

La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos*

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2012

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2013

Christian G. Sommer**

Resumen: Las directrices del Consenso de Washington en los años 90, implicaron la transformación política y económica de los Estados de Latinoamérica caracterizada por la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación del sistema financiero y las privatizaciones de los servicios públicos. Siguiendo estas directrices, el término “inversión extranjera” se transformó en un imperativo de crecimiento económico y desarrollo, por lo que los Estados, para conseguir tales fines, recurrieron a soluciones bilaterales, modificando la legislación nacional y suscribiendo tratados bilaterales de inversiones extranjeras (TBI). La incorporación de una serie de estándares de protección como trato justo, cláusulas de expropiación, de nación más favorecida; como condición para la participación de inversores extranjeros en la prestación de servicios públicos de los Estados son un claro ejemplo de esta nueva realidad. De esta manera, el régimen de promoción y protección de inversiones extranjeras ha venido constituyéndose en un nuevo “subsistema” jurídico internacional, con

* El presente trabajo ha sido elaborado sobre contenidos parciales de la investigación para el doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, titulado “El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI ¿Cumplimiento voluntario o ejecución forzada?”

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba UNC, Argentina). Doctor en Derecho (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Córdoba y en la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. E-mail: sommer_g@hotmail.com – Gral. Artigas 74 (5000) