte del Reino Unido...; II- En relación con la República Argentina: bb) Toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la República Argentina o que tenga su sede en el territorio de la República Argentina.*

En lo que respecta a su ámbito de aplicación temporal, cabe destacar que los tratados se aplican no solamente a inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor, sino a aquellas efectuadas con anterioridad a la misma.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica sería legítimo excluirlas en virtud del principio general de irretroactividad de los tratados contenido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: *“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”*.

No obstante, a fin de evitar que la aplicación de tales acuerdos a las inversiones anteriores pueda ser interpretada como aplicación retroactiva de sus disposiciones, se aclara que los convenios no se aplican a las controversias, reclamos o diferendos que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor.

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

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

Dentro de este panorama de estudio, iremos identificando cuestiones que a nuestro criterio constituyen el núcleo medular de estos tratados internacionales.

Los tratados en cuestión contienen un conjunto de normas jurídicas destinadas a ser cumplidas por los Estados y cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado parte, generando obligaciones para los Estados y derechos para los inversores.

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

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

#### **i) Las normas de tratamiento**

El concepto de norma de tratamiento se refiere al régimen legal aplicable al inversor extranjero en el Estado receptor, es decir, aquel tratamiento que el Estado nacional se obligó a conceder al inversor extranjero, a fin de asegurar el goce y disfrute de los beneficios concedidos a los inversores nacionales o a los de un tercer Estado. Entendemos que son una suerte de “patrones de conducta” –en sentido objetivo- que el Estado se ha obligado a adoptar.

Desde un punto de vista sustancial, las obligaciones asumidas por los Estados configuran “estándares” más que tipificaciones jurídicas de conducta. De esta forma, su contenido no se encuentra tipificado *ex ante* en su totalidad, sino que se determinará conforme a las circunstancias del caso concreto. Sólo se trata de una orientación de la conducta esperada y no de una descripción detallada de la conducta requerida.

### **1. Tratamiento justo y equitativo**

La norma de tratamiento justo y equitativo es, sin lugar a duda, una norma clásica del Derecho Internacional Público. Como se sostuvo, su inclusión no sólo ha pretendido sentar un patrón básico de tratamiento sino auxiliar en la interpretación de otras normas contenidas en los tratados, e inclusive, suplir eventuales lagunas normativas en los ordenamientos internos.

Al respecto Fernández de Gurmendi nos dice que *“la obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo, que constituye una reivindicación tradicional de los países exportadores de capital, está muy difundida en la práctica internacional relativa a las inversiones extranjeras. Parece todavía difícil, sin embargo, sostener la existencia de una norma internacional al respecto. Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo [...]. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, muy elástico, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta”*<sup>45</sup>.

El acuerdo Argentina – Polonia (aprobado por ley 24.101/92) establece: *“Cada Parte asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones efectuadas por inversores de la otra Parte contratante...”* (art. 3, 1).

### **2. El trato no discriminatorio**

En cuanto a esta norma, podemos decir que casi todos los convenios contienen la obligación de no perjudicar con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte contratante.

*“De manera similar a lo que ocurre con el trato justo y equitativo, los convenios no otorgan precisiones sobre cuales son estas medidas, pudiéndose afirmar que en general el tratamiento otorgado por el Estado receptor con relación a las inversiones del otro Estado contratante resultará discriminatorio si es menos favorable que el que ese Estado hubiese otorgado en situaciones idénticas o comparables a otras inversiones efectuadas en su territorio”*<sup>46</sup>.

El principio de no discriminación refiere al hecho que el Estado receptor no lleve a cabo acciones discriminatorias con relación a los extranjeros en general, o con algunos en particular, quebrantándose así el principio de igualdad.

---

<sup>45</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 70.

En este contexto, para que un acto sea discriminatorio deben darse, a criterio de Dolzer y Stevens, dos circunstancias: a) la medida debe redundar en un daño actual para el inversor; b) y el acto debe haber sido realizado con la intención de dañar al inversor: por lo que será discriminatoria toda medida dirigida contra un inversor extranjero o un grupo de ellos, en razón de su nacionalidad provocándole un perjuicio a sus intereses<sup>47</sup>.

El acuerdo España – Argentina (aprobado por ley 24.118/92) establece lo siguiente: *“Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversiones de la otra Parte y no obstaculizará, mediante injustificadas o discriminatorias, la gestión, [...] de tales inversiones”* (art. III, 1). Por su parte, el acuerdo sobre inversiones suscrito por nuestro país y los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) establece en su artículo II, 2) b): *“Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones”*.

### 3. Protección y seguridad plenas

Según Tempone es un principio por el cual se amplían las obligaciones que los Estados parte han asumido, obligándose a ejercer 'la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera'<sup>48</sup>.

Por su parte, Ymaz Videla resume esta norma en el deber del Estado receptor de proteger la propiedad extranjera aclarando que, tal obligación *“no incluye la prohibición al Estado de nacionalizar o expropiar, sino una razonable protección a los extranjeros y su propiedad, basada en la debida diligencia”*<sup>49</sup>.

El artículo 5 (1) del acuerdo de Argentina y Francia (aprobado por ley 24.100/92) establece: *“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 [...]”*. Por su parte, el acuerdo con los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) establece en su artículo II, 2) a): *“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 le exige el Derecho Internacional”*.

### 4. La cláusula de la Nación más favorecida<sup>50</sup>

Todos los convenios suscritos por la República Argentina contienen la obligación de conceder a las inversiones de los inversores de los Estados partes el “tratamiento de la Nación más favorecida” y, en la mayor parte de ellos, se incluye asimismo el compromiso de otorgar el “trato nacional” a dichas inversiones, cuestión que veremos más adelante.

---

<sup>46</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 70.

<sup>47</sup> Rudolf Dolzer y Margrete Stevens; *Bilateral Investment Treaties*, London, M. Nihjoff Publishers, 1995, ps. 61/62. Asimismo, Ymaz Videla, Esteban M.; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., ps. 28/29.

<sup>48</sup> Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 55.

<sup>49</sup> Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 28.

<sup>50</sup> Esta cláusula es una generalización del concepto de la “puerta abierta” surgido en el Tratado de Nankin de 1842 entre la Corona Británica y China; por el cual se abrían cinco puertos chinos al comercio exterior.

En palabras de Perugini *“esta cláusula es un compromiso que asume el Estado Argentino frente a los restantes Estados de tratar a las inversiones del otro Estado con un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a inversiones de nacionales de terceros países”*<sup>51</sup>.

La mayor parte de los tratados bilaterales incorporan estas cláusulas con el objeto que sus inversores reciban el tratamiento favorable que los países receptores de capital otorgan a los nacionales y sociedades de otros Estados. Según la Comisión de Derecho Internacional, esta cláusula otorga derecho al beneficiario del tratamiento acordado con un tercer Estado antes o después de que el tratado bilateral suyo entre en vigencia<sup>52</sup>.

Como sostiene Perugini, cabe aclarar, por un lado, que *“su definición es condición de aplicación del tratado y no su objetivo primario”*<sup>53</sup>; y por otro, que este trato se refiere a cuestiones generales y no particulares, no resultando regla general incluir en ellas condiciones especiales otorgadas a inversores particulares.

*“Si bien estos convenios son bilaterales y por lo tanto, desde el punto de vista del ámbito espacial de aplicación, se aplican por los Estados ratificantes a los casos provenientes de tales Estados, son susceptibles de multilateralizarse pues todos ellos contienen la cláusula de la Nación más favorecida. Así, por ejemplo, puede multilateralizarse la descripción de lo que se entiende por inversión, el trato nacional, las transferencias, repatriación de capitales, sistemas de solución de controversias”*, concluye Perugini<sup>54</sup>.

A pesar de ciertas resistencias existentes en los países de la región para admitir este tipo de cláusulas –particularmente en función de la Doctrina Calvo sobre la que volveremos más adelante- esta posición parece haberse superado en América Latina los últimos años<sup>55</sup>.

Fernández de Gurmendi aclara que el trato de la Nación más favorecida está limitado en estos convenios por excepciones relacionadas con la participación en áreas de integración (zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y acuerdo de integración regional u organización de asistencia mutua), convenios impositivos y acuerdos especiales<sup>56</sup>.

Finalmente, la mayoría de los convenios suscriptos por Argentina, prevén que si existieren acuerdos entre las Partes contratantes que le dieran a sus inversores un trato más favorable que el previsto en aquéllos, se aplicarán siempre las normas más favorables; incluso se ha sostenido lo mismo para los supuestos en que tal calidad de trato fuere otorgado por leyes, reglamentos o contratos específicos. Es la llamada “cláusula de preservación de los derechos”<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> Alicia M. Perugini; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 47.

<sup>52</sup> United Nations Centre of Transnational Corporations, *Bilateral Investment Treaties*, UN, New York, 1988, p. 39.

<sup>53</sup> Alicia M. Perugini; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 49.

<sup>54</sup> Alicia M. Perugini; “La definición de las personas físicas...”, op. cit., p. 36.

<sup>55</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1112.

<sup>56</sup> Como los suscriptos por la Argentina con Italia y España, el 10 de diciembre de 1987 y 3 de junio de 1988 respectivamente. Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 70.

<sup>57</sup> Véase, Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 32.



## 5. El trato nacional

Este principio (conocido como “*national treatment*”) exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales<sup>58</sup>.

Incorporado en la mayor parte de los acuerdos multilaterales y bilaterales, la aplicación práctica de esta norma importa evitar la discriminación existente en diversas normas locales<sup>59</sup>, como pueden ser aquellas relacionadas con la propiedad de ciertos bienes o la contratación administrativa.

Como sostiene Ymaz Videla, este estándar de tratamiento no está ideado únicamente para otorgar estricta igualdad de trato con los inversores nacionales o los extranjeros; sino asimismo para asegurar un tratamiento privilegiado para los inversores del país de origen que suscribió el acuerdo bilateral, pues, tanto en la formulación de la cláusula de Nación más favorecida como en la de trato nacional se habla de un tratamiento “*no menos favorable*” que el otorgado a los inversores nacionales o extranjeros de un tercer Estado contratante<sup>60</sup>.

En nuestro país, parte de la doctrina entiende que esta situación puede implicar la inconstitucionalidad del trato en virtud del artículo 20 de la Constitución Nacional que establece la estricta igualdad entre nacionales y extranjeros.

Otro sector de la doctrina sostiene que, en virtud del artículo 75 inciso 18 del ordenamiento constitucional se faculta al Congreso Nacional a “*proveer lo conducente a la prosperidad del país... promoviendo... la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo*”. Con lo que, en este contexto, los convenios bilaterales aprobados mediante ley por el Congreso, serían esas “*leyes protectoras*”, y en consecuencia constitucionales tales concesiones temporales de privilegios.

Finalmente, la importancia atribuida a esta norma en cuestión varía, según nos comenta Tawil. Países como Alemania lo consideran central y difícilmente acepten la suscripción de tratados que no lo garanticen. Otros países como Francia han adoptado posiciones más flexibles al respecto<sup>61</sup>.

## 6. La denominada “Umbrella clause”

La mayor parte de los tratados en cuestión contiene este tipo de cláusulas, “*destinadas a proteger que el tratamiento más favorable que pudiera haberse estipulado en otros acuerdos internacionales u obligaciones entre las partes en su legislación doméstica no sea dejada sin*

<sup>58</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1111.

<sup>59</sup> Su aplicación pura y sin excepciones, no permitiría ningún privilegio (o medida proteccionista) del Estado receptor para con los inversores nacionales. Sin embargo, se admite que los países partes dispongan excepciones a este estándar de tratamiento, a fin de proteger el desarrollo de la industria nacional. Otra excepción es la prevista en algunos tratados que otorgan al Estado receptor el derecho a adoptar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público y la seguridad interna o externa. Véase, Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., ps. 31/32.

<sup>60</sup> Según el autor es lo que se denomina “discriminación a favor de los inversores extranjeros”. Podría considerarse una situación privilegiada en la Argentina el hecho de que los pliegos de las licitaciones para las privatizaciones implicaban, en la práctica, la necesaria participación de empresas extranjeras. Otro ejemplo, a criterio del autor, es la posibilidad asegurada por estos convenios de inversiones a los inversores extranjeros del recurso al arbitraje internacional, no así para los inversores nacionales. Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 30.

<sup>61</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1111. Véase al respecto el artículo 4 del convenio suscrito por Argentina y Francia, aprobado por ley 24.100/92.

efecto por las previsiones de los tratados. Determina, en consecuencia, que el respeto de tales acuerdos sea considerado una obligación bajo el tratado y su violación acarree responsabilidad<sup>62</sup>.

El convenio suscrito con Alemania (aprobado por ley 24.098/92) en su artículo 7 (2) dispone que “Cada Parte contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de la otra Parte contratante en su territorio”. El celebrado con los Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92), en su artículo II, 2) c) se establece que “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”. Por último, el firmado con el Reino Unido de Gran Bretaña (aprobado por ley 24.124/92) sostiene en su artículo 2 (2), última parte, que “Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte contratante”.

Aún sin esta cláusula paraguas diseñada para ser aplicada a los contratos concluidos entre un inversor extranjero y el Estado receptor, el contrato del inversor estaría protegido por el Derecho Internacional, en virtud de la obligación de un “tratamiento justo y equitativo” que abarca el incumplimiento de todo contrato con el Estado receptor, dentro del marco de los tratados de inversión.

## **ii) Las normas de protección y las garantías contra riesgos “no comerciales”**

Los tratados objeto de este estudio establecen reglas de protección que resguardan al inversor extranjero de los denominados “riesgos políticos” o “no comerciales”; es decir, aquellos que son ajenos a los términos comerciales normales de la operación económica.

Entre los riesgos más importantes se encuentran las restricciones a las transferencias, las expropiaciones o nacionalizaciones y los daños ocasionados por guerra o eventos similares. Nos situamos así ante la posibilidad de que el Estado interfiera en los derechos o en la propiedad extranjera.

Como establece un autor, para comprender la naturaleza y el alcance de los “riesgos políticos” es necesario partir del concepto de “propiedad”. Es conteste la doctrina que en el ámbito internacional existe una marcada ausencia de elaboración doctrinaria independiente, ya que el concepto fue tomado de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>63</sup>.

“Propiedad” en sentido propio expresa la idea del poder jurídico más completo de una persona sobre una cosa, definiéndose como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida, de manera absoluta y exclusiva, a la voluntad y a la acción de una persona. La propiedad privada que reconoce y garantiza nuestra Constitución Nacional abarca la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que componen el patrimonio de una persona. Teniendo en cuenta los mencionados conceptos, la interferencia del Estado sobre la propiedad extranjera resultará de la restricción o menoscabo del uso, goce, mantenimiento o disposición del derecho de propiedad.

<sup>62</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1113.

Las nacionalizaciones o expropiaciones constituyen un riesgo no comercial. En efecto, la potestad expropiatoria del Estado<sup>64</sup> se erige como un principio reconocido por el Derecho Internacional contemporáneo, que deriva a su vez del principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

De ese modo, los tratados suscritos por la República Argentina no prohíben la expropiación o nacionalización, sino que aseguran que esos actos sólo se podrán adoptar por razones de "utilidad pública"<sup>65</sup>, sobre una base "no discriminatoria", bajo el "debido proceso legal"<sup>66</sup> y con el pago de una compensación "pronta, justa y efectiva"<sup>67</sup>.

La mayor parte de los tratados contemplan compensaciones específicas para los supuestos de expropiación y nacionalización, así como previsiones puntuales garantizando compensaciones por pérdidas relacionadas con conflictos armados o desórdenes internos<sup>68</sup>.

Por ejemplo, el convenio Argentina – Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) establece en su artículo IV: "1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II. La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación.

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

---

<sup>63</sup> Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 57.

<sup>64</sup> La expropiación "es el instituto de Derecho Público 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, en dinero, integralmente justa y única". Dromi, Roberto J.; *Derecho Administrativo*, 10ª edición actualizada, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2004, p. 951.

<sup>65</sup> Si bien este concepto no ha sido extensamente considerado por la doctrina internacional ni por los tribunales arbitrales, se debe recordar según Tempone, que la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció por la legalidad de un acto de expropiación cuando éste responde a un "interés público, orden judicial o una medida similar". Asunto "Certain German Interest in Polish Upper Silesia", 1926, PCJ, Series A, Nº 7, p. 22. Véase, Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 60.

<sup>66</sup> Numerosos acuerdos prevén la obligación que las medidas de expropiación, nacionalización u otras de similar naturaleza se encuentren sujetas a revisión judicial asegurando el cumplimiento de los principios del debido proceso.

<sup>67</sup> En los tratados bilaterales de inversión, debido a la amplitud de la definición de inversión, la compensación "pronta, justa y efectiva" adquiere gran relevancia, ya que su aplicación comprende tanto la expropiación directa como la indirecta. De esta forma, el Estado puede ser requerido a brindar una compensación "pronta, justa y efectiva" siempre y cuando exista un menoscabo de los derechos del inversor.

<sup>68</sup> En este último caso, los acuerdos no otorgan en general un derecho absoluto a la compensación sino una garantía a un tratamiento al menos igualitario con los nacionales del país receptor del capital.

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

La compensación ha sido una de las cuestiones que mayores controversias ha suscitado en la medida en que numerosos países en desarrollo receptores de capital, han argumentado que se trata de una materia propia de la competencia local y que debe ser determinada por la legislación y tribunales locales<sup>69</sup>, cuestión no compartida por los países exportadores de capital.

En la práctica, la mayor parte de los tratados prevén un pago rápido. Si bien se ha interpretado que ello no importa en todos los casos el pago inmediato, algunos tratados han previsto expresamente la fecha o momento de compensación.

Por último, los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por nuestro país no comportan una modificación sustancial respecto al contenido en la materia de las normas generales de responsabilidad internacional por los daños causados a la propiedad del inversor extranjero por causa de guerra, revoluciones o eventos similares.

Tales convenios se limitan en este aspecto a reiterar la obligación de otorgar un trato no discriminatorio respecto de inversores de terceros países o de inversores nacionales en el caso que correspondiere efectuar algún tipo de resarcimiento.

### 1. La llamada “Stabilization clause”

En virtud del principio que establece que las normas de alcance general carecen de estabilidad, y de las consecuencias que la modificación de la legislación por una normativa menos favorable al inversor extranjero podría producir, surgen estas cláusulas de “estabilización” con el objetivo de garantizar que, en el supuesto que la normativa sea modificada, se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación, la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los tratados.

Ymaz Videla, sostiene que este tipo de cláusula proviene de la teoría de la internacionalización de los contratos<sup>70</sup> suscriptos entre Estados e inversores extranjeros, y se vincula con los principios *pacta sunt servanda* y “*sanctity of state contracts*” (de inmutabilidad de los contratos con Estados)<sup>71</sup>.

Lo que se busca con este cláusula es establecer el compromiso del Estado contratante de no aplicarle a la inversión, una nueva legislación que se dicte más adelante y que la afecte de manera desfavorable. Busca que el ordenamiento jurídico que rija el contrato, sea siempre

<sup>69</sup> Véase: Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1114.

<sup>70</sup> La misma establece que no existe diferencia entre el *status* legal de estos tratados internacionales y los contratos entre el inversor extranjero y el Estado receptor en cuyo marco se celebran. Los convenios bilaterales crean, según esta teoría, una régimen jurídico para la inversión que es distinto de la legislación nacional; sin perjuicio que sobre todo aquello no regulado por tales tratados rija entonces la ley nacional del Estado receptor.

<sup>71</sup> Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 36.

el vigente al momento de suscribir el contrato, de hacer la inversión, dando una mayor seguridad al inversor extranjero.

Es importante comentar que el alcance y extensión de dicha cláusula ha importado únicamente, según doctrina mayoritaria, la asunción de un obrar de buena fe, y, eventualmente, la obligación de indemnizar al inversor en los supuestos que tales cambios normativos unilaterales produzcan daños o incumplimientos contractuales.

Esta cláusula contenida en un acuerdo bilateral de inversión es originariamente una obligación internacional para los Estados suscribientes directamente aplicable a la inversión, eliminando cualquier duda acerca de su validez y legal prevalencia sobre las prerrogativas estatales, generando su violación responsabilidad internacional del Estado receptor.

Debemos señalar que, tradicionalmente, la aplicación de este tipo de cláusula nunca se impuso en materia de tratados de inversión<sup>72</sup>. Los tratados suscriptos por nuestro país no contenían en general tampoco este tipo de cláusula, sin perjuicio de su incorporación a partir del tratado bilateral suscripto por nuestro país con la República de Panamá el 22 de junio de 1998 por ley 24.971.

Adviértase que los restantes inversores extranjeros que no sean panameños y que estén protegidos por tratados bilaterales de inversión, podrían invocar esta cláusula por aplicación de la norma de la Nación más favorecida ya comentada anteriormente.

## **2. Reglas en materia de transferencia de divisas**

En la medida en que numerosos países en desarrollo cuentan con normas y políticas que restringen o regulan la transferencia de divisas del exterior, previsiones como las que se describen en el párrafo siguiente resultan centrales para los potenciales inversores.

En tal aspecto, los tratados bilaterales de inversión prevén en general, por un lado, que los inversores cuenten con la posibilidad de transferir libremente y sin restricciones todos los pagos relacionados con sus inversiones, incluida la ganancia del capital invertido y el producido de la liquidación total o parcial de la inversión. Por otro lado, que la transferencia pueda ser realizada sin demora, en moneda convertible y al cambio oficial del día de la transferencia.

La libre repatriación del capital invertido y demás sumas relacionadas con la inversión constituye sin duda uno de los elementos claves en un régimen de protección de los inversores extranjeros y es aquí donde radica gran parte de la importancia que tiene para el inversor esta protección.

La evolución que puede observarse en esta materia en referencia a los convenios suscriptos por nuestro país, refleja la profundización de la política económica de apertura y la consagración internacional de los efectos jurídicos de la Ley de Convertibilidad.

En efecto, a partir de la firma del convenio suscripto con Alemania de abril de 1991 – verdadero punto de inflexión en esta cuestión- se abandona la cláusula de salvaguardia que había caracterizado los primeros convenios celebrados por la Argentina (Italia, Bélgica, Reino

---

<sup>72</sup> Esta cláusula contenida en un acuerdo bilateral de inversión es originariamente una obligación internacional para los Estados suscribientes directamente aplicable a la inversión, eliminando cualquier duda acerca de su validez y legal prevalencia sobre las prerrogativas estatales, generando su violación responsabilidad internacional del Estado receptor.

Unido), en virtud de la cual las Partes se reservaban el derecho de imponer restricciones temporarias a las transferencias en caso de dificultades excepcionales de balance de pagos<sup>73</sup>.

Los convenios celebrados desde entonces consagran el derecho irrestricto de repatriar sin demora todas las sumas relacionadas con la inversión, derecho éste, que por aplicación de la cláusula de Nación más favorecida se hace también extensivo a los anteriores tratados firmados. Ejemplo de ello es el convenio Argentina – Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92) que establece lo siguiente en su artículo V:

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

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

*3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente Artículo, cada Parte podrá conservar leyes y reglamentos que a) requieran la presentación de informes acerca de las transferencias monetarias, y b) establezcan impuestos sobre la renta por medios tales como la retención de impuestos aplicables a los dividendos u otras transferencias. Además, cada Parte podrá proteger los derechos de los acreedores, o asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas en procedimientos judiciales, mediante la aplicación equitativa, imparcial y de buena fe de sus leyes.*

### **c) Duración**

Consideramos importante resaltar, que todos los convenios aseguran la protección de los inversores extranjeros por un período inicial de diez años, renovables. Poseen, incluso, la “cláusula de remanencia” (de 10 o 15 años, según el caso) en virtud de la cual se prevé que el convenio continuará aplicándose, aún después de terminado el mismo, a inversiones efectuadas antes de su expiración. Ese efecto se justifica por la necesidad de asegurar a todo inversor el beneficio del trato durante un tiempo juzgado necesario para la amortización de su inversión. Es decir, que todo inversor recibirá la protección del convenio por veinticinco años aproximadamente.

---

<sup>73</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 71.

Por ejemplo, el convenio Argentina – Canadá (aprobado por ley 24.125/92) establece lo siguiente en su artículo XV, 2): “... *Respecto de las inversiones o compromisos de inversión efectuados con anterioridad a la fecha en que la notificación de terminación de este convenio se haga efectiva, las disposiciones de los arts. I a XIV inclusive de este acuerdo permanecerán en vigor por un plazo de quince años*”.

#### **d) Eliminación de “Doble imposición”**

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

Nuestro país ha celebrado 17 Convenios Amplios a fin de evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal de los cuales 15 ya están en plena vigencia. Como beneficio principal de estos convenios se puede mencionar la reducción en la tasa de impuesto a las ganancias sobre regalías e intereses pagados al exterior.

### **VII. Reclamos derivados del tratado y reclamos derivados del contrato<sup>74</sup>**

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

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

Estos contratos crearán derechos (y obligaciones) para el inversor extranjero que podemos llamar “derechos derivados del contrato”, que dan origen a su vez a reclamaciones derivadas de un contrato, en caso de incumplimiento por alguna de las partes.

En este contexto, la distinción entre derechos derivados de un tratado y derechos derivados de un contrato resulta absolutamente indispensable para lograr comprender el moderno régimen de protección del inversor extranjero y los arbitrajes Estado – inversor extranjero.

<sup>74</sup> Véase al respecto: Bernardo M. Cremades y David J. A. Cairns; “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados”, publicación digital del Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, accesible desde <http://www.realinstitutoelcano.org/>

Desde un punto de vista conceptual quizá se trate de una cuestión relativamente sencilla, pero en controversias complejas, el mantener la distinción entre estas dos fuentes de derecho puede resultar por demás dificultoso.

La importancia de la existencia de este tipo de tratados bilaterales y su incidencia en la protección efectiva del inversor extranjero radica en que éste último tratará de aplicar normalmente los derechos derivados del tratado. Decidiendo el inversor extranjero ejercitar los derechos derivados del tratado, deberá en primer lugar, seleccionar entre los diversos derechos otorgados a los inversores aquellos que respaldan su derecho de reparación respecto del Estado receptor. En segundo lugar, los Tratados Bilaterales de Inversión tienen cláusulas detalladas de los mecanismos posibles de resolución de conflictos que requieren una elección de jurisdicción por parte del inversor.

Parte de la doctrina sostiene que existen cinco criterios para distinguir entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato:

- a) *La fuente del derecho:* la base de una reclamación derivada de un tratado es un derecho establecido y definido en un tratado de inversión, mientras que la base de un reclamo contractual es un derecho creado y definido en un contrato.
- b) *El contenido del derecho:* los derechos que generalmente se establecen en un Tratado Bilateral de Inversión son de naturaleza genérica y están definidos por el Derecho Internacional (son los derechos contenidos en las cláusulas que ya hemos visto). En cambio, los derechos contractuales son, normalmente, específicos para cada inversión concreta y están definidos por la ley nacional del Estado receptor.
- c) *Las partes en el reclamo:* en un reclamo derivado del tratado son siempre inversor extranjero y Estado receptor de la inversión. En cambio, las partes en una reclamación contractual, son las partes del contrato.
- d) *La ley aplicable:* cuando se trata de un tratado, la ley aplicable generalmente incluye las estipulaciones del propio Tratado Bilateral de Inversión, la ley nacional del Estado receptor y los principios generales del Derecho Internacional. En contraste, los contratos están muy a menudo sujetos a la ley nacional del Estado receptor.
- e) Por último, el éxito de un reclamo derivado de un tratado implica una responsabilidad del Estado receptor de acuerdo con el Derecho Internacional. El éxito de una reclamación contractual se traduce en la responsabilidad del Estado receptor conforme a lo estipulado en su ley nacional. Sin embargo, en este punto hay que tener cuidado ya que la responsabilidad del Estado receptor por incumplir un contrato de acuerdo con su ley nacional podría derivar en un reclamo internacional, habiéndose agotado los recursos internos o de haberse producido denegación de justicia.



Dicho esto, podemos sostener que los reclamos derivados del contrato y los derivados del tratado pueden proseguirse de manera simultánea, cada uno de ellos de acuerdo con las disposiciones de resolución de controversias aplicables al caso.

Un Tratado Bilateral de Inversión y por ejemplo, un contrato de concesión constituyen, de acuerdo a lo visto, dos fuentes independientes de derecho, pudiendo el inversor extranjero, a nuestro criterio, utilizar ambas.

No obstante, gran parte de los autores entienden que a menudo, en la práctica, los derechos contractuales y los derechos derivados de los tratados se encuentran entrelazados de diversas maneras, de modo tal que un intento de ejercitar ambos simultáneamente implicará siempre riesgos<sup>75</sup> que podrían poner en peligro los derechos del tratado.

En determinados casos, los términos de un tratado obligarán al inversor a elegir entre hacer el reclamo por derechos derivados del tratado o reclamar por los establecidos en el contrato, e incluso, si el tratado no expresa claramente la necesidad de elegir, será habitualmente prudente para un inversor limitar su acción legal ante una única jurisdicción competente.

Diremos para ir finalizando este punto, que un inversor que se enfrente a una elección entre ejercitar derechos contractuales y derechos derivados de un tratado, escogerá normalmente los derechos contenidos en el tratado. Es aquí donde radica la real protección del inversor extranjero: las razones que apoyan a los derechos derivados de los convenios incluyen la disponibilidad de una jurisdicción neutral, la definición de los derechos del inversor en documentos internacionales y en el Derecho Internacional con preferencia a la ley nacional, y el carácter ejecutorio internacional del laudo.

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

Ya decía Podestá Costa que basada en la obligación de honrar los compromisos asumidos y de reparar el perjuicio causado injustamente a terceros, se ha considerado, en general, que existe responsabilidad internacional de un Estado en aquellos supuestos en que sufran lesiones los derechos de otro Estado o de los nacionales de éste en su persona o bienes como consecuencia de un acto, hecho u omisión ilegítima de un Estado, sus funcionarios o –en algunos supuestos- sus habitantes<sup>76</sup>.

Como reflexiona un autor, “[...] *el reconocimiento de esta responsabilidad internacional –propia de Estado a Estado- asumió creciente importancia tanto en el ámbito político –al permitir reemplazar las vías de hecho a las que se recurrió durante largo tiempo para resolver conflictos de esa naturaleza- como en el jurídico al permitir el desarrollo del derecho internacional. De ese modo lograron superarse el ‘derecho de intervención’[...] o el procedimiento de protección diplomática [...]*”<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> En primer lugar, el riesgo de una duplicación de procedimientos, y por consiguiente de sentencias y laudos contradictorios y, en segundo lugar, de confusión entre reclamos derivados del tratado y reclamos derivados del contrato, lo que redundaría en laudos defectuosos.

<sup>76</sup> L. A. Podestá Costa; *Derecho Internacional Público*, 4ª edición, T. I., Buenos Aires, TEA, 1960, p. 419.

<sup>77</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1116.

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

a) un comportamiento (acción u omisión) atribuible tanto a órganos del poder central como a órganos de entes públicos territoriales u otras personas a las que se les atribuye potestad de gobernar; y,

b) la ilicitud del comportamiento estatal como consecuencia de la violación de una obligación internacional, subsistiendo ciertas discusiones respecto a la imputabilidad subjetiva u objetiva en función de las teorías de la falta o del riesgo, cuestión que excede al presente trabajo<sup>78</sup>.

En este orden de ideas, el reconocimiento de la mencionada responsabilidad se ha visto reafirmada en los supuestos en que los Estados han aceptado en forma expresa el cumplimiento de ciertos deberes frente a otros Estados y sus nacionales como es en el caso de los tratados de inversión que estamos tratando.

En efecto, ya decía la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto relativo a la fábrica de Chorzow en el año 1927, que constituye un principio de derecho internacional, incluso un concepto jurídico de carácter general, el hecho que la violación de un compromiso acarrea la obligación de repararlo en forma adecuada, una reparación que es, en definitiva, un complemento indispensable a una falta en la aplicación de una convención, sin que sea necesario que ello se halle inscripto en la propia convención<sup>79</sup>.

El derecho de los tratados constituye una necesaria consecuencia del principio de Derecho Internacional –de cuya efectiva vigencia depende en buena medida el óptimo desarrollo de las relaciones internacionales- representado por el aforismo latino “*pacta sunt servanda*”, que determina que los pactos se hacen para ser cumplidos.

Recordemos en tal sentido que “*una vez que el tratado entra en vigencia su cumplimiento es obligatorio, cualquiera sean los cambios que deriven del provenir*”<sup>80</sup>. Desde esta óptica, predomina actualmente la visión de que el Estado no puede eximirse responsabilidad en función de disposiciones del derecho interno en aquellos casos en que las lesiones a las personas o bienes de los extranjeros se encuentren consagradas por el derecho internacional<sup>81</sup>.

Por último, aceptado que la responsabilidad internacional puede ser directa –cuando el propio Estado ha faltado a sus obligaciones internacionales- o indirecta –cuando un Estado

---

<sup>78</sup> Por el contrario, la tendencia predominante en Derecho Internacional Público es a no considerar al daño como un elemento del ilícito, sin perjuicio de la incidencia de este elemento sobre sus consecuencias. Véase, Benedetto Conforti; *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavallia, 1995, p. 438.

<sup>79</sup> Como ya hemos dicho, una vez introducidas en el ordenamiento jurídico interno, las normas internacionales son fuente de derechos y obligaciones tanto para los órganos estatales como para todos los sujetos públicos y privados que actúan dentro del Estado.

<sup>80</sup> Norma B. Bruno (en colab.); *Tratados*, 2ª parte, fascículo 8; Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1999, p. 4. Sigue diciendo la autora que la parte perjudicada por el incumplimiento del tratado tiene dos opciones: una, obligar a la otra parte a cumplir el acuerdo, con lo cual el reparto se convierte en autoritario; o segundo, declarar extinguido el tratado, negándose ella a cumplir con lo pactado.

<sup>81</sup> El poder de celebrar tratados implica el poder de hacerlos cumplir en el orden interno. De ahí se desprende que las obligaciones internacionales, nacidas de los tratados constitucionalmente celebrados deben ser respetadas en el orden local por las autoridades nacionales y provinciales. Es la Nación, como ya dijimos anteriormente, la que ha de hacer cumplir en su interior las obligaciones que asume en sus relaciones internacionales.

asume la responsabilidad de una violación del derecho internacional cometido por otro Estado-, la responsabilidad por los hechos de las subdivisiones políticas resultan de actualidad innegable, en función de la propia organización institucional argentina, lo dispuesto en los artículos 29<sup>82</sup> y 27<sup>83</sup> de la Convención de Viena y el hecho que, en el campo internacional, el Estado constituye una sola persona jurídica en la que se encuentran englobadas sus subdivisiones políticas.

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

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

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

En este orden de ideas, el Derecho Internacional Público en materia de solución de diferencias sobre inversiones, es percibido como una insuficiente protección al inversor extranjero, debido al ya señalado carácter controvertido y a que su contenido no responde a las actuales modalidades de circulación de los flujos financieros internacionales<sup>84</sup>, cuyos vehículos principales son las sociedades multinacionales<sup>85</sup>.

No puede desconocerse que las dificultades observadas en numerosos supuestos para la resolución de controversias relevantes en el ámbito local<sup>86</sup> ha llevado de forma creciente a la utilización de las vías arbitrales internacionales alternativas previstas en estos tratados en cuestión.

Este fenómeno –visible particularmente en los últimos años como consecuencia de los distintos arbitrajes en los que la República Argentina es parte- no es, sin embargo, un fenómeno exclusivo de los países en desarrollo, lo cual configura a nuestro criterio otra pauta de lo extensiva que se hace la protección del inversor extranjero en este contexto. “A los

<sup>82</sup> Impone la obligatoriedad del tratado en todo el territorio del Estado parte en la convención.

<sup>83</sup> Establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

<sup>84</sup> Al respecto recomendamos el libro digital de: Nahuel Oddone; *Mercados Emergentes y Crisis Financiera Internacional*, editado por el Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, España, con ISBN 84-688-8059-0, accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/>

<sup>85</sup> Véase: Susan Strange; “Las consecuencias políticas de la globalización: papel e influencia de las empresas transnacionales” en *Foro de la Mundialización “Después del 11 de septiembre”*, publicación de la Fundación Caja-Murcia, Murcia, noviembre de 2001. Asimismo, Yamila Castagnola, Leonardo Granato y Nahuel Oddone; “Una visión de la operatoria offshore...”, op. cit., p. 24.

<sup>86</sup> El actual balance sobre la situación de la Justicia arroja por resultado que su estado es crítico y que, durante los últimos años se ahondó en los justiciables el sentimiento de falta de seguridad jurídica. La falta de independencia judicial, la manipulación política de los magistrados y de la organización judicial, la escasez presupuestaria, la congestión y sobrecarga de trabajo en todos los fueros y la falta de infraestructura edilicia son algunos de los vicios que alteran el normal desenvolvimiento del Poder Judicial. Al respecto, Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “La necesidad de una reforma para el Poder Judicial” en *La Vidriera*, diario El Eco de Tandil, 30 de mayo de 2004, p. 13.

*numerosos arbitrajes en los que han sido tradicionalmente parte como consecuencia de demandas de inversores extranjeros países del África, Asia y en los últimos cincuenta años América Latina se han sumado recientemente naciones desarrolladas como España –como consecuencia de la acción de un inversor argentino-, Alemania e, inclusive, los Estados Unidos de América en función de la jurisdicción arbitral existente en el ámbito del NAFTA<sup>87</sup>, según explica Tawil.*

En este contexto, un mejor conocimiento de los tratados, de la responsabilidad asumida por los Estados y de los mecanismos de solución de controversias allí previstos, servirán para promover una efectiva protección de los inversores –principales destinatarios de las normas de estos tratados- y contar así con un panorama más ajustado del derecho vigente.

---

<sup>87</sup> Guido S. Tawil; "Los Tratados de Promoción...", op. cit., p. 1108.

## Capítulo II: El arbitraje como recurso de protección al inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión

Como sostuvimos en el último punto de la primera parte de este libro, concebimos a la cláusula de arbitraje internacional como un recurso de protección que tiene el inversor extranjero ante cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión.

Así es que, si bien entendemos que todo el contenido ya expuesto de los Tratados Bilaterales de Inversión asegura una eficaz protección del inversor, es por medio del arbitraje que el inversor “efectiviza” esta protección ante cualquier incumplimiento, teniendo legitimación activa para reclamar en sede internacional.

Esta posibilidad que se le concede al inversor extranjero constituyó, como explicamos en alguna parte de este trabajo, una de las dificultades principales que demoraron la participación de los países de América Latina en estos convenios, en parte debido a interpretaciones derivadas de la Doctrina Calvo.

### I. Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional

Señala un autor que durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX las diferencias entre los Estados y los inversores extranjeros se encontraban altamente politizadas y su protección radicaba esencialmente en gestiones diplomáticas<sup>88</sup> seguidas con frecuencia del uso de la fuerza<sup>89</sup>. Basta recordar a modo de ejemplo, las intervenciones armadas de Francia en México en el período 1838/1839; los conflictos entre los Estados Unidos y México (1835/1861); las intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata (1838/1850); la segunda intervención armada de Francia en México (1861/1867); la intervención de Alemania, Francia, Gran Bretaña y otros países en China en 1900; entre otras<sup>90</sup>.

Como reacción a tales intervenciones, dos doctrinas se desarrollaron en América Latina que constituyeron el punto de partida de una tradición jurídica regional basada en la defensa a ultranza de las prerrogativas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones.

<sup>88</sup> Según Puig: “Cuando el individuo ha agotado todas las posibilidades de recurso que le ofrece el Derecho interno, puede en última instancia acudir a su propio Estado, quien lo “protege”, vale decir, se hace cargo de su reclamación y la plantea directamente ante el Estado infractor por la vía diplomática. Nos hallamos entonces ante una controversia normal entre dos Estados [...]. Sin embargo, otorgar la protección es facultad discrecional del Estado. Es así, como con arreglo al Derecho de la comunidad internacional, el Estado puede “proteger” o no a su nacional, conformarse con una reparación inadecuada, admitir simplemente una reparación moral y suspender la protección. El individuo no tendrá en estos casos recurso alguno para impulsar una decisión favorable a sus intereses”. Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 276.

<sup>89</sup> Sostiene Pinto: “En rigor, el uso de la fuerza física o armada ha sido, en casi todas las sociedades, el primer recurso para zanjar diferendos. La ausencia de un órgano centralizado para ocuparse de pacificar las controversias, la ineficacia de ese órgano en los casos en que existe o, incluso, la percepción social de que el uso de la fuerza tiene un poder disuasorio importante han conducido, y aun lo hacen, a los sujetos de determinadas sociedades a confiar en la propia capacidad para el arreglo de sus conflictos”. Mónica Pinto; *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 1ª edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 71.

<sup>90</sup> Nos comenta Puig que “el arbitraje decayó completamente después de la Paz de Westfalia. Tanto es así que al llegar al tratado de Jay, del 19 de noviembre de 1794, entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, no tuvo lugar ningún arbitraje entre los países europeos. En el siglo XIX reaparecieron, pero sobre la base del consentimiento de las partes en el conflicto. Esto tiene su explicación. En un primer momento, los Estados nacionales, muy celosos de su soberanía, no aceptaban que un ajeno pudiera arbitrar en sus disputas [...]. En cuanto a la guerra, se admitió su legalidad en todos

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

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

En palabras de Fernández de Gurmendi, “*Calvo, preocupado por los excesos de la protección diplomática ejercida por Estados extranjeros, sostenía que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la ingerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial*”<sup>91</sup>.

Como consecuencia de esta doctrina –desarrollada en el marco de las intervenciones armadas de Francia en México- diversos países de América Latina impusieron la llamada “Cláusula Calvo”, aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, obligando a estos últimos a renunciar al recurso de protección diplomática, permitiéndoles únicamente acudir a los tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local<sup>92</sup> en pos de una reparación por cualquier violación contractual suscitada<sup>93</sup>.

Es en este marco que sostenemos que el arbitraje constituye una nueva “protección” al inversor extranjero adaptada al mundo de hoy<sup>94</sup>. Actualmente, el incesante desarrollo de las actividades comerciales internacionales, torna la “protección diplomática” una herramienta obsoleta y que nada tiene que ver con las modernas prácticas de las relaciones internacionales.

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

El Código de Inversiones Extranjeras adoptado en virtud del Pacto Andino reafirma las posiciones latinoamericanas clásicas en lo que concierne al tratamiento de los inversores. El

---

los casos. En este período ya no se planteó la distinción entre guerras justas e injustas, prohibidas o permitidas [...]”. Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 52.

<sup>91</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 72.

<sup>92</sup> Con la finalidad de evitar abusos en los reclamos internacionales, diversos países de la región introdujeron disposiciones en su legislación local declarando que el extranjero se encuentra en idénticas condiciones que el nacional, debiendo recurrir a la jurisdicción local. Dada la ineficacia de tales disposiciones unilaterales de orden interno en el ámbito internacional es que se desarrollaron con gran vigor las denominadas Cláusulas Calvo.

<sup>93</sup> Véase Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., ps. 308 y ss.

<sup>94</sup> Sin perjuicio de ello, ya en la época medieval fueron numerosos los arbitrajes en que el papa y los señores feudales más importantes actuaron como árbitros, no sólo reglando cuestiones políticas y territoriales sino también domésticas, dentro de las cuales las comerciales adquieren gran relevancia. Si bien estos arbitrajes eran distintos los contemporáneos esta función tuvo una gran importancia en una época, en que, como decía Charles Fenwick, “*las pequeñas guerras dinásticas eran cosa de todos los días*”. Es ilustrativa la sentencia del duque de Borgoña de 1432, que imponía al conde de Vaudemont y al duque de Anjou condiciones de paz, que incluían el matrimonio obligatorio entre el hijo mayor del conde y la hija mayor del duque, y la fijación detallada de la dote. Véase Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 46.

artículo 50 prohíbe a los Estados miembros acordar a los inversores extranjeros un tratamiento más favorable que el acordado a los inversores nacionales y por su parte, el artículo 51 impone no introducir en un instrumento aplicable a los inversores extranjeros ninguna cláusula que establezca un mecanismo internacional de diferendos en materia de inversiones.

El Protocolo de Cartagena de Indias que reforma la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) del 5 de diciembre de 1985 recuerda expresamente que las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores (artículo 35).

Este principio también fue recogido en el dictamen sobre las empresas transnacionales del Comité Jurídico Interamericano de 1976 y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974.

Si bien gobiernos como el de los Estados Unidos interpretaron a la Cláusula Calvo como el requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales, su invocación por diversos gobiernos latinoamericanos resultó durante largo tiempo una constante, oponiéndose a la conclusión de Tratados Bilaterales de Inversión con los países desarrollados y a la firma de la Convención de Washington de 1965 para la solución de diferencias en materia de inversiones.

Esta tradicional hostilidad latinoamericana al arbitraje comercial internacional se morigeró en los últimos veinticinco años. Diversos países latinoamericanos modificaron su legislación interna con el fin de favorecer los procedimientos arbitrales internacionales.

Actualmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en su capítulo X prevé que el inversionista, luego de haber intentado resolver la disputa a través de consultas o negociaciones, pueda someterla a arbitraje conforme a las reglas del arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones o de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

También el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela incluye la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional. Por su parte, la Decisión 220 del Pacto Andino permite a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras.

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

## **II. Métodos modernos de solución de disputas: el arbitraje**

Cuando se plantea un conflicto de intereses<sup>95</sup> se piensa, generalmente, que dicho conflicto debe ser resuelto por una tercera persona imparcial, llamada juez, siendo ésta la solución que se da a los conflictos en las sociedades modernas<sup>96</sup>. El recurrir a la justicia estatal pareciera ser el camino indicado. Sin embargo, esto no es siempre así.

Una importante cantidad de casos de conflicto, especialmente los que surgen de operaciones de comercio internacional, son sustraídos de la órbita estatal para ser derivados hacia el arbitraje privado<sup>97</sup>, eligiendo las partes no sólo al juzgador, sino también los procedimientos aplicables y muchas veces, hasta el monto en que se ejecuta el laudo<sup>98</sup>.

Esta facultad de las partes no admite ser discutida, siendo diversos los motivos que legitiman el derecho de renunciar a la jurisdicción estatal y someterse al arbitraje. En palabras de Uzal, *“el arbitraje es una jurisdicción especial, admitida como alternativa al ejercicio de la jurisdicción a través de los órganos del propio Estado, tanto en el orden interno como en el orden internacional”*<sup>99</sup>. Por su parte, Gozaíni, entiende que se trata *“de un desplazamiento de la función jurisdiccional, en sus etapas introductorias y decisoria, desde el Estado hacia ciertos particulares”*<sup>100</sup>.

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

<sup>95</sup> Sostiene Benabentos que la sociedad necesita de un mínimo de consenso sobre la conducta individual que adoptarán los hombres proveyéndole cierta previsibilidad. En su inmensa mayoría, los hombres ajustan su conducta a aquello que es “lo previsible”, sin perjuicio de que tal conducta “típica” puede alterarse y, si tal alteración de conducta no es aceptada por el grupo, estamos en presencia de una suerte de “desviación” de la conducta. Ahora bien, no toda “desviación” merece la atención del Derecho, sino sólo aquella que provoque cierta alarma social. Esta “interferencia de conductas” de relevancia jurídica que se encuentren en afirmado estado de conflicto serán objeto del Derecho Procesal. Carnelutti define al conflicto como la existencia de una pretensión y una resistencia. Alvarado Velloso diferencia las nociones de conflicto y litigio. El conflicto se da en el plano de la realidad social. El litigio es la afirmación de la existencia de ese conflicto en el plano jurídico – procesal. Véase, Omar A. Benabentos; *Teoría General del Proceso*, T. I, Rosario, Editorial Juris, 2002.

<sup>96</sup> Como expresara un autor, si se busca una “causa” (lógica jurídica) del proceso se la encontrará en la pretensión (conflictiva). Sin conflicto no tiene sentido el proceso. Si el legislador no parte de la base del conflicto, su construcción institucional carece de utilidad: un proceso para descubrir el significado de ciertas normas podría ser práctico, pero no vendría a resolver el problema social del conflicto jurídico. Omar A. Benabentos; *Teoría General...*, op. cit., ps. 80/81.

<sup>97</sup> Sobre el tema puede consultarse: María Elsa Uzal; *Solución de controversias en el Comercio Internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992. Bernardo M. Cremades; “La solución de conflictos internacionales: encrucijada entre el conflicto de culturas y la globalización de la economía” en *Jurisprudencia Argentina*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III, p. 681. Horacio A. Grigera Naón; “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual” en *Jurisprudencia Argentina*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III, p. 701. Eduardo Jiménez de Aréchaga; “Solución de controversias en materia de inversiones extranjeras” en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, T. 48, Nº 1, 1988, p. 23.

<sup>98</sup> Marzorati define al arbitraje como *“una técnica para la solución de conflictos que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de ese tercero”*. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene naturaleza contractual, encuadrándole generalmente en la figura del mandato; y, por otro lado, se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional, aun cuando reconocen que los árbitros carecen de potestad para imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones. Esta última postura es a la que adhiere la mayoría de la doctrina. Véase, Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., ps. 746/747.

<sup>99</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 52.

<sup>100</sup> Véase Osvaldo A. Gozaíni; *Introducción al Nuevo Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 193.



confianza, así como el deseo de obtener resultados más rápidos y menos onerosos que en otros procedimientos<sup>101</sup>.

Entendemos que el arbitraje presenta innegables ventajas respecto del proceso jurídico público. Así, Briseño Sierra, sostiene que el arbitraje posee ventajas como *“la oralidad, la inmediatez y la secuencia lógica de las actuaciones. Quizás en ningún otro procedimiento como en el arbitraje se haya conservado con tanto fidelidad la audiencia en la exposición verbal libre y sin formulismos anacrónicos”*<sup>102</sup>. A estos hay que agregarle la celeridad y la menor onerosidad que en la mayoría de los casos se logra con el arbitraje.

Es indudable que el arbitraje cumple un papel fundamental en la resolución de controversias suscitadas en el ámbito del comercio internacional. Según Myers esto se debe a que es un método de resolución de disputas “menos formal y más comercial”, permitiendo resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate<sup>103</sup>. Es que como nos enseña Jiménez de Aréchaga que el Arbitraje Comercial Internacional combina elementos de arbitraje interno, doméstico, privado, regido por el código de procedimiento civil y elementos de arbitraje internacional propiamente dicho, que es el arbitraje entre Estados<sup>104</sup>.

A estos puntos puede agregarse que el arbitraje permite garantizar la neutralidad de quien ha de decidir, a través de métodos y controles para la selección del árbitro; asimismo, permite una mayor especialización e idoneidad en la persona del árbitro que habrá de resolver. A su vez, en la medida en que su origen sea un acuerdo privado entre las partes, permite una mayor confidencialidad en el proceso.

Como sostiene Jiménez de Aréchaga, *“es indudable que ninguna de las partes puede aceptar ir a litigar a los tribunales nacionales de la otra parte. No sólo por el temor al prejuicio contra el extranjero, el favoritismo, la falta de imparcialidad sino sobre todo, porque ninguna empresa, ninguna persona dedicada a la actividad comercial internacional puede aceptar ir a litigar a un país extranjero, contra un adversario que es nacional de ese país”*<sup>105</sup>.

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

*“Las cláusulas de arbitraje han llegado a ser una garantía esencial, a fin de asegurar el desarrollo del comercio internacional y sirven a las necesidades de los hombres de negocios transnacionales. Son más indispensables que en los contratos internos porque en los contratos internacionales, es absolutamente necesario establecer, en caso de disputa, una jurisdicción neutral cuya imparcialidad sea percibida por ambas partes y no pueda ponerse en duda”*.

*“De ahí que las cláusulas arbitrales se han transformado en una precondition indispensable para asegurar el orden y la previsibilidad esenciales en la transacción de todo negocio internacional. La anulación de esta cláusula [...] no solo permitiría al demandante repudiar su promesa solemne, sino además reflejaría el concepto parroquial de que todas las disputas deben ser resueltas bajo nuestras leyes y en nuestros tribunales. En una era en la que*

<sup>101</sup> Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 746. Véase asimismo, Bernardo M. Cremades; “El proceso arbitral en los negocios internacionales” en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 113, p. 769.

<sup>102</sup> Citado por Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 746.

<sup>103</sup> Citado por Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 754.

<sup>104</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga; “Solución de controversias...”, op. cit., p. 23.

se expanden las relaciones comerciales internacionales, la doctrina que niega efecto a la cláusula arbitral no tiene lugar, y sería una pesada hipoteca sobre el desenvolvimiento de futuros tratos comerciales internacionales por nuestros ciudadanos”<sup>106</sup>.

Por último, cláusulas de este tipo permiten prevenir el *forum shopping*<sup>107</sup> y, el laudo arbitral normalmente es más fácil de ejecutar que una sentencia extranjera que condene al pago de una suma de dinero<sup>108</sup>.

Estas ventajas antes mencionadas unidas a la falta de jurisdicción internacional en materia de derecho privado, han contribuido a la difusión del arbitraje en las relaciones propias del comercio internacional.

El creciente éxito que ha tenido el arbitraje no ha sido sencillo y en el camino que tiene aún por recorrer se encuentra un problema que todavía no está totalmente resuelto. Este problema tiene que ver con el hecho de que el arbitraje es una instancia excepcional, surgida de la voluntad de las partes<sup>109</sup> a la que las leyes le atribuyen la capacidad de poder darse una justicia propia, y como tal está condicionada a que no todo diferendo entre las partes es arbitrable, sino sólo aquellos temas que permiten las leyes.

La teoría clásica sostiene que es imposible pensar que los ciudadanos puedan arbitrar temas en que de un modo general el orden público<sup>110</sup> está comprometido.

En principio es válido sostener que cada Estado es dueño de establecer cuáles temas son arbitrables y cuáles no lo son. En nuestro derecho, por ejemplo, no pueden comprometerse en arbitraje, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción (artículo 737, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y se ejerce el control a nivel internacional en este aspecto, del contenido de los laudos de tribunales arbitrales extranjeros cuya ejecución se solicite.

Se verifica que las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el mencionado artículo de la ley de rito (artículo 519 bis, inciso 2 del Código), como condición para su admisión por el trámite de la ejecución de sentencia. Se deberá controlar además, el cumplimiento de los recaudos previstos por el artículo 517 del Código mencionado respecto que la prórroga de jurisdicción resulte admisible de conformidad con el artículo 1º del mismo cuerpo legal y en su caso, cualquier otro recaudo que pudieren exigir los códigos provinciales<sup>111</sup>.

---

<sup>105</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga; “Solución de controversias...”, op. cit., p. 24.

<sup>106</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga; “Solución de controversias...”, op. cit., p. 24.

<sup>107</sup> El mismo se da cuando las partes promueven la demanda en el país cuyos tribunales van a resolver el caso de manera más favorable, obteniendo la aplicación de una ley diferente por parte de un juez que normalmente no hubiera sido competente. En palabras de Weinberg de Roca: “Técnicamente el *forum shopping* existe sin el fraude a la ley cuando el actor elige la competencia normal de uno de los tribunales en caso de competencias concurrentes, obteniendo una sentencia más favorable”. El *forum shopping* va a existir mientras no se logre unificación de legislaciones y jurisprudencia. Véase, Inés Weinberg de Roca; *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.

<sup>108</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 55.

<sup>109</sup> “Se entiende por *autonomía de las partes* el derecho de las partes a celebrar contratos y a darles un contenido cualquiera”. Werner Goldschmidt; “La autonomía de la voluntad intra y suprapositiva” en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 148, p. 1268. Del mismo autor: *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 391 y ss.

<sup>110</sup> El orden público está dado por el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que son imperativas, de cumplimiento obligatorio, no pudiendo ser dejadas de lado por la voluntad de las partes.

<sup>111</sup> Véase, María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 54.

En primer lugar, los temas en que esté interesado el orden público no son arbitrables. En el orden internacional, la cuestión de la arbitrabilidad en tanto toca aspectos regulados por normas imperativas en los Estados, he merecido reconocimiento y salvaguarda. Pero el gran problema es qué ley se aplica para determinar la arbitrabilidad de un problema. La ley de fondo o la ley aplicable según el Derecho Internacional Privado.

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

Una cláusula típica de resolución de controversias<sup>112</sup> en un convenio de inversiones incluye por lo general, cuatro pasos diferentes<sup>113</sup> entre el reconocimiento por las partes de que ha surgido una controversia y la constitución de un tribunal arbitral:

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

#### a) Consulta y negociación

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

Esta exigencia podría llevar a las partes a que *“traten de buscar el acuerdo a través de la consulta y la negociación”*, como establece el artículo 7 del Tratado Bilateral suscrito por Argentina y Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92). Por su parte, el artículo 10 inciso 1 del convenio suscrito por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: *“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”*.

Como dice un autor, el contenido sustantivo de este primer paso en la resolución de controversias podría no ser oneroso, pero la obligación es real, ya que el inversor extranjero deberá al menos notificar por escrito al Estado receptor los motivos de la controversia y tener un deseo de debatir y arreglar dicho conflicto antes de arribar al arbitraje.

#### b) El período de espera

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

<sup>112</sup> La 'cláusula compromisoría' se establece como veremos para obligarse a someter al arbitraje cuestiones originadas en relación al negocio sustancial a que va anexa, como un pacto previo para comprometer las controversias que puedan surgir de aquel determinado negocio. En cambio, el 'compromiso arbitral' se refiere a controversias ya surgidas entre las partes, para ser resueltas por medio del arbitraje. No obstante, los efectos que nacen tanto de una como del otro son análogos en lo que hacen al nombramiento de árbitros, procedimiento, laudo arbitral, etcétera. De todas maneras, cabe decir, que la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por nuestro país por ley 23.619, ha dado un paso adelante en la unificación jurídica del compromiso y la cláusula compromisoría aludiendo a un instrumento común llamado "acuerdo por escrito", incluyendo en el mismo tanto una cláusula contenida en un tratado o contrato como un acuerdo firmado por las partes. Véase: Jorge L. Santana; "Derecho arbitral. La cláusula compromisoría cuando el Estado es parte" en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1990-C, p. 1117.

<sup>113</sup> Véase B. M. Cremades y D. J. A. Cairns; "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras...", op. cit., p. 16.

El artículo 10 inciso 2 del convenio suscripto por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: “*Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia lo haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión*”.

Este período puede ser utilizado para la negociación del arreglo amistoso y/o la preparación del arbitraje o litigio. Un período de tres o seis meses constituye un período de prueba habitual antes del inicio de las actuaciones legales correspondientes.

### **c) La elección de jurisdicción**

El próximo paso que deberá seguir el inversor extranjero, en caso que las negociaciones hayan concluido sin éxito y que el período de espera haya expirado, es la elección de foro o jurisdicción. La elección de cláusula de jurisdicción estipula típicamente tres posibles formas de resolución de controversias:

- i) Los tribunales administrativos del Estado parte;
- ii) Arbitraje comercial internacional;
- iii) Cualquier tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado<sup>114</sup>.

El inversor extranjero tendrá normalmente derecho a elegir la jurisdicción, escogiendo de forma casi invariable el arbitraje internacional. Tradicionalmente, los inversores, al igual que los Estados de su nacionalidad, han considerado que sus derechos e intereses se ven más eficazmente protegidos recurriendo a la práctica arbitral.

Sin embargo, esta elección de jurisdicción por parte del inversor está sujeta a dos posibles reservas. En primer lugar, como ya hemos explicado, en algunos Tratados Bilaterales de Inversión está estipulado el requisito de recurso previo<sup>115</sup> a los tribunales nacionales, cuestión no característica de este tipo de convenios. En segundo lugar, lo referente al consentimiento necesario del Estado parte para someterse al proceso arbitral contenido en el tratado.

#### **i) Recurso previo ante los tribunales nacionales**

Ya hemos visto que algunos convenios dan preferencia a la resolución de controversias por parte de los tribunales nacionales mediante el aplazamiento o la fijación de condiciones a la hora de recurrir al arbitraje internacional.

Previo a ejercer el derecho a arbitraje, el inversor debe intentar resolver el conflicto en las instancias internas del Estado receptor concediéndole un determinado período de tiempo, por ejemplo, dieciocho meses, para solucionar la controversia.

<sup>114</sup> El artículo 10 del acuerdo bilateral suscripto por Argentina y Francia (aprobado por ley 24.100/92) establece: “*Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes contratantes y los inversores de la otra Parte contratante se regirán, sin perjuicio de las disposiciones del presente acuerdo, por los términos de acuerdo especial en la medida en que el mismo incluya disposiciones más favorables que las previstas en el presente acuerdo.*”

<sup>115</sup> Se advierte que la Argentina al suscribir el Convenio de Washington que da creación al CIADI no se reservó en los términos del artículo 26, el derecho a exigir el agotamiento previo de sus recursos internos; lo cual, sin embargo, no implica que no lo pueda imponer en un contrato o tratado bilateral. Véase Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 55.

El artículo 10 inciso 3 del convenio suscripto por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: *“La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las siguientes circunstancias: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de esta artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*

El requisito de recurso previo a los tribunales nacionales está previsto para equilibrar la protección del inversor ante un derecho ejecutable de arbitraje con la preferencia de los Estados (derivado de consideraciones de soberanía nacional e históricamente apoyada por la Doctrina Calvo) por resolver las controversias de inversión en sus tribunales nacionales.

No se plantea el requisito del agotamiento de los recursos nacionales antes de que un inversor se acoja a modelos internacionales de protección, pero sigue existiendo una exigencia más débil de recurso previo a las soluciones jurídicas nacionales.

#### **ii) Consentimiento del Estado parte al arbitraje**

Un arbitraje inversor extranjero – Estado receptor conforme a un Tratado Bilateral de Inversión requiere el consentimiento para arbitrar del Estado parte. Esto se debe a que, como principio general, el arbitraje está basado en el mutuo consentimiento de las partes para arbitrar.

El artículo 25 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados requiere expresamente el consentimiento *“por escrito”* de las partes para la presentación de su controversia a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Por su parte, el carácter ejecutorio de los laudos con arreglo al Convenio de Nueva York de 1958 está basado en un acuerdo válido de arbitraje.

Podemos decir que existen dos categorías de tratados que contienen distintas cláusulas de resolución de controversias. En primer lugar, aquellos tratados bilaterales donde los Estados parte otorgan de forma expresa un consentimiento genérico por anticipado en el propio convenio de inversión.

En segundo lugar, están aquellos tratados en los que el Estado parte se reserva su aprobación requiriendo por tanto, una vez surgida la controversia, su consentimiento expreso de arbitraje. En la primera categoría, el inversor tiene un derecho al arbitraje; en la segunda no hay derecho al arbitraje en tanto no medie aceptación expresa del Estado receptor.

Una cláusula tipo de consentimiento expreso arbitral sería: *Cada Parte contratante acuerda por el presente someter ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones cualquier controversia legal resultante entre aquella Parte contratante y un ciudadano o empresa de la otra Parte contratante, en relación a una inversión de esta última en territorio de la primera.*

Así, en los tratados que contengan un tipo de cláusula semejante en que el consentimiento para el arbitraje de los Estados parte es expresamente otorgado por

adelantado, tal consentimiento no será vinculante para el inversor individual<sup>116</sup>, siendo necesario para cualquier acuerdo de arbitraje el consentimiento expreso del inversor extranjero, lo que se manifiesta generalmente a través de la presentación de una solicitud de arbitraje.

Mencionamos asimismo, un segundo tipo de convenio que cuya cláusula arbitral de solución de conflictos no importa un consentimiento expreso anticipado de los Estados parte sino, por el contrario, al momento de suscitarse la controversia será necesario celebrar un acuerdo independiente entre las partes para recurrir al arbitraje.

El modelo de cláusula en este caso sería el siguiente: *En caso de una controversia surgida entre un ciudadano o una compañía de una Parte contratante y la otra Parte contratante en relación con una inversión en el territorio de aquella otra Parte contratante, será sometida a arbitraje mediante el acuerdo de ambas partes en la controversia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.*

Una cláusula de este tipo no constituye un consentimiento vinculante para arbitrar, de modo que en caso de surgimiento de una controversia, el arbitraje internacional será solo posible si el inversor extranjero y el Estado receptor formalizan un acuerdo independiente de arbitraje.

Al decir de un autor, estas cláusulas parecen diseñadas simultáneamente al efecto de reivindicar el principio de que el arbitraje es el medio adecuado para resolver las controversias de inversión y de protección del inversor, al tiempo que preservan una independencia soberana en los Estados parte para hacer frente a las controversias de inversión en cada caso.

Su fundamento lógico subyacente es por tanto, casi idéntico al mecanismo de recurso previo a los tribunales nacionales más arriba considerado, con la excepción que el mecanismo de recurso previo otorga al inversor extranjero un derecho vinculante (aunque aplazado y condicional) a arbitrar, mientras que una cláusula que retiene el consentimiento no creará derecho alguno a arbitrar.

Dicho esto, entendemos entonces que la eficaz protección al inversor extranjero la proporciona aquella cláusula arbitral que equivale al consentimiento del Estado receptor<sup>117</sup>, toda vez que es la única que otorga al inversor un derecho ejecutable de acudir a un arbitraje internacional.

#### **d) La elección de institución o de reglas de arbitraje**

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

<sup>116</sup> En cuanto al inversor, este consentimiento es una invitación u “oferta abierta” al arbitraje, que podría ser aceptada siempre que surja una controversia relativa a una inversión. Cuando un inversor elige por escrito resolver este tipo de controversias a través del arbitraje, la “oferta abierta” del Estado es aceptada y, de este modo, queda constituido un acuerdo de arbitraje y hay consentimiento mutuo por ambas partes a efectos del ya mencionado artículo 25 del Convenio de Washington.

<sup>117</sup> La jurisprudencia internacional ha entendido que se viola el principio de la buena fe contractual cuando existiendo una controversia, el Estado receptor falta a su compromiso de someter a arbitraje las disputas. Asimismo, una vez que las partes consintieron el recurso al arbitraje, deben respetar tal obligación. Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 60.

El arbitraje “administrado” o “institucional”, de desarrolla en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) que funciona en la oficina principal del Banco Mundial, creado por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>118</sup> que hemos mencionado ya en alguna oportunidad.

Conocido también como el *International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), este Centro fue creado con el objeto de proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas, con el propósito particular de “despolitizar” el arreglo de las diferencias en materia de inversiones<sup>119</sup>.

Si bien existe una importante diversidad de criterio en la práctica de los Tratados Bilaterales de Inversión, éstos con gran frecuencia designan el arbitraje institucional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), lo que no sorprende por el grado de especificidad del organismo creado al efecto.

Otra opción usual es el arbitraje *ad hoc* o “no administrado” conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI (*The United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*)<sup>120</sup>. Por su parte, la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París es asimismo una institución propuesta en algunos convenios en la materia.

En algunos convenios, el inversor extranjero tiene la facultad de elegir la institución o reglas aplicables. En otros, la elección se efectúa por acuerdo entre las partes (con una alternativa especificada en cada caso que las partes no lleguen a un acuerdo). Por último, en algunos tratados en que el Estado parte tiene la facultad de iniciar el arbitraje relativo a una controversia de inversión, la elección se lleva a cabo por la parte que inicia el arbitraje.

#### IV. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>121</sup>

<sup>118</sup> El Convenio alcanza a más de 130 Estados actualmente, entre los cuales encontramos a nuestro país, Bolivia, Paraguay, Chile y Uruguay. Brasil no firmó el Convenio. Argentina firmó el convenio el 21 de mayo de 1991 y depositó el instrumento de ratificación el 19 de octubre de 1994, entrando en vigencia el 18 de noviembre de ese año.

<sup>119</sup> La estructura que caracteriza al órgano directivo del Centro que es el Consejo Administrativo, refleja ese equilibrio de intereses. El Consejo está integrado por un representante de cada uno de los Estados contratantes teniendo cada uno de ellos un voto. Es el Consejo el que aprueba los reglamentos y reglas que rigen las actuaciones de los tribunales arbitrales y elige al Secretario General del Centro. El objetivo supremo del Centro es promover entre los inversionistas y los Estados un ambiente de mutua confianza que favorezca el flujo de recursos hacia los países en desarrollo en condiciones razonables. Los fundadores del Centro coinciden en que la real protección al inversor está materializada en el carácter voluntario, flexible, rápido y eficaz de este instrumento de solución de conflictos. Tener en cuenta: Antonio R. Parra; “The role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes” en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 16, Nº 1, Winter 1999.

<sup>120</sup> La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es actualmente el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en la esfera del Derecho Comercial Internacional, encargado de fomentar la armonización y unificación progresiva de ese derecho. Desde su creación, la Comisión ha preparado una amplia gama de convenciones, leyes modelo y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil que inciden en el comercio internacional. El Reglamento de Arbitraje fue aprobado por la Comisión en 1976, tras amplias consultas con instituciones arbitrales y expertos en la materia. Ese mismo año, la Asamblea General del organismo internacional recomendó su uso a todos los países miembros a través de resolución 31/98, y desde entonces sus reglas han adquirido gran difusión. Véase al respecto, Ana I. Piaggi (coord.); *UNCITRAL y el futuro del Derecho Comercial. El arbitraje comercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas*; Buenos Aires, Depalma, 1994.

<sup>121</sup> Para un completo análisis del Centro, véase: Julio A. Vives Chillida; *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998. También, Gabriela Álvarez Ávila; “Las características del Arbitraje del CIADI” en *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad Autónoma de México, Vol. 2, México, 2002. Accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derint&n=2>. Asimismo ver,

Creemos de importancia desarrollar en este punto ciertos aspectos del Centro y del convenio que le da creación, a raíz del creciente número de demandas contra la Argentina<sup>122</sup> radicadas en este organismo y de la relevancia que actualmente ha adquirido este Centro.

Si bien, el estado actual de las controversias contra nuestro país se desarrollarán en el último punto de la cuarta parte de este trabajo, queremos presentarles aquí una primera aproximación al tema, destacando y priorizando el tratamiento de aquellos puntos relevantes para el tema eje de nuestro informe: la protección del inversor extranjero.

#### **a) Procedimiento**

La mayor parte de las reglas de procedimiento son supletorias, pudiendo ser modificadas por acuerdo de las partes. Las únicas disposiciones imperativas del Convenio<sup>123</sup> se refieren a la composición del tribunal, debiendo estar integrado por un solo árbitro o bien, por un número impar de ellos. Además, la mayoría no podrá tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado contratante. Consideramos de interés resaltar que, los árbitros nombrados según lo acuerden las partes, pueden no pertenecer a la Lista de Árbitros que el Centro pone a disposición de las partes.

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

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 (1) del Convenio de Washington, el Tribunal decidirá la diferencia con arreglo a las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplica la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional Público que resultaran aplicables.

Esta disposición ha sido retomada, como veremos más adelante, bajo formulaciones similares por prácticamente todos los tratados bilaterales suscriptos por Argentina.

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

#### **b) Jurisdicción del Centro<sup>124</sup>**

---

Franz Kundmüller Caminiti; "ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera" en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, accesible desde: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversión.html>

<sup>122</sup> Véase al respecto: Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón; "Demandas contra el Estado extranjero" en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 165, p. 853. También: Werner Goldschmidt; "Sometimiento y sumisión de Estados a extraña jurisdicción" en *La Ley*, sección Doctrina, T. 156, p. 1327.

<sup>123</sup> Las reglas del artículo 37 (2), del artículo 14 (1), del artículo 40 (2) y artículo 39.

<sup>124</sup> Véase Omar E. García Bolívar; "La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)", en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Buenos Aires, La Ley, Año 8, Nº 1, 2004. Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., ps. 93 y ss. Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., ps.63 y ss.



El Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro<sup>125</sup>.

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

El punto 26 del Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio señala lo siguiente: *“La expresión 'diferencia de naturaleza jurídica' se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal”*<sup>126</sup>.

El término “inversión” no es definido por el Convenio, dejándolo librado a lo establecido libremente por las partes en los Tratados Bilaterales de Inversión.

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

Si bien en su origen el sometimiento a la jurisdicción del Centro resulta voluntario —en tanto los Estados podrían declinar suscribir el Convenio o no consentir la jurisdicción arbitral— una vez que las partes han consentido en someter su diferencia a la conciliación o el arbitraje del Centro, ellas no pueden revocar unilateralmente su consentimiento<sup>127</sup>.

En forma compatible con la Doctrina Calvo, el artículo 26 del Convenio previó que los Estados contratantes pudiesen exigir como condición para su consentimiento al arbitraje del Centro, el agotamiento previo de sus remedios internos<sup>128</sup>.

El artículo 27 del Convenio puso fin, asimismo, a la utilización de la protección diplomática<sup>129</sup>, al prohibirla expresamente a todo Estado contratante al igual que la promoción de cualquier reclamo internacional al respecto una vez consentida la jurisdicción arbitral del

<sup>125</sup> Artículo 25 (1) del Convenio de Washington.

<sup>126</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965. Accesible desde: <http://www.worldbank.org/icsid>

<sup>127</sup> En ese sentido, diversos paneles arbitrales han considerado que la suscripción de los Tratados Bilaterales de Inversión implica el consentimiento expreso a esa jurisdicción por parte de los países firmantes.

<sup>128</sup> Así lo previeron la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por la República Argentina hasta el acuerdo con la República Francesa que puso fin al requisito de agotamiento previo de las instancias locales, otorgando la opción al inversor extranjero de elegir —transcurridos seis meses de consultas amistosas entre las partes— entre el arbitraje internacional o la utilización de las vías jurisdiccionales locales.

<sup>129</sup> En tanto la regla de jurisdicción del Centro impide que el Estado del inversor extranjero ejerza la protección diplomática (a menos que el Estado receptor se rehúse a cumplir el laudo) y el uso de la fuerza, nos proporciona un ámbito de resolución de controversias más adecuado para la “despolitización” de las diferencias relativas a inversiones, al tiempo que protege más eficazmente al inversor y a sus derechos. Incluso, el recurso del Centro resulta aún más atractivo en vista de su costo relativamente bajo y las salvaguardias intrínsecas que aseguran la integridad de sus servicios.

Centro. No obstante, corresponde decir que tales derechos renacen en el supuesto que el Estado parte en la diferencia dejase de cumplir el laudo arbitral.

Según el artículo 26 del Convenio, el consentimiento de las partes al arbitraje del Centro excluye cualquier otro recurso, salvo acuerdo de partes. Como consecuencia de ello, el procedimiento del Centro impide cualquier forma de intervención o control judicial<sup>130</sup>.

### **c) Derecho aplicable**

En relación al derecho aplicable, el artículo 42 del Convenio establece que el tribunal de arbitraje debe resolver la controversia con sujeción a las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo en este punto, aplicando las leyes del Estado receptor de la inversión junto con las normas de Derecho Internacional Privado aplicables al caso y las de Derecho Internacional general. Siguiendo un criterio similar, la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión establecen la aplicación de las leyes del Estado receptor de la inversión.

Por ejemplo, el acuerdo bilateral entre Argentina y Canadá (ley 24.125/92) establece en su artículo X (4) que: *“El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de esta convenio, refiriéndose al derecho de la Parte contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflicto de leyes–; los términos de acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables...”*. En idéntico sentido, por ejemplo, los tratados suscriptos con España, Italia, México, Reino Unido, Australia y Francia.

El Derecho Internacional incluye las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina internacional, y otras fuentes no enumeradas, por ejemplo, Resoluciones de Naciones Unidas<sup>131</sup>. El recurso al Derecho Internacional Público es fundamental para los supuestos en que la inversión tenga la forma de un contrato con el Estado receptor, pues permite evitar cualquier “desequilibrio” entre los intereses del inversor extranjero y del Estado receptor que pudiere surgir por aplicación del derecho interno de éste último.

La jurisprudencia del Centro ha entendido que si bien el derecho del Estado receptor debe ser aplicado a la solución del conflicto<sup>132</sup>, aquél debe compararse siempre con las normas

---

<sup>130</sup> Desde esa óptica, se ha resuelto en diversas ocasiones que los tribunales locales carecen de competencia para dictar medidas precautorias en el marco de los conflictos sometidos a jurisdicción del Centro salvo que las partes hubiesen acordado expresamente una solución diferente. Apartándose de la regla general en materia de arbitraje comercial internacional según la cual el sometimiento de una disputa a un órgano arbitral no limita la competencia de los tribunales nacionales para dictar medidas provisionales destinadas a resguardar adecuadamente los derechos de las partes. En el caso del Centro, la Regla de Arbitraje 39 (5) estableció que las partes que deseen retener la opción de solicitar medidas provisionales a los tribunales nacionales deben establecerlo expresamente en el instrumento que recoge su consentimiento al arbitraje. Véase, Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., ps. 1122/1123.

<sup>131</sup> Nos remitimos al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se aplica solo en controversias entre Estados, donde la Corte tiene competencia contenciosa. En cualquier otra diferencia se puede aplicar cualquier otra fuente, importante en nuestro caso.

<sup>132</sup> Antonio R. Parra; “Applicable substantive law in ICSID arbitrations. Initiated under investment treaties” en *ICSID Review*, Foreign Investment Law Journal, Vol. 17, Nº 2, Fall 2000, p. 5.

de Derecho Internacional, de forma tal que si existiera alguna laguna en el derecho interno o estuvieran en conflicto ambos derechos, prevalezca el Derecho Internacional<sup>133</sup>.

Así, el Derecho Internacional funciona de forma “complementaria” y “correlativa”. Es una suerte de derecho “regulador” y “controlador” de la normativa interna. Parte de la doctrina, ha llegado a afirmar que el orden público internacional y las normas imperativas de Derecho Internacional prevalecerían sobre la normativa nacional, aún cuando las partes hubieran elegido exclusivamente ésta<sup>134</sup>.

#### **d) Obligatoriedad de los laudos**

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

### **V. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>135</sup>**

Desde su creación en 1963 (comenzó a operar en 1966) la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional dedicó sus esfuerzos a la unificación del derecho comercial internacional a través de la preparación de instrumentos legislativos y no legislativos, diseñados para asistir a la comunidad internacional en la modernización y armonización de esta materia.

Este organismo multilateral está integrado por 36 Estados de todos los continentes con distintos niveles de desarrollo y sistemas jurídicos. Desde su sede de Viena, donde fue trasladada a fines de los años setenta, sentó las bases del arbitraje comercial moderno a través de su “Reglamento de arbitraje” (1976), la “Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional” (1985) y las “Notas sobre la organización del proceso arbitral” (1996).

La Comisión es un órgano de las Naciones Unidas dependiente de la Asamblea General. Tiene a su cargo el seguimiento y el estudio de la implementación de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por 128 países y uno de los instrumentos más exitosos producidos por Naciones Unidas<sup>136</sup>.

#### **a) La Convención de Nueva York de 1958**

<sup>133</sup> Christoph Schreuer; “Commentary on the ICSID Convention” en *ICSID Review*, Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, Nº 2, Fall 1997, ps. 436, 453 y 477 y ss.

<sup>134</sup> Christoph Schreuer; “Commentary on...”, op. cit., ps. 418/421 y 438/443.

<sup>135</sup> Seguimos en este tema lo expuesto por Ana I. Piaggi; “La vinculación entre UNCITRAL y el arbitraje comercial internacional: una relación exitosa”, Buenos Aires, febrero de 2002; accesible desde: <http://www.catedra-piaggi.com.ar/Arbitraje/UNCIT%20ACI.htm>

<sup>136</sup> El Convenio relativo a la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscripto en Ginebra en 1927 fue el primer antecedente sobre un intento global para unificar las normas sobre arbitraje pero su escasa acogida entre los países de la entonces Sociedad de las Naciones condujo a su ineficacia como mecanismo destinado a la uniformidad del arbitraje en punto al reconocimiento y ejecución de sentencias.

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

Su objetivo fue facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de normas claras y simples y se aplica a los laudos arbitrales dictados en cualquier Estado ratificante distinto del país donde se promueve la ejecución.

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

En este punto la Convención de Nueva York es más amplia que la de Panamá, que no ofrece opción y rige exclusivamente para conflictos mercantiles.

Tenemos entonces que corresponde a la legislación interna de cada Estado la calificación de cuales son sus relaciones comerciales y cuales no.

La razón de la aludida reserva fue facilitar la adhesión de países del "civil law" que poseen -en general- códigos civiles y comerciales separados. Estos Estados solicitaron la reserva porque admitían al arbitraje sólo en cuestiones reguladas por sus códigos de comercio; que a su vez eran las únicas que podían ser objeto de transacción. Sólo 1/3 de los Estados adherentes depositaron esa reserva.

Cabe ponderar que la Convención de Nueva York invirtió por primera vez la carga de la prueba; ello implica que el que alega la nulidad del laudo y rechaza su ejecución es quien debe probarlo pues se presume su validez en tanto no se pruebe lo contrario.

#### **b) Reglamento de arbitraje de 1976**

El mismo fue creado como un cuerpo de normas autónomas sobre procedimientos arbitrales internacionales que las partes pueden elegir; enfatizando su carácter opcional se prevé que éstas puedan modificarlas como lo estimen más conveniente.

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

La segunda regula el número de árbitros, el método de designación, recusación, reemplazo, y la reiteración de audiencias en caso de sustitución de árbitros.

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

La cuarta sección contiene reglas sobre la forma en que el tribunal toma sus decisiones, la forma y efectos del laudo, la ley aplicable (incluyendo las instancias donde el

tribunal está autorizado a decidir como amigable componedor o *ex aequo et bono*) su interpretación y corrección, los laudos parciales y las costas.

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

- i) como reglas de procedimiento de directa aplicación; a disposición de las partes que firman un acuerdo de arbitraje;
- ii) como modelo para los centros de arbitraje internacional y nacional.

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

### **c) La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985**

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

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

El instrumento promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales que suelen ser inadecuadas para el arbitraje comercial internacional. Algunas normativas domésticas son anticuadas y equiparan a menudo el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, otras son fragmentarias porque no regulan todo el proceso y otras se redactaron teniendo en vista el arbitraje doméstico, lo cual entraña imponer sus principios al arbitraje comercial internacional, sin satisfacer la práctica moderna.

Lo anterior se potencia por la disparidad de las leyes nacionales, la inseguridad sobre las leyes locales, y generalmente afecta la elección del lugar del arbitraje. La adopción de un instrumento internacional conocido por todo el orbe soluciona sustancialmente el problema.

Como es conocido se prefirió el mecanismo flexible de una Ley Modelo en lugar de una Convención, para que los Estados pudieran de esta forma incorporarla de manera autónoma a

su legislación interna. Refleja sin lugar a dudas un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje comercial internacional.

El criterio elegido fue armonizar su contenido con la Convención de Nueva York de 1958 y con las Reglas de Arbitraje de 1976. Se inspira en el principio fundamental de la libertad de las partes en el sentido de que la regulación es de carácter dispositivo con respeto a la igualdad de partes y al principio contradictorio en el procedimiento.

Asimismo, reconoce amplios poderes discrecionales a los árbitros y verifica un notable progreso en punto al control judicial de la decisión arbitral. Los motivos de recurso contra el laudo son limitados y taxativos, coincidentes con los que pueden obstar a su reconocimiento y ejecución al estipular normas sobre el reconocimiento y ejecución que siguen las aguas de la Convención de Nueva York de 1958.

Ahora bien, si en un país se denegó la ejecución de un laudo se puede ejecutar en otro; ello es diferente que cuando se declaró la nulidad del laudo que en este caso no puede ser ejecutado en ningún estado.

En rigor, los resultados superaron las expectativas de la Comisión, pues a la fecha fue receptada en distinta medida por 39 jurisdicciones. En Argentina existen proyectos de leyes que siguen su orientación pero aún hoy continúan con estado parlamentario.

## **VI. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral**

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

En el plano internacional, el criterio de efectividad impone analizar de antemano cuáles son las reglas de procedimiento aplicables para la admisibilidad del laudo arbitral en el país en que pretende invocárselo, a fin de cumplir con los recaudos allí exigidos<sup>137</sup>.

No obstante, a través de convenciones y tratados se ha intentado unificar las exigencias sobre el punto (Tratados de Montevideo de 1889 y 1940; Código Bustamante de 1928; las Convenciones de Ginebra de 1927, de Nueva York de 1958, de Panamá de 1975; y la Ley Modelo CNUDMI)<sup>138</sup>.

Los requisitos para el reconocimiento y ejecución de laudos normalmente recogidos por estas convenciones son los siguientes<sup>139</sup>:

- a) Sentencia dictada en virtud de compromisos o cláusula compromisoria válida, según la legislación que le sea aplicable;
- b) Arbitrabilidad de la cuestión objeto de la sentencia;
- c) Procedencia de la jurisdicción arbitral según el acuerdo arbitral o por conformidad de las partes;

<sup>137</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 75.

<sup>138</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 75.

<sup>139</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., ps. 74/78.

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

Por último, el procedimiento de trámite para el reconocimiento y ejecución del laudo (*exequatur*) puede en algunos casos estar contenido en los mismos tratados o convenciones, pero, normalmente, se lo suele deferir a las reglas establecidas para ello por la *lex fori* del tribunal requerido<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Respecto de las particularidades de la ejecución del laudo en la Argentina que exceden su tratamiento al presente trabajo, recomendamos la lectura de: Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., ps. 76 y ss.

## Capítulo II: El arbitraje como recurso de protección al inversor extranjero en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión

Como sostuvimos en el último punto de la primera parte de este libro, concebimos a la cláusula de arbitraje internacional como un recurso de protección que tiene el inversor extranjero ante cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión.

Así es que, si bien entendemos que todo el contenido ya expuesto de los Tratados Bilaterales de Inversión asegura una eficaz protección del inversor, es por medio del arbitraje que el inversor “efectiviza” esta protección ante cualquier incumplimiento, teniendo legitimación activa para reclamar en sede internacional.

Esta posibilidad que se le concede al inversor extranjero constituyó, como explicamos en alguna parte de este trabajo, una de las dificultades principales que demoraron la participación de los países de América Latina en estos convenios, en parte debido a interpretaciones derivadas de la Doctrina Calvo.

### I. Las Doctrinas Drago y Calvo y el arbitraje internacional

Señala un autor que durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX las diferencias entre los Estados y los inversores extranjeros se encontraban altamente politizadas y su protección radicaba esencialmente en gestiones diplomáticas<sup>141</sup> seguidas con frecuencia del uso de la fuerza<sup>142</sup>. Basta recordar a modo de ejemplo, las intervenciones armadas de Francia en México en el período 1838/1839; los conflictos entre los Estados Unidos y México (1835/1861); las intervenciones armadas de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata (1838/1850); la segunda intervención armada de Francia en México (1861/1867); la intervención de Alemania, Francia, Gran Bretaña y otros países en China en 1900; entre otras<sup>143</sup>.

Como reacción a tales intervenciones, dos doctrinas se desarrollaron en América Latina que constituyeron el punto de partida de una tradición jurídica regional basada en la defensa a ultranza de las prerrogativas territoriales del Estado nacional en materia de inversiones.

<sup>141</sup> Según Puig: “Cuando el individuo ha agotado todas las posibilidades de recurso que le ofrece el Derecho interno, puede en última instancia acudir a su propio Estado, quien lo “protege”, vale decir, se hace cargo de su reclamación y la plantea directamente ante el Estado infractor por la vía diplomática. Nos hallamos entonces ante una controversia normal entre dos Estados [...]. Sin embargo, otorgar la protección es facultad discrecional del Estado. Es así, como con arreglo al Derecho de la comunidad internacional, el Estado puede “proteger” o no a su nacional, conformarse con una reparación inadecuada, admitir simplemente una reparación moral y suspender la protección. El individuo no tendrá en estos casos recurso alguno para impulsar una decisión favorable a sus intereses”. Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 276.

<sup>142</sup> Sostiene Pinto: “En rigor, el uso de la fuerza física o armada ha sido, en casi todas las sociedades, el primer recurso para zanjar diferendos. La ausencia de un órgano centralizado para ocuparse de pacificar las controversias, la ineficacia de ese órgano en los casos en que existe o, incluso, la percepción social de que el uso de la fuerza tiene un poder disuasorio importante han conducido, y aun lo hacen, a los sujetos de determinadas sociedades a confiar en la propia capacidad para el arreglo de sus conflictos”. Mónica Pinto; *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 1ª edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 71.

<sup>143</sup> Nos comenta Puig que “el arbitraje decayó completamente después de la Paz de Westfalia. Tanto es así que al llegar al tratado de Jay, del 19 de noviembre de 1794, entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, no tuvo lugar ningún arbitraje entre los países europeos. En el siglo XIX reaparecieron, pero sobre la base del consentimiento de las partes en el conflicto. Esto tiene su explicación. En un primer momento, los Estados nacionales, muy celosos de su soberanía, no aceptaban que un ajeno pudiera arbitrar en sus disputas [...]. En cuanto a la guerra, se admitió su legalidad en todos



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

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

En palabras de Fernández de Gurmendi, “*Calvo, preocupado por los excesos de la protección diplomática ejercida por Estados extranjeros, sostenía que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la ingerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial*”<sup>144</sup>.

Como consecuencia de esta doctrina –desarrollada en el marco de las intervenciones armadas de Francia en México- diversos países de América Latina impusieron la llamada “Cláusula Calvo”, aplicada a los acuerdos contractuales con inversores extranjeros, obligando a estos últimos a renunciar al recurso de protección diplomática, permitiéndoles únicamente acudir a los tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local<sup>145</sup> en pos de una reparación por cualquier violación contractual suscitada<sup>146</sup>.

Es en este marco que sostenemos que el arbitraje constituye una nueva “protección” al inversor extranjero adaptada al mundo de hoy<sup>147</sup>. Actualmente, el incesante desarrollo de las actividades comerciales internacionales, torna la “protección diplomática” una herramienta obsoleta y que nada tiene que ver con las modernas prácticas de las relaciones internacionales.

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

El Código de Inversiones Extranjeras adoptado en virtud del Pacto Andino reafirma las posiciones latinoamericanas clásicas en lo que concierne al tratamiento de los inversores. El

---

los casos. En este período ya no se planteó la distinción entre guerras justas e injustas, prohibidas o permitidas [...]”. Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 52.

<sup>144</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 72.

<sup>145</sup> Con la finalidad de evitar abusos en los reclamos internacionales, diversos países de la región introdujeron disposiciones en su legislación local declarando que el extranjero se encuentra en idénticas condiciones que el nacional, debiendo recurrir a la jurisdicción local. Dada la ineficacia de tales disposiciones unilaterales de orden interno en el ámbito internacional es que se desarrollaron con gran vigor las denominadas Cláusulas Calvo.

<sup>146</sup> Véase Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., ps. 308 y ss.

<sup>147</sup> Sin perjuicio de ello, ya en la época medieval fueron numerosos los arbitrajes en que el papa y los señores feudales más importantes actuaron como árbitros, no sólo reglando cuestiones políticas y territoriales sino también domésticas, dentro de las cuales las comerciales adquieren gran relevancia. Si bien estos arbitrajes eran distintos los contemporáneos esta función tuvo una gran importancia en una época, en que, como decía Charles Fenwick, “*las pequeñas guerras dinásticas eran cosa de todos los días*”. Es ilustrativa la sentencia del duque de Borgoña de 1432, que imponía al conde de Vaudemont y al duque de Anjou condiciones de paz, que incluían el matrimonio obligatorio entre el hijo mayor del conde y la hija mayor del duque, y la fijación detallada de la dote. Véase Juan Carlos Puig; *Derecho de la Comunidad...*, op. cit., p. 46.

artículo 50 prohíbe a los Estados miembros acordar a los inversores extranjeros un tratamiento más favorable que el acordado a los inversores nacionales y por su parte, el artículo 51 impone no introducir en un instrumento aplicable a los inversores extranjeros ninguna cláusula que establezca un mecanismo internacional de diferendos en materia de inversiones.

El Protocolo de Cartagena de Indias que reforma la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) del 5 de diciembre de 1985 recuerda expresamente que las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores (artículo 35).

Este principio también fue recogido en el dictamen sobre las empresas transnacionales del Comité Jurídico Interamericano de 1976 y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974.

Si bien gobiernos como el de los Estados Unidos interpretaron a la Cláusula Calvo como el requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales, su invocación por diversos gobiernos latinoamericanos resultó durante largo tiempo una constante, oponiéndose a la conclusión de Tratados Bilaterales de Inversión con los países desarrollados y a la firma de la Convención de Washington de 1965 para la solución de diferencias en materia de inversiones.

Esta tradicional hostilidad latinoamericana al arbitraje comercial internacional se morigeró en los últimos veinticinco años. Diversos países latinoamericanos modificaron su legislación interna con el fin de favorecer los procedimientos arbitrales internacionales.

Actualmente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), en su capítulo X prevé que el inversionista, luego de haber intentado resolver la disputa a través de consultas o negociaciones, pueda someterla a arbitraje conforme a las reglas del arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones o de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

También el Tratado de Libre Comercio entre Colombia, México y Venezuela incluye la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional. Por su parte, la Decisión 220 del Pacto Andino permite a cada uno de sus miembros elegir, bajo su legislación nacional, los mecanismos de solución de controversias aplicables a los contratos de inversiones extranjeras.

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

## **II. Métodos modernos de solución de disputas: el arbitraje**

Cuando se plantea un conflicto de intereses<sup>148</sup> se piensa, generalmente, que dicho conflicto debe ser resuelto por una tercera persona imparcial, llamada juez, siendo ésta la solución que se da a los conflictos en las sociedades modernas<sup>149</sup>. El recurrir a la justicia estatal pareciera ser el camino indicado. Sin embargo, esto no es siempre así.

Una importante cantidad de casos de conflicto, especialmente los que surgen de operaciones de comercio internacional, son sustraídos de la órbita estatal para ser derivados hacia el arbitraje privado<sup>150</sup>, eligiendo las partes no sólo al juzgador, sino también los procedimientos aplicables y muchas veces, hasta el monto en que se ejecuta el laudo<sup>151</sup>.

Esta facultad de las partes no admite ser discutida, siendo diversos los motivos que legitiman el derecho de renunciar a la jurisdicción estatal y someterse al arbitraje. En palabras de Uzal, “*el arbitraje es una jurisdicción especial, admitida como alternativa al ejercicio de la jurisdicción a través de los órganos del propio Estado, tanto en el orden interno como en el orden internacional*”<sup>152</sup>. Por su parte, Gozaíni, entiende que se trata “*de un desplazamiento de la función jurisdiccional, en sus etapas introductorias y decisoria, desde el Estado hacia ciertos particulares*”<sup>153</sup>.

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

<sup>148</sup> Sostiene Benabentos que la sociedad necesita de un mínimo de consenso sobre la conducta individual que adoptarán los hombres proveyéndole cierta previsibilidad. En su inmensa mayoría, los hombres ajustan su conducta a aquello que es “lo previsible”, sin perjuicio de que tal conducta “típica” puede alterarse y, si tal alteración de conducta no es aceptada por el grupo, estamos en presencia de una suerte de “desviación” de la conducta. Ahora bien, no toda “desviación” merece la atención del Derecho, sino sólo aquella que provoque cierta alarma social. Esta “interferencia de conductas” de relevancia jurídica que se encuentren en afirmado estado de conflicto serán objeto del Derecho Procesal. Carnelutti define al conflicto como la existencia de una pretensión y una resistencia. Alvarado Velloso diferencia las nociones de conflicto y litigio. El conflicto se da en el plano de la realidad social. El litigio es la afirmación de la existencia de ese conflicto en el plano jurídico – procesal. Véase, Omar A. Benabentos; *Teoría General del Proceso*, T. I, Rosario, Editorial Juris, 2002.

<sup>149</sup> Como expresara un autor, si se busca una “causa” (lógica jurídica) del proceso se la encontrará en la pretensión (conflictiva). Sin conflicto no tiene sentido el proceso. Si el legislador no parte de la base del conflicto, su construcción institucional carece de utilidad: un proceso para descubrir el significado de ciertas normas podría ser práctico, pero no vendría a resolver el problema social del conflicto jurídico. Omar A. Benabentos; *Teoría General...*, op. cit., ps. 80/81.

<sup>150</sup> Sobre el tema puede consultarse: María Elsa Uzal; *Solución de controversias en el Comercio Internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992. Bernardo M. Cremades; “La solución de conflictos internacionales: encrucijada entre el conflicto de culturas y la globalización de la economía” en *Jurisprudencia Argentina*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III, p. 681. Horacio A. Grigera Naón; “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual” en *Jurisprudencia Argentina*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1996-III, p. 701. Eduardo Jiménez de Aréchaga; “Solución de controversias en materia de inversiones extranjeras” en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, T. 48, Nº 1, 1988, p. 23.

<sup>151</sup> Marzorati define al arbitraje como “*una técnica para la solución de conflictos que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de ese tercero*”. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene naturaleza contractual, encuadrándole generalmente en la figura del mandato; y, por otro lado, se encuentran los que sostienen que el arbitraje tiene carácter jurisdiccional, aun cuando reconocen que los árbitros carecen de potestad para imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones. Esta última postura es a la que adhiere la mayoría de la doctrina. Véase, Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., ps. 746/747.

<sup>152</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 52.

<sup>153</sup> Véase Osvaldo A. Gozaíni; *Introducción al Nuevo Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 193.

confianza, así como el deseo de obtener resultados más rápidos y menos onerosos que en otros procedimientos<sup>154</sup>.

Entendemos que el arbitraje presenta innegables ventajas respecto del proceso jurídico público. Así, Briseño Sierra, sostiene que el arbitraje posee ventajas como *“la oralidad, la inmediatez y la secuencia lógica de las actuaciones. Quizás en ningún otro procedimiento como en el arbitraje se haya conservado con tanto fidelidad la audiencia en la exposición verbal libre y sin formulismos anacrónicos”*<sup>155</sup>. A estos hay que agregarle la celeridad y la menor onerosidad que en la mayoría de los casos se logra con el arbitraje.

Es indudable que el arbitraje cumple un papel fundamental en la resolución de controversias suscitadas en el ámbito del comercio internacional. Según Myers esto se debe a que es un método de resolución de disputas “menos formal y más comercial”, permitiendo resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate<sup>156</sup>. Es que como nos enseña Jiménez de Aréchaga que el Arbitraje Comercial Internacional combina elementos de arbitraje interno, doméstico, privado, regido por el código de procedimiento civil y elementos de arbitraje internacional propiamente dicho, que es el arbitraje entre Estados<sup>157</sup>.

A estos puntos puede agregarse que el arbitraje permite garantizar la neutralidad de quien ha de decidir, a través de métodos y controles para la selección del árbitro; asimismo, permite una mayor especialización e idoneidad en la persona del árbitro que habrá de resolver. A su vez, en la medida en que su origen sea un acuerdo privado entre las partes, permite una mayor confidencialidad en el proceso.

Como sostiene Jiménez de Aréchaga, *“es indudable que ninguna de las partes puede aceptar ir a litigar a los tribunales nacionales de la otra parte. No sólo por el temor al prejuicio contra el extranjero, el favoritismo, la falta de imparcialidad sino sobre todo, porque ninguna empresa, ninguna persona dedicada a la actividad comercial internacional puede aceptar ir a litigar a un país extranjero, contra un adversario que es nacional de ese país”*<sup>158</sup>.

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

*“Las cláusulas de arbitraje han llegado a ser una garantía esencial, a fin de asegurar el desarrollo del comercio internacional y sirven a las necesidades de los hombres de negocios transnacionales. Son más indispensables que en los contratos internos porque en los contratos internacionales, es absolutamente necesario establecer, en caso de disputa, una jurisdicción neutral cuya imparcialidad sea percibida por ambas partes y no pueda ponerse en duda”*.

*“De ahí que las cláusulas arbitrales se han transformado en una precondition indispensable para asegurar el orden y la previsibilidad esenciales en la transacción de todo negocio internacional. La anulación de esta cláusula [...] no solo permitiría al demandante repudiar su promesa solemne, sino además reflejaría el concepto parroquial de que todas las disputas deben ser resueltas bajo nuestras leyes y en nuestros tribunales. En una era en la que*

<sup>154</sup> Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 746. Véase asimismo, Bernardo M. Cremades; “El proceso arbitral en los negocios internacionales” en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 113, p. 769.

<sup>155</sup> Citado por Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 746.

<sup>156</sup> Citado por Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los negocios...*, op. cit., p. 754.

<sup>157</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga; “Solución de controversias...”, op. cit., p. 23.

se expanden las relaciones comerciales internacionales, la doctrina que niega efecto a la cláusula arbitral no tiene lugar, y sería una pesada hipoteca sobre el desenvolvimiento de futuros tratos comerciales internacionales por nuestros ciudadanos<sup>159</sup>.

Por último, cláusulas de este tipo permiten prevenir el *forum shopping*<sup>160</sup> y, el laudo arbitral normalmente es más fácil de ejecutar que una sentencia extranjera que condene al pago de una suma de dinero<sup>161</sup>.

Estas ventajas antes mencionadas unidas a la falta de jurisdicción internacional en materia de derecho privado, han contribuido a la difusión del arbitraje en las relaciones propias del comercio internacional.

El creciente éxito que ha tenido el arbitraje no ha sido sencillo y en el camino que tiene aún por recorrer se encuentra un problema que todavía no está totalmente resuelto. Este problema tiene que ver con el hecho de que el arbitraje es una instancia excepcional, surgida de la voluntad de las partes<sup>162</sup> a la que las leyes le atribuyen la capacidad de poder darse una justicia propia, y como tal está condicionada a que no todo diferendo entre las partes es arbitrable, sino sólo aquellos temas que permiten las leyes.

La teoría clásica sostiene que es imposible pensar que los ciudadanos puedan arbitrar temas en que de un modo general el orden público<sup>163</sup> está comprometido.

En principio es válido sostener que cada Estado es dueño de establecer cuáles temas son arbitrables y cuáles no lo son. En nuestro derecho, por ejemplo, no pueden comprometerse en arbitraje, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción (artículo 737, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y se ejerce el control a nivel internacional en este aspecto, del contenido de los laudos de tribunales arbitrales extranjeros cuya ejecución se solicite.

Se verifica que las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el mencionado artículo de la ley de rito (artículo 519 bis, inciso 2 del Código), como condición para su admisión por el trámite de la ejecución de sentencia. Se deberá controlar además, el cumplimiento de los recaudos previstos por el artículo 517 del Código mencionado respecto que la prórroga de jurisdicción resulte admisible de conformidad con el artículo 1º del mismo cuerpo legal y en su caso, cualquier otro recaudo que pudieren exigir los códigos provinciales<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga; "Solución de controversias...", op. cit., p. 24.

<sup>159</sup> Eduardo Jiménez de Aréchaga; "Solución de controversias...", op. cit., p. 24.

<sup>160</sup> El mismo se da cuando las partes promueven la demanda en el país cuyos tribunales van a resolver el caso de manera más favorable, obteniendo la aplicación de una ley diferente por parte de un juez que normalmente no hubiera sido competente. En palabras de Weinberg de Roca: "Técnicamente el 'forum shopping' existe sin el fraude a la ley cuando el actor elige la competencia normal de uno de los tribunales en caso de competencias concurrentes, obteniendo una sentencia más favorable". El *forum shopping* va a existir mientras no se logre unificación de legislaciones y jurisprudencia. Véase, Inés Weinberg de Roca; *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002.

<sup>161</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 55.

<sup>162</sup> "Se entiende por 'autonomía de las partes' el derecho de las partes a celebrar contratos y a darles un contenido cualquiera". Werner Goldschmidt; "La autonomía de la voluntad intra y suprapositiva" en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 148, p. 1268. Del mismo autor: *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 391 y ss.

<sup>163</sup> El orden público está dado por el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que son imperativas, de cumplimiento obligatorio, no pudiendo ser dejadas de lado por la voluntad de las partes.

<sup>164</sup> Véase, María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 54.

En primer lugar, los temas en que esté interesado el orden público no son arbitrables. En el orden internacional, la cuestión de la arbitrabilidad en tanto toca aspectos regulados por normas imperativas en los Estados, he merecido reconocimiento y salvaguarda. Pero el gran problema es qué ley se aplica para determinar la arbitrabilidad de un problema. La ley de fondo o la ley aplicable según el Derecho Internacional Privado.

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

Una cláusula típica de resolución de controversias<sup>165</sup> en un convenio de inversiones incluye por lo general, cuatro pasos diferentes<sup>166</sup> entre el reconocimiento por las partes de que ha surgido una controversia y la constitución de un tribunal arbitral:

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

#### a) Consulta y negociación

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

Esta exigencia podría llevar a las partes a que *“traten de buscar el acuerdo a través de la consulta y la negociación”*, como establece el artículo 7 del Tratado Bilateral suscrito por Argentina y Estados Unidos (aprobado por ley 24.124/92). Por su parte, el artículo 10 inciso 1 del convenio suscrito por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: *“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”*.

Como dice un autor, el contenido sustantivo de este primer paso en la resolución de controversias podría no ser oneroso, pero la obligación es real, ya que el inversor extranjero deberá al menos notificar por escrito al Estado receptor los motivos de la controversia y tener un deseo de debatir y arreglar dicho conflicto antes de arribar al arbitraje.

#### b) El período de espera

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

<sup>165</sup> La 'cláusula compromisoria' se establece como veremos para obligarse a someter al arbitraje cuestiones originadas en relación al negocio sustancial a que va anexa, como un pacto previo para comprometer las controversias que puedan surgir de aquel determinado negocio. En cambio, el 'compromiso arbitral' se refiere a controversias ya surgidas entre las partes, para ser resueltas por medio del arbitraje. No obstante, los efectos que nacen tanto de una como del otro son análogos en lo que hacen al nombramiento de árbitros, procedimiento, laudo arbitral, etcétera. De todas maneras, cabe decir, que la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por nuestro país por ley 23.619, ha dado un paso adelante en la unificación jurídica del compromiso y la cláusula compromisoria aludiendo a un instrumento común llamado "acuerdo por escrito", incluyendo en el mismo tanto una cláusula contenida en un tratado o contrato como un acuerdo firmado por las partes. Véase: Jorge L. Santana; "Derecho arbitral. La cláusula compromisoria cuando el Estado es parte" en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1990-C, p. 1117.

<sup>166</sup> Véase B. M. Cremades y D. J. A. Cairns; "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras...", op. cit., p. 16.

El artículo 10 inciso 2 del convenio suscripto por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: *“Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia lo haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión”*.

Este período puede ser utilizado para la negociación del arreglo amistoso y/o la preparación del arbitraje o litigio. Un período de tres o seis meses constituye un período de prueba habitual antes del inicio de las actuaciones legales correspondientes.

### **c) La elección de jurisdicción**

El próximo paso que deberá seguir el inversor extranjero, en caso que las negociaciones hayan concluido sin éxito y que el período de espera haya expirado, es la elección de foro o jurisdicción. La elección de cláusula de jurisdicción estipula típicamente tres posibles formas de resolución de controversias:

- iv) Los tribunales administrativos del Estado parte;
- v) Arbitraje comercial internacional;
- vi) Cualquier tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado<sup>167</sup>.

El inversor extranjero tendrá normalmente derecho a elegir la jurisdicción, escogiendo de forma casi invariable el arbitraje internacional. Tradicionalmente, los inversores, al igual que los Estados de su nacionalidad, han considerado que sus derechos e intereses se ven más eficazmente protegidos recurriendo a la práctica arbitral.

Sin embargo, esta elección de jurisdicción por parte del inversor está sujeta a dos posibles reservas. En primer lugar, como ya hemos explicado, en algunos Tratados Bilaterales de Inversión está estipulado el requisito de recurso previo<sup>168</sup> a los tribunales nacionales, cuestión no característica de este tipo de convenios. En segundo lugar, lo referente al consentimiento necesario del Estado parte para someterse al proceso arbitral contenido en el tratado.

### **i) Recurso previo ante los tribunales nacionales**

Ya hemos visto que algunos convenios dan preferencia a la resolución de controversias por parte de los tribunales nacionales mediante el aplazamiento o la fijación de condiciones a la hora de recurrir al arbitraje internacional.

Previo a ejercer el derecho a arbitraje, el inversor debe intentar resolver el conflicto en las instancias internas del Estado receptor concediéndole un determinado período de tiempo, por ejemplo, dieciocho meses, para solucionar la controversia.

---

<sup>167</sup> El artículo 10 del acuerdo bilateral suscripto por Argentina y Francia (aprobado por ley 24.100/92) establece: *“Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes contratantes y los inversores de la otra Parte contratante se registrarán, sin perjuicio de las disposiciones del presente acuerdo, por los términos de acuerdo especial en la medida en que el mismo incluya disposiciones más favorables que las previstas en el presente acuerdo.*

<sup>168</sup> Se advierte que la Argentina al suscribir el Convenio de Washington que da creación al CIADI no se reservó en los términos del artículo 26, el derecho a exigir el agotamiento previo de sus recursos internos; lo cual, sin embargo, no implica que no lo pueda imponer en un contrato o tratado bilateral. Véase Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 55.

El artículo 10 inciso 3 del convenio suscripto por Argentina y España (aprobado por ley 24.118/92) establece: *“La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las siguientes circunstancias: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*

El requisito de recurso previo a los tribunales nacionales está previsto para equilibrar la protección del inversor ante un derecho ejecutable de arbitraje con la preferencia de los Estados (derivado de consideraciones de soberanía nacional e históricamente apoyada por la Doctrina Calvo) por resolver las controversias de inversión en sus tribunales nacionales.

No se plantea el requisito del agotamiento de los recursos nacionales antes de que un inversor se acoja a modelos internacionales de protección, pero sigue existiendo una exigencia más débil de recurso previo a las soluciones jurídicas nacionales.

#### **ii) Consentimiento del Estado parte al arbitraje**

Un arbitraje inversor extranjero – Estado receptor conforme a un Tratado Bilateral de Inversión requiere el consentimiento para arbitrar del Estado parte. Esto se debe a que, como principio general, el arbitraje está basado en el mutuo consentimiento de las partes para arbitrar.

El artículo 25 del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados requiere expresamente el consentimiento *“por escrito”* de las partes para la presentación de su controversia a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Por su parte, el carácter ejecutorio de los laudos con arreglo al Convenio de Nueva York de 1958 está basado en un acuerdo válido de arbitraje.

Podemos decir que existen dos categorías de tratados que contienen distintas cláusulas de resolución de controversias. En primer lugar, aquellos tratados bilaterales donde los Estados parte otorgan de forma expresa un consentimiento genérico por anticipado en el propio convenio de inversión.

En segundo lugar, están aquellos tratados en los que el Estado parte se reserva su aprobación requiriendo por tanto, una vez surgida la controversia, su consentimiento expreso de arbitraje. En la primera categoría, el inversor tiene un derecho al arbitraje; en la segunda no hay derecho al arbitraje en tanto no medie aceptación expresa del Estado receptor.

Una cláusula tipo de consentimiento expreso arbitral sería: *Cada Parte contratante acuerda por el presente someter ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones cualquier controversia legal resultante entre aquella Parte contratante y un ciudadano o empresa de la otra Parte contratante, en relación a una inversión de esta última en territorio de la primera.*

Así, en los tratados que contengan un tipo de cláusula semejante en que el consentimiento para el arbitraje de los Estados parte es expresamente otorgado por



adelantado, tal consentimiento no será vinculante para el inversor individual<sup>169</sup>, siendo necesario para cualquier acuerdo de arbitraje el consentimiento expreso del inversor extranjero, lo que se manifiesta generalmente a través de la presentación de una solicitud de arbitraje.

Mencionamos asimismo, un segundo tipo de convenio que cuya cláusula arbitral de solución de conflictos no importa un consentimiento expreso anticipado de los Estados parte sino, por el contrario, al momento de suscitarse la controversia será necesario celebrar un acuerdo independiente entre las partes para recurrir al arbitraje.

El modelo de cláusula en este caso sería el siguiente: *En caso de una controversia surgida entre un ciudadano o una compañía de una Parte contratante y la otra Parte contratante en relación con una inversión en el territorio de aquella otra Parte contratante, será sometida a arbitraje mediante el acuerdo de ambas partes en la controversia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.*

Una cláusula de este tipo no constituye un consentimiento vinculante para arbitrar, de modo que en caso de surgimiento de una controversia, el arbitraje internacional será solo posible si el inversor extranjero y el Estado receptor formalizan un acuerdo independiente de arbitraje.

Al decir de un autor, estas cláusulas parecen diseñadas simultáneamente al efecto de reivindicar el principio de que el arbitraje es el medio adecuado para resolver las controversias de inversión y de protección del inversor, al tiempo que preservan una independencia soberana en los Estados parte para hacer frente a las controversias de inversión en cada caso.

Su fundamento lógico subyacente es por tanto, casi idéntico al mecanismo de recurso previo a los tribunales nacionales más arriba considerado, con la excepción que el mecanismo de recurso previo otorga al inversor extranjero un derecho vinculante (aunque aplazado y condicional) a arbitrar, mientras que una cláusula que retiene el consentimiento no creará derecho alguno a arbitrar.

Dicho esto, entendemos entonces que la eficaz protección al inversor extranjero la proporciona aquella cláusula arbitral que equivale al consentimiento del Estado receptor<sup>170</sup>, toda vez que es la única que otorga al inversor un derecho ejecutable de acudir a un arbitraje internacional.

#### **d) La elección de institución o de reglas de arbitraje**

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

<sup>169</sup> En cuanto al inversor, este consentimiento es una invitación u “oferta abierta” al arbitraje, que podría ser aceptada siempre que surja una controversia relativa a una inversión. Cuando un inversor elige por escrito resolver este tipo de controversias a través del arbitraje, la “oferta abierta” del Estado es aceptada y, de este modo, queda constituido un acuerdo de arbitraje y hay consentimiento mutuo por ambas partes a efectos del ya mencionado artículo 25 del Convenio de Washington.

<sup>170</sup> La jurisprudencia internacional ha entendido que se viola el principio de la buena fe contractual cuando existiendo una controversia, el Estado receptor falta a su compromiso de someter a arbitraje las disputas. Asimismo, una vez que las partes consintieron el recurso al arbitraje, deben respetar tal obligación. Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 60.

El arbitraje “administrado” o “institucional”, de desarrolla en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) que funciona en la oficina principal del Banco Mundial, creado por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>171</sup> que hemos mencionado ya en alguna oportunidad.

Conocido también como el *International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), este Centro fue creado con el objeto de proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas, con el propósito particular de “despolitizar” el arreglo de las diferencias en materia de inversiones<sup>172</sup>.

Si bien existe una importante diversidad de criterio en la práctica de los Tratados Bilaterales de Inversión, éstos con gran frecuencia designan el arbitraje institucional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), lo que no sorprende por el grado de especificidad del organismo creado al efecto.

Otra opción usual es el arbitraje *ad hoc* o “no administrado” conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI (*The United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*)<sup>173</sup>. Por su parte, la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París es asimismo una institución propuesta en algunos convenios en la materia.

En algunos convenios, el inversor extranjero tiene la facultad de elegir la institución o reglas aplicables. En otros, la elección se efectúa por acuerdo entre las partes (con una alternativa especificada en cada caso que las partes no lleguen a un acuerdo). Por último, en algunos tratados en que el Estado parte tiene la facultad de iniciar el arbitraje relativo a una controversia de inversión, la elección se lleva a cabo por la parte que inicia el arbitraje.

#### IV. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>174</sup>

<sup>171</sup> El Convenio alcanza a más de 130 Estados actualmente, entre los cuales encontramos a nuestro país, Bolivia, Paraguay, Chile y Uruguay. Brasil no firmó el Convenio. Argentina firmó el convenio el 21 de mayo de 1991 y depositó el instrumento de ratificación el 19 de octubre de 1994, entrando en vigencia el 18 de noviembre de ese año.

<sup>172</sup> La estructura que caracteriza al órgano directivo del Centro que es el Consejo Administrativo, refleja ese equilibrio de intereses. El Consejo está integrado por un representante de cada uno de los Estados contratantes teniendo cada uno de ellos un voto. Es el Consejo el que aprueba los reglamentos y reglas que rigen las actuaciones de los tribunales arbitrales y elige al Secretario General del Centro. El objetivo supremo del Centro es promover entre los inversionistas y los Estados un ambiente de mutua confianza que favorezca el flujo de recursos hacia los países en desarrollo en condiciones razonables. Los fundadores del Centro coinciden en que la real protección al inversor está materializada en el carácter voluntario, flexible, rápido y eficaz de este instrumento de solución de conflictos. Tener en cuenta: Antonio R. Parra; “The role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes” en *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 16, Nº 1, Winter 1999.

<sup>173</sup> La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es actualmente el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en la esfera del Derecho Comercial Internacional, encargado de fomentar la armonización y unificación progresiva de ese derecho. Desde su creación, la Comisión ha preparado una amplia gama de convenciones, leyes modelo y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil que inciden en el comercio internacional. El Reglamento de Arbitraje fue aprobado por la Comisión en 1976, tras amplias consultas con instituciones arbitrales y expertos en la materia. Ese mismo año, la Asamblea General del organismo internacional recomendó su uso a todos los países miembros a través de resolución 31/98, y desde entonces sus reglas han adquirido gran difusión. Véase al respecto, Ana I. Piaggi (coord.); *UNCITRAL y el futuro del Derecho Comercial. El arbitraje comercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas*; Buenos Aires, Depalma, 1994.

<sup>174</sup> Para un completo análisis del Centro, véase: Julio A. Vives Chillida; *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGraw-Hill, 1998. También, Gabriela Álvarez Ávila; “Las características del Arbitraje del CIADI” en *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad Autónoma de México, Vol. 2, México, 2002. Accesible desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=derint&n=2>. Asimismo ver,

Creemos de importancia desarrollar en este punto ciertos aspectos del Centro y del convenio que le da creación, a raíz del creciente número de demandas contra la Argentina<sup>175</sup> radicadas en este organismo y de la relevancia que actualmente ha adquirido este Centro.

Si bien, el estado actual de las controversias contra nuestro país se desarrollarán en el último punto de la cuarta parte de este trabajo, queremos presentarles aquí una primera aproximación al tema, destacando y priorizando el tratamiento de aquellos puntos relevantes para el tema eje de nuestro informe: la protección del inversor extranjero.

### **c) Procedimiento**

La mayor parte de las reglas de procedimiento son supletorias, pudiendo ser modificadas por acuerdo de las partes. Las únicas disposiciones imperativas del Convenio<sup>176</sup> se refieren a la composición del tribunal, debiendo estar integrado por un solo árbitro o bien, por un número impar de ellos. Además, la mayoría no podrá tener la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, ni la del Estado al que pertenezca el nacional del otro Estado contratante. Consideramos de interés resaltar que, los árbitros nombrados según lo acuerden las partes, pueden no pertenecer a la Lista de Árbitros que el Centro pone a disposición de las partes.

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

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 (1) del Convenio de Washington, el Tribunal decidirá la diferencia con arreglo a las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplica la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional Público que resultaran aplicables.

Esta disposición ha sido retomada, como veremos más adelante, bajo formulaciones similares por prácticamente todos los tratados bilaterales suscriptos por Argentina.

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

### **d) Jurisdicción del Centro<sup>177</sup>**

---

Franz Kundmüller Caminiti; "ICSID, 'bella durmiente' despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera" en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, accesible desde: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversión.html>

<sup>175</sup> Véase al respecto: Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón; "Demandas contra el Estado extranjero" en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 165, p. 853. También: Werner Goldschmidt; "Sometimiento y sumisión de Estados a extraña jurisdicción" en *La Ley*, sección Doctrina, T. 156, p. 1327.

<sup>176</sup> Las reglas del artículo 37 (2), del artículo 14 (1), del artículo 40 (2) y artículo 39.

<sup>177</sup> Véase Omar E. García Bolívar; "La jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)", en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Buenos Aires, La Ley, Año 8, Nº 1, 2004. Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., ps. 93 y ss. Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., ps.63 y ss.

El Centro entiende en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someterlas al Centro<sup>178</sup>.

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

El punto 26 del Informe de los Directores Ejecutivos del Convenio señala lo siguiente: *“La expresión 'diferencia de naturaleza jurídica' se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal”*<sup>179</sup>.

El término “inversión” no es definido por el Convenio, dejándolo librado a lo establecido libremente por las partes en los Tratados Bilaterales de Inversión.

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

Si bien en su origen el sometimiento a la jurisdicción del Centro resulta voluntario —en tanto los Estados podrían declinar suscribir el Convenio o no consentir la jurisdicción arbitral— una vez que las partes han consentido en someter su diferencia a la conciliación o el arbitraje del Centro, ellas no pueden revocar unilateralmente su consentimiento<sup>180</sup>.

En forma compatible con la Doctrina Calvo, el artículo 26 del Convenio previó que los Estados contratantes pudiesen exigir como condición para su consentimiento al arbitraje del Centro, el agotamiento previo de sus remedios internos<sup>181</sup>.

El artículo 27 del Convenio puso fin, asimismo, a la utilización de la protección diplomática<sup>182</sup>, al prohibirla expresamente a todo Estado contratante al igual que la promoción de cualquier reclamo internacional al respecto una vez consentida la jurisdicción arbitral del

<sup>178</sup> Artículo 25 (1) del Convenio de Washington.

<sup>179</sup> Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965. Accesible desde: <http://www.worldbank.org/icsid>

<sup>180</sup> En ese sentido, diversos paneles arbitrales han considerado que la suscripción de los Tratados Bilaterales de Inversión implica el consentimiento expreso a esa jurisdicción por parte de los países firmantes.

<sup>181</sup> Así lo previeron la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por la República Argentina hasta el acuerdo con la República Francesa que puso fin al requisito de agotamiento previo de las instancias locales, otorgando la opción al inversor extranjero de elegir —transcurridos seis meses de consultas amistosas entre las partes— entre el arbitraje internacional o la utilización de las vías jurisdiccionales locales.

<sup>182</sup> En tanto la regla de jurisdicción del Centro impide que el Estado del inversor extranjero ejerza la protección diplomática (a menos que el Estado receptor se rehúse a cumplir el laudo) y el uso de la fuerza, nos proporciona un ámbito de resolución de controversias más adecuado para la “despolitización” de las diferencias relativas a inversiones, al tiempo que protege más eficazmente al inversor y a sus derechos. Incluso, el recurso del Centro resulta aún más atractivo en vista de su costo relativamente bajo y las salvaguardias intrínsecas que aseguran la integridad de sus servicios.

Centro. No obstante, corresponde decir que tales derechos renacen en el supuesto que el Estado parte en la diferencia dejase de cumplir el laudo arbitral.

Según el artículo 26 del Convenio, el consentimiento de las partes al arbitraje del Centro excluye cualquier otro recurso, salvo acuerdo de partes. Como consecuencia de ello, el procedimiento del Centro impide cualquier forma de intervención o control judicial<sup>183</sup>.

### **c) Derecho aplicable**

En relación al derecho aplicable, el artículo 42 del Convenio establece que el tribunal de arbitraje debe resolver la controversia con sujeción a las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo en este punto, aplicando las leyes del Estado receptor de la inversión junto con las normas de Derecho Internacional Privado aplicables al caso y las de Derecho Internacional general. Siguiendo un criterio similar, la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión establecen la aplicación de las leyes del Estado receptor de la inversión.

Por ejemplo, el acuerdo bilateral entre Argentina y Canadá (ley 24.125/92) establece en su artículo X (4) que: *“El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de esta convenio, refiriéndose al derecho de la Parte contratante que sea parte en la controversia –incluidas las normas relativas a conflicto de leyes–; los términos de acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios de derecho internacional que resulten aplicables...”*. En idéntico sentido, por ejemplo, los tratados suscriptos con España, Italia, México, Reino Unido, Australia y Francia.

El Derecho Internacional incluye las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina internacional, y otras fuentes no enumeradas, por ejemplo, Resoluciones de Naciones Unidas<sup>184</sup>. El recurso al Derecho Internacional Público es fundamental para los supuestos en que la inversión tenga la forma de un contrato con el Estado receptor, pues permite evitar cualquier “desequilibrio” entre los intereses del inversor extranjero y del Estado receptor que pudiere surgir por aplicación del derecho interno de éste último.

La jurisprudencia del Centro ha entendido que si bien el derecho del Estado receptor debe ser aplicado a la solución del conflicto<sup>185</sup>, aquél debe compararse siempre con las normas

---

<sup>183</sup> Desde esa óptica, se ha resuelto en diversas ocasiones que los tribunales locales carecen de competencia para dictar medidas precautorias en el marco de los conflictos sometidos a jurisdicción del Centro salvo que las partes hubiesen acordado expresamente una solución diferente. Apartándose de la regla general en materia de arbitraje comercial internacional según la cual el sometimiento de una disputa a un órgano arbitral no limita la competencia de los tribunales nacionales para dictar medidas provisionales destinadas a resguardar adecuadamente los derechos de las partes. En el caso del Centro, la Regla de Arbitraje 39 (5) estableció que las partes que deseen retener la opción de solicitar medidas provisionales a los tribunales nacionales deben establecerlo expresamente en el instrumento que recoge su consentimiento al arbitraje. Véase, Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., ps. 1122/1123.

<sup>184</sup> Nos remitimos al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se aplica solo en controversias entre Estados, donde la Corte tiene competencia contenciosa. En cualquier otra diferencia se puede aplicar cualquier otra fuente, importante en nuestro caso.

<sup>185</sup> Antonio R. Parra; “Applicable substantive law in ICSID arbitrations. Initiated under investment treaties” en *ICSID Review*, Foreign Investment Law Journal, Vol. 17, Nº 2, Fall 2000, p. 5.

de Derecho Internacional, de forma tal que si existiera alguna laguna en el derecho interno o estuvieran en conflicto ambos derechos, prevalezca el Derecho Internacional<sup>186</sup>.

Así, el Derecho Internacional funciona de forma “complementaria” y “correlativa”. Es una suerte de derecho “regulador” y “controlador” de la normativa interna. Parte de la doctrina, ha llegado a afirmar que el orden público internacional y las normas imperativas de Derecho Internacional prevalecerían sobre la normativa nacional, aún cuando las partes hubieran elegido exclusivamente ésta<sup>187</sup>.

#### **d) Obligatoriedad de los laudos**

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

### **V. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>188</sup>**

Desde su creación en 1963 (comenzó a operar en 1966) la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional dedicó sus esfuerzos a la unificación del derecho comercial internacional a través de la preparación de instrumentos legislativos y no legislativos, diseñados para asistir a la comunidad internacional en la modernización y armonización de esta materia.

Este organismo multilateral está integrado por 36 Estados de todos los continentes con distintos niveles de desarrollo y sistemas jurídicos. Desde su sede de Viena, donde fue trasladada a fines de los años setenta, sentó las bases del arbitraje comercial moderno a través de su “Reglamento de arbitraje” (1976), la “Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional” (1985) y las “Notas sobre la organización del proceso arbitral” (1996).

La Comisión es un órgano de las Naciones Unidas dependiente de la Asamblea General. Tiene a su cargo el seguimiento y el estudio de la implementación de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por 128 países y uno de los instrumentos más exitosos producidos por Naciones Unidas<sup>189</sup>.

#### **a) La Convención de Nueva York de 1958**

<sup>186</sup> Christoph Schreuer; “Commentary on the ICSID Convention” en *ICSID Review*, Foreign Investment Law Journal, Vol. 12, Nº 2, Fall 1997, ps. 436, 453 y 477 y ss.

<sup>187</sup> Christoph Schreuer; “Commentary on...”, op. cit., ps. 418/421 y 438/443.

<sup>188</sup> Seguimos en este tema lo expuesto por Ana I. Piaggi; “La vinculación entre UNCITRAL y el arbitraje comercial internacional: una relación exitosa”, Buenos Aires, febrero de 2002; accesible desde: <http://www.catedra-piaggi.com.ar/Arbitraje/UNCIT%20ACI.htm>

<sup>189</sup> El Convenio relativo a la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrito en Ginebra en 1927 fue el primer antecedente sobre un intento global para unificar las normas sobre arbitraje pero su escasa acogida entre los países de la entonces Sociedad de las Naciones condujo a su ineficacia como mecanismo destinado a la uniformidad del arbitraje en punto al reconocimiento y ejecución de sentencias.

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

Su objetivo fue facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de normas claras y simples y se aplica a los laudos arbitrales dictados en cualquier Estado ratificante distinto del país donde se promueve la ejecución.

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

En este punto la Convención de Nueva York es más amplia que la de Panamá, que no ofrece opción y rige exclusivamente para conflictos mercantiles.

Tenemos entonces que corresponde a la legislación interna de cada Estado la calificación de cuales son sus relaciones comerciales y cuales no.

La razón de la aludida reserva fue facilitar la adhesión de países del "civil law" que poseen -en general- códigos civiles y comerciales separados. Estos Estados solicitaron la reserva porque admitían al arbitraje sólo en cuestiones reguladas por sus códigos de comercio; que a su vez eran las únicas que podían ser objeto de transacción. Sólo 1/3 de los Estados adherentes depositaron esa reserva.

Cabe ponderar que la Convención de Nueva York invirtió por primera vez la carga de la prueba; ello implica que el que alega la nulidad del laudo y rechaza su ejecución es quien debe probarlo pues se presume su validez en tanto no se pruebe lo contrario.

#### **b) Reglamento de arbitraje de 1976**

El mismo fue creado como un cuerpo de normas autónomas sobre procedimientos arbitrales internacionales que las partes pueden elegir; enfatizando su carácter opcional se prevé que éstas puedan modificarlas como lo estimen más conveniente.

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

La segunda regula el número de árbitros, el método de designación, recusación, reemplazo, y la reiteración de audiencias en caso de sustitución de árbitros.

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

La cuarta sección contiene reglas sobre la forma en que el tribunal toma sus decisiones, la forma y efectos del laudo, la ley aplicable (incluyendo las instancias donde el

tribunal está autorizado a decidir como amigable componedor o *ex aequo et bono*) su interpretación y corrección, los laudos parciales y las costas.

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

- iii) como reglas de procedimiento de directa aplicación; a disposición de las partes que firman un acuerdo de arbitraje;
- iv) como modelo para los centros de arbitraje internacional y nacional.

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

### **c) La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985**

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

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

El instrumento promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales que suelen ser inadecuadas para el arbitraje comercial internacional. Algunas normativas domésticas son anticuadas y equiparan a menudo el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, otras son fragmentarias porque no regulan todo el proceso y otras se redactaron teniendo en vista el arbitraje doméstico, lo cual entraña imponer sus principios al arbitraje comercial internacional, sin satisfacer la práctica moderna.

Lo anterior se potencia por la disparidad de las leyes nacionales, la inseguridad sobre las leyes locales, y generalmente afecta la elección del lugar del arbitraje. La adopción de un instrumento internacional conocido por todo el orbe soluciona sustancialmente el problema.

Como es conocido se prefirió el mecanismo flexible de una Ley Modelo en lugar de una Convención, para que los Estados pudieran de esta forma incorporarla de manera autónoma a



su legislación interna. Refleja sin lugar a dudas un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje comercial internacional.

El criterio elegido fue armonizar su contenido con la Convención de Nueva York de 1958 y con las Reglas de Arbitraje de 1976. Se inspira en el principio fundamental de la libertad de las partes en el sentido de que la regulación es de carácter dispositivo con respeto a la igualdad de partes y al principio contradictorio en el procedimiento.

Asimismo, reconoce amplios poderes discrecionales a los árbitros y verifica un notable progreso en punto al control judicial de la decisión arbitral. Los motivos de recurso contra el laudo son limitados y taxativos, coincidentes con los que pueden obstar a su reconocimiento y ejecución al estipular normas sobre el reconocimiento y ejecución que siguen las aguas de la Convención de Nueva York de 1958.

Ahora bien, si en un país se denegó la ejecución de un laudo se puede ejecutar en otro; ello es diferente que cuando se declaró la nulidad del laudo que en este caso no puede ser ejecutado en ningún estado.

En rigor, los resultados superaron las expectativas de la Comisión, pues a la fecha fue receptada en distinta medida por 39 jurisdicciones. En Argentina existen proyectos de leyes que siguen su orientación pero aún hoy continúan con estado parlamentario.

## **VI. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral**

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

En el plano internacional, el criterio de efectividad impone analizar de antemano cuáles son las reglas de procedimiento aplicables para la admisibilidad del laudo arbitral en el país en que pretende invocárselo, a fin de cumplir con los recaudos allí exigidos<sup>190</sup>.

No obstante, a través de convenciones y tratados se ha intentado unificar las exigencias sobre el punto (Tratados de Montevideo de 1889 y 1940; Código Bustamante de 1928; las Convenciones de Ginebra de 1927, de Nueva York de 1958, de Panamá de 1975; y la Ley Modelo CNUDMI)<sup>191</sup>.

Los requisitos para el reconocimiento y ejecución de laudos normalmente recogidos por estas convenciones son los siguientes<sup>192</sup>:

- k) Sentencia dictada en virtud de compromisos o cláusula compromisoria válida, según la legislación que le sea aplicable;
- l) Arbitrabilidad de la cuestión objeto de la sentencia;
- m) Procedencia de la jurisdicción arbitral según el acuerdo arbitral o por conformidad de las partes;

<sup>190</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 75.

<sup>191</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., p. 75.

<sup>192</sup> María Elsa Uzal; *Solución de controversias...*, op. cit., ps. 74/78.

- n) Laudo definitivo no susceptible de recurso ordinario u oposición, según el procedimiento aplicable al caso;
- o) Que la decisión contenida en el laudo no sea contraria al orden público o a los principios de orden público constitucionales del país en que se la invoca;
- p) Que la sentencia no merezca observaciones una vez efectuado el control de los principios fundamentales de legalidad y razonabilidad en el procedimiento seguido;
- q) Existencia, o no, de otras causas que permitan atacar la validez del laudo según las reglas de procedimiento aplicables en el arbitraje;
- r) Original de la sentencia y/o copia que, según la legislación aplicable (país de origen y/o tribunal requerido) reúna condiciones de autenticidad;
- s) Piezas necesarias para acreditar que el laudo tiene fuerza definitiva, sin recurso o planteo de nulidad pendientes;
- t) Traducción de la sentencia y otras piezas en la lengua oficial del país en que se invoca el fallo, certificado o emanada de traductor público, según sea el caso;

Por último, el procedimiento de trámite para el reconocimiento y ejecución del laudo (*exequátur*) puede en algunos casos estar contenido en los mismos tratados o convenciones, pero, normalmente, se lo suele deferir a las reglas establecidas para ello por la *lex fori* del tribunal requerido<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> Respecto de las particularidades de la ejecución del laudo en la Argentina que exceden su tratamiento al presente trabajo, recomendamos la lectura de: Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., ps. 76 y ss.

## Capítulo III: La protección del inversor extranjero en el Mercosur

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

Para que esto funcione adecuadamente, se requiere implementar en la región un procedimiento coordinado de armonización de las normas existentes y a legislarse, para ser incorporadas al ordenamiento jurídico de cada país, consolidándose así a criterio de Teplitzchi “*un Derecho Comunitario Nuevo, que podemos llamar Mercosureño*”<sup>194</sup>, evitando de esta manera las asimetrías existentes en los países miembros del espacio integrado que, actuando de forma unilateral e individual, compiten entre sí para obtener el desvío de la inversión extranjera<sup>195</sup>.

### I. La integración como fenómeno actual

Como sostuvimos con Oddone, el estado actual del sistema internacional, parecería indicar que las opciones internacionales son más realizables sobre bases integradas, y es en este contexto que entendemos la necesidad de incorporar a nuestro estudio la protección del inversor extranjero en el marco actual del proceso de integración mercosureño. La integración fue y es vista como un recurso de los Estados. Es sin duda una opción de política internacional<sup>196</sup>.

Entendemos que la clave está en saber cómo integrarse, para qué integrarse y qué integrar. Probablemente no hayamos sabido cómo integrarnos y qué integrar, y ante esta confusión hemos perdido el horizonte de para qué integrarnos<sup>197</sup>.

La actual situación sudamericana es fiel testigo de la pérdida del horizonte del “para qué” integrarse; muchos esfuerzos se pierden, otros se invalidan mutuamente; lo que constituye a nuestro criterio el reflejo de no saber hacia dónde vamos en un continente en el cual la potencia hegemónica es hemisférica.

El Cono Sur latinoamericano debe aprender a buscar los márgenes necesarios de autonomía para su toma de decisiones. Sólo así podrá participar de la globalización a partir de

<sup>194</sup> Eduardo Teplitzchi; “Protección de las Inversiones Extranjeras en el Mercosur. Necesidad de consolidar el Derecho Comunitario Mercosureño” en *Mercosur y Empresas*, Cuadernos de EPOCA, Nº 2, Serie Integración Económica, Buenos Aires – Madrid, Ciudad Argentina, 2002, p. 177.

<sup>195</sup> Véase Silvia Jardel y Alejandro Barraza; *Mercosur. Aspectos jurídicos y económicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998. Asimismo, Laura Dromi San Martino; “El Mercosur y el Derecho Internacional del Comercio”, en Ada Lattuca y Miguel A. Ciuro Caldani (coord.); *Economía globalizada y Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.

<sup>196</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “Comunidad Sudamericana, de utopías y realidades” en *La Vidriera*, diario El Eco de Tandil, 2 de enero de 2005, p. 13. Para una visión histórica de la integración tener en cuenta: Nahuel Oddone; “El primer ciclo de la Unión de los Países del Sur en las propuestas de integración del Peronismo”, Tesis de Maestría en Derecho de la Integración Económica, V Promoción, Escuela de Posgrado Ciudad Argentina (EPOCA), Universidad del Salvador (USAL) y Université Paris I Panthéon Sorbonne, 2004.

<sup>197</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “Comunidad Sudamericana...”, op. cit., p. 13.

procesos autocentrados, toda vez que la integración se presenta como la nueva base para la toma de decisiones para lograr el desarrollo en un mundo globalizado<sup>198</sup>.

Sostenemos con Oddone que *“hoy en día, la integración sudamericana sigue constituyendo el factor fundamental para la reinserción internacional de nuestra subregión, para poder integrarse en forma justa e igualitaria a la economía del mundo capitalista de Wallerstein. Los principales procesos de integración latinoamericanos han surgido a partir de factores económicos, se busca la integración de los mismos al nivel regional para poder así insertarse como bloque en la economía mundo”*<sup>199</sup>.

Si para Europa la concepción de la integración surge de un factor traumático como la guerra, en el caso latinoamericano surge a partir de la economía<sup>200</sup>, como dilema de inserción internacional no resuelto. En nuestro caso, la necesidad de una política común en materia de inversiones extranjeras que beneficie la subregión.

Argentina y el Cono Sur deben integrarse al sistema internacional<sup>201</sup>, entendiendo aquí por integrarse la acepción latina de *“integrar”* en su sentido de recrear y la noción latina de *“integrare”* bajo su concepción de volver a comenzar.

América Latina necesita crear una conducta de bloque, impensable sin la voluntad política de las partes que le permita recrear nuevos márgenes de autonomía regionales para su toma de decisiones. Nuevos dilemas económicos sistémicos se aproximan, y sobre bases integradas, necesitamos *integrare próelium*, renovar la batalla. Es un imperativo histórico y para poder realizarlo no hay nada mejor que volver a las fuentes<sup>202</sup>.

## **II. La institucionalización del Mercosur. Contexto y expectativas.**

Con Oddone tenemos dicho que el Mercosur constituye un proceso de integración, y como tal, una opción de política internacional, estructurado este proceso sobre la base de la toma de decisiones nacionales. Conforme la palabra 'proceso' indica, el Mercosur se irá desarrollando de tal manera hasta que adquiera movimiento propio e independiente de las fuentes estatales que le dieron origen<sup>203</sup>.

---

<sup>198</sup> Desarrollo que no solo es económico, sino cultural, político y social. Estamos convencidos que el concepto de “desarrollo” sin democracia es incompleto; y sin Justicia, la democracia, el desarrollo y el Estado de Derecho no cumplirán su misión en pos de la realización del hombre.

<sup>199</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “Comunidad Sudamericana...”, op. cit., p. 13.

<sup>200</sup> Un trauma histórico de toda América Latina en su conjunto que deviene de haber sido colonia de una potencia que era periférica en el propio sistema intraeuropeo.

<sup>201</sup> Véase, Aldo Ferrer; *Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el Mercosur en el sistema internacional*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1997. Del mismo autor y H. Jaguaribe; *Argentina y Brasil en la Globalización*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001. Asimismo, Raúl Bernal-Meza; *Sistema mundial y Mercosur. Globalización, regionalismo y políticas exteriores comparadas*, Buenos Aires, coedición Nuevo-Hacer Grupo Editor Latinoamericano y Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2000. R. Roett; *Mercosur: integración regional y mercados mundiales*, Nuevo-Hacer Grupo Editor Latinoamericano, 1999.

<sup>202</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “Comunidad Sudamericana...”, op. cit., p. 13.

<sup>203</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “La institucionalización del Mercosur: una necesidad impostergable”, Parte I, en *La Vidriera*, diario El Eco de Tandil, 5 de diciembre de 2004, p. 13. De los mismos autores: “Mercociudades y la integración desde las ciudades”, Parte I y II, en *La Vidriera*, diario El Eco de Tandil, 23 y 30 de enero de 2005, p. 13.

En este sentido, sostuvo Perugini, “*el Mercosur es lo que decía Ortega 'un haciéndose permanente', esto significa cotidianamente identificar las dificultades y buscar cómo solucionarlas*”<sup>204</sup>.

El proceso de integración de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como miembros plenos<sup>205</sup> y como asociados Bolivia, Chile y Perú, constituye un subsistema internacional y dicho proceso debe tener como objetivo el desarrollo integral del bloque.

A partir del Tratado de Asunción, las rebajas arancelarias serán progresivas, lineales y automáticas; forma de integración que, como se ha sostenido se acerca más a una zona de libre comercio que a una unión aduanera.

Paralelamente se buscaba la “coordinación de políticas macroeconómicas”, ya que sin la adopción de una política comercial común, no hay mercado común, tornándose complejo avanzar en la integración<sup>206</sup>. Así, la situación actual del Mercosur sería la de una unión aduanera imperfecta<sup>207</sup> pues los programas de liberalización comercial se están desarrollando<sup>208</sup> y hay un Arancel Externo Común, aunque aún sujeto a cambios.

Siguiendo a Noodt Taquela encontramos como características del Mercosur actual el carácter intergubernamental de sus órganos, no existiendo órganos supranacionales en los que los Estados miembros hayan delegado competencias legislativas o jurisdiccionales (i); la necesidad de incorporar a los ordenamientos jurídicos nacionales las normas del Mercosur que no poseen eficacia directa e inmediata (ii); la falta de delimitación de competencias entre el Mercosur y los Estados miembros, pudiendo cualquier materia ser regulada por el Mercosur (iii); la inexistencia de un Tribunal supranacional y de todo otro mecanismo que garantice la aplicación uniforme del derecho del Mercosur, ejerciendo el control de legalidad de la normativa mercosureña (iv); la falta de previsión expresa sobre la primacía o supremacía del derecho originario y derivado del Mercosur, con relación a las normas internas de los Estados miembros<sup>209</sup>.

Según la autora, el laudo dictado el 28 de abril de 1999 comienza a elaborar lo que podríamos denominar 'construcción' del principio de primacía del derecho del Mercosur. Si bien el Tribunal Arbitral no utiliza en forma expresa este concepto, resulta evidente que la solución adoptada refleja claramente este principio<sup>210</sup>.

<sup>204</sup> “El Mercosur jurídico”, entrevista realizada a, en ese momento Directora Nacional de Asuntos y Cooperación Internacionales del Ministerio de Justicia de la Nación, Dra. Alicia M. Perugini. En *Abogados*, publicación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Nº 75, abril de 2004, p. 14.

<sup>205</sup> El Mercosur nace con la firma del *Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*, suscripto en Asunción, Paraguay, el 26 de marzo de 1991. Acuerdo marco que fue ratificado por los cuatro países (en el caso de Argentina por ley Nº 23.981/91), entrando en vigencia el 29 de noviembre de 1991.

<sup>206</sup> Nahuel Oddone; *Crisis Financiera Internacional y...*, op. cit., p. 95. Véase también, Roberto Russell y Juan Gabriel Tokatlán; *El lugar de Brasil en la política exterior argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

<sup>207</sup> Véase, Ricardo X. Basaldúa; “El Mercosur y las etapas de la integración” en *El Derecho*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 160, p. 818/835. También, Roberto J. Dromi; Miguel A. Ekmekdjian y Julio C. Rivera; *Derecho Comunitario. Régimen del Mercosur*, 2ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.

<sup>208</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “La globalización de la economía y la reconversión de las empresas industriales del Mercosur (1991-1996). El caso de Metalúrgica Tandil S.A.” en *Contribuciones a la Economía* (ISSN 1696-8360), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/cursecon/> [diciembre de 2003].

<sup>209</sup> María Blanca Noodt Taquela; *Arbitraje Internacional en el Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, ps. 12/16.

<sup>210</sup> María Blanca Noodt Taquela; *Arbitraje Internacional...*, op. cit., p. 16.

A nuestro entender, el Mercosur, en su etapa actual, parece encontrarse en una encrucijada. Se ha perdido en la dicotomía intergubernabilidad – supranacionalidad, por la falta de voluntad política, muchas veces manifiesta por los propios líderes nacionales de los países miembros del Mercosur.

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

La institucionalización es la manifestación jurídica de la voluntad política de integrarse, a través de normas que regulan los distintos órganos competentes de un proceso de integración y los modos de interrelacionamiento recíproco en la consecución de objetivos comunes<sup>211</sup>.

A criterio de Perugini “[...] el Mercosur tiene una falla porque no hay órganos permanentes y estables que lo defiendan y protejan, como es el caso de la Unión Europea. Por ejemplo, la Comisión es típicamente comunitaria. [...]. Aquí no tenemos un órgano de esa naturaleza, entonces la cuestión es que los funcionarios van cambiando continuamente, [...]. Esto por un lado enriquece, [...], pero por el otro se pierde la fuerza de la historia que impulsa hacia el futuro. [...].”

*Creo que el Mercosur tiene que analizarse a sí mismo profundamente e ir un poco más rápido en la creación de órganos auténticamente 'mercosureanos', cuyos funcionarios sean estables y respondan al Mercosur como sujeto de derecho internacional*<sup>212</sup>.

Por nuestra parte pensamos que el futuro del Mercosur puede diluirse en una zona de libre comercio (a nivel hemisférico o bien regional) o reconvertirse en una verdadera estrategia de inserción internacional para el grupo de países miembros<sup>213</sup>. El tiempo nos lo dirá.

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

El Derecho del Mercosur se corresponde con la naturaleza jurídica del Derecho de la Integración, sin haber alcanzado el nivel de un Derecho Comunitario<sup>214</sup>.

En este sentido el Derecho de la Integración es una rama autónoma del derecho, que estudia y sistematiza las normas y principios que informan los diversos procesos y esquemas jurídicos de integración. Midón, concibe al Derecho de la Integración como el conjunto de normas, conductas y valores que rigen los procesos de integración, involucrando en ellos a las instituciones que posibilitan su desarrollo<sup>215</sup>.

El Tratado de Asunción surgió de acuerdo a las pautas del Derecho Internacional Público. Constituye un acuerdo "marco" que establece los mecanismos para la formación del

<sup>211</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “La institucionalización del Mercosur...”, Parte I, op. cit., p. 13. Véase asimismo, “Fracasó el Acuerdo entre la Unión Europea y el Mercosur”, en *La Vidriera*, diario El Eco de Tandil, 9 de enero de 2005, p. 13. De los mismos autores, “El Mercosur y la Unión Europea, ¿camino que nos separan o nos unen?” en *La Vidriera*, diario El Eco de Tandil, 16 de enero de 2005, p. 13.

<sup>212</sup> “El Mercosur jurídico”, op. cit., p. 15.

<sup>213</sup> Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “La institucionalización del Mercosur: una necesidad impostergable”, Parte II, en *La Vidriera*, diario El Eco de Tandil, 12 de diciembre de 2004, p. 13.

<sup>214</sup> En sentido amplio, el *Derecho Comunitario* es el conjunto de normas de derecho propias de un ordenamiento jurídico creado en un proceso de integración superior, de carácter comunitario, que incluye no sólo el derecho originario (de los tratados constitutivos), sino el derecho derivado, originado en los órganos dotados de competencias normativas, así como normas más laxas como son los principios generales del derecho, o específicas como es la jurisprudencia del Tribunal. Comprende también el derecho complementario que celebran los Estados miembros para aplicar los tratados, así como el derecho que surge de las relaciones de la Comunidad con terceros Estados.

mercado común entre los cuatro países signatarios, cuyo objetivo es regular el período de transición hasta que se logre la constitución del Mercado Común propuesto con fecha límite al 31 de diciembre de 1994.

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

Además en países muy celosos de la soberanía y de la no delegación de facultades resulta necesario un tiempo de adaptación a los nuevos requerimientos del proceso de integración puesto en marcha.

El principio de supranacionalidad supone una delegación de facultades en la comunidad creada y la operatividad directa de las normas comunitarias que se formulen. Dicho en otros términos: las normas internacionales creadas en el marco de Mercosur pasarían a ser de aplicación directa en los territorios de los países partes en mérito a la delegación de facultades efectuadas conforme al principio de supranacionalidad, pero este modelo no ha sido requerido por las partes en esta instancia del proceso.

Comprender esta característica del modelo elegido y la urgencia de la necesidad de adecuación es fundamental para tener en claro que las instituciones políticas y el sistema político del país tendrán que adecuarse a esa marcha, recepcionando lo más aceleradamente posible las normas que se dicten en el Mercosur.

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

Por lo expuesto resulta claro, que el orden jurídico que rige al Mercosur, ya no se corresponde propiamente al Derecho Internacional, ni alcanzó la evolución propia del Derecho Comunitario. Se encuentra en una situación intermedia, propia del Derecho de la Integración, en atención al objeto y fin del propósito de su creación.

#### **IV. Armonización legislativa en el Mercosur**

El artículo 1º del Tratado de Asunción ya establecía la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros, pero sin perjuicio de ello, consideramos que tal armonización debe responder a ciertos criterios. Esencialmente hay que tener en cuenta que las meras diferencias legislativas no requieren, a criterio de Meirovich de Aguinis, modificaciones en tanto ello no constituya un obstáculo para la formación del Mercado Común<sup>216</sup>.

Como ya dijimos, la formación del Mercado Común requiere la efectivización de las cinco libertades clásicas, ya mencionada alguna de ellas en esta parte del trabajo: estas son, la libre

---

<sup>216</sup> Mario A. R. Midón.; *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1998, ps. 31-32.

circulación de bienes y servicios, empresas, personas y capitales, y la eliminación de los obstáculos que distorsionen el libre juego de la competencia. En este contexto, la armonización de legislaciones, tiene, pues, un carácter funcional tendiente al logro de los objetivos del Mercado Común.

Sólo las diferencias legislativas que provoquen asimetrías jurídicas ingresan en el terreno de la armonización propiamente dicha. Resulta indispensable a nuestro criterio que la "integración jurídica" se lleve a cabo de forma cauta y paulatina, en base a un programa coherente con miras a la realización de los objetivos principales del Mercado Común.

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

En el marco de las inversiones extranjeras entendemos que una metodología apropiada sería la de poner en paralelo las legislaciones de los Estados miembros del Mercosur referente a inversiones y así evaluar los diferentes sistemas adoptados.

Si bien actualmente se ha avanzado mucho con los dos protocolos vigentes en el espacio integrado, creemos que todavía falta. Como advertimos en la introducción a esta parte, no hay un órgano supranacional que obligue a la aplicación directa / inmediata de tales normas<sup>217</sup>, y mientras tanto, en los países del Mercosur continúan vigente legislaciones nacionales diferentes entre sí que no propician un beneficio común.

## **V. Mercosur e inversiones**

No podemos tratar el tema de la protección del inversor extranjero en el espacio integrado del Mercosur sin contextualizar lo suficiente como para comprender adecuadamente en dónde estamos y hacia dónde vamos.

Sin lugar a dudas el tema de integración e inversiones es mucho más amplio que los puntos que trataremos en este trabajo que no tienen más que la finalidad de comprobar la protección mencionada, y los necesarios cambios en la armonización legislativa en materia de inversiones.

### **a) Un bloque que atrae inversionistas**

El bloque regional Mercosur, con doce millones de kilómetros cuadrados, representa un mercado en potencia de 200 millones de habitantes y un Producto Bruto Interno de más de un trillón de dólares: esta ecuación lo transforma en el cuarto bloque económico integrado del mundo detrás de la Unión Europea, Japón y el NAFTA<sup>218</sup>.

El Mercosur, y en especial Argentina y Brasil, se convirtieron en la década de 1990 en grandes receptores de inversión extranjera directa. Mientras que en el período 1984/1989 los

---

<sup>216</sup> Ana M. Meirovich de Aguinis; *Empresas e inversiones en el Mercosur*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 15.

<sup>217</sup> Ana M. Meirovich de Aguinis; *Empresas e inversiones...*, op. cit., p. 18.

<sup>218</sup> Eduardo Teplitzchi; "Protección de las Inversiones...", op. cit., ps. 178/179. Tener en cuenta asimismo, Nahuel Oddone y Leonardo Granato; "El ALCA y los procesos de integración" en *Enfoques*, El País y el Mundo, diario El Eco de Tandil, 28 de noviembre de 2003, p. 8. De los mismos autores, "¿El neopopulismo llega al poder?" en *Enfoques*, El País y el Mundo, diario El Eco de Tandil, 25 de septiembre de 2003, p. 23.



cuatro Estados partes absorbían un 1,4% de los flujos totales de inversión extranjera directa, entre los años 1997 y 1999 ascendió la cifra a un 6%<sup>219</sup>.

Ningún emprendimiento de carácter económico puede ser favorable si el mismo carece de un adecuado financiamiento: *“La necesidad de asegurar el adecuado financiamiento de los proyectos comunes, la necesidad de liquidez, las garantías a la inversión en el espacio integrado, la movilización de capitales y en general todo lo relacionado con el sistema monetario de los Estados parte como el adoptado en un proceso de integración forman parte de los aspectos que deben ser armonizados, reglados y coordinados para asegurar la libre circulación de capitales, todo lo cual corresponde en general a la coordinación de políticas macroeconómicas”*<sup>220</sup>.

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

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

Es fundamental además, en este contexto, tener un adecuado sistema de solución de controversias que permita dar seguridad al inversor extranjero en el ámbito o espacio integrado. Interesa definir o armonizar los sistemas de arbitraje.

Como podemos observar, en el Mercosur está todo por hacerse respecto del régimen de promoción y protección de inversiones; en cambio la República Argentina, como veremos en la última parte de este trabajo, es el país mercosureño que más ha avanzado en la materia.

La política acelerada desplegada por Argentina desde comienzos de la década del '90 ha generado una suerte de asimetría en relación con el resto de los países del Mercosur, tanto desde el punto de vista constitucional e integracionista, como desde la óptica del número de tratados concluidos y de la aceptación del arbitraje internacional.

En vistas de este panorama, en el cronograma de Las Leñas se decidió crear una comisión técnica para negociar un convenio sobre promoción y protección de inversiones en el Mercosur<sup>221</sup>.

Se trató así de elaborar una propuesta común que disminuya las asimetrías existente entre los países miembros, que tendrían que estar dispuestos a dar un tratamiento y una protección al inversor extranjero similar a la que Argentina ha acordado con terceros países.

<sup>219</sup> Véase, Daniel Chudnovsky y Andrés López; “Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el Mercosur” en Daniel Chudnovsky y José M. Fanelli (comp.); *El desafío de integrarse para crecer. Balance y perspectivas del Mercosur en su primera década*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2001, p. 275.

<sup>220</sup> Roberto Ruiz Díaz Labrano; *Mercosur, Integración y Derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 317.

<sup>221</sup> Se llamó Comisión Técnica para la Promoción y Protección de Inversiones. Fue creada dentro del Subgrupo IV por Res. 20/92 GMC.

Pasemos a desarrollar los instrumentos internacionales por medio de los cuales se otorga a los inversores los medios necesarios para proteger sus inversiones en el marco del Mercosur.

#### **b) El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur<sup>222</sup>**

Sostiene Dromi que atento a las necesidades de fondos frescos, los países signatarios se reunieron en Colonia, acordando la creación de condiciones favorables para las inversiones de inversores de una de las Partes contratantes en el territorio de otra, y firmaron el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur<sup>223</sup>.

Se define la “inversión” como todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes contratantes en el territorio de otra Parte contratante, de acuerdo con las leyes y la reglamentación de esta última.

Se incluye un menú abierto de bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, con un concepto acorde a los tiempos que se viven, a saber: muebles e inmuebles, derechos reales, acciones, cuotas societarias, títulos de créditos y derechos a prestaciones con valor económico, propiedad intelectual o inmaterial, derechos de autor, propiedad industrial, marcas, *know how*, valor-llave, concesiones, etcétera.

Es considerado “inversor” para el protocolo, toda persona física nacional de una de las Partes contratantes que resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta, a menos que la persona resida en forma permanente o se domicilie en la otra Parte contratante.

No será óbice para su protección que el inversor sea nacional de alguno de los países del Mercosur, cuando pueda acreditar que los recursos provengan del exterior. El protocolo no sólo alienta las inversiones sino que intenta repatriar los ingresos obtenidos en los países integrados, y que fueran remitidos a “paraísos” más seguros.

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

Se definen las ganancias con criterio amplio y extendido, para que los inversores no encuentren reparos al tiempo de extraditarlas; así se habla de utilidades, rentas, dividendos, intereses, regalías, y “otros ingresos corrientes”.

El artículo 2 instituye el principio de la Nación más favorecida, pero con excepciones. El artículo dice: *“1. Cada Parte Contratante promoverá las inversiones de inversores de las otras Partes Contratantes y las admitirá en su territorio de manera no menos favorable que a las inversiones de sus propios inversores o que a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados, sin perjuicio del derecho de cada Parte a mantener transitoriamente*

<sup>222</sup> Suscripto en Colonia del Sacramento –República Oriental del Uruguay- el 17 de enero de 1994 (CMC Dec. 11/93). Aprobado por ley 24.891 del 5 de noviembre de 1997.

<sup>223</sup> Roberto J. Dromi; *Código del Mercosur*, T. I, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, ps. 308 y ss.; citado por Eduardo Teplitzchi; “Protección de las Inversiones...”, op. cit., p. 188.

*excepciones limitadas que correspondan a alguno de los sectores que figuran en el Anexo del presente Protocolo.*

*2. Cuando una de las Partes Contratantes haya admitido una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias para su mejor desenvolvimiento incluyendo la ejecución de contratos sobre licencias, asistencia comercial o administrativa e ingreso del personal necesario”.*

Por su parte, el artículo 3 sostiene el principio de no discriminación de las inversiones del inversor; y fundamentalmente establece el principio del tratamiento justo y equitativo. También se prevé la imposibilidad de obligar al inversor a que consuma con preferencia mercaderías locales o servicios, que sean necesarios para el desenvolvimiento de las inversiones. Esto revela claramente la posición de los países signatarios de no oponer ningún tipo de obstáculo al capital extranjero.

El artículo 4 previene sobre la imposibilidad de nacionalizar o expropiar la inversión extranjera, a menos que razones de utilidad pública, con una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal así lo determinen. Caso contrario, todo ello deberá ser acompañado por una compensación pecuniaria adecuada. Esta tendrá su correlato en el valor real de la inversión expropiada. También en este artículo rige el principio de la Nación más favorecida a los fines indemnizatorios, en relación directa con el trato dado a las reparaciones otorgadas para el caso a los inversores nacionales.

En este artículo se observa la posibilidad de una rápida, eficaz y razonable aplicación de una compensación por los llamados “riesgos políticos”, cuestión fundamental que hace a la protección del inversor extranjero.

Por su parte, el artículo 5 otorga al inversor extranjero plenos poderes para las transferencias de las inversiones y sus ganancias, reglando una importante cantidad de situaciones, como son las rentas, honorarios y regalías, ventas y liquidaciones, remuneración del personal nacional de la inversión, entre otras.

Dichas transferencias deberán hacerse sin demora, al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha, evitándose así un tratamiento burocrático del asunto.

El artículo 6 prevé el instituto de la subrogación para el caso que un contratante desinteresare a un inversor con base en una garantía que hubiese asumido, a fin de perseguir el recupero correspondiente en salvaguarda de sus derechos crediticios.

En nombre de la equidad y buena fe contractual, el artículo 7 autoriza la aplicación de otras normas de la legislación de una Parte contratante, o del Derecho Internacional, o bien emergentes de un acuerdo entre un inversor y el contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, que sean en sí más favorables o beneficiosas para esa Parte que las contenidas en el protocolo.

En lo relativo a la solución de controversias<sup>224</sup> entre las Partes, el protocolo remite a lo resuelto en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias<sup>225</sup>, o eventualmente a lo previsto en el Tratado de Asunción.

Luego el artículo 9 describe el procedimiento a seguir, para el caso de una controversia suscitada entre el inversor extranjero y un Estado parte, que resulta según un autor “original y práctico”<sup>226</sup>:

“1. Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor;

i) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión: o

ii) al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 4 del presente Artículo: o

iii) al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.

3. Cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos en el Párrafo 2 del presente Artículo la elección será definitiva.

4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación:

<sup>224</sup> Véase en general, María Blanca Noodt Taquela; *Arbitraje Internacional...*, op. cit., ps. 21 y ss. De la misma autora, “Solución de controversias en el Mercosur” en *Jurisprudencia Argentina*, T. 1997-III, p. 869. Alejandro Iza; *Solución de controversias en los Acuerdos de Integración. La experiencia de la Unión Europea*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1997. Jorge E. Fernández Reyes; “Evaluación de los mecanismos de solución de controversias en el Mercosur” en *Revista de Derecho del Mercosur / Revista de Direito do Mercosul*, Año 4, Nº 4, Buenos Aires, La Ley, 2000. Gualtiero Marchesini; “El arbitraje como método de solución de controversias en el Mercosur” en *Revista de Derecho del Mercosur / Revista de Direito do Mercosul*, Año 4, Nº 4, Buenos Aires, La Ley, 2000. Recomendamos también, Roberto Bloch; “Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur” en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, T. 1995-II, p. 881. Asimismo, Ernesto Rey Caro; “Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el Mercosur. Antecedentes, realidad y perspectivas” en Jorge Pueyo Losa y Ernesto Rey Caro (coord.); *Mercosur: nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, coedición Universidad del Salvador y Ciudad Argentina, 2000. José Luis Vera Moreno; “Arbitraje: avances en el Mecosur” en Ada Lattuca y Miguel A. Ciuro Caldani (coord.); *Economía globalizada y Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.

<sup>225</sup> El Protocolo de Olivos del 18 de febrero de 2002 y aprobado por ley 25.663 establece un procedimiento arbitral que reemplaza el previsto por el Protocolo de Brasilia, derogando el mismo, y creando un Tribunal Permanente de Revisión.

<sup>226</sup> Eduardo Teplitzchi; “Protección de las Inversiones...”, op. cit., p. 191.

b) a un tribunal de arbitraje "ad-hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (C.N.U.D.M.I.)

5. 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.

6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación".

El artículo 10 establece que el protocolo regirá para todas las inversiones realizadas antes o después de su entrada en vigor, pero no se aplicará a las controversias o reclamos surgidos con anterioridad a la misma.

Los artículos 11 y 12 son de forma, y, en el anexo, los países del Mercosur se reservan una considerable lista con excepciones al tratamiento nacional de las inversiones relativas a determinados sectores, lo que sin lugar a dudas implica, a criterio de Teplitzchi, "la posibilidad de una fluida operatividad del acuerdo"<sup>227</sup>.

No obstante, el anexo finaliza señalando que los países contratantes harán todos los esfuerzos posibles por eliminar excepciones, disponiéndose reuniones semestrales para controlar el seguimiento del proceso de eliminación de las mismas.

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

Este protocolo suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994 (CMC, Dec. 11/94, aprobado por ley 24.554/95), destinado a reglar las inversiones *extrazona*<sup>228</sup>, contiene similares previsiones a las del Protocolo de Colonia antes analizado.

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

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

El artículo 2 define la "inversión" como todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de un Tercer Estado en el territorio de un Estado parte, de acuerdo con su legislación. Seguidamente describe las inversiones en términos semejantes a los del Protocolo de Colonia.

<sup>227</sup> Eduardo Teplitzchi; "Protección de las Inversiones...", op. cit., p. 192.

<sup>228</sup> Según un criterio, las inversiones pueden clasificarse en *extrazona*, que corresponden a las inversiones privadas directas de empresas extranjeras en el Mercosur; e *intrazona*, que incluyen, por una parte las inversiones que las empresas realizan en sus países con vistas al mercado regional, y por otra, las inversiones privadas directas de empresas radicadas en uno de los países miembros del Mercosur realizadas en otro de ellos, incluyendo las empresas conjuntas. Pese a la carencia de datos, se puede suponer que la mayor cantidad de inversiones introducidas en el ámbito del Mercosur son del tipo *intrazona*. Véase Eduardo Teplitzchi; "Protección de las Inversiones...", op. cit., p. 186.

Define al “inversor” como toda persona física, nacional de un Estado parte o Tercer Estado. Las disposiciones de los convenios a celebrar no se aplicarán a las inversiones realizadas en el territorio de un Estado parte por personas físicas que sean nacionales de Terceros Estados, si tales personas, a la fecha de la inversión, residieren o se domiciliaren, conforme la legislación vigente, en forma permanente en dicho territorio, a menos que se compruebe que los recursos relacionados con estas inversiones provienen del exterior.

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

Además, se incluye a toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier Estado parte que esté efectivamente controlada por personas físicas o jurídicas de acuerdo con la descripción efectuada más arriba. De esta forma, se ofrece un trato nacional a las inversiones extra-región. Hay dos excepciones: una de ellas es que los Estados parte no extenderán a los inversores de Terceros Estados los beneficios de preferencias que resulten de su participación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional y, tampoco a lo referido a beneficios impositivos.

Respecto de las compensaciones por expropiaciones o en caso en repatriación de beneficios obtenidos por las inversiones, se adopta igual criterio que el del Protocolo de Colonia.

¿Qué ocurre con los mecanismos de resolución de controversias en relación con una inversión efectuada extrazona por un Estado parte y un Tercer Estado?, ¿y con las diferencias planteadas entre un inversor de un Tercer Estado y un Estado receptor?

En el primer caso, y tratándose de disputas entre dos países soberanos, se otorga supremacía a la negociación diplomática. Si pasado un plazo prudencial no es posible arribar a una solución, se da paso al arbitraje internacional<sup>229</sup>.

Si bien el protocolo no lo prevé, es innegable que se puedan utilizar todos los medios afines para la solución de controversias, “*quizás hasta el planteo del tema en la Corte Internacional de Justicia*”<sup>230</sup>.

Para los litigios entre inversor extranjero y Estado receptor, se reitera lo previsto por el Protocolo de Colonia.

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

Las soluciones propuestas de uno u otro modo son operativas respecto del inversor extranjero: “*él bien sabe que el plazo que demorará en recuperar su inversión será determinante respecto de decisiones de futuras inversiones*”<sup>231</sup>.

Estamos seguros que el tema pasa por el régimen de solución de controversias, ya que como hemos dicho en variadas oportunidades en este trabajo, el procedimiento arbitral en cuestiones de índole patrimonial es rápido y eficiente.

<sup>229</sup> Los desacuerdos interestatales tienen un procedimiento expresamente previsto en el Protocolo de Brasilia (artículo 1).

<sup>230</sup> Eduardo Teplitzchi; “Protección de las Inversiones...”, op. cit., p. 194.

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

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

Para la legislación vigente en el Mercosur no es posible expropiar o nacionalizar capitales sino por causas de utilidad pública evidentes, las que deben ser previamente autorizadas por el procedimiento natural de promulgación y sanción legislativa, otorgando asimismo una previa indemnización equitativa, adecuada y efectiva.

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

La libre transmisibilidad de inversiones y ganancias también está asegurada; no existen problemas burocráticos para retirar los beneficios obtenidos de inversiones realizadas en los países del Mercosur.

En síntesis, se observan argumentos de peso para sostener la efectiva protección del inversor extranjero a raíz de los protocolos en nuestra zona aduanera imperfecta: resalta a simple vista el trato nacional al inversor extranjero, la innegable protección contra la expropiación, la nacionalización y los llamados “riesgos políticos”. Por último, el probado sistema de resolución de conflictos a través del arbitraje internacional.

---

<sup>231</sup> Eduardo Teplitzchi; “Protección de las Inversiones...”, op. cit., p. 202.

## Capítulo IV: La protección del inversor extranjero en Argentina

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

Si bien las normas constitucionales le aseguran al extranjero residente los mismos derechos que al argentino (con excepción de los derechos políticos), el hecho de la suscripción de estos Tratados Bilaterales de Inversión que contienen como hemos visto, derechos específicamente estipulados en protección al inversor extranjero, nos demuestra la necesidad de los mismos en la práctica comercial internacional por su eficaz protección.

### I. La internacionalización del orden jurídico argentino

Según nos cuenta Salomoni, una de las columnas vertebrales del sistema predicaba que el casi único productor y aplicador del derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, era el Estado a través de sus órganos constitucionalmente habilitados para ello<sup>232</sup>.

La transformación de tales principios se ve manifestada en lo que parte de la doctrina ha dado en llamar la “internacionalización del orden jurídico argentino”. Los paradigmas sobre los cuales se asentaba nuestro ordenamiento jurídico cambiaron, al igual que nuestras instituciones y problemas a resolver.

Sin lugar a duda, el punto de inflexión en este cambio está representado por la reforma constitucional de 1994. El establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno (art. 75, inc. 22, 1º párr. de la Constitución) ha sido el primer paso de esta “internacionalización”. En este sentido, el artículo 75 inciso 24 del texto constitucional facultó al Congreso nacional a delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, como por ejemplo el Mercosur.

El segundo paso ha sido la incorporación con jerarquía constitucional de diversos Tratados de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, 2º párr. de la Constitución). Y finalmente, y que aquí interesa, resta mencionar como tercer eslabón de esta “internacionalización del ordenamiento jurídico” a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras.

En palabras de Salomoni *“estos tres ámbitos de internacionalización –integración, derechos humanos e inversiones- tienen en común la cesión del constituyente, del legislador y del juez nacionales de su poder de decisión en diversos aspectos. Se produjo una profunda delegación o desplazamiento de la jurisdicción argentina en organismos internacionales – considerados ‘latu sensu’-, que aplican a su vez, para la resolución de conflictos que allí se*

---

<sup>232</sup> Jorge L. Salomoni; “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: el caso de las prestadoras privadas de servicios públicos” en *El Derecho*, suplemento de Derecho Administrativo, 28 de octubre de 2003, p. 1.



discuten, como ocurre en el caso de los tratados de inversiones, otros ordenamientos jurídicos distintos al que fue la base de la relación jurídica originaria<sup>233</sup>.

## II. Marco normativo nacional de los Tratados Bilaterales de Inversión

En el año 1989 la República Argentina aceptó por primera vez los ofrecimientos de negociar convenios de promoción y protección recíproca en materia de inversiones extranjeras efectuados por varios países exportadores de capital. A partir del 22 de mayo de 1990 –fecha de la firma del primer tratado con la República Italiana–, nuestro país progresó aceleradamente en las negociaciones, llegando a concluir hasta la actualidad más de cincuenta tratados, destinados a establecer bases mínimas para la promoción y protección recíproca de inversiones en el país.

Con la voluntad entonces de competir internacionalmente para lograr inversiones del exterior, el Congreso argentino autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a negociar este tipo de convenios a través del artículo 19<sup>234</sup>, capítulo IV relativo a inversiones extranjeras, de la ley de emergencia económica 23.697/89<sup>235</sup>. Más tarde, la Argentina dictó un nuevo ordenamiento nacional para las inversiones extranjeras aprobado mediante ley 21.382/93 y su decreto reglamentario 1853/93.

Este cambio en la política económica de nuestro país<sup>236</sup>, que respondió a la tan mentada “globalización” de la economía mundial<sup>237</sup>, tuvo entonces como objetivo principal lograr una mayor apertura a las inversiones foráneas, insertando al país en la arena internacional y otorgando al inversor extranjero la protección efectiva brindada por los tratados<sup>238</sup>.

En efecto, del nuevo texto ordenado de la ley de inversiones extranjeras y su decreto aprobatorio emanan tres principios<sup>239</sup>, a saber:

a) Se establece la igualdad de tratamiento entre los inversores locales y los inversores extranjeros (artículo 1 del texto ordenado); los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país destinados a la promoción de actividades de índole económica, o la ampliación o

<sup>233</sup> Jorge L. Salomoni; “La defensa del Estado en los conflictos...”, op. cit., p. 3.

<sup>234</sup> El artículo 19 reza de la siguiente manera: “Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a suscribir convenios, protocolos o notas reversales con gobiernos de países que tuvieren instrumentados sistemas de seguros a la exportación de capitales, de modo de hacer efectivos esos regímenes para el caso de radicación de capitales de residentes de esos países en la República Argentina, incluso con organismos financieros internacionales a los cuales la República Argentina no hubiese adherido”. Entendemos que este artículo importa una suerte de autorización del Congreso nacional al Poder Ejecutivo para negociar tratados bilaterales sobre protección de inversiones.

<sup>235</sup> Martín R. Bourel; “Nuevo régimen de inversiones extranjeras en la Argentina” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1990-A, p. 920.

<sup>236</sup> Al respecto puede consultarse: Carlos Bruno (comp.); *Argentina, un lugar en el mundo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003. A. E. Calcagno y E. Calcagno; *Argentina – Derrumbe neoliberal y proyecto nacional*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2003. Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “Sistema financiero argentino, un enfoque histórico desde sus orígenes hasta la crisis de Asia” en *Contribuciones a la Economía* (ISSN 1696-8360), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/cursecon/> [noviembre de 2003].

<sup>237</sup> Sugerimos: J. Gambina (comp.); *La globalización financiera. Su impacto en América Latina*, Buenos Aires, CLACSO, 2003. F. Chesnais (comp.); *La mundialización financiera*, Buenos Aires, Losada, 2000. Ver también: Nahuel Oddone y Leonardo Granato; “Cuestiones globales en debate” en *Contribuciones a la Economía* (ISSN 1696-8360), revista académica del Grupo de Investigación EUMED de la Universidad de Málaga, accesible desde <http://www.eumed.net/cursecon/> [diciembre de 2003].

<sup>238</sup> Luis Erize; “La protección de los Inversores en la República Argentina” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2002-E, p. 1063.

<sup>239</sup> Conforme Máximo Bomchil; “El nuevo régimen de inversiones extranjeras” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 1994-A, p. 732.

perfeccionamiento de las existentes “*tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales*”<sup>240</sup>;

b) Los inversores extranjeros pueden efectuar inversiones en el país en cualquier actividad de índole económica sin necesidad de aprobación previa alguna, en iguales condiciones que los inversores nacionales (artículos 2 y 4 del decreto 1853/93), no existiendo ningún tipo de restricción o condición; y,

c) Los inversores extranjeros tienen el derecho de repatriar su inversión y remitir al exterior sus utilidades en cualquier momento (artículo 5 del decreto 1853/93 y artículo 5 del texto ordenado de la ley).

Los convenios suscriptos por la Argentina respetan en general la estructura y disposiciones de los convenios existentes pero con ciertas particularidades<sup>241</sup> fundadas en requerimientos de nuestro ordenamiento jurídico, tradición jurídica, o conveniencia política, según sea el caso<sup>242</sup>.

Puede decirse, a criterio de Fernández de Gurmendi, que las modificaciones que pueden observarse a través de los sucesivos tratados han ido reflejando la progresiva profundización de la política económica adoptada por el Gobierno nacional durante la década del 90<sup>243</sup>.

### III. Jerarquía constitucional de los Tratados Bilaterales de Inversión

Antes de la reforma de 1994 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había establecido su doctrina acerca de la jerarquía de los tratados internacionales en los fallos “*Ekmedjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros*” (Fallos 315:1492, del 07/07/92), “*Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Mixta de Salto Grande*” (Fallos 316:1669, del 07/07/93) y “*Hagelin, Ragnar c/Estado Nacional*” (Fallo 316:2176, del 22/12/93)<sup>244</sup>.

De ella surgía que los tratados internacionales eran actos federales no pudiendo *ergo* ser derogados por una ley posterior, sino que únicamente podían ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional. Además establecía claramente que los tratados tenían jerarquía superior a las leyes, pues la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que integraba nuestro ordenamiento jurídico nacional les otorgaba esa jerarquía, basándose en el artículo 27 de esa Convención (“*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”).

De esta forma, la necesaria aplicación de este último artículo antes descripto imponía a los órganos del Estado argentino –una vez asegurados, claro está, los principios de derecho

<sup>240</sup> En este contexto, conviene mencionar que el artículo 25 de nuestra Constitución Nacional dispone que el Gobierno federal no podrá restringir ni gravar con impuestos la entrada en el territorio nacional de los extranjeros que tengan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias y enseñar las ciencias o las artes. Claro que dicha disposición está sujeta a las leyes que reglamentan su ejercicio.

<sup>241</sup> Según Tempone, “*esas diferencias se refieren: a la cobertura, al nivel de disciplina que introducen y al grado en que contribuyen a la liberalización de sectores para la recepción de capitales extranjeros*”. Véase, Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 42.

<sup>242</sup> Véase: Silvia A. Fernández de Gurmendi; “*Los Convenios Bilaterales...*”, op. cit., p. 68; y, Rubén E. Tempone; *Protección de Inversiones...*, op. cit., p. 42.

<sup>243</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “*Los Convenios Bilaterales...*”, op. cit., p. 68.

<sup>244</sup> Véase, Esteban M. Ymaz Videla; *Protección de Inversiones Extranjeras...*, op. cit., p. 16.

público constitucionales<sup>245</sup>- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalga al incumplimiento del tratado internacional.

En lo que interesa al tema en cuestión, en la reforma constitucional de 1994 se estableció como facultad del Congreso nacional: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede” disponiendo que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (artículo 75, inciso 22, del texto constitucional). De igual manera se mantuvo<sup>246</sup> la redacción del artículo 27 de la Constitución Nacional<sup>247</sup>.

En el caso “Cafés La Virginia S.A.” (Fallos 317:1282), dictado con posterioridad a la reforma, la Corte Suprema mantuvo su doctrina y sostuvo que “la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional- vulnera el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)”, que “esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna” y que “el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (art. 31 de la Constitución Nacional) y sería un acto constitucionalmente inválido”.

Cabe destacar que la Procuración del Tesoro de la Nación en dictamen N° 112 de fecha 10 de septiembre de 1997<sup>248</sup> sostuvo también la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes de nuestro país.

Consecuentemente, estos instrumentos internacionales que constituyen los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, tienen una jerarquía superior a las leyes nacionales, las cuales no podrán desconocer las obligaciones asumidas en ellos<sup>249</sup>

<sup>245</sup> El artículo 27 de nuestra Constitución dice: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Debemos vincular a este artículo con los artículos 46 y 53 de la Convención de Viena. El primero de ellos establece la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental para el derecho interno. El segundo sostiene la nulidad de todo tratado que se oponga a una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*, aquella norma que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto no admitiendo acuerdo en contrario).

<sup>246</sup> Germán Bidart Campos; *Manual de la Constitución reformada*, T. I., Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 372. María Angélica Gelli; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 244, 591 y ss. Véase también: Jorge R. Vanossi y Alberto R. Dalla Vía; *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 294 y ss.

<sup>247</sup> Desde el punto de vista constitucional, los tratados de inversión pueden ser objeto de control en razón de su contenido en virtud de dicho artículo 27 de la Constitución que como ya dijimos obliga al Gobierno federal a celebrar tratados de conformidad con los principios de derecho público constitucional, a saber: la forma representativa, republicana y federal de gobierno (art. 1); el principio de juridicidad y de reserva (art. 19); el principio de igualdad (arts. 15, 16, 75 inc. 23 y conc.); el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (arts. 14, 28, 99 inc. 2 y conc.) y el debido proceso legal (art. 18).

<sup>248</sup> Publicado en Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 28. Véase, Rubén M. Citara; “El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada” en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2004-A, p. 1402.

<sup>249</sup> La celebración y ratificación de un tratado internacionalmente válido hace nacer entonces, en cabeza del Estado, un deber legal (*legal duty*) de adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos ejerzan los derechos que el tratado reconoce.

sin violar el Derecho internacional y causar la responsabilidad internacional del Estado argentino, cuestión no menor que nos ocupa más adelante.

Ni tampoco el Poder Judicial podría invocar leyes internas para sustraerse del cumplimiento de las normas internacionales, pues incurriría en la misma violación y responsabilidad mencionadas anteriormente.

Todo ello teniendo en cuenta que según todo lo que hemos visto no parecería que dichos acuerdos violasen principios de derecho público constitucional. Pues como ya hemos visto, a nuestro criterio la Doctrina Calvo ya no integra nuestro orden público nacional.

Es que como dice Fernández de Gurmendi, *“en su gran mayoría, los compromisos asumidos en virtud de los convenios no significan una innovación de magnitud en el panorama jurídico argentino. Algunos ya existían en el derecho internacional general, otros están consagrados desde hace ya mucho tiempo por nuestro ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional [...]”*.

*Esto permite afirmar que la importancia de estos convenios proviene no tanto del contenido particular de las obligaciones asumidas sino del hecho de aceptar asumirlas internacionalmente y con ello preservar determinadas reglas de juego por un lapso prolongado de tiempo, en ningún caso inferior a los veinte años. Esto para la Argentina, que tantas y tan bruscas oscilaciones ha conocido, constituye sin duda en sí mismo un extraordinario desafío*<sup>250</sup>.

Llevando a cabo un análisis estrictamente jurídico, podríamos afirmar que la actual Constitución Nacional con el sustento de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya descrita, debería favorecer la confianza de los inversores extranjeros –al menos desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de su protección-, pues cuentan con la garantía de que leyes nacionales posteriores no podrían desconocer las obligaciones asumidas en los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, ni ser alegadas por tribunales nacionales para desconocerlas.

## **V. Argentina y el arbitraje internacional**

En nuestro país, la aceptación de la jurisdicción arbitral para dirimir controversias suscitadas entre la República Argentina y personas extranjeras dista mucho de constituir una novedad<sup>251</sup>.

En efecto, si bien la Argentina fue parte en diversos arbitrajes internacionales desde principios del siglo XIX<sup>252</sup>, ella admitió expresamente someterse a arbitrajes internacionales en

---

<sup>250</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., ps. 74/75.

<sup>251</sup> Como lo expresara un autor, históricamente, imperó en nuestro país la llamada *“fórmula argentina” del arbitraje*, acuñada a fines del siglo pasado. Según ella, se sometían a la solución arbitral “todas las controversias de cualquier naturaleza que por cualquier causa surgieran entre ellas, en cuanto no afecten a los principios de la Constitución de uno u otro país y siempre que no puedan ser solucionadas mediante negociaciones directas”. Es la fórmula más amplia de su época, pues sólo se escapaban a su alcance los puntos prohibidos por la Constitución, mientras que los demás países se reservaban una zona más cómoda de excepciones, basadas en conceptos tan vagos como la soberanía, el interés nacional o el honor nacional. Esta *“excesiva devoción por el arbitraje”* comenta Ferrari, es una manifestación de otra constante, el pacifismo argentino. En aras de la paz, nuestro país sacrificaba la posibilidad de una defensa más enérgica de sus derechos, entregando la solución de los conflictos a potencias extranjeras, aceptando fallos que en muchas oportunidades la despojaban de su patrimonio. Véase, Gustavo Ferrari; *Esquema de la política exterior argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1981, p. 26.

materia comercial ante foros o tribunales arbitrales en forma creciente en las últimas décadas<sup>253</sup>.

En este sentido, el artículo 7 de la ley 20.548 –modificatoria de la ley permanente de presupuesto 11.672- autorizó expresamente al Poder Ejecutivo en el año 1973 a “someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya”.

Dicha autorización ha sido utilizada en numerosos convenios y contratos de préstamos celebrados por la Nación Argentina o por empresas estatales argentinas con bancos extranjeros, por los que habitualmente se somete las controversias no solamente al arbitraje comercial internacional sino incluso a los tribunales extranjeros<sup>254</sup>.

Lo expuesto no debe llevarnos a desconocer la relevancia de los métodos de solución de controversias consagrados por los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por nuestro país, los cuales a criterio de Fernández de Gurmendi importan “*una aceptación general y anticipada del arbitraje para ser aplicado a un amplio espectro de disputas entre el inversor y el Estado*”<sup>255</sup>.

La dimensión que la institución arbitral adquiere a partir de estos instrumentos internacionales explica la reticencia inicial argentina para consagrarla sin limitaciones.

En los primeros convenios suscriptos por nuestro país, se intentó una solución de compromiso entre la obligación para el inversor de agotar los recursos internos y la admisión lisa y llana del arbitraje, inspirándose para ello en soluciones adoptadas por países vecinos. En estos primeros convenios, la Argentina no aceptó que el inversor pudiese recurrir directamente al arbitraje para resolver sus disputas contra el Estado sino que se le exigió, como condición previa, que las sometiera en primer término a los tribunales nacionales y las mantuvieran en ellos durante un plazo mínimo de 18 meses<sup>256</sup>.

El Tratado Bilateral sobre Inversiones que suscribió nuestro país con Francia el 3 de julio de 1991 constituye en materia de solución de controversias un punto de inflexión comparable al que marcó el convenio con Alemania en materia de transferencias.

A través del primero se modificó radicalmente el sistema al admitirse por primera vez la posibilidad de someter directamente el conflicto al arbitraje internacional<sup>257</sup>, produciéndose el

---

<sup>252</sup> Así ocurrió con el Reino Unido en 1830 por actos de guerra; con la República Francesa en 1841; con la República Francesa, el Reino Unido y Cerdeña en 1858; con la República Francesa en 1864; con el Reino Unido en 1870 (como resultado del bloqueo); con el Paraguay en 1878 (por cuestiones limítrofes); con el Brasil en 1895 (por cuestiones limítrofes); con Chile en 1899, 1902, 1966, 1977, 1984 y 1998 (por cuestiones limítrofes).

<sup>253</sup> Guido S. Tawil; “Los Tratados de Promoción...”, op. cit., p. 1120.

<sup>254</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 73. Acerca de la inconstitucionalidad de la renuncia a la jurisdicción nacional a favor de tribunales extranjeros estipulada en los convenios bilaterales de inversiones, véase: Liliانا B. Constante; “Inconstitucionalidad de la legislación que prorroga la jurisdicción nacional a favor de tribunales extranjeros en cuestiones en el que el país sea parte” en III Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI: “El Derecho y el nuevo contexto mundial. Soberanía, autodeterminación y Derecho Internacional. Universalidad y diversidad”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 8, 9 y 10 de septiembre de 2004.

<sup>255</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 73.

<sup>256</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; “Los Convenios Bilaterales...”, op. cit., p. 73. Véase, acuerdos de Alemania y España suscriptos con Argentina.

<sup>257</sup> Advuértase, que esta cláusula es susceptible de “multilateralizarse” en caso que un inversor extranjero nacional de alguno de los países que concluyeron convenio con Argentina antes del de Francia solicitase un trato no menos

abandono definitivo por parte de Argentina de la Doctrina Calvo en lo referido al sometimiento de disputas en el plano internacional sin recurrir previamente a los remedios locales<sup>258</sup>.

El nuevo sistema consagrado comporta para el inversor extranjero la posibilidad de optar desde un comienzo por el arbitraje en el ámbito internacional, o bien por la jurisdicción nacional si así lo prefiriese. La opción por una u otra vía es definitiva y precluye la posibilidad de utilizar toda otra vía alternativa.

En cuanto a los órganos arbitrales aceptados en los convenios, la Argentina recepta modernas corrientes en la materia<sup>259</sup>, al prever que los inversores extranjeros puedan elegir entre los dos tipos diferentes de arbitraje ya explicados en la segunda parte de este trabajo referida al arbitraje internacional.

### **a) Argentina y el CIADI**

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

Si bien hacia el año 2000, nuestro país era parte de cinco arbitrajes internacionales en el ámbito del Centro basados en los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>260</sup>, un inversor argentino demandaba a España en el mismo Centro.

La mayor parte de los procesos arbitrales bajo las reglas del Centro que involucran a nuestro país hoy se relacionan con problemas vinculados con empresas licenciatarias o concesionarias de servicios públicos<sup>261</sup>.

La sección El País de Clarín nos sorprende en el mes de enero de 2005 con un titular que dice: "Privatizadas españolas: entre las inversiones y las demandas". Se informa entre otras cuestiones que al tiempo que Telefónica reavivó una demanda por 2.800 millones de dólares, la empresa petrolera Repsol-YPF le presentó al presidente Néstor Kirchner un plan de inversiones para este año por más de 1.200 millones. Al respecto, la periodista Silvia Naishtat sostuvo en su columna: *"Es curioso, pero uno de los sectores clave de la economía argentina aún se desenvuelve en un marco de endeblez jurídica. La Ley de Hidrocarburos quedó vieja y la actividad se rige por tres decretos de dudosa legitimidad que nacieron en los años 90. [...] del*

---

favorable que el de la Nación más favorecida. Alicia M. Perugini; "La definición de las personas físicas...", op. cit., ps. 35/36.

<sup>258</sup> El abandono de la Doctrina Calvo por nuestro país se ha visto reiterado asimismo, por la suscripción y ratificación de numerosas convenciones internacionales referidas a la ejecución de laudos arbitrales internacionales como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (suscripta en Panamá el 30 de enero de 1975) y la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

<sup>259</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi; "Los Convenios Bilaterales...", op. cit., p. 73.

<sup>260</sup> "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina", caso Nº ARB/97/3, registrado el 19 de febrero de 1997; "Lanco International Inc. c. República Argentina", caso Nº ARB/97/6, registrado el 14 de octubre de 1997; "Houston Industries Energy Inc. y otros c. República Argentina", caso Nº ARB/98/1, registrado el 25 de febrero de 1998; "Movil Argentina S.A. c. República Argentina", caso Nº ARB/99/1, registrado el 9 de abril de 1999; "Empresa Nacional de Electricidad S.A. (Chile) c. República Argentina", caso Nº ARB/99/4, registrado el 12 de julio de 1999.

<sup>261</sup> Al respecto, Santiago Panelo; "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión" en *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-E, 1482. También, Fabiana Zonis; "Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional" en *La Ley*, suplemento Actualidad, Buenos Aires, 24/06/2004. Guido S. Tawil; "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 *La Ley*, sección Doctrina, T. 2003-A, p. 915.

plan de inversiones de Repsol los expertos destacan los U\$S 400 millones que destina a explotar áreas vírgenes, cuya capacidad se desconoce. Al fin, arriesgan<sup>262</sup>.

En dos casos de los últimos años<sup>263</sup> –iniciados por inversores estadounidenses en licenciatarias de transporte y distribución de gas natural- los actores denuncian la existencia de una expropiación de su inversión debido a diferentes actos administrativos, legislativos y judiciales –incluida la controvertida ley 25.561- que afectaron los derechos reconocidos en las licencias de gas de calcular sus tarifas en dólares billetes estadounidenses, convertirlas en moneda local al tiempo de la facturación y ajustarlas por el *Producer Price Index* (PPI) norteamericano<sup>264</sup>.

En otro supuesto, un inversor estadounidense reclama una compensación significativa alegando la expropiación y violación de los compromisos asumidos por la Argentina en el Tratado Bilateral Argentina – Estados Unidos como resultado de un conflicto relacionado con la concesión de agua potable de la provincia de Buenos Aires que culminara en su rescisión<sup>265</sup>.

Otro caso es el de dos inversores estadounidenses cuestionan, asimismo, determinaciones impositivas relevantes por parte de distintas provincias argentinas que resultarían contrarias a los compromisos asumidos por la República Argentina al tiempo de la privatización del sistema de gas y de la propia legislación tributaria local aplicable<sup>266</sup>.

Finalmente, tenemos un caso de un inversor alemán que ha promovido un arbitraje internacional por considerar que la inversión efectuada con el objeto de suministrar un sistema integrado de documentación personal, servicios migratorios y padrones electorales ha sido indebidamente expropiada<sup>267</sup>.

Sin perjuicio de lo hasta aquí reseñado, es posible observar que la mayoría de las demandas de arbitraje contra Argentina luego de la pesificación de los contratos con las empresas privatizadas fueron presentadas ante el Centro<sup>268</sup>. Cabe señalar que nuestro país ha

<sup>262</sup> Diario Clarín, sección El País, 25 de enero de 2005, p. 3.

<sup>263</sup> “CMS Gas Transmission Company c. República Argentina”, caso Nº ARB/01/8, registrado el 24 de agosto de 2001 y “LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina”, caso Nº ARB/02/1, registrado el 31 de enero de 2002.

<sup>264</sup> Otros inversores extranjeros en los ámbitos del gas, electricidad, petróleo, telecomunicaciones y agua potable, se encontrarían actualmente desarrollando las consultas amistosas previas al arbitraje internacional en función de agravios análogos. Situaciones particulares podrían plantearse en algunos de esos casos en la medida en que accionistas de distintas nacionalidades de la misma sociedad local promuevan una acción arbitral bajo distintos tratados, con requisitos previos de cumplimiento diferentes en relación al acceso a la jurisdicción del Centro. Véase al respecto, Guido S. Tawil; “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 *La Ley*, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2003-A, p. 916.

<sup>265</sup> “Azurix Corp. c. República Argentina”, caso Nº ARB/01/12, registrado el 23 de octubre de 2001.

<sup>266</sup> “Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina”, caso Nº ARB/01/3, registrado el 11 de abril de 2001.

<sup>267</sup> “Siemens A.G. c. República Argentina”, caso Nº ARB/02/8, registrado el 17 de julio de 2002.

<sup>268</sup> A febrero de 2005, encontramos los siguientes casos pendientes todos ellos de resolución jurisdiccional: “Sempra Energy International c. República Argentina”, caso Nº ARB/02/16, registrado el 6 de diciembre de 2002; “AES Corporation c. República Argentina”, caso Nº ARB/02/17, registrado el 19 de diciembre de 2002; “Camuzzi International S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/2, registrado el 27 de febrero de 2003; “Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/5, registrado el 7 de abril de 2003; “Camuzzi International S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/7, registrado el 23 de abril de 2003; “Continental Casualty Company c. República Argentina”, ARB/03/9, registrado el 22 de mayo de 2003; “Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/10, registrado el 29 de mayo de 2003; “Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/12, registrado el 5 de junio de 2003; “Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/13, registrado el 6 de junio de 2003; “El Paso Energy International Company c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/15, registrado el 12 de junio de 2003; “Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. República

sostenido en el CIADI *“que tales reclamos no encuadran en el objeto perseguido por los Estados signatarios de los tratados al momento de firmarlos. En efecto, en ninguno de los casos se ha producido un acto expropiatorio, ni se ha discriminado al inversor extranjero o a la empresa extranjera con relación a los nacionales, ni se ha impedido o dificultado el acceso a la justicia argentina, con renuncia a cualquier otro fuero, para el supuesto de conflicto”*<sup>269</sup>.

El actual ministro de Justicia, Horacio Rosatti, en una entrevista concedida a Clarín defiende la postura argentina antes mencionada. Entre otras cuestiones, alude que el mecanismo arbitral del CIADI no sirve para resolver situaciones como la que está pasando nuestro país, ya que el mismo fue pensado para solucionar un número limitado de casos: *“Hay que considerar que el que tiene que pagar es el mismo demandado: el Estado argentino. Si se hace lugar a cada demanda por separado, puede llegarse al absurdo de que termine no cobrando nadie. Otro absurdo: no puede ser que un constructor particular de autopartes de un país le venda a un transportista argentino X cantidad de carrocerías y se las financie, con el dólar 1 a 1, y cuando esto cambia se demande al Estado en un tribunal extranjero, en lugar de ser un juicio de Juan contra Pedro en un tribunal argentino, como correspondería. Porque si no, todos vamos a tener siempre una conexión de extranjería, todo va a ser siempre una inversión, y un préstamo de 100 pesos tendría que ir al CIADI, con lo cual vaciaríamos la jurisdicción nacional [...]”*<sup>270</sup>.

Preguntado que fue respecto de la posición oficial de Argentina en relación a las demandas planteadas, el ministro dijo: *“Un eje es la invocación del estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad en el derecho público internacional y también en los tratados bilaterales de inversión [...]. Además, mostramos que no hubo expropiación, porque no hubo desapoderamiento de activos ni se impuso un gerenciamiento estatal. Hay una diferencia tarifaria que se está renegociando, pero de ningún modo puede decirse que ha habido una expropiación en la inversión [...]”*<sup>271</sup>.

---

Argentina”, caso Nº ARB/03/17, registrado el 17 de julio de 2003; “Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/18, registrado el 17 de julio de 2003; “Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/19, registrado el 17 de julio de 2003; “Telefónica S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/20, registrado el 21 de julio de 2003; “Enersis, S.A. and others c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/21, registrado el 22 de julio de 2003; “Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/22, registrado el 12 de agosto de 2003; “EDF International S.A., SAUR International S.A. and Léon Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/23, registrado el 12 de agosto de 2003; “Unisys Corporation c. República Argentina, caso Nº ARB/03/27, registrado el 15 de octubre de 2003; “Azurix Corp. c. República Argentina”, caso Nº ARB/03/30, registrado el 8 de diciembre de 2003; “Total S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/04/1, registrado el 22 de enero de 2004; “SAUR International c. República Argentina”, caso Nº ARB/04/4, registrado el 27 de enero de 2004; “BP America Production Company and others c. República Argentina”, caso Nº ARB/04/8, registrado el 27 de febrero de 2004; “CIT Group Inc. c. República Argentina”, caso Nº ARB/04/9, registrado el 27 de febrero de 2004; “Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina”, caso Nº ARB/04/14, registrado el 15 de julio de 2004; “Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/04/16, registrado el 5 de agosto de 2004; “France Telecom S.A. c. República Argentina”, caso Nº ARB/04/18, registrado el 26 de agosto de 2004; “RGA Reinsurance Company c. República Argentina, caso Nº ARB/04/20, registrado el 11 de noviembre de 2004; “Daimler Chrysler Services AG c. República Argentina”, caso Nº ARB/05/1, registrado el 14 de enero de 2005. Fuente: “List of Pending Cases”, ICSID, accessible desde <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

<sup>269</sup> Véase: “Posición de la República sobre las presentaciones realizadas por empresas ante el CIADI”, Comunicado de Prensa de la Dirección de Prensa y Difusión del Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 14 de octubre de 2004.

<sup>270</sup> Entrevista de Mabel Thwaites Rey para diario Clarín, suplemento Económico, 30 de enero de 2005, p. 5.

<sup>271</sup> Entrevista de Mabel Thwaites Rey, op. cit., p. 5.



Hay legisladores que plantean que la Argentina debería revisar y denunciar los tratados de inversión. Rosatti sostuvo: “Los tratados, en sí mismos, no son malos. Lo que pasa es que hay un problema grave de interpretación a favor del inversionista y en contra del Estado receptor de la inversión. Si el propio tratado de inversión dice que el estado de necesidad es una causal eximente de responsabilidad, el problema es cuando se lo desconoce. Si la crisis argentina ha sido catalogada como una de las tres crisis más importantes del siglo XX, yo me pregunto si esto no es un estado de necesidad [...]”<sup>272</sup>.

## **b) El caso “Maffezini”**

### **i) A manera de introducción**

Como expresamos anteriormente, los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por la República Argentina prevén dos mecanismos de solución de controversias entre los inversores y el país receptor.

Un primer grupo de acuerdos –incluye los celebrados con Alemania, Austria, España, Reino Unido, Suiza, Canadá, Bélgica y Luxemburgo, Corea e Italia– establecen que, de no arribarse a un acuerdo en el período de consultas amistosas previsto en los respectivos tratados, el inversor debe acudir a los tribunales del Estado receptor de la inversión y recién en caso de no obtener un pronunciamiento dentro de los dieciocho meses podría optar por el arbitraje internacional.

Este mecanismo –resabio indirecto de la Doctrina Calvo– fue modificado a partir del convenio suscripto el 3 de julio de 1991 con la República Francesa, lo que les otorgó a los inversores la posibilidad de someter directamente la controversia a arbitraje internacional sin necesidad de utilizar previamente los procedimientos locales.

En consecuencia, bajo el esquema adoptado por la República Argentina a partir de ese momento, en la mayor parte de los Tratados Bilaterales de Inversión se prevé la amigable composición en forma obligatoria –normalmente por un plazo establecido en seis meses– durante el cual las partes deben negociar de buena fe una solución y, transcurrido ese lapso, se abre la opción para el inversor –la que una vez ejercida es definitiva– entre el arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI o la constitución de un tribunal *ad hoc*, en general bajo las reglas de CNUDMI.

La dualidad de procedimientos existente trae aparejados innumerables inconvenientes. Podría ocurrir así, por ejemplo, que inversores de distinta nacionalidad en un mismo emprendimiento local tuvieran vías sustancialmente diferentes para solucionar la controversia en materia de inversión y se les exigiese a uno de ellos incurrir en costos y tiempos significativamente superiores y no al otro en función de su distinta nacionalidad y los términos del tratado suscripto.

---

<sup>272</sup> Entrevista de Mabel Thwaites Rey, op. cit., p. 6.

Similar situación podría presentarse en conflictos que involucren a diversas empresas competidoras en la medida en que la nacionalidad de los inversores extranjeros torne de aplicación convenios con diferencias como las expresadas.

En ese contexto, la decisión adoptada por un tribunal arbitral constituido bajo el Convenio CIADI durante el año 2000 al resolver las objeciones a su jurisdicción ante el reclamo efectuado por un inversor argentino contra el Reino de España adquiere singular relevancia.

## **ii) El caso en cuestión**

La acción promovida por Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España<sup>273</sup> reviste interés tanto por la cuestión objeto de comentario específico –la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida en relación con la jurisdicción del CIADI– como por tratarse de la primera controversia planteada por un inversor argentino contra un país convertido en los últimos años en exportador de capitales como España.

Esta controversia –en la que el inversor argentino obtuvo una compensación parcial de su reclamo– ratifica la importancia de los mecanismos de solución de controversia existentes en los Tratados Bilaterales de Inversión y su aptitud para ser utilizados no sólo por inversores de países tradicionalmente exportadores de capital, sino también por nacionales de países en desarrollo en conflictos suscitados con aquellas naciones.

Los procedimientos arbitrales se iniciaron ante la denuncia por parte del señor Maffezini de la existencia de una controversia ante el tratamiento recibido por su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región de Galicia. En su solicitud de arbitraje, el actor invocó las disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España (aprobado por ley 24.124/92) y -mediante la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida contenida en el Tratado Bilateral de Inversión Argentina-España– las disposiciones del Tratado Chile - España.

El Reino de España objetó la jurisdicción del CIADI y la competencia del tribunal arbitral. La objeción española se basó sobre que (i) el Artículo X (3) (a) del convenio Argentina-España exigía el agotamiento de ciertos recursos internos en España a los que el actor no dio cumplimiento y que (ii) el actor no presentó el caso ante los tribunales españoles antes de someterlo a arbitraje internacional como lo exige el Artículo X (2) del mencionado instrumento<sup>274</sup>.

En ocasión de decidir respecto de su jurisdicción, el tribunal arbitral consideró que el Artículo X del Tratado Argentina - España (a) no exige el agotamiento de los recursos internos, sino únicamente su utilización y que la controversia subsista transcurridos dieciocho meses y (b) que el planteo de ella ante los tribunales locales en ningún caso podría vedar al actor la posibilidad de recurrir posteriormente al tribunal arbitral, aunque ello no relevara al actor de iniciar el proceso ante el tribunal local<sup>275</sup>.

<sup>273</sup> "Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España", caso N° ARB/97/7, fallado el 13 de noviembre de 2000 y modificado parcialmente el 31 de enero de 2001.

<sup>274</sup> Párrafo 20 de la decisión del Tribunal arbitral sobre excepciones a la jurisdicción del 25 de enero de 2000.

<sup>275</sup> Párrafos 19 a 37 de la decisión.

Sin embargo, en atención a la invocación de la cláusula de Nación más favorecida existente en el Artículo IV del convenio Argentina - España, examinó las previsiones del Tratado Bilateral Argentina - España que exigen someter la controversia a la jurisdicción local por un término de dieciocho meses ante la declaración del actor de que no existía una previsión similar en el Tratado Bilateral de Inversiones Chile - España; que –como consecuencia de ello– los inversores chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y que la cláusula de nación más favorecida contenida en el Tratado Argentina - España le otorgaba la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales españoles<sup>276</sup>.

Admitiendo su jurisdicción para entender en el caso, el tribunal arbitral destacó que:

(i) actualmente, los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados a la protección de inversores extranjeros<sup>277</sup>;

(ii) si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquéllas del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la Nación más favorecida, pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*;

(iii) si bien al momento de negociar el convenio Argentina todavía procuraba exigir alguna forma de agotamiento previo de recursos internos –mientras que España apoyaba la política de un derecho de sometimiento directo al arbitraje–, aquélla abandonó más tarde su política anterior y, al igual que España y Chile, aceptó las disposiciones de los tratados que contemplaban el sometimiento directo de las controversias al arbitraje después de un período de negociaciones<sup>278</sup>;

(iv) el examen de los distintos Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por España indica que la práctica preferida por esa nación es permitir el arbitraje después de tratar de alcanzar una solución amigable durante seis meses, tal como ocurre en el convenio Chile - España;

(v) el Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España es, de los tratados españoles, el que mayor extensión otorga a la cláusula de Nación más favorecida<sup>279</sup>;

(vi) el inversor extranjero no podría dejar sin efecto la consideración de política pública establecida por los países contratantes recurriendo a la utilización de otro tratado que exige el agotamiento de los recursos internos sin cumplirlo, a un acuerdo que otorgue una opción entre la jurisdicción local y el arbitraje internacional en forma definitiva e irrevocable sin hacer caso de ella o apartándose del mecanismo arbitral previsto en el tratado cuya invocación se pretende<sup>280</sup>.

En función de ello, el tribunal concluyó que el señor Maffezini tenía derecho a someter la controversia al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles en tanto la

---

<sup>276</sup> Párrafos 39 a 40 de la decisión.

<sup>277</sup> Párrafo 54 de la decisión.

<sup>278</sup> Párrafo 57 de la decisión.

<sup>279</sup> Párrafo 60 de la decisión.

<sup>280</sup> Párrafo 63 de la decisión.

exigencia de recurrir previamente a ellos contenida en el Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España no respondía a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes<sup>281</sup>.

### iii) Acerca de la decisión adoptada

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

Si bien no puede todavía considerarse que la decisión referida haya sentado una línea jurisprudencial irreversible, ella tendrá, sin lugar a dudas, efectos significativos en el futuro. En ese sentido, similar problemática a la resuelta en favor del inversor argentino en el caso “Maffezini” ha sido planteada recientemente en un arbitraje actualmente en curso contra la Argentina<sup>282</sup> en función de una cláusula arbitral similar a la prevista en el Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España, existente en el convenio Argentina – Alemania (aprobado por ley 24.098/92).

En algunos casos, se ha argumentado, asimismo, que períodos de espera como el existente en el convenio bilateral Argentina - España no son, en realidad, previsiones de naturaleza jurisdiccional, sino más bien reglas de procedimiento designadas para facilitar la solución de las disputas dentro de un marco limitado de tiempo, y su cumplimiento no debiera resultar exigible si –como ocurre en función de la duración de los procesos judiciales y los costos involucrados en ellos– el mecanismo alternativo se transforma en la práctica en un mero ritualismo sin utilidad.

### c) Argentina y la CNUDMI

Pero no solo ante el CIADI nuestro país tiene radicadas demandas. Empresas británicas entablaron reclamos a Argentina ante tribunales *ad hoc* de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Según fuentes de la Procuración del Tesoro de la Nación, el número de demandas a febrero de 2005 ante tribunales de CNUDMI es cinco.

Según el tratado bilateral suscripto entre nuestro país y el Reino Unido de Gran Bretaña (aprobado por ley 24.184/92), ante alguna diferencia de una empresa británica con nuestro país, el primer tribunal a recurrir es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones<sup>283</sup>.

Pero como ya hemos estudiado, debe existir común acuerdo en este punto antes de plantear el reclamo. Como segunda opción se fijó la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>284</sup>.

<sup>281</sup> Párrafo 64 de la decisión.

<sup>282</sup> “Siemens A.G. c. República Argentina”, caso N° ARB/02/8, registrado el 17 de julio de 2002.

<sup>283</sup> Véase artículo 8 (3) a) del Tratado Bilateral de Inversión Argentina – Gran Bretaña, aprobado por ley 24.184.

<sup>284</sup> Véase artículo 8 (3) b) del Tratado Bilateral de Inversión Argentina – Gran Bretaña, aprobado por ley 24.184.

Como Argentina no les reconoció a los inversores extranjeros jurisdicción ante el Centro, *BG Group*, *National Grid* y *United Utilities International Limited* presentaron su queja ante el organismo jurídico especializado de las Naciones Unidas y solicitaron la formación de un tribunal *ad hoc* para atender sus casos.

Según fuentes periodísticas, BG Group, que en Argentina controla el 70 por ciento de la distribuidora porteña de gas Metrogas, presentó su denuncia contra Argentina en febrero de 2002, al mes de haberse declarado la emergencia económica y el congelamiento de las tarifas. Su reclamo es por u\$s 200 millones. Todavía no se constituyó el tribunal<sup>285</sup>.

Por su parte, National Grid, la británica ex accionista de la transportista de electricidad, Transener, se acercó al CNUDMI el 10 de abril de 2002. Reclama 92,5 millones de libras esterlinas (u\$s 151,3 millones) que perdió por el congelamiento de las tarifas y la no aplicación del ajuste automático de tarifas según la inflación mayorista de Estados Unidos PPI y que estaba previsto en los contratos de concesión. Ya se constituyó el tribunal<sup>286</sup>.

La última empresa británica mencionada más arriba, controla el 45 por ciento de Empresa Distribuidora de Energía Atlántica (EDEA) de la provincia de Buenos Aires. El monto de su demanda asciende a u\$s 100 millones. La causa aún no tiene tribunal<sup>287</sup>.

#### **d) La UN.A.D.AR.**

Muestra de la preocupación manifestada a raíz del creciente número de casos en un lapso relativamente breve, fue, a nuestro criterio, la creación en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>288</sup> por Decreto 965/2003 (de fecha 24/10/2003) de la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral (UN.A.D.AR.), que tiene por objetivo elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa derivada de controversias planteadas por inversores extranjeros y en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento en los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (artículo 2, primer párrafo).

Por su parte, el Decreto establece que la UN.A.D.AR. será presidida por el Titular de la Procuración del Tesoro de la Nación y estará integrada por el responsable del área de Asuntos Internacionales de dicho organismo, por dos representantes del Ministerio de Economía y Producción, dos representantes del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (artículo 3, primer párrafo).

<sup>285</sup> Alejandro Bianchi; "Juicios por u\$s 450 millones contra la Argentina en Naciones Unidas" en *Diario El Cronista*, sección Economía y Política, Buenos Aires, 29 de noviembre de 2004, p. 13.

<sup>286</sup> Alejandro Bianchi; "Juicios por u\$s 450 millones...", op. cit., p. 13.

<sup>287</sup> Alejandro Bianchi; "Juicios por u\$s 450 millones...", op. cit., p. 13.

<sup>288</sup> La Procuración del Tesoro es la asesoría jurídica de más alto rango del Presidente de la Nación y de los funcionarios de la Administración Pública Nacional. Como tal, asesora al Presidente y a dichos funcionarios por medio de dictámenes, representa al Estado Nacional en juicio dadas ciertas condiciones, audita y registra los juicios en los que el Estado Nacional es parte, instruye sumarios a los funcionarios de las dos más altas categorías de la Administración que tengan funciones ejecutivas y capacita a los abogados del Estado y a los aspirantes a serlo.

## Conclusiones

La inversión internacional es un factor de suma importancia para el crecimiento económico de un país. Sin embargo, por diversas razones a lo largo de la historia, la actitud ambigua y ambivalente de los países frente a la protección del inversor extranjero constituyó un elemento de incertidumbre que afectó, en algún grado, el volumen de ese flujo de recursos.

El fenómeno de la globalización ha modificado el comportamiento tradicional de muchos de los actores internacionales, entre ellos, el del Estado. Hasta hace no mucho tiempo considerábamos a éste como el único actor del sistema internacional: hoy debemos aprender a razonar y actuar en términos de fenómenos transnacionales de todo orden.

Este proceso ha tenido como correlato en el marco jurídico una gran expansión de organismos y regímenes internacionales específicos, así como de espacios de integración económica. Tales organismos y regímenes que caracterizan a la actual comunidad internacional demuestran, paralelamente, un incremento de la "juridicidad" de las relaciones internacionales, aumentando el ámbito de aplicación del Derecho Internacional.

En este orden de ideas, la vinculación entre el Derecho Internacional y el derecho interno de los Estados plantea nuevas cuestiones. En efecto, las normas de derecho interno condicionan la práctica de los Estados en el Derecho Internacional influyendo en la formación de sus reglas. Por su parte, el Derecho Internacional genera obligaciones a los Estados que, en muchos casos, conllevan la necesidad de modificar o complementar su derecho interno. Esta interacción la vemos claramente en el Derecho Comercial Internacional.

Antiguamente, sobre la base de la premisa que cada Estado detentaba y ejercía libremente una soberanía total y permanente sobre todas sus riquezas, recursos naturales y actividades económicas, incluso la posesión y derecho de utilizarlos y disponer de ellos, se sostenía la vigencia de tres derechos en beneficio de cada Estado: a) reglamentar las

inversiones extranjeras en los límites de su jurisdicción nacional; b) reglamentar y vigilar las actividades de las sociedades transnacionales en los límites de su jurisdicción nacional y c) nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de los bienes extranjeros.

De esta forma, ningún Estado se vería obligado a conceder un trato privilegiado a las inversiones extranjeras, ya que las mismas estaban sometidas únicamente al derecho interno, no pudiendo aspirar más que al trato nacional. Por otra parte, las nacionalizaciones se regían exclusivamente por el derecho interno, incluso en lo referido al monto de la compensación, y cualquier desacuerdo que pudiese surgir por ese motivo debía ser solucionado conforme a la legislación nacional del Estado que tomó tales medidas.

Esta premisa se contrapuso con las normas clásicas del Derecho Internacional Público, tornando incierto el contenido de las normas consuetudinarias que rigen la propiedad extranjera, quedando el inversor extranjero en estado de desprotección.

La dinámica del flujo de capitales constituye actualmente uno de los aspectos más salientes de la globalización económica y, en este sentido, el problema de la protección del inversor extranjero radica en encontrar el mecanismo que logre salvar tales diferencias, otorgando una protección eficaz y sólida ajustada a los tiempos que corren.

La imposibilidad de alcanzar un acuerdo acerca de la regulación de la inversión extranjera directa debido al significativo desacuerdo entre los países respecto de cuál es el mejor y más eficaz marco normativo y las restricciones a la potestad soberana regulatoria del Estado ha conllevado a generar una endeble protección en desmedro del inversor extranjero. En este contexto, el Derecho Internacional Público no puede intervenir sino en la medida en que los Estados logren consenso, sobre la base de tratados multi o bilaterales.

Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones constituyen instrumentos internacionales a través de los cuales los Estados se comprometen a garantizar al inversor extranjero un "estándar" de tratamiento y protección reconocido a nivel internacional, que consiste en abstenerse de perturbar o interferir en la gestión económica de la inversión a través de medidas discriminatorias o arbitrarias, de nacionalizar o expropiar sino bajo ciertas condiciones, de interferir en las transferencias de capital relacionados con la inversión, hacia o desde el territorio donde se ha establecido.

De esta manera vemos que las obligaciones internacionales que surgen de estos tratados imponen límites a la potestad regulatoria del Estado sobre los bienes, la operación de la inversión, y, en general, sobre la actividad económica.

El inversor extranjero requiere que el Estado receptor de la inversión garantice predictibilidad, es decir, seguridad jurídica.

Asimismo, la característica de generalidad de las normas de tratamiento y protección contenidas en estos convenios bilaterales, las transforman en idóneas para ser aplicadas a los inversores extranjeros en cualquier sector de la actividad económica, lo cual conlleva una importante extensión en el margen de protección proporcionado por estos tratados.

Si bien no se nos escapa que esta “generalidad” hace que, de alguna manera, la determinación del contenido quede librado a la decisión del tribunal llamado a decidir en el caso concreto, entendemos que el “estándar mínimo” está asegurado en la medida que son normas cuyo contenido ningún tribunal puede desconocer, toda vez que provienen de obligaciones internacionales que asumió el Estado al suscribir el convenio bilateral de inversión.

De esta forma, dado el carácter genérico de estas normas de tratamiento y protección, la labor de interpretación del tribunal que entienda en el pleito adquiere una mayor gravitación de la que es habitual el ámbito del derecho interno.

Es en este contexto que consideramos vital el rol del arbitraje internacional como mecanismo idóneo para la solución de controversias Estado – inversor extranjero.

Según lo que hemos podido observar a lo largo del trabajo, las normas de los Tratados Bilaterales de Inversión, dejan un amplio margen de discreción al tercero llamado a decidir, adquiriendo gran relevancia y trascendencia el mecanismo de resolución de controversias.

El arbitraje internacional como método de solución de controversias en materia de inversiones persigue la “despolitización” de la solución y la consiguiente “juridización” del proceso, descartando la vía diplomática.

La delgada línea que separa la jurisdicción interna de la internacional ante el actual proceso de globalización provoca que, en principio, temas reservados a la regulación del derecho interno pasen a ser regulados también por normas internacionales. Es esta interdependencia la que lleva a analizar cuestiones como la que nos convoca en particular.

Esta tendencia es clara en el ámbito del comercio internacional y, en particular, en materia de inversiones extranjeras, donde la jurisdicción exclusiva del Estado cede, progresivamente, frente a la expansión de la instancia arbitral internacional, ante la convicción del inversor extranjero que sus derechos serán mejor y más efectivamente resguardados en sede internacional.

El sistema de solución de controversias contenido en estos convenios constituye una garantía jurisdiccional adicional en el ámbito internacional.

Si bien el carácter exclusivo del derecho de opción deja a salvo la autonomía del Estado y del inversor extranjero para convenir los medios de resolución que consideren acordes con las características específicas de cada operación económica, la realidad ha demostrado que esta circunstancia no siempre ha sido interpretada de ese modo por el inversor extranjero.

La experiencia recogida por la Argentina demuestra que la mayoría de los reclamos registrados en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones derivaron de diferencias contractuales, en las que estipulaba expresamente la jurisdicción



nacional. Aun en estos casos, el Estado argentino debió afrontar un procedimiento arbitral con las implicancias políticas y económicas que esta situación conlleva.

Por ello, las diferencias contractuales que no impliquen una violación de una obligación asumida por el Estado en el tratado, deberán ser expresamente exceptuadas del sistema de solución de controversias Estado – inversor extranjero.

Históricamente, los inversores han procurado que se establezca un régimen jurídico que los proteja de riesgos excepcionales, y por su parte, los Estados receptores han demostrado cierta inquietud ante la posibilidad de que importantes sectores de su economía pasen a manos de empresas sometidas a control extranjero en cuestiones que tocan a los intereses esenciales de la comunidad.

A nuestro criterio los Tratados Bilaterales de Inversión logran “armonizar” estos intereses. Dentro del espacio integrado del Mercosur, la protección está asegurada con los protocolos de promoción y protección de inversiones intra y extrazona. De los países del Mercosur, la República Argentina ha sido el país que más ha avanzado en la suscripción de estos convenios en pos de la protección del inversor extranjero, cuestión reflejada en demandas de inversores argentinos a otros Estados, cuanto en demandas de inversores extranjeros al Estado argentino.

Finalmente, consideramos probable que el régimen jurídico convencional de protección del inversor extranjero pueda evolucionar hacia sistemas más amplios y comprensivos de carácter multilateral, otorgando gran relevancia al arbitraje internacional como la instancia central de solución de diferencias sobre inversión.

## ANEXO I

A continuación, se enumeran las leyes que aprueban los tratados suscriptos por Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, ordenados alfabéticamente por país:

PAÍS	NORMATIVA	SANCIÓN	PAÍS	NORMATIVA	SANCIÓN
Alemania	Ley 24.098	10/06/1992	Italia	Ley 24.122	26/08/1992
Armenia	Ley 24.395	09/11/1994	Jamaica	Ley 24.549	13/09/1995
Australia	Ley 24.728	07/11/1992	Lituania	Ley 24.984	03/06/1998
Austria	Ley 24.328	11/05/1994	Luxemburgo	Ley 24.123	26/08/1992
Bolivia	Ley 24.458	08/02/1995	Malasia	Ley 24.613	07/12/1995
Bulgaria	Ley 24.401	09/11/1994	Marruecos	Ley 24.890	05/11/1997
Canadá	Ley 24.125	26/08/1992	México	Ley 24.972	20/05/1998
China	Ley 24.325	11/05/1994	Nicaragua	Ley 25.351	01/11/2000
Corea	Ley 24.682	14/08/1996	Países Bajos	Ley 24.352	28/07/1994
Costa Rica	Ley 25.139	04/08/1999	Panamá	Ley 24.971	20/05/1998
Croacia	Ley 24.563	20/09/1995	Perú	Ley 24.680	14/08/1996
Cuba	Ley 24.770	19/02/1997	Polonia	Ley 24.101	10/06/1992
Dinamarca	Ley 24.397	09/11/1994	Portugal	Ley 24.593	15/11/1995
Ecuador	Ley 24.459	08/02/1995	Reino Unido	Ley 24.184	04/11/1992
Egipto	Ley 24.248	13/10/1993	Rep. Checa	Ley 24.983	03/06/1998
El Salvador	Ley 25.023	20/10/1998	Rumania	Ley 24.456	08/02/1995
España	Ley 24.118	05/08/1992	Senegal	Ley 24.396	09/11/1994
EE.UU.	Ley 24.124	26/08/1992	Sudáfrica	Ley 25.352	01/11/2000
Fed. de Rusia	Ley 25.353	01/11/2000	Suecia	Ley 24.117	05/08/1992
Finlandia	Ley 24.614	07/12/1995	Suiza	Ley 24.099	10/06/1992
Francia	Ley 24.100	10/06/1992	Túnez	Ley 24.394	09/11/1994
Guatemala	Ley 25.350	01/11/2000	Turquía	Ley 24.340	09/06/1994
Hungría	Ley 24.335	02/06/1994	Ucrania	Ley 24.681	14/08/1996
Indonesia	Ley 24.814	23/04/1997	Venezuela	Ley 24.457	08/02/1995
Israel	Ley 24.771	19/02/1997	Vietnam	Ley 24.778	14/04/1997

A continuación se enumeran los 17 convenios amplios suscriptos por la República Argentina a fin de evitar la “doble imposición” y prevenir la evasión fiscal; de los cuales 15 ya están en plena vigencia:

PAÍS	NORMATIVA	VIGENCIA	PAÍS	NORMATIVA	SANCIÓN
Alemania	Ley 22.025	25/11/79	España	Ley 24.258	27/07/94
Austria	Ley 22.589	18/01/83	Finlandia	Ley 24.654	05/12/96
Bélgica	Ley 24.850	21/07/99	Francia	Ley 22.357	01/03/81
Bolivia	Ley 21.780	04/06/79	Italia	Ley 22.747	15/12/83
Brasil	Ley 22.675	07/12/82	Países Bajos	Ley 24.933	11/02/98
Canadá	Ley 24.398	30/12/94	Reino Unido	Ley 24.727	01/08/97
Chile	Ley 23.228	19/12/85	Suecia	Ley 24.795	10/05/97
Dinamarca	Ley 24.838	03/09/97			

Fuente: Agencia de Desarrollo de Inversiones – República Argentina [enero de 2005]

<http://www.inversiones.gov.ar>

## ANEXO II

### TRATADOS

#### Ley N° 24.098

**Apruébase el Tratado suscrito con la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.**

Sancionada: Junio 10 de 1992.

Promulgada: Junio 30 de 1992.

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

**ARTICULO 1°** — Apruébase el TRATADO ENTRE LA REPUBLICA ARGENTINA Y LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES, que consta de DOCE (12) artículos, UN (1) Protocolo y DOS (2) Acuerdos por Canje de Notas, suscrito en Bonn (REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA) el 9 de abril de 1991, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

**ARTICULO 2°** — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIEZ DIAS DEL MES DE JUNIO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS.

Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones

EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DE ALEMANIA,

CON EL DESEO de intensificar la cooperación económica entre ambos Estados.

CON EL PROPOSITO de crear condiciones favorables para las inversiones de los nacionales o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado,

RECONOCIENDO que la promoción y la protección de esas inversiones mediante un tratado pueden servir para estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos,

HAN CONVENIDO lo siguiente:

Artículo 1

A los fines del presente Tratado

(1) El concepto de "inversiones" designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio la inversión se realizó de conformidad con este Tratado; en particular, pero no exclusivamente, esto incluye:

a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas y derechos de prenda;

b) las acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades;

c) los derechos a fondos empleados para crear un valor económico o a prestaciones que tengan un valor económico;

d) los derechos de propiedad intelectual, tales como los derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos industriales y comerciales, marcas, nombres comerciales, secretos industriales y comerciales, procedimientos tecnológicos, know how y valor llave;

e) las concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación.

(2) El concepto de "ganancias" designa las sumas obtenidas de una inversión, tales como las participaciones en los beneficios, los dividendos, los intereses, los derechos de licencia y otras remuneraciones.

(3) El concepto de "nacionales" designa:

a) con referencia a la República Federal de Alemania:

los alemanes en el sentido de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania;

b) con referencia a la República Argentina:

los argentinos en el sentido de las disposiciones legales vigentes en Argentina.

(4) El concepto de "sociedades" designa todas las personas jurídicas, así como todas las sociedades comerciales y demás sociedades o asociaciones con o sin personería jurídica que tengan su sede en el territorio de una de las Partes Contratantes, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro.

## Artículo 2

(1) Cada una de las Partes Contratantes promoverá las inversiones dentro de su territorio de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. En todo caso tratará las inversiones justa y equitativamente.

(2) Las inversiones realizadas por nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con las leyes y reglamentaciones de esta última gozarán de la plena protección de este Tratado.

(3) Ninguna de las Partes Contratantes perjudicará en su territorio la administración, la utilización, el uso o el goce de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.

### Artículo 3

(1) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

(2) Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados.

(3) Dicho trato no se extenderá a los privilegios que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales y sociedades de terceros Estados por formar parte de una unión aduanera o económica, un mercado común o una zona de libre comercio.

(4) El trato acordado por el presente artículo no se extenderá a las ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros Estados como consecuencia de un acuerdo para evitar la doble imposición o de otros acuerdos en materia impositiva.

### Artículo 4

(1) Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante.

(2) Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de utilidad pública, y deberán en tal caso ser indemnizadas. La indemnización deberá corresponder al valor de la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de hacerse pública la expropiación efectiva o inminente, la nacionalización o la medida equivalente. La indemnización deberá abonarse sin demora y devengará intereses hasta la fecha de su pago según el tipo usual de interés bancario; deberá ser efectivamente realizable y libremente transferible. La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la indemnización, deberán ser revisables en procedimiento judicial ordinario.

(3) Los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas en sus inversiones por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o insurrección en el territorio de la otra Parte Contratante, no serán tratados por ésta menos favorablemente que sus propios nacionales o sociedades en lo referente a restituciones, compensaciones, indemnizaciones u otros resarcimientos. Estos pagos deberán ser libremente transferibles.

(4) En lo concerniente a las materias regidas por el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación más favorecida.

### Artículo 5

(1) Cada Parte Contratante garantizará a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión, especialmente:

a) del capital y de las sumas adicionales para el mantenimiento o ampliación de la inversión de capital;

b) de las ganancias;

c) de la amortización de los préstamos definidos en el inciso c) del apartado 1 del artículo 1;

d) del producto de la venta o liquidación total o parcial de la inversión;

e) de las indemnizaciones previstas en el artículo 4.

(2) La transferencia se efectuará sin demora de acuerdo a los procedimientos establecidos en el territorio de cada Parte Contratante y al tipo de cambio aplicable en cada caso. Dicho tipo de cambio no deberá diferir sustancialmente del tipo cruzado (cross rate) resultante de los tipos de cambio que el Fondo Monetario Internacional aplicaría si en la fecha del pago cambiaran las monedas de los países interesados en derechos especiales de giro.

#### Artículo 6

Si una Parte Contratante realiza pagos a sus nacionales o sociedades en virtud de una garantía otorgada por una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última, sin perjuicio de los derechos que en virtud del artículo 9 corresponden a la primera Parte Contratante, reconocerá el traspaso de todos los derechos de aquellos nacionales o sociedades a la primera Parte Contratante, bien sea por disposición legal o por acto jurídico. Asimismo, la otra Parte Contratante reconocerá la causa y el alcance de la subrogación de la primera Parte Contratante en todos estos derechos del titular anterior. Para la transferencia de los pagos en virtud de los derechos transferidos regirá mutatis mutandis el artículo 5.

#### Artículo 7

(1) Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del derecho internacional no contempladas en el presente Tratado, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea más favorable.

(2) Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.

#### Artículo 8

El presente Tratado se aplicará también a los asuntos surgidos después de su entrada en vigor en relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de una

Parte Contratante conforme a las leyes y reglamentaciones de la otra Parte Contratante en el territorio de esta última antes de la entrada en vigor del mismo.

#### Artículo 9

(1) Las controversias que surgieren entre las Partes Contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente Tratado deberán, en lo posible, ser dirimidas por los Gobiernos de ambas Partes Contratantes.

(2) Si una controversia no pudiere ser dirimida de esa manera, será sometida a un tribunal arbitral a petición de una de las Partes Contratantes.

(3) El tribunal arbitral será constituido ad hoc; cada Parte Contratante nombrará un miembro, y los dos miembros se pondrán de acuerdo para elegir como presidente a un nacional de un tercer Estado que será nombrado por los Gobiernos de ambas Partes Contratantes. Los miembros serán nombrados dentro de un plazo de dos meses, el Presidente dentro de un plazo de tres meses, después de que una de las Partes Contratantes haya comunicado a la otra que desea someter la controversia a un tribunal arbitral.

(4) Si los plazos previstos en el párrafo 3 no fueren observados, y a falta de otro arreglo, cada Parte Contratante podrá invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a proceder a los nombramientos necesarios. En caso de que el presidente sea nacional de una de las Partes Contratantes o se halle impedido por otra causa, corresponderá al Vicepresidente efectuar los nombramientos. Si el Vicepresidente también fuere nacional de una de las dos Partes Contratantes o si se hallare también impedido, corresponderá al miembro de la Corte que siga inmediatamente en el orden jerárquico y no sea nacional de una de las Partes Contratantes, efectuar los nombramientos.

(5) El tribunal arbitral tomará sus decisiones por mayoría de votos. Sus decisiones serán obligatorias. Cada Parte Contratante sufragará los gastos ocasionados por la actividad de su árbitro, así como los gastos de su representación en el procedimiento arbitral; los gastos del presidente, así como los demás gastos, serán sufragados por partes iguales por las dos Partes Contratantes. Por lo demás, el tribunal arbitral determinará su propio procedimiento.

(6) Si ambas Partes Contratantes fueren también Estados Contratantes del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965, no se podrá, en atención a la disposición del párrafo 1 del artículo 27 de dicho Convenio, acudir al tribunal arbitral arriba previsto cuando el nacional o la sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante hayan llegado a un acuerdo conforme al artículo 25 del Convenio. No quedará afectada la posibilidad de acudir al tribunal arbitral arriba previsto en el caso de que no se respete una decisión del Tribunal de Arbitraje del mencionado Convenio (artículo 27).

#### Artículo 10

(1) Las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

(2) Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.

(3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes;

b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

(4) En los casos previstos por el párrafo 3 anterior las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubiesen acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C. N. U. D. M. I.).

Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento arbitral no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes Contratantes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal arbitral ad hoc antes citado.

(5) 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 Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional.

(6) La sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación.

#### Artículo 11

Las disposiciones del presente Tratado continuarán siendo plenamente aplicables aun en los casos previstos por el artículo 63 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969.

#### Artículo 12

(1) El presente Tratado será ratificado; los instrumentos de ratificación serán canjeados a la mayor brevedad posible en Buenos Aires.

(2) El presente Tratado entrará en vigor un mes después de la fecha en que se haya efectuado el canje de los instrumentos de ratificación. Su validez será de diez años y se prolongará después por tiempo indefinido, a menos que una de las Partes Contratantes comunicara por escrito a la otra su intención de darlo por terminado doce meses antes



de su expiración. Transcurridos diez años, el Tratado podrá denunciarse en cualquier momento, con un preaviso de doce meses.

(3) Para inversiones realizadas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, las disposiciones de los artículos 1 a 11 seguirán rigiendo durante los quince años subsiguientes a dicha fecha.

Hecho en Bonn el día 9 de abril de 1991 en dos originales, en idiomas español y alemán, siendo ambos textos igualmente auténticos.

#### Protocolo

En el acto de la firma del Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre promoción y protección recíproca de inversiones, los plenipotenciarios abajo firmantes han adoptado las siguientes disposiciones, que se consideran como parte integrante del Tratado:

##### (1) Ad artículo 1

a) En lo que concierne al Artículo 1, apartado 1, este Tratado no se aplicará a las inversiones realizadas en la República Argentina por personas físicas que sean nacionales de la otra Parte Contratante si tales personas, a la fecha de la inversión original, han estado domiciliadas desde hace más de dos años en la República Argentina, salvo cuando se pruebe que las inversiones provienen del extranjero.

b) Las ganancias derivadas de inversiones y, en el caso que sean revertidas, las ganancias derivadas de éstas, gozarán de la misma protección que la inversión original.

c) Por "otros tipos de participaciones", según el apartado 1 inciso b) del artículo 1, se entenderán en particular aquellas inversiones de capital que no otorgan a su titular derechos de voto o control.

d) Los derechos a fondos mencionados en el apartado 1 inciso c) del artículo 1 comprenden derechos de préstamos relacionados con una participación y que tengan por su causa y cuantía el carácter de una participación (préstamos cuasi participativos). Sin embargo, no comprenden créditos de terceros, como por ejemplo créditos bancarios con condiciones comerciales.

e) Sin perjuicio de otros procedimientos para determinar la nacionalidad, se considerará en especial como nacional de una Parte Contratante a toda persona que posea un pasaporte nacional extendido por las autoridades competentes de la respectiva Parte Contratante. Este Tratado no se aplicará a los inversores que sean nacionales de ambas Partes Contratantes.

f) Para determinar si el concepto de "sociedades" de acuerdo a lo dispuesto en el apartado 4 de artículo 1 es aplicable, se atenderá a su sede, la cual se entenderá como lugar en el que la sociedad tenga su administración principal.

g) El Tratado se aplicará también a las áreas de la Zona Económica Exclusiva y de la Plataforma Continental sobre las cuales el Derecho Internacional conceda a la Parte Contratante correspondiente derechos de soberanía o jurisdicción.

##### (2) Ad artículo 3

a) Por "actividades" en el sentido del apartado 2 del artículo 3 se considerarán en especial pero no exclusivamente, la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión. Se considerarán en especial pero no exclusivamente como "trato menos favorable" en el sentido del artículo 3 a las medidas menos favorables que afecten la adquisición de materias primas y otros insumos, energía y combustibles, así como medios de producción y de explotación de toda clase o la venta de productos en el interior del país y en el extranjero. No se considerarán como "trato menos favorable" en el sentido del artículo 3 las medidas que se adopten por razones de seguridad interna o externa y orden público, sanidad pública o moralidad.

b) Las disposiciones del artículo 3 no obligan a una Parte Contratante a extender las ventajas, exenciones y reducciones fiscales que, según las leyes tributarias sólo se conceden a las personas naturales y sociedades residentes en su territorio, a las personas naturales y sociedades residentes en el territorio de la otra Parte Contratante.

c) Las Partes Contratantes, de acuerdo con sus disposiciones legales internas, tramitarán con benevolencia las solicitudes de inmigración y residencia de personas de una de las Partes Contratantes que, en relación con una inversión, quieran entrar en el territorio de la otra Parte Contratante; la misma actitud deberá ser observada con respecto a los asalariados de una Parte Contratante que, en relación con una inversión, quieran entrar y residir en el territorio de la otra Parte Contratante para ejercer su actividad como asalariados. Igualmente se tramitarán con benevolencia las solicitudes de permiso de trabajo.

#### (3) Ad artículo 4

El derecho a indemnización existirá asimismo en el caso de que se adopte alguna de las medidas definidas en el artículo 4 respecto de la empresa donde se halla situada la inversión y se produzca como consecuencia de aquélla un severo perjuicio para la inversión.

#### (4) Ad artículo 5

Una transferencia se considera realizada "sin demora" en el sentido del apartado 2 del artículo 5 cuando se ha efectuado dentro del plazo normalmente necesario para el cumplimiento de las formalidades de transferencia. El plazo, que en ningún caso podrá exceder de dos meses, comenzará a correr en el momento de presentación de la correspondiente solicitud formalmente completa.

#### (5) Ad artículo 8

El presente Tratado en ningún caso se aplicará a las reclamaciones o litigios surgidos antes de su vigencia.

(6) Respecto de los transportes de mercancías y personas en relación con inversiones, ninguna de las Partes Contratantes excluirá ni pondrá trabas a las empresas de transporte de la otra Parte Contratante y, en caso necesario, concederá autorizaciones para la realización de los transportes condicionados a las normas de los acuerdos internacionales vigentes entre las Partes Contratantes.

Hecho en Bonn el día 9 de abril de 1991 en dos ejemplares, en lengua española y alemana, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Señor Ministro:

Con motivo de la firma del Tratado sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del 9 de abril de 1991, el Gobierno de la República Argentina tiene el honor de comunicarle al Gobierno de la República Federal de Alemania lo siguiente:

En base al Tratado de Amistad y Cooperación de 1988, o bien, al Tratado para el Establecimiento de una Relación Asociativa Particular de 1987 respectivamente, el Reino de España y la República Italiana otorgan a la República Argentina líneas de crédito concesionales con el objeto de financiar inversiones para la ejecución de inversiones, especialmente con el fin de crear joint ventures en el sector de la pequeña y mediana empresa.

Las solicitudes de financiación para cada proyecto deben ser autorizadas de conformidad con regulaciones argentinas especiales y posteriormente acordadas con la contraparte española o italiana, según el caso.

Como contrapartida la República Argentina se ha comprometido a:

— otorgar la exención arancelaria e impositiva para las importaciones de bienes destinados a inversiones que se financian con los créditos concesionales previstos por los respectivos Tratados.

— no adoptar ninguna medida que impida la repatriación del capital invertido o la libre transferencia de ganancias a partir de inversiones de riesgo para aquellos proyectos que hayan sido financiados según las disposiciones de los citados Tratados.

Estas condiciones especiales se otorgan con el objeto de posibilitar nuevas inversiones para el desarrollo económico de la Argentina en ámbitos cuya promoción es especialmente necesaria.

Las Partes Contratantes interpretan el artículo 3 del Tratado sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de forma tal que la cláusula de la nación más favorecida no se refiere a las condiciones y los privilegios especiales que la República Argentina otorga a inversores extranjeros para los proyectos arriba mencionados.

Sr. Ministro de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania

Hans D. GENSCHER

Bonn

La República Argentina procurará que aquellos inversores alemanes y sus inversiones, que no están sujetos a las condiciones especiales arriba mencionadas, no resulten afectados substancialmente en su capacidad competitiva.

Reciba Ud., Sr. Ministro, las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

Bonn, 9 de abril de 1991

Guido DI TELLA

Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Señor Ministro:

Tengo el honor de acusar recibo de la nota del gobierno de la República Federal de Alemania, de fecha 9 de abril de 1991, cuyo contenido es el siguiente:

"Con motivo del Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre nuestros dos países con fecha 9 de abril de 1991, tengo el honor de comunicarle a Usted lo siguiente:

A partir de la entrada en vigor de dicho Tratado y teniendo en cuenta el principio establecido en su Artículo 5 sobre la libre transferencia de capital y ganancias, las autoridades alemanas cuentan con la posibilidad, después de la presentación por parte de los inversores interesados de una solicitud para garantizar una inversión en Argentina, la cobertura total de tales inversiones de acuerdo con las directivas y condiciones generales vigentes. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de este Tratado dichas autoridades podrán, en adición a las actualmente disponibles, otorgar garantías respecto de las sumas obtenidas de una inversión durante un período determinado, tales como las participaciones en los beneficios, los dividendos y los intereses.

Permítame, Señor Ministro, hacerle llegar las seguridades de mi más alta consideración".

Reitero a Usted, Señor Ministro, las seguridades de mi mayor consideración.

Bonn, 9 de abril de 1991

Guido DI TELLA

Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Sr. Ministro de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania

Hans D. GENSCHER

Bonn

## ANEXO III

### CUERDOS

#### Ley N° 24.100

#### **Apruébase el Acuerdo suscrito con la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones.**

Sancionada: Junio 10 de 1992.

Promulgada: Junio 30 de 1992.

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

**ARTICULO 1°** — Apruébase el ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FRANCESA PARA LA PROMOCION Y LA PROTECCION RECIPROCA DE LAS INVERSIONES, suscrito en París (REPUBLICA FRANCESA) el 3 de julio de 1991, que consta de TRECE (13) artículos y UN (1) Acuerdo por Canje de Notas, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

**ARTICULO 2°** — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS DIEZ DIAS DEL MES DE JUNIO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS.

#### ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FRANCESA PARA LA PROMOCION Y LA PROTECCION RECIPROCA DE LAS INVERSIONES

El Gobierno de la República Argentina y El Gobierno de la República Francesa, en adelante denominados "las Partes Contratantes",

CON EL DESEO de intensificar la cooperación económica entre los dos Estados y de crear las condiciones favorables para las inversiones francesas en la Argentina y las inversiones argentinas en Francia.

CONVENCIDOS que la promoción y la protección de estas inversiones son propicias para estimular las transferencias de capital y de tecnología entre los dos países con vistas al desarrollo económico de ambos,

HAN CONVENIDO las disposiciones siguientes:

#### ARTICULO 1

A los fines de la aplicación del presente Acuerdo:

1. El término "inversiones" designa los activos tales como los bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente:

a) los bienes muebles e inmuebles y todos los derechos reales como hipotecas, privilegios, usufructos, cauciones y derechos análogos;

b) las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, aún minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;

c) las obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga un valor económico;

d) los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial (tales como las patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y diseños industriales), procedimientos técnicos, los nombres registrados y la clientela;

e) las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato, en particular las concesiones relativas a la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, inclusive aquéllas que se sitúan dentro de la zona marítima de las Partes Contratantes.

En el entendimiento que dichos activos deben ser o haber sido invertidos y, respetando las disposiciones del presente Acuerdo, los derechos relativos definidos de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio o zona marítima se efectuó la inversión con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigor del presente Acuerdo.

Ninguna modificación en la forma de la inversión de los activos afectará la calificación de inversión, con la condición que esta modificación no sea contraria a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio o zona marítima se realizó la inversión.

2. El término "inversores" designa:

a) las personas físicas que, de acuerdo a la legislación de una de las Partes Contratantes, son consideradas como sus nacionales,

b) las personas jurídicas constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes de conformidad a la legislación de ésta y que tengan su sede social en ella;

c) las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma.

3. El término "ganancias" designa todas las sumas producidas por una inversión, tales como los beneficios, retribuciones o intereses, durante un período determinado.

Las ganancias de las inversiones y, en caso de reinversión, las ganancias de su reinversión gozan de la misma protección que la inversión.

4. El presente acuerdo se aplica al territorio de cada una de las Partes Contratantes así como a la zona marítima de cada una de las Partes Contratantes, de aquí en más definida como la zona económica y la plataforma continental que se extienden más allá del límite de las aguas territoriales que cada una de las Partes Contratantes y sobre las cuales ellas

poseen derechos soberanos y jurisdicción a los fines de la prospección, explotación y conservación de los recursos naturales conforme con el Derecho Internacional.

## ARTICULO 2

Cada una de las Partes Contratantes admitirá y promoverá, en el marco de su legislación y de las disposiciones del presente Acuerdo, las inversiones que efectúen los inversores de la otra Parte en su territorio y su zona marítima.

## ARTICULO 3

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a otorgar, en su territorio y en su zona marítima, un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte y a hacerlo de manera tal que el ejercicio del derecho así reconocido no sea de hecho ni de derecho obstaculizado.

## ARTICULO 4

Cada Parte Contratante aplicará, en su territorio y en su zona marítima, a los inversores de la otra Parte, en aquello que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores, o el tratamiento acordado a los inversores de la Nación más favorecida si este último fuese más ventajoso. Por la misma razón, los nacionales de una de las Partes Contratantes autorizados a trabajar en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante deberán poder gozar de las facilidades apropiadas para el ejercicio de sus actividades profesionales.

Ese tratamiento no se extenderá a los privilegios que una Parte Contratante acuerde a los inversores de un tercer Estado, en virtud de su participación o de su asociación a una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o cualquier otra forma de organización económica regional.

Asimismo, este tratamiento no se extenderá a los privilegios que una Parte Contratante acuerde a los inversores de un tercer Estado, en virtud de un convenio para evitar la doble imposición o cualquier otro convenio en materia fiscal.

## ARTICULO 5

1. 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 en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el artículo 3 del presente Acuerdo.

2. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

Las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económico normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión.

Esta compensación, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar a la fecha de la desposesión. Esta compensación será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Y producirá intereses calculados a una tasa apropiada hasta la fecha de su pago.

3. Los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones hubiesen sufrido pérdidas a causa de una guerra o de cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o rebelión ocurrido en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante, recibirán de esta última un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los de la Nación más favorecida.

#### ARTICULO 6

1. Cada Parte Contratante, en cuyo territorio o zona marítima de los inversores de la otra Parte Contratante hayan efectuado inversiones, otorgará a dichos inversores la libre transferencia de sus activos líquidos, particularmente:

- a) de los beneficios, dividendos y otras ganancias corrientes;
- b) de las sumas necesarias para el reembolso de los préstamos regularmente contraídos directamente ligados a la realización o al desarrollo de la inversión y sus intereses;
- c) del producto de la cesión o de la liquidación total o parcial de la inversión, inclusive las plusvalías del capital invertido;
- d) de las compensaciones pagadas en ejecución del artículo 5;
- e) de las remuneraciones relativas a los derechos intangibles designados en el párrafo 1 apartados d) y e) del artículo 1;

Los nacionales de cada una de las Partes Contratantes que han sido autorizados para trabajar en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante con relación a una inversión admitida, serán igualmente autorizados a transferir a sus respectivos países de origen una parte apropiada de su remuneración.

2. Las transferencias a las cuales se refieren los párrafos precedentes se efectuarán sin demora al tipo de cambio normal aplicable a la fecha de la transferencia, conforme con los procedimientos previstos por la legislación del país en cuestión, entendiéndose que ellos no podrán denegar, suspender o desnaturalizar la libre transferencia.

#### ARTICULO 7

En la medida en que la reglamentación de una de las Partes Contratantes prevea una garantía para las inversiones efectuadas en el extranjero ésta podrá ser acordada, en el marco de un examen caso por caso, a las inversiones efectuadas por los inversores de esta Parte en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte.

Las inversiones efectuadas por los inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte sólo podrán obtener la garantía mencionada en el párrafo anterior cuando hayan obtenido previamente la aprobación de esta última Parte.

#### ARTICULO 8



1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor:

— o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

— o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor:

— al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del C.I.A.D.I.;

— a un tribunal de arbitraje "ad-hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)

4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia—incluidas las normas relativas a conflictos de leyes— y 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.

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia.

## ARTICULO 9

Si una Parte Contratante, en virtud de una garantía dada por una inversión realizada en el territorio en la zona marítima de la otra Parte efectúa pagos a uno de sus inversores, ella quedará, como consecuencia de este hecho, subrogada en los derechos y acciones de ese nacional o esa sociedad, en particular en los derechos definidos en el artículo 8 del presente Acuerdo.

## ARTICULO 10

Las inversiones que hayan sido objeto de un acuerdo especial entre una de las Partes Contratantes y los inversores de la otra Parte Contratante se regirán, sin perjuicio de las disposiciones del presente Acuerdo, por los términos de ese Acuerdo especial en la

medida en que el mismo incluya disposiciones más favorables que las previstas en el presente Acuerdo.

#### ARTICULO 11

1. Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo deberá solucionarse, en lo posible, por la vía diplomática;

2. Si en un plazo de seis meses a partir del momento en que la controversia haya sido planteada por una u otra de las Partes Contratantes ella no hubiera sido solucionada, será sometida, a solicitud de una u otra Parte Contratante, a un tribunal de arbitraje;

3. Dicho tribunal será constituido para cada caso en particular de la manera siguiente:

Cada Parte Contratante designará un árbitro, y los dos árbitros designarán, de común acuerdo, un nacional de un tercer Estado que será nombrado presidente por las dos Partes Contratantes. Todos los árbitros deberán ser nombrados en el término de dos meses a partir de la fecha en la cual una de las Partes Contratantes ha comunicado a la otra Parte Contratante su intención de someter la controversia a arbitraje.

4. Si los plazos previstos en el párrafo 3 no fueran observados y a falta de otro arreglo, una u otra Parte Contratante invitará al Secretario General de las Naciones Unidas a proceder a los nombramientos necesarios. Si el Secretario General fuera nacional de una de las Partes Contratantes o se encuentra impedido de efectuarlos por alguna otra causa, el Secretario General Adjunto más antiguo que no posea la nacionalidad de una de las Partes Contratantes procederá a efectuar las designaciones necesarias.

5. El Tribunal tomará sus decisiones por mayoría de votos. Estas decisiones serán definitivas y ejecutorias de pleno derecho para las Partes Contratantes.

El Tribunal determinará su reglamento. Interpretará la sentencia a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes. A menos que el Tribunal lo disponga de otra manera, teniendo en cuenta circunstancias particulares, los gastos del procedimiento arbitral, inclusive las remuneraciones de los árbitros, serán sufragados por partes iguales por las Partes.

#### ARTICULO 12

El presente Acuerdo no será aplicable a las divergencias o controversias cuyo origen sea anterior a la fecha de la firma del presente Acuerdo.

#### ARTICULO 13

Cada Parte Contratante notificará a la otra el cumplimiento de sus procedimientos internos necesarios para la entrada en vigor del presente Acuerdo, la que tendrá lugar un mes después de la recepción de la última notificación.

El Acuerdo tendrá una duración inicial de diez años; permanecerá en vigor luego de ese período, a menos que una de las Partes lo denuncie por la vía diplomática con un preaviso de un año.

Las inversiones efectuadas durante la vigencia del presente Tratado continuarán sujetas a la protección de sus disposiciones aún después de la expiración del término de validez del presente Acuerdo, durante un período complementario de quince años.

Hecho en París, el tres de julio de 1991, en dos ejemplares originales, cada uno de ellos en los idiomas español y francés, siendo ambos textos igualmente auténticos.

París, 3 de julio de 1991.

Señor Ministro,

Tengo el honor de referirme al Acuerdo suscripto en el día de la fecha entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección de las Inversiones y precisarle que la interpretación de dicho tratado es la siguiente:

1. En lo que concierne al artículo 1, apartado 2, inciso a):

Las disposiciones de los artículos 6 y 8 no se aplicarán a las inversiones de las personas naturales que son nacionales de una Parte Contratante y que, a la fecha de la inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, hayan tenido su domicilio en el territorio de esa Parte Contratante por un período superior a los dos años, a menos que la inversión provenga del exterior.

2. En lo que concierne al artículo 1, apartado 2, inciso c):

Las personas jurídicas que deseen invocar el presente Acuerdo, podrán ser obligadas a proporcionar la prueba de dicho control. Serán aceptados, entre otros, a título de prueba, los hechos siguientes:

1). El carácter de filial de una persona jurídica de una de las Partes Contratantes.

2). Un porcentaje de participación directa o indirecta en el capital de una persona jurídica que permite un control efectivo, tal como, en particular, una participación superior a la mitad en el capital.

3). La posesión directa o indirecta de derechos de votos, que permitan tener una posición determinante en los órganos directivos de la persona jurídica o influir de otro modo de manera decisiva sobre su funcionamiento.

3. En lo concerniente al artículo 3:

a) El principio de trato justo y equitativo debe ser observado en la aplicación de la legislación nacional, particularmente en lo que concierne a la adquisición y transporte de materias primas y de materiales auxiliares, de energía y combustibles, así como de medios de producción y explotación de todo tipo, al igual que la venta y transporte de productos en el interior del país y en el extranjero.

b) Las Partes Contratantes examinarán con benevolencia, en el marco de su legislación interna, las solicitudes de ingreso y de autorización de residencia, trabajo y de circulación presentadas por los nacionales de una Parte Contratante, en relación a una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante.

4. En lo concerniente al artículo 4:

Un inversor no podrá invocar los privilegios acordados a título particular por la República Argentina a las inversiones beneficiarias de financiamiento en condiciones

concesionales en virtud de acuerdos bilaterales concluidos en el marco de la ayuda al desarrollo antes del 30 de junio de 1988.

Le agradeceré tenga a bien confirmarme la conformidad de su Gobierno con el contenido de esta Nota.

Le ruego acepte, Señor Ministro, las seguridades de mi más alta consideración.

## ANEXO IV

### ACUERDOS

#### Ley N° 24.118

#### **Apruébase un Acuerdo suscrito con el Reino de España para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones.**

Sancionada: Agosto 5 de 1992.

Promulgada: Setiembre 3 de 1992.

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

**ARTICULO 1°** — Apruébase el ACUERDO PARA LA PROMOCION Y LA PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES ENTRE LA REPUBLICA ARGENTINA Y EL REINO DE ESPAÑA, suscrito en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991, que consta de ONCE (11) artículos y UN (1) Protocolo, cuya fotocopia autenticada forma parte de la presente ley.

**ARTICULO 2°** — Comuníquese al Poder Ejecutivo. — LUIS A. MARTINEZ. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS CINCO DIAS DEL MES DE AGOSTO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS.

ACUERDO PARA LA PROMOCION Y LA PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES ENTRE LA REPUBLICA ARGENTINA Y EL REINO DE ESPAÑA

La República Argentina y el Reino de España, en adelante "Las Partes"

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio económico de ambos países,

Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las partes en el territorio de la otra, y

Reconociendo que la promoción y la protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimulan las iniciativas en este campo,

Han convenido lo siguiente:

#### ARTICULO I

#### DEFINICIONES

1. — A los fines del presente Acuerdo, el término "inversores" designa:

a) las personas físicas que tengan su domicilio en una de las Partes y la nacionalidad de esa Parte, de conformidad con los acuerdos vigentes en esta materia entre los dos países:

b) las personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte.

2. — El término "inversiones" designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

— acciones y otras formas de participación en sociedades;

— derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico, incluidos los préstamos directamente vinculados a una inversión específica, hayan sido o no capitalizados;

— los bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales tales como hipotecas, privilegios, prendas, usufructos y derechos análogos;

— todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluidas patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y "know-how";

— derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

El contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de haberes estarán determinados por las leyes y reglamentaciones de la Parte en cuyo territorio esté situada la inversión.

Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos deberá afectar su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Acuerdo.

3. — Los términos "rentas de inversión o ganancias" designan los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior, e incluyen, expresamente, beneficios, dividendos e intereses.

4. — El término "territorio" designa el territorio terrestre de cada una de las Partes así como la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extiende fuera del límite del mar territorial de cada una de las Partes sobre la cual éstas tienen o pueden tener, de acuerdo con el derecho internacional, jurisdicción y derechos soberanos a efectos de prospección, explotación y preservación de recursos naturales.

## ARTICULO II

### PROMOCION Y ADMISION

1. — Cada Parte promoverá, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte y admitirá estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.

2. — El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte conforme a las disposiciones legales de la otra Parte en el territorio de esta última. Sin embargo, el

presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor.

### ARTICULO III

#### PROTECCION

1. — Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversores de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

2. — Cada Parte se esforzará por conceder las autorizaciones necesarias en relación con estas inversiones y, en el marco de su legislación, permitirá la ejecución de contratados de licencia de fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa, y otorgará las autorizaciones requeridas en relación con las actividades de consultores o expertos contratados por inversores de la otra Parte.

### ARTICULO IV

#### TRATAMIENTO

1. — Cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte.

2. — En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.

3. — Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una parte conceda a los inversores de un tercer Estado en virtud de su participación en:

— una zona de libre cambio;

— una unión aduanera;

— un mercado común;

— un acuerdo de integración regional; o

— una organización de asistencia económica mutua en virtud de un acuerdo firmado antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo que prevea disposiciones análogas a aquellas que son otorgadas por esa Parte a los participantes de dicha organización.

4. — El tratamiento concedido con arreglo al presente artículo no se extenderá a deducciones y exenciones fiscales u otros privilegios análogos otorgados por cualquiera de las Partes a inversores de terceros países en virtud de un acuerdo para evitar la doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación.

5. — Además de las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo, 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.

### ARTICULO V

## NACIONALIZACION Y EXPROPIACION

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 derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible.

## ARTICULO VI

### TRANSFERENCIA

1. — Cada Parte otorgará a los inversores de la otra Parte, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la posibilidad de transferir libremente las rentas o ganancias y otros pagos relacionados con las inversiones, y en particular, pero no exclusivamente, las siguientes:

- las rentas de inversión o ganancia tal y como han sido definidas en el artículo I;
- las indemnizaciones previstas en el artículo V;
- el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;
- lo sueldos, salarios y demás remuneraciones recibidos por los nacionales de una Parte que hayan obtenido en la otra Parte los correspondientes permisos de trabajo en relación con una inversión.

2. — La libre transferencia tendrá lugar de conformidad con los correspondientes procedimientos establecidos por cada Parte y, en todo caso, dentro de los seis meses a partir de la solicitud. Las Partes no podrán denegar, suspender indefinidamente o desnaturalizar este derecho.

3. — Las transferencias se harán en divisas libremente convertibles.

## ARTICULO VII

### CONDICIONES MAS FAVORABLES

1. — En el caso de que una cuestión estuviera regulada por el presente Acuerdo y también por otro acuerdo internacional del que participen las dos Partes o por el derecho internacional general, se aplicarán a las mismas partes y a sus inversores las normas que sean, en su caso, más favorables,

2. — En el caso de que una Parte, en base a leyes, reglamentos, disposiciones o contratos específicos, hubiera adoptado para inversores de la otra Parte normas más ventajosas que las previstas por el presente Acuerdo, se acordará a los mismos el tratamiento más favorable.

## ARTICULO VIII

### PRINCIPIO DE SUBROGACION



1. — En el caso de que una parte haya otorgado una garantía financiera sobre riesgos no comerciales en relación con una inversión efectuada por un inversor de esta Parte en el territorio de la otra Parte, esa última aceptará la aplicación del principio de subrogación de la primera Parte en los derechos económicos del inversor y no en los derechos reales, desde el momento en que la primera Parte haya realizado un pago con cargo a la garantía concedida.

2. — Esta subrogación hará posible que la primera Parte sea beneficiaria directa de todos los pagos por indemnización a los que pudiese ser acreedor inicial. En ningún caso podrá producirse una subrogación en derechos de propiedad, uso, disfrute o cualquier otro derecho real derivado de la titularidad de la inversión sin la previa obtención de las autorizaciones pertinentes de acuerdo con la legislación sobre inversiones extranjeras vigentes en la Parte donde se realizó la inversión.

## ARTICULO IX

### SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTES CONTRATANTES

1. — Cualquier controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por medios diplomáticos.

2. — Si el conflicto no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones será sometido, a petición de cualquiera de las dos partes, a un Tribunal de Arbitraje.

3. — El Tribunal de Arbitraje se constituirá del siguiente modo: cada Parte designará un árbitro y estos dos árbitros elegirán a un nacional de un tercer Estado como Presidente. Los árbitros serán designados en el plazo de tres meses, y el Presidente en el plazo de cinco meses desde la fecha en que cualquiera de las dos Partes hubiera informado a la otra Parte de su intención de someter el conflicto a un tribunal de arbitraje.

4. — Si una de las Partes no hubiera designado a su árbitro en el plazo fijado, la otra Parte podrá solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que proceda a los nombramientos necesarios. En caso de que el Presidente de la Corte sea nacional de una de las partes o se halle impedido por otra causa, corresponderá al Vicepresidente de la Corte efectuar los nombramientos. Si el Vicepresidente también fuere nacional de una de las dos partes, o si se hallare también impedido, corresponderá al miembro de la Corte que siga inmediatamente en orden de precedencia y no sea nacional de una de las dos Partes efectuar el nombramiento.

5. — El Tribunal de Arbitraje emitirá su decisión en base a las normas del presente Acuerdo, las de otros convenios que rijan entre las Partes, en el derecho vigente en el país en que las inversiones fueron realizadas y en los principios universalmente reconocidos del derecho internacional.

6. — A menos que las Partes lo decidan de otro modo, el Tribunal establecerá su propio procedimiento.

7. — El Tribunal adoptará su decisión por mayoría de votos y aquélla será definitiva y vinculante para ambas Partes.

8. — Cada Parte correrá con los gastos del árbitro por ella designado y los relacionados con su representación en los procedimientos arbitrales. Los demás gastos, incluidos los del Presidente, serán sufragados equitativamente por ambas Partes.

## ARTICULO X

### SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE E INVERSORES DE LA OTRA PARTE

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.

2. — Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

3. — La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo.

o

cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;

b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

4. — En los casos previstos por el párrafo 3 anterior las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)

Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado.

5. — 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.

6. — La sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación.

## ARTICULO XI

### ENTRADA EN VIGOR, PRORROGA Y DENUNCIA

1. — El presente Acuerdo entrará en vigor el día en que los dos Gobiernos se hayan notificado mutuamente que las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales han sido cumplimentadas. Permanecerá en vigor por un período inicial de diez años, y por tácita reconducción, por períodos consecutivos de dos años.

2. — Cada Parte podrá denunciar el presente Acuerdo mediante notificación previa por escrito efectuada seis meses antes de la fecha de su expiración.

3. — En caso de denuncia, las disposiciones previstas en los artículos I al X del presente Acuerdo seguirán aplicándose por un período de diez años a las inversiones efectuadas antes de su denuncia.

Hecho en dos originales en lengua española, que hacen igualmente fe en Buenos Aires, a los 3 días de octubre de 1991.

### PROTOCOLO

Con la firma del Acuerdo para la promoción y la protección recíprocas de inversiones entre la República Argentina y el Reino de España se han asimismo acordado las cláusulas siguientes:

1. — Con referencia a los artículos IV y VII:

La interpretación de los artículos IV y VII del Acuerdo es que las Partes consideran que la aplicación del tratamiento de la Nación más favorecida no se extiende al tratamiento particular que alguna de las Partes reserve a los inversores extranjeros por una inversión realizada en el marco de un financiamiento concesional previsto en un acuerdo bilateral concluido por esa Parte con el país a que pertenezcan los citados inversores, tales como el Tratado del 10 de diciembre de 1987 que instituye la Relación Asociativa Particular entre la Argentina e Italia y el Acuerdo Económico integrante del Tratado General de Cooperación y amistad entre España y la Argentina del 3 de junio de 1988.

2. — Con referencia al artículo VI:

a) La Parte receptora de la inversión facilitará al inversor de la otra Parte o a la sociedad en la que participa el acceso al mercado oficial de divisas en forma no discriminatoria, ajustándose a las mismas condiciones que las sociedades locales en las que no existe participación extranjera, a fin de adquirir las divisas necesarias para realizar las transferencias amparadas en dicho artículo.

b) Las transferencias se realizarán una vez que el inversor haya cumplido con las obligaciones fiscales establecidas por la legislación vigente en la Parte receptora de la inversión.

c) Las Partes se comprometen a facilitar los procedimientos necesarios para efectuar dichas transferencias sin excesiva demora ni restricciones. En particular, no deberá transcurrir más de un plazo de seis meses desde la fecha en que el inversor haya presentado debidamente las solicitudes necesarias para efectuar la transferencia hasta el momento en que dicha transferencia se realice efectivamente. Por lo tanto, cada Parte se

compromete a cumplir con las formalidades necesarias tanto para la compra de divisa como para su transferencia efectiva al extranjero antes del término arriba mencionado.

d) Cada Parte conserva el derecho, en caso de dificultades excepcionales de balanza de pagos, de establecer limitaciones a las transferencias, en forma equitativa, sin discriminaciones y de conformidad con sus obligaciones internacionales. Dicha limitación no podrá exceder, para cada inversor, un período de treinta y seis meses e incluirá la posibilidad de escalonar cada transferencia en varias fracciones por períodos de no más de dieciocho meses.

e) Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, cada Parte otorgará, en todo momento a los inversores de la otra Parte, la libre transferencia de dividendos efectivamente distribuidos, con divisas provenientes de sus exportaciones.

En Buenos Aires, a 3 de octubre de 1991.

## ANEXO V

### TRATADOS

#### Ley N° 24.124

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

Sancionada: Agosto 26 de 1992.

Promulgada de Hecho: Septiembre 21 de 1992.

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

**ARTICULO 1°** — Apruébase el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscripto en Washington, D.C. (Estados Unidos de América) el 14 de noviembre de 1991, que consta de catorce (14) artículos y un protocolo, cuya fotocopia autenticada en idioma español forma parte de la presente ley.

**ARTICULO 2°** — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. — ALBERTO R. PIERRI. — ORALDO BRITOS. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTISEIS DIAS DEL MES DE AGOSTO DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS.

#### TRATADO ENTRE LA REPUBLICA ARGENTINA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES

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

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

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

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

Reconociendo que el desarrollo de los vínculos económicos y comerciales puede contribuir al bienestar de los trabajadores en las dos Partes y promover el respeto por los derechos laborales internacionalmente reconocidos; y

Habiendo resuelto concertar un tratado sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones,

Han acordado lo siguiente:

## ARTICULO II

1. A los fines del presente Tratado:

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

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

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

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

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

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

— inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,

— diseños industriales,

— obras de estampado de semiconductores,

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

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

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

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

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

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

e) por "actividades afines" se comprende la organización, el control, la explotación, el mantenimiento y la enajenación de sociedades, sucursales, agencias, oficinas, fábricas u otras instalaciones destinadas a la realización de negocios; la celebración, el cumplimiento y la ejecución de contratos; la adquisición, el uso, la protección y la enajenación de todo género de bienes, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial; el empréstito de fondos; la compra, emisión y venta de acciones de capital y de otros valores, y la compra de divisas para las importaciones.

f) "territorio" significa el territorio de la República Argentina o de los Estados Unidos, incluyendo el mar territorial establecido de acuerdo con el Derecho Internacional, según lo expresado por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. Este Tratado también se aplica a los mares y el lecho marino adyacente al mar territorial en los cuales la República Argentina o los Estados Unidos tiene derechos soberanos o jurisdicción de acuerdo con el Derecho Internacional, según lo recogido por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

2. Cada Parte se reserva el derecho a denegar a cualquier sociedad de la otra Parte los beneficios del presente Tratado si (a) dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país y, en el caso de una sociedad de la otra Parte, si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte o (b) está controlada por nacionales de un tercer país con el cual la Parte denegante no mantiene relaciones económicas normales.

3. Las modificaciones en la forma en que se invierten o reinvierten los bienes no alterarán su carácter de inversión.

## ARTICULO II

1. 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, o a las de los nacionales o sociedades de terceros países, cualquiera que sea más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a algunos de los sectores o materias que figuran en el Protocolo anexo al presente Tratado. Cada Parte se compromete a notificar a la otra Parte, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, o en dicha fecha, todas las leyes y todos los reglamentos de los cuales tenga conocimiento que se refieran a los sectores o materia que figuran en el Protocolo. Cada Parte se compromete igualmente a notificar a la otra Parte toda futura excepción con respecto a los sectores o materias que figuran en el Protocolo y a limitar dichas excepciones al mínimo. Las excepciones futuras de cualquiera de las Partes no se aplicarán a las inversiones existentes en el momento en que dichas excepciones entren en vigor, en los sectores o materias correspondientes. El trato que se otorgue conforme a los términos de una excepción será, salvo que se especifique lo contrario en el Protocolo, no menos favorable que el que se otorgue en situaciones similares a las inversiones y actividades afines a los nacionales o sociedades de terceros países.

2. a) 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.

b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el

uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones. A los fines de la solución de controversias de conformidad con los Artículos VII y VIII, una medida podrá ser arbitraria o discriminatoria, a pesar de la posibilidad de revisar tal medida en los tribunales judiciales o administrativos de una de las Partes.

c) Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.

3. Sin perjuicio de las leyes relativas a la entrada y la permanencia de los extranjeros, se permitirá a los nacionales de cada Parte la entrada y permanencia en el territorio de la otra Parte a los fines de establecer, desarrollar, administrar o asesorar en la explotación de una inversión, en la cual ellos o una sociedad de la primera Parte que los emplee hayan comprometido, o estén a punto de comprometer, una cantidad importante de capital u otros recursos.

4. A las sociedades que estén legalmente constituidas conforme a las leyes o los reglamentos pertinentes de una Parte, y que constituyan inversiones, se les permitirá emplear el personal administrativo superior que deseen, sea cual fuere la nacionalidad de dicho personal.

5. Ninguna de las Partes establecerá requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que requieran o exijan compromisos de exportar mercancías, o especifiquen que ciertas mercaderías o servicios se adquieran localmente, o impongan cualesquiera otros requisitos similares.

6. Cada Parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y hacer respetar los derechos relativos a inversiones, acuerdos de inversión y autorizaciones de inversión.

7. Cada Parte hará públicos todas las leyes así como reglamentos, las sentencias y las prácticas y procedimientos administrativos relativos a las inversiones y los que influyan en ellas.

8. El trato otorgado por los Estados Unidos de América a las inversiones y actividades afines de los nacionales y las sociedades de la República Argentina, conforme a las disposiciones del presente Artículo será, en cualquiera de los estados, territorios o posesiones de los Estados Unidos de América, no menos favorable que el trato que se otorgue a las inversiones y a las actividades afines de los nacionales de los Estados Unidos de América que residan en otros estados, territorios o posesiones de los Estados Unidos de América, y a las sociedades constituidas legalmente conforme a las leyes y los reglamentos de dichos otros estados, territorios o posesiones.

9. Las disposiciones del presente Artículo que otorgan el trato de nación más favorecida no se aplicarán a las ventajas concedidas por cualquiera de las Partes a los nacionales o sociedades de terceros países de conformidad con los compromisos vinculantes de esa Parte que emanen de su plena participación en uniones aduaneras regionales o en zonas de libre comercio, sea que dichos compromisos fueran designados como unión aduanera, zona de libre comercio, mercado común o de otra manera.

### ARTICULO III

El presente Tratado no impedirá que cualquiera de las Partes dicte leyes y regulaciones con respecto a la admisión de inversiones hechas en su territorio por nacionales o



sociedades de la otra Parte o con la conducta de las actividades afines, pero tales leyes y regulaciones no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos enunciados en el presente Tratado.

#### ARTICULO IV

1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II. La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación.

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

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

#### ARTICULO V

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

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

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente Artículo, cada Parte podrá conservar leyes y reglamentos que a) requieran la presentación de informes acerca de las transferencias monetarias, y b) establezcan impuestos sobre la renta por medios tales como la retención de impuestos aplicables a los dividendos u otras transferencias. Además, cada Parte podrá proteger los derechos de los acreedores, o asegurar el cumplimiento de las sentencias dictadas en procedimientos judiciales, mediante la aplicación equitativa, imparcial y de buena fe de sus leyes.

#### ARTICULO VI

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

#### ARTICULO VII

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

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

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

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

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

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

i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones ("el Centro"), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio CIADI") siempre que la Parte sea parte del Convenio; o

ii) del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a él; o

iii) de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.)

iv) de cualquier otra institución arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia.

(b) Una vez que el nacional o la sociedad involucrada hubiera expresado su voluntad, cualquiera de las Partes en la controversia puede iniciar el arbitraje de acuerdo con la elección especificada en la manifestación de voluntad.

4. Cada una de las Partes por el presente expresa su voluntad de someter la solución de cualquier controversia en materia de inversión al arbitraje obligatorio de acuerdo con la elección especificada en la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad según lo previsto por el párrafo 3. Dicha expresión de voluntad, junto con la manifestación escrita de voluntad del nacional o la sociedad, cuando se expresara según el párrafo 3, satisfará lo requerido por:

a) la manifestación escrita de voluntad de las partes en la controversia a los efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro) y a los fines de las normas del Mecanismo Complementario; y

b) un "acuerdo por escrito" a los efectos del Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958 ("Convención de Nueva York").

5. Todo arbitraje realizado según lo previsto por el párrafo 3 a) ii), iii) o iv) de este Artículo será celebrado en un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.

6. Todo laudo arbitral emitido de acuerdo con este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes de la controversia. Cada Parte se compromete a llevar a cabo sin demora las disposiciones de cualquiera de tales laudos y a encargarse de su observancia en su territorio.

7. En todo procedimiento relacionado con una controversia en materia de inversión, una Parte no podrá alegar, ya sea como defensa, reconvencción, excepción de compensación o cualquier otra acción, que el nacional o sociedad involucrado hubiera recibido o reciba, de acuerdo con un contrato de seguro o de garantía, una indemnización u otra compensación por todos o parte de sus supuestos daños.

8. A los fines de un arbitraje celebrado según lo previsto en el párrafo 3 de este Artículo, una sociedad legalmente constituida de acuerdo con las leyes y disposiciones aplicables de cada Parte o una subdivisión política de ella pero que, inmediatamente antes de que sucediera el hecho o hechos que dieran lugar a la controversia, era una inversión de nacionales o sociedades de la otra Parte, será tratada como un nacional o sociedad de dicha otra Parte, de acuerdo con el Artículo 25 (2) (b) de la Convención del CIADI.

## ARTICULO VIII

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

(CNUDMI), excepto en la medida en que dichas normas hayan sido modificadas por las Partes o por los árbitros.

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

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

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

#### ARTICULO IX

Las disposiciones de los Artículos VII y VIII no se aplicarán a las controversias que surjan a) de los programas de créditos, garantías o seguros para la exportación del Export Import Bank de los Estados Unidos o b) de otros arreglos oficiales de crédito, garantía o seguro conforme a los cuales las Partes hayan acordado otros medios para la solución de controversias.

#### ARTICULO X

El presente Tratado no afectará:

a) Las leyes y los reglamentos, las prácticas o los procedimientos administrativos o las sentencias administrativas o judiciales de cualquiera de las Partes;

b) Las obligaciones jurídicas internacionales, o

c) Las obligaciones asumidas por cualquiera de las Partes, incluidas aquellas que estén incorporadas a los acuerdos o autorizaciones de inversión, que otorguen a las inversiones o a las actividades afines un trato más favorable que el que les otorga el presente Tratado en situaciones similares.

#### ARTICULO XI

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

#### ARTICULO XII

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

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

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

### ARTICULO XIII

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

### ARTICULO XIV

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

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

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

4. El Protocolo forma parte integrante del presente Tratado.

HECHO en Washington, D.C. el 14 de noviembre de 1991, en dos originales, en los idiomas español e inglés, ambos textos igualmente auténticos.

### PROTOCOLO

1. Durante los procedimientos relacionados con la solución de controversias previstos en el Artículo VII, una parte puede ser requerida a aportar prueba sobre la propiedad o control, de conformidad con el Artículo I (1) (a).

2. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del Artículo II, los Estados Unidos se reservan el derecho a establecer o mantener ciertas excepciones limitadas al trato nacional en los sectores siguientes:

transporte aéreo; navegación de alta mar y cabotaje; banca; seguros; energía y producción de energía; despacho de aduanas; propiedad y gestión de estaciones emisoras o de servicio público de radio y televisión; propiedad de bienes raíces;

propiedad de acciones en la "Communications Satellite Corporation"; provisión de servicio público de teléfonos y servicios telegráficos; prestación de servicios de cable submarino; utilización de terrenos y recursos naturales.

3. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del Artículo II, los Estados Unidos se reservan el derecho de establecer o mantener excepciones limitadas al tratamiento nacional con respecto a ciertos programas que involucran garantías, préstamos y seguros gubernamentales.

4. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del Artículo II, los Estados Unidos se reservan el derecho de establecer o mantener excepciones limitadas al tratamiento nacional y de nación más favorecida en los sectores siguientes, respecto de los cuales el tratamiento se basará en la reciprocidad: minería de dominio público; servicios marítimos y servicios afines, y corretaje primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos.

5. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del Artículo II, la República Argentina se reserva el derecho de establecer o mantener excepciones limitadas al tratamiento nacional en los siguientes sectores:

propiedad inmueble en áreas de frontera; transporte aéreo; industria naval; plantas atómicas; minería del uranio; seguros; minería; pesca.

6. Las Partes entienden que, con respecto a los derechos reservados en el Artículo XI del Tratado, "obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales" significa obligaciones dispuestas por la Carta de las Naciones Unidas.

7. Las Partes reconocen y acuerdan que, en caso de conflicto o incompatibilidad entre las normas de este Tratado, y las normas del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación concluido entre las Partes, que entrará en vigor el 20 de diciembre de 1854 (el "Tratado ACN"), las normas de este Tratado precederán a las del ACN, y regirán la solución de tales conflictos.

8. Las Partes reafirman su entendimiento de que las disposiciones de este Tratado no las obligan con relación a cualquier acto o hecho que haya ocurrido o cualquier situación que cesó de existir antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

9. No obstante lo dispuesto por el Artículo II (5) y de acuerdo a los términos de este párrafo, el Gobierno argentino puede mantener, pero no hacer más gravosos, requisitos de desempeño vigentes en el sector automotriz. El Gobierno argentino hará todos los esfuerzos posibles para eliminar estos requisitos de desempeño en el más breve plazo posible y los eliminará dentro de los ocho años de la fecha de entrada en vigor de este Tratado. El Gobierno argentino tomará además las providencias para que estos requisitos sean aplicados de tal forma que no coloquen a las inversiones existentes en desventaja competitiva con respecto a nuevas inversores en esta actividad. Las Partes se consultarán a pedido de cualquiera de ellas sobre cuestiones relacionadas con la aplicación de estos compromisos. A los fines de este párrafo, "existente" quiere decir en vigor al momento de la firma de este Tratado.

10. Las Partes dejan constancia que la República Argentina ha tenido y puede tener en el futuro un programa de conversión de deuda por el cual los nacionales o las sociedades de los Estados Unidos pueden decidir invertir en la República Argentina a través de la compra de deuda con una quita.

Las Partes acuerdan que los derechos establecidos en el párrafo 1 del Artículo V, con relación a la transferencia de ganancias y del producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión, se mantendrán o podrán ser modificados por lo dispuesto a través de cualquier acuerdo de conversión de deuda concluido entre un nacional o sociedad de los Estados Unidos y el Gobierno argentino, o cualquier repartición o entidad de él, toda vez que dichos derechos se aplicaren a la parte de la inversión financiada mediante una conversión de deuda.

La transferencia de ganancias y del producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión, en ningún caso se efectuará en términos menos favorables que aquellos que se le acordaren, en circunstancias similares, a nacionales y sociedades argentinas o de cualquier tercer país, cualquiera sea la más favorable.

11. Las Partes constatan con satisfacción que la República Argentina está empeñada en un proceso de privatización de varios sectores de la economía, incluidos servicios públicos. Las Partes acuerdan que realizarán los mayores esfuerzos, inclusive a través de consultas, a fin de evitar toda mala interpretación respecto del alcance del Artículo II (5) que pudiere perjudicar el proceso de privatización.

## ANEXO VI

### Convención de Washington

#### Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados

#### PREAMBULO

##### Los Estados Contratantes

**Considerando** la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

**Teniendo** en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

**Reconociendo** que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;

**Atribuyendo** particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias;

**Deseando** crear tales medios bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento;

**Reconociendo** que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y

**Declarando** que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputara que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;

**Han acordado lo siguiente:**

#### Capítulo I

#### Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

#### Sección 1

#### Creación y Organización

#### Artículo 1



(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado el Centro).

(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

## **Artículo 2**

La sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en lo sucesivo llamado el Banco). La sede podrá trasladarse a otro lugar por decisión del Consejo Administrativo adoptada por una mayoría de dos terceras partes de sus miembros.

## **Artículo 3**

El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Arbitros.

## **Sección 2 El Consejo Administrativo**

## **Artículo 4**

(1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo.

(2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán *ex officio* el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente.

## **Artículo 5**

El Presidente del Banco será *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo (en lo sucesivo llamado el Presidente) pero sin derecho a voto. En caso de ausencia o incapacidad para actuar y en caso de vacancia del cargo de Presidente del Banco, la persona que lo sustituya en el Banco actuará como Presidente del Consejo Administrativo.

## **Artículo 6**

(1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:

- (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro;
- (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje;
- (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);

- (d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos a instalaciones;
- (e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos;
- (f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro;
- (g) aprobar el informe anual de actividades del Centro.

Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.

- (2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias.
- (3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizará todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.

#### **Artículo 7**

- (1) El Consejo Administrativo celebrará una reunión anual y las demás que sean acordadas por el Consejo, o convocadas por el Presidente, o por el Secretario General cuando lo soliciten a este último no menos de cinco miembros del Consejo.
- (2) Cada miembro del Consejo Administrativo tendrá un voto, y salvo disposición expresa en contrario de este Convenio, todos los asuntos que se presenten ante el Consejo se decidirán por mayoría de votos emitidos.
- (3) Habrá quórum en las reuniones del Consejo Administrativo cuando esté presente la mayoría de sus miembros.
- (4) El Consejo Administrativo podrá establecer, por mayoría de dos tercios de sus miembros, un procedimiento mediante el cual el Presidente pueda pedir votación del Consejo sin convocar a una reunión del mismo. Solo se considerará válida esta votación si la mayoría de los miembros del Consejo emiten el voto dentro del plazo fijado en dicho procedimiento.

#### **Artículo 8**

Los miembros del Consejo Administrativo y el Presidente desempeñarán sus funciones sin remuneración por parte del Centro.

### **Sección 3 El Secretariado**

#### **Artículo 9**

El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro.

#### **Artículo 10**

- (1) El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de

sus miembros por un periodo de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos. Previa consulta a los miembros del Consejo Administrativo, el Presidente presentara uno o mas candidatos para cada uno de esos cargos.

(2) Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto serán incompatibles con el ejercicio de toda función política. Ni el Secretario General ni ningún Secretario General Adjunto podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo.

(3) Durante la ausencia o incapacidad del Secretario General y durante la vacancia del cargo, el Secretario General Adjunto actuara como Secretario General. Si hubiere mas de un Secretario General Adjunto, el Consejo Administrativo determinara anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General.

#### **Artículo 11**

El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este Convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.

### **Sección 4 Las Listas**

#### **Artículo 12**

La Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone mas adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

#### **Artículo 13**

(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado.

(2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

#### **Artículo 14**

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

#### **Artículo 15**

(1) La designación de los integrantes de las Listas se hará por periodos de seis años, renovables.

(2) En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo hubiere designado tendrá derecho a nombrar otra persona que le reemplace en sus funciones por el resto del periodo para el que aquel fue nombrado.

(3) Los componentes de las Listas continuarán en las mismas hasta que sus sucesores hayan sido designados.

#### **Artículo 16**

(1) Una misma persona podrá figurar en ambas Listas.

(2) Cuando alguna persona hubiere sido designada para integrar una Lista por mas de un Estado Contratante o por uno o más Estados Contratantes y el Presidente, se entenderá que lo fue por la autoridad que lo designo primero; pero si una de esas autoridades es el Estado de que es nacional, se entenderá designada por dicho Estado.

(3) Todas las designaciones se notificaran al Secretario General y entraran en vigor en la fecha en que la notificación fue recibida.

### **Sección 5 Financiación del Centro**

#### **Artículo 17**

Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.

### **Sección 6 Status, Inmunidades y Privilegios**

#### **Artículo 18**

El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de:

- (a) contratar,
- (b) adquirir bienes muebles a inmuebles y disponer de ellos,
- (c) comparecer en juicio.

#### **Artículo 19**

Para que el Centro pueda dar cumplimiento a sus fines, gozara, en los territorios de cada Estado Contratante, de las inmunidades y privilegios que se señalan en esta Sección.

#### **Artículo 20**

El Centro, sus bienes y derechos, gozaran de inmunidad frente a toda acción judicial, salvo que renuncie a ella.

#### **Artículo 21**

El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:

(a) gozaran de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;

(b) cuando no Sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozaran de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar a otras prestaciones análogas, y asimismo gozaran de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios a igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes.

#### **Artículo 22**

Las disposiciones del Artículo 21 se aplicarán a las personas que comparezcan en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio COMO partes, apoderados; consejeros, abogados, testigos o peritos, con excepción de las contenidas en el párrafo (b) del mismo, que se aplicarán solamente en relación con su desplazamiento hacia y desde el lugar donde los procedimientos se tramiten y con su permanencia en dicho lugar.

#### **Artículo 23**

(1) Los archivos del Centro, dondequiera que se encuentren, serán inviolables.

(2) Respecto de sus comunicaciones oficiales, el Centro recibirá de cada Estado Contratante un trato no menos favorable que el acordado a otras organizaciones internacionales.

#### **Artículo 24**

(1) El Centro, su patrimonio, sus bienes y sus ingresos y las operaciones y transacciones autorizadas por este Convenio estarán exentos de toda clase de impuestos y de derechos arancelarios. El Centro quedará también exento de toda responsabilidad respecto a la recaudación o pago de tales impuestos o derechos.

(2) No estarán sujetas a impuestos las cantidades pagadas por el Centro al Presidente o a los miembros del Consejo Administrativo por razón de dietas, ni tampoco los sueldos, dietas y demás emolumentos pagados por el Centro a los funcionarios o empleados del Secretariado, salvo la facultad del Estado de gravar a sus propios nacionales.

(3) No estarán sujetas a impuestos las cantidades recibidas a título de honorarios o dietas por las personas que actúen COMO conciliadores o árbitros o COMO miembros

de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio, por razón de servicios prestados en dichos procedimientos, si la única base jurisdiccional de imposición es la ubicación del Centro, el lugar donde se desarrollen los procedimientos o el lugar de pago de los honorarios o dietas.

## **Capítulo II** **Jurisdicción del Centro**

### **Artículo 25**

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo publico de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que este notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

### **Artículo 26**

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerara como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el

agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

#### **Artículo 27**

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

### **Capítulo III La Conciliación**

#### **Sección 1 Solicitud de Conciliación**

#### **Artículo 28**

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de estas a la conciliación, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la, conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

#### **Sección 2 Constitución de la Comisión de Conciliación**

#### **Artículo 29**

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 28, se procederá lo antes posible a la constitución de la Comisión de Conciliación (en lo sucesivo llamada la Comisión).

(2)

(a) La Comisión se compondrá de un conciliador único o de un número impar de conciliadores, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de conciliadores y el modo de nombrarlos, la Comisión se constituirá con tres conciliadores designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá la Comisión, de común acuerdo.

### **Artículo 30**

Si la Comisión no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 28, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de estas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el conciliador o los conciliadores que aun no hubieren sido designados.

### **Artículo 31**

(1) Los conciliadores nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Conciliadores, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 30.

(2) Todo conciliador que no sea nombrado de la Lista de Conciliadores deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.



## **ANEXO VII**

### **PROTOCOLOS**

#### **Ley N° 24.891**

**Apruébase el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR.**

**Sancionada: Noviembre 5 de 1997.**

**Promulgada de Hecho: Diciembre 2 de 1997.**

**B.O: 9/12/97**

El Senado y Cámara de Diputados de la

Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

**ARTICULO 1º**-Apruébase el PROTOCOLO DE COLONIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR, suscripto en Colonia del Sacramento -REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY- el 17 de enero de 1994, que consta de DOCE (12) artículos y UN (1) anexo, cuyas fotocopias autenticadas forman parte de la presente ley.

**ARTICULO 2º**-Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS CINCO DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE.

REGISTRADO BAJO EL N° 24.891.

ALBERTO R. PIERRI-EDUARDO MENEM. -Esther H. Pereyra Arandía de Perez Pardo.Edgardo Piuzzi.

PROTOCOLO DE COLONIA

PARA LA PROMOCION Y PROTECCION

RECIPROCA DE INVERSIONES EN EL MERCOSUR

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, denominadas en adelante las "Partes Contratantes".

Teniendo en cuenta el Tratado suscripto en Asunción el 26 de marzo de 1991 por el cual las Partes Contratantes deciden crear un Mercado Común del Sur (MERCOSUR):

Considerando los resultados de la labor realizada por la Comisión Técnica para la Promoción y Protección de Inversiones creada dentro del Subgrupo IV por Resolución 20/92 del Grupo Mercado Común.

Convencidos de que la creación de condiciones favorables para las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante

intensificará la cooperación económica y acelerará el proceso de integración entre los cuatro países;

Reconociendo que la promoción y la protección de tales inversiones sobre la base de un acuerdo contribuirá a estimular la iniciativa económica individual e incrementará la prosperidad en los cuatros Estados.

Han acordado lo siguiente:

## ARTICULO 1

### Definiciones

A los fines del presente Protocolo:

1. El término "inversión" designa todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente:

a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda:

b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades:

c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico: los prestamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica:

d) derechos de propiedad intelectual o inmaterial, incluyendo derechos de autor y de propiedad industrial, tales como patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave:

e) concesiones económicas de derecho público conferidas conforme a la ley, incluyendo las concesiones para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

2 El término "inversor" designa:

a) toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes o resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de esta, de conformidad con su legislación. Las disposiciones de este Protocolo no se aplicarán a las inversiones realizadas por personas físicas que sean nacionales de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, si tales personas, a la fecha de la inversión, residieren en forma permanente o se domiciliaren en esta última Parte Contratante, a menos que se pruebe que los recursos referidos a estas inversiones provienen del exterior.

b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contrante.

c) las personas jurídicas constituidas en el territorio donde se realiza la inversión, efectivamente controladas, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas definidas en a) y b).

3. El término "ganancias" designa todas las sumas producidas por una inversión, tales como utilidades, rentas, dividendos, intereses, regalías y otros ingresos corrientes.

4. El término "territorio" designa el territorio nacional de cada Parte Contratante incluyendo aquellas zonas marítimas adyacentes al límite exterior del mar territorial nacional, sobre el cual la Parte Contratante involucrada pueda, de conformidad con el derecho internacional, ejercer derechos soberanos o jurisdicción.

## ARTICULO 2

### Promoción y Admisión

1. Cada Parte Contratante promoverá las inversiones de inversores de las otras Partes Contratantes y las admitirá en su territorio de manera no menos favorable que a las inversiones de sus propios inversores o que a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados, sin perjuicio del derecho de cada Parte a mantener transitoriamente excepciones limitadas que correspondan a alguno de los sectores que figuran en el Anexo del presente Protocolo.

2. Cuando una de las Partes Contratantes haya admitido una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias para su mejor desenvolvimiento incluyendo la ejecución de contratos sobre licencias, asistencia comercial o administrativa e ingreso del personal necesario.

## ARTICULO 3

### Tratamiento

1. Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.

2. Cada Parte Contratante concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados.

3. Las disposiciones del Párrafo 2 de este Artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas.

4. Ninguna de las Partes establecerá requisitos de desempeño como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, que requieran o exijan compromisos de exportar mercancías, o especifiquen que ciertas mercaderías o servicios se adquieran localmente o impongan cualesquiera otros requisitos similares.

## ARTICULO 4

### Expropiaciones y Compensaciones

1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación

ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación previa, adecuada y efectiva.

El monto de dicha compensación corresponderá al valor real que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la decisión de nacionalizar o expropiar haya sido anunciada legalmente o hecha publica por la autoridad competente y generará intereses o se actualizará su valor hasta la fecha de su pago.

2. Los inversores de una Parte Contratante, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de otra Parte Contratante debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado.

## ARTICULO 5

### Transferencias

1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de otra Parte Contratante la libre transferencia de las inversiones y ganancias, y en particular, aunque no exclusivamente de:

- a) el capital y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las inversiones;
- b) los beneficios, utilidades, rentas, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes;
- c) los fondos para el reembolso de los préstamos tal como se definen en el Artículo 1, Párrafo 1, c);
- d) las regalías y honorarios y todo otro pago relativo a los derechos previstos en el Artículo 1, Párrafo 1, d) y e);
- e) el producido de la venta o liquidación total o parcial de una inversión
- f) las compensaciones, indemnizaciones u otros pagos previstos en el Artículo 4:
- g) las remuneraciones de los nacionales de una Parte Contratante que hayan obtenido autorización para trabajar en relación a una inversión.

2. Las transferencias serán efectuadas sin demora, en moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia, conforme con los procedimientos establecidos por la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, los cuales no podrán afectar la sustancia de los derechos previstos en este Artículo.

## ARTICULO 6

### Subrogación

1. Si una Parte Contratante o una de sus agencias realizara un pago a un inversor en virtud de una garantía o seguro para cubrir riesgos no comerciales que hubiere contratado en relación a una inversión, la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión reconocerá la validez de la subrogación en favor de la primera Parte Contratante o una de sus agencias respecto de cualquier derecho o título del inversor a los efectos de obtener el resarcimiento pecuniario correspondiente. Esta Parte Contratante o una de sus agencias estará autorizada, dentro de los límites de la subrogación, a ejercer los mismos derechos que el inversor hubiera estado autorizado a ejercer.

2. En el caso de una subrogación tal como se define en el Párrafo 1 de este Artículo, el inversor no interpondrá ningún reclamo a menos que esté autorizado a hacerlo por la Parte Contratante o su agencia.

## ARTICULO 7

### Aplicación de otras normas

Cuando las disposiciones de la legislación de una Parte Contratante o las obligaciones de derecho internacional existentes o que se establezcan en el futuro o un acuerdo entre un inversor

de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, contengan normas que otorguen a las inversiones un trato más favorable que el que se establece en el presente Protocolo, estas normas prevalecerán sobre el presente Protocolo en la medida que sean más favorables.

## ARTICULO 8

### Solución de Controversias entre las Partes

#### Contratantes

Las controversias que surgieren entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o aplicación del presente Protocolo serán sometidas a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991, en adelante denominado el Protocolo de Brasilia, o al Sistema que eventualmente se establezca en su reemplazo en el marco del Tratado de Asunción.

## ARTICULO 9

### Solución de Controversias entre un Inversor y

#### la Parte Contratante Receptora

#### de la Inversión

1. Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor;

i) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión: o

ii) al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 4 del presente Artículo: o

iii) al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.

3. Cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos en el Párrafo 2 del presente Artículo la elección será definitiva.

4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.). creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación:

b) a un tribunal de arbitraje "ad-hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (C.N.U.D.M.I.)

5. 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.

6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación.

## ARTICULO 10

Inversiones y Controversias comprendidas en

el Protocolo

El presente Protocolo se aplicará a todas las inversiones realizadas antes o después de la fecha de su entrada en vigor, pero las disposiciones del presente Protocolo no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferendo que haya surgido con anterioridad a su entrada en vigor.

## ARTICULO 11

## Entrada en vigor, duración y terminación

1. El presente Protocolo entrará en vigor 30 días después de la fecha de depósito del cuarto instrumento de ratificación. Su validez será de diez años, luego permanecerá en vigor indefinidamente hasta la expiración de un plazo de doce meses, a partir de la fecha en que alguna de las Partes Contratantes notifique por escrito a las otras Partes Contratantes su decisión de darlo por terminado.

2. Con relación a aquellas inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha en que la notificación de terminación de este Protocolo se haga efectiva, las disposiciones de los Artículos I a II continuarán en vigencia por un período de 15 años a partir de esa fecha.

## ARTICULO 12

### Disposiciones finales

El Presente Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción.

La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará "ipso jure" la adhesión al presente Protocolo.

Hecho en la ciudad de Colonia del Sacramento, a los 17 días del mes de enero de 1994, en un ejemplar original, en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Protocolo y de los instrumentos de ratificación y enviará copia debidamente autenticada de los mismos a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

## FIRMAS

## ANEXO

En el acto de la firma del Protocolo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Partes del Tratado de Asunción, los abajo firmantes han convenido además las disposiciones siguientes, las que constituyen parte integrante del presente Protocolo.

### 1.- Ad. Artículo 2, Párrafo 1.

De conformidad con lo previsto en el Artículo 2 del presente Protocolo, las Partes Contratantes se reservan el derecho de mantener transitoriamente excepciones limitadas al tratamiento nacional de las inversiones de inversores de las otras Partes Contratantes en los siguientes sectores:

Argentina propiedad inmueble en zonas de frontera: transporte aéreo: industria naval: plantas nucleares: minería del uranio; seguros y pesca.

Brasil: exploración y explotación de minerales; aprovechamiento de energía hidráulica; asistencia de la salud: servicios de radiodifusión sonora, de sonidos e imágenes y demás servicios de telecomunicaciones; adquisición o arrendamiento de propiedad rural: participación en el sistema de intermediación financiera, seguros, seguridad y capitalización: construcción, propiedad y navegación de cabotaje e interior.

Paraguay: propiedad inmueble en zonas de frontera: medios de comunicación social: escrita, radial y televisiva; transporte aéreo, marítimo y terrestre: electricidad, agua y teléfono; explotación de hidrocarburos y minerales estratégicos: importación y refinación de productos derivados de petróleo y servicio postal.

Uruguay: electricidad: hidrocarburos: petroquímica básica: energía atómica: explotación de minerales estratégicos: intermediación financiera: ferrocarriles: telecomunicaciones, radiodifusión: prensa y medios audiovisuales.

2.-Ad. Artículo 3, Párrafo 2.

La República Federativa del Brasil se reserva el derecho de mantener la excepción prevista en el Artículo 171, Párrafo 2, de su Constitución Federal respecto de las compras gubernamentales.

3.-Ad. Artículo 3; Párrafo 4

No obstante lo dispuesto en el Artículo 3, Párrafo 4, la República Argentina y la República Federativa del Brasil se reservan el derecho de mantener transitoriamente los requisitos de desempeño en el sector automotriz.

4.-Las Partes Contratantes harán todos los esfuerzos posibles por eliminar las excepciones a que se hace referencia en los Párrafos 1, 2 y 3 del presente Anexo, en el mas breve plazo posible, a los efectos de permitir la plena conformación del Mercado Común del Sur, de conformidad con lo previsto en el Artículo 1 del Tratado de Asunción.

Las Partes Contratantes realizarán reuniones semestrales a fin de efectuar el seguimiento del proceso de eliminación de tales excepciones.



## ANEXO VIII

### PROTOCOLO

#### LEY 24.554

#### **Apruébase el Protocolo sobre Promoción y protección de Inversiones Provenientes de estados no partes de MERCOSUR, suscripto en Buenos Aires el 5-8-94**

Sancionada: Septiembre 13 de 1995.

Promulgada de hecho: Octubre 11 de 1995.

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

**ARTICULO 1º** — Apruébase el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, suscripto entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en Buenos Aires, el 5 de agosto de 1994, que consta de cuatro (4) artículos, cuya fotocopia autenticada forma parte de la presente ley.

**ARTICULO 2º** — Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional. — ALBERTO R. PIERRI. — Carlos F. RUCKAUF. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Edgardo Piuzzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS TRECE DIAS DEL MES DE SEPTIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO.

#### PROTOCOLO SOBRE PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES PROVENIENTES DE ESTADOS NO PARTES DEL MERCOSUR

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay denominadas en adelante los "Estados Partes".

Teniendo en cuenta el Tratado de Asunción suscripto el 26 de marzo de 1991, por el cual los Estados Partes deciden crear el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Considerando el protocolo de Colonia de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR aprobado por la Decisión N° 11/93 del Consejo del Mercado Común, que tiene como objetivo promover las inversiones de inversores de los Estados Partes del MERCOSUR dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado de Asunción.

Destacando la necesidad de armonizar los principios jurídicos generales a aplicar por cada uno de los Estados Partes a las inversiones provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR (en adelante denominados "Terceros Estados"), a los efectos de no crear condiciones diferenciales que distorsionen el flujo de inversiones.

Reconociendo que la promoción y la protección de inversiones sobre la base de acuerdos con Terceros Estados contribuirá a estimular la iniciativa económica individual e incrementará la prosperidad de los cuatro Estados Partes.

Han acordado lo siguiente:

## ARTICULO 1

Los Estados Partes se comprometen a otorgar a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un tratamiento no más favorable que el que se establece en el presente Protocolo.

## ARTICULO 2

A los efectos indicados precedentemente, el tratamiento general a convenir por cada Estados Partes con Terceros Estados no reconocerá a estos beneficios y derechos mayores que los reconocidos al inversor en las siguientes bases normativas:

### A) DEFINICIONES

1. El término "inversión" designará, de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Estado Parte en cuyo territorio se realice la inversión, todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de un Tercer Estado en el territorio del Estado Parte, de acuerdo con la legislación de ésta. Incluirá en particular, aunque no exclusivamente:

- a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda;
- b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades;
- c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica;
- d) derechos de propiedad intelectual o inmaterial incluyendo en especial, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave;
- e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

2. El término "inversor" designará:

- a) toda persona física que sea nacional de un Estado Parte o del Tercer Estado, de conformidad con sus respectivas legislaciones. Las disposiciones de los convenios a celebrar no se aplicarán a las inversiones realizadas en el territorio de un Estado Parte por personas físicas que sean nacionales de Terceros Estados, si tales personas, a la fecha de inversión, residieren o se domiciliaren, conforme a la legislación vigente, en forma permanente en dicho territorio, a menos que se pruebe que los recursos referidos a estas inversiones provienen del exterior.
- b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de un Estado Parte o del Tercer Estado y que tenga su sede en el territorio de su constitución.

c) toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier país que esté efectivamente controlada por personas físicas o jurídicas definidas en a) y b), de este numeral.

3. El término "ganancias" designará todas las sumas producidas por una inversión, tales como utilidades, rentas, dividendos, intereses, regalías y otros ingresos corrientes.

4. El término "territorio" designará el territorio nacional de cada Estado Parte o del Tercer Estado, incluyendo aquellas zonas marítimas adyacentes al límite exterior del mar territorial nacional, sobre el cual el Estado Parte involucrado o el Tercer Estado pueda, de conformidad con el derecho internacional, ejercer derechos soberanos o jurisdicción.

## B) PROMOCION DE INVERSIONES

1. Cada Estado Parte promoverá en su territorio las inversiones de inversores de Terceros Estados, y admitirá dichas inversiones conforme a sus leyes y reglamentaciones.

2. Cuando uno de los Estados Partes hubiera admitido una inversión en su territorio, otorgará las autorizaciones necesarias para su mejor desenvolvimiento, incluyendo la ejecución de contratos sobre licencias, asistencia comercial o administrativa e ingreso del personal necesario.

## C) PROTECCION DE INVERSIONES

1. Cada Estado Parte asegurará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de Terceros Estados, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.

2. Cada Estado Parte concederá plena protección a tales inversiones y les podrá acordar un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o a las inversiones realizadas por inversores de otros estados.

3. Los Estados Partes no extenderán a los inversores de Terceros Estados los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de:

a) su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o acuerdo regional similar.

b) un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas.

## D) EXPROPIACIONES Y COMPENSACIONES

1. Ninguno de los Estados Partes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de Terceros Estados, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación justa, adecuada y pronta u oportuna.

El monto de dicha compensación corresponderá al valor de la inversión expropiada.

2. Los inversores de un Tercer Estado, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio del Estado Parte, debido a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los inversores de otros estados.

#### E) TRANSFERENCIAS

1. Cada Estado Parte otorgará a los inversores del Tercer Estado la libre transferencia de las inversiones y ganancias, y en particular, aunque no exclusivamente de:

- a) el capital y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las inversiones;
- b) los beneficios, utilidades, rentas, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes;
- c) los fondos para el reembolso de los préstamos tal como se definen en el Artículo 2, literal A), Párrafo (1), (c);
- d) las regalías y honorarios y todo otro pago relativo a los derechos previstos en el Artículo 2, literal A), Párrafo (1), d, y e);
- e) el producido de una venta o liquidación total o parcial de una inversión;
- f) las compensaciones, indemnizaciones u otros pagos previstos en el Artículo 2, literal D);
- g) las remuneraciones de los nacionales de un Tercer Estado que hayan obtenido autorización para trabajar en relación a una inversión;

2. Las transferencias serán efectuadas sin demora, en moneda libremente convertible.

#### F) SUBROGACION

1. Si un Tercer Estado o una agencia designada por éste realizara un pago a un inversor en virtud de una garantía o seguro para cubrir riesgos no comerciales que hubiere contratado en relación a una inversión, el Estado Parte en cuyo territorio se realizó la inversión reconocerá la validez de la subrogación en favor del Tercer Estado o de una de sus agencias, respecto de cualquier derecho o título del inversor a los efectos de obtener el resarcimiento pecuniario correspondiente.

#### G) SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE UN ESTADO PARTE Y UN TERCER ESTADO

1. Las controversias que surgieren entre un Estado Parte y el Tercer Estado relativas a la interpretación o aplicación del convenio que celebren serán, en lo posible, solucionadas por la vía diplomática.

2. Si dicha controversia no pudiera ser dirimida de esa manera en un plazo prudencial a determinar, será sometida al arbitraje internacional.

#### H) SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE UN INVERSOR DE UN TERCER ESTADO Y UN ESTADO PARTE RECEPTOR DE LA INVERSION

1. Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación de un convenio de promoción y protección recíproca de inversiones que se suscite entre un inversor de un Tercer Estado y un Estado Parte, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en un plazo prudencial a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:

o bien a los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se realizó la inversión;

o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el apartado 3.

Una vez que un inversor hubiese sometido la controversia a la jurisdicción del Estado Parte implicado o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de estos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser sometida, a elección del inversor, a un tribunal de arbitraje "ad hoc" o a una institución internacional de arbitraje.

4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del convenio celebrado, al derecho de del Estado Parte involucrado 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.

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. El Estado Parte las ejecutará de conformidad con su legislación.

#### I) INVERSIONES Y CONTROVERSIAS COMPRENDIDAS EN EL CONVENIO

Las normas de los convenios a celebrarse podrán ser aplicadas a todas las inversiones realizadas antes o después de la fecha de su entrada en vigor, pero no se aplicarán a ninguna controversia, reclamo o diferendo que se hubiese originado con anterioridad a su entrada en vigor.

#### J) DURACION Y TERMINACION

El plazo mínimo de validez de los convenios será de diez años. Con relación a aquellas inversiones efectuadas con anterioridad a la fecha de extinción de la vigencia del convenio, el Estado Parte podrá acordar que las disposiciones del mismo continuarán en vigor por un período máximo de quince años a partir de esa fecha.

### ARTICULO 3

Los Estados Partes se obligan a intercambiar información sobre las negociaciones futuras y las que se hallaren en curso sobre convenios de promoción y protección recíproca de inversiones con Terceros Estados y se consultarán con carácter previo sobre toda modificación sustancial al tratamiento general convenido en el Artículo 2 del presente Protocolo. A tales efectos, el órgano ejecutivo del MERCOSUR se ocupará de las consultas e informaciones referidas al tema.

#### ARTICULO 4

El presente Protocolo es parte integrante del Tratado de Asunción.

La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará "ipso jure" la adhesión al presente Protocolo.

El presente Protocolo entrará en vigor 30 días después de la fecha de depósito del cuarto instrumento de ratificación.

El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Protocolo y de los instrumentos de ratificación y enviará copia debidamente autenticada de los mismos a los Gobiernos de los demás Estados Partes.

Hecho en la ciudad de Buenos Aires a los cinco días del mes de agosto de 1994, en un ejemplar original, en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

GUIDO DI TELLA

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

CELSO L.N.AMORIM

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

LUIS MARIA RAMIREZ BOETTNER

POR EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

SERGIO ABREU

## ANEXO IX

### TEXTO ORDENADO DE LA LEY 21.382

aprobado como Anexo I del Decreto N° 1853/1993 (B.O. 8/9/1993)

### LEY DE INVERSIONES EXTRANJERAS

ARTICULO 1 - Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las formas establecidas en el Artículo 3 destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción.

ARTICULO 2 - A los fines de la presente ley se entiende por:

1. Inversión de capital extranjero:

a) Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país.

b) La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros.

2. Inversor extranjero: Toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero, y las empresas locales de capital extranjero definidas en el próximo inciso de este artículo, cuando sean inversoras en otras empresas locales.

*(Nota Infoleg: a los efectos de lo establecido en el art. 2° inc. 2), el art. 3° del Decreto 1853/93 dice que "el concepto de inversor extranjero incluye a las personas físicas o jurídicas argentinas con domicilio fuera del territorio nacional.")*

3. Empresa local de capital extranjero: Toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en la cual personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él, sean propietarias directa o indirectamente de más del 49 % del capital o cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios.

4. Empresa local de capital nacional: Toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en la cual personas físicas o jurídicas también domiciliadas en él, sean propietarias directa o indirectamente de no menos del 51 % del capital y cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios.

5. Domicilio: El definido en los Artículos 89 y 90 del Código Civil.

ARTICULO 3 - La inversión extranjera podrá efectuarse en:

1. Moneda extranjera de libre convertibilidad.

2. Bienes de capital, sus repuestos y accesorios.

3. Utilidades o capital en moneda nacional pertenecientes a inversores extranjeros, siempre que se encuentren legalmente en condiciones de ser transferidos al exterior.
4. Capitalización de créditos externos en moneda extranjera de libre convertibilidad.
5. Bienes inmateriales, de acuerdo con la legislación específica.
6. Otras formas de aporte que se contemplen en regímenes especiales o de promoción.

ARTICULO 4 - La reglamentación de la presente ley la determinará el organismo administrativo dependiente del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS cuya jerarquía no será inferior a la de Subsecretaría, que actuará como Autoridad de Aplicación, fijando además su constitución, funciones y facultades.

ARTICULO 5 - Los inversores extranjeros podrán transferir al exterior las utilidades líquidas y realizadas provenientes de sus inversiones, así como repatriar su inversión.

ARTICULO 6 - Los inversores extranjeros podrán utilizar cualquiera de las formas jurídicas de organización previstas por la legislación nacional.

ARTICULO 7 - Las empresas locales de capital extranjero podrán hacer uso del crédito interno con los mismos derechos y en las mismas condiciones que las empresas locales de capital nacional.

ARTICULO 8 - Los aportes transitorios de capital extranjero que se efectúen con motivo de la ejecución de contratos de locación de cosas, de obras o de servicios u otros, no están comprendidos en la presente ley y se regirán por los términos de los respectivos contratos conforme a las disposiciones legales que les fueren aplicables, no obstante lo cual los titulares de dichos aportes podrán optar por realizar su inversión dentro de los términos de esta ley.

ARTICULO 9 - Los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la empresa que directa o indirectamente la controle u otra filial de esta última serán considerados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes.

ARTICULO 10. - Deróganse las Leyes Nros. 20.557, 20.575 y 21.037 y los Decretos Nros. 413/74 y 414/74, quedando por ello derogadas las Resoluciones de carácter general dictadas en su consecuencia.

Esta Ley será aplicable a todo trámite pendiente de resolución bajo las normas aquí derogadas.



## ANEXO X

### Stock de IED en Argentina por Sector Económico

Millones de Dólares

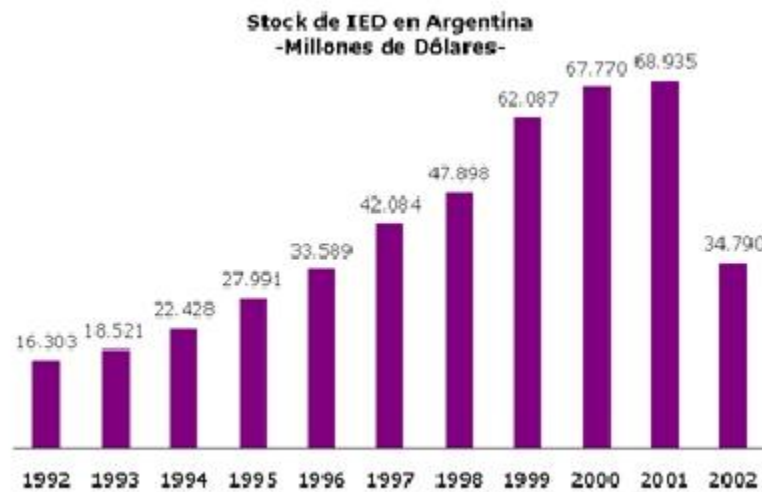
SECTOR	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Petróleo	3.080	3.099	3.518	3.949	4.483	4.746	
	6.294						
Minería	83	60	80	113	757	997	
	1.091						
Industria Manufacturera	5.984	6.668	8.266	10.554	12.859	16.235	17.34
Alimentos, bebidas y tabaco	1.545	1.874	2.588	3.552	3.999	4.377	
	4.574						
Textil y curtidos	-	29	13	84	131	186	
	256						
Papel	329	386	420	567	995	1.319	
	1.358						
Química, caucho y plástico	1.781	2.012	2.282	3.186	3.573	4.368	
	4.642						
Cemento y cerámicos	305	338	382	463	467	519	
	837						
Metales comunes y elab. de metales	314	382	693	650	772	1.250	
	1.404						
Maquinarias y equipos	555	508	598	638	827	980	
	1.016						
Industria automotriz y eq. de transporte	1.155	1.139	1.291	1.414	2.094	3.235	
	3.259						
Electricidad, Gas y Agua	2.291	3.229	3.692	4.875	5.286	6.549	
	7.346						
Comercio	483	519	838	1.161	1.717	1.838	
	1.970						
Transporte y Comunicaciones	1.998	2.081	2.530	2.887	3.333	4.117	
	4.062						
Bancos	1.393	1.748	1.955	2.528	3.001	4.507	
	5.671						
Otros	991	1.118	1.549	1.924	2.153	3.095	
	4.120						
<b>TOTAL</b>	<b>16.303</b>	<b>18.521</b>	<b>22.428</b>	<b>27.991</b>	<b>33.589</b>	<b>42.084</b>	
	<b>47.898</b>						

Fuente: Dir. Cuentas Internacionales, Min. Economía y Producción.

## ANEXO XI

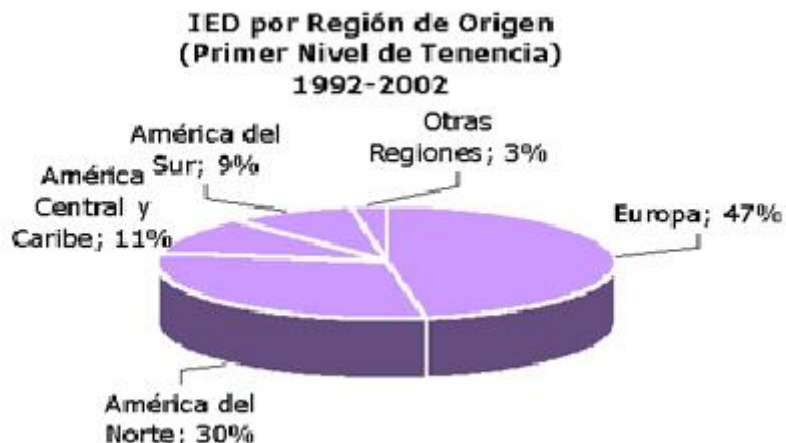
*A continuación se presenta información resumida sobre Inversión Extranjera Directa en la Argentina en la última década. La fuente de información es la Dirección Nacional de Cuentas Internacionales de la Secretaría de Política Económica del Ministerio de Economía y Producción.*

Durante la década de los 90, el stock de inversión extranjera directa se cuadruplicó, alcanzando en el año 2001 prácticamente 76.000 millones de



dólares.

Las principales regiones inversoras fueron Europa y América del Norte, que en conjunto alcanzan cerca del 80 por ciento del volumen de inversión realizada entre el período 1992/2002. Los sectores más beneficiados por los



flujos de inversión extranjera fueron la industria manufacturera y el sector de combustibles.

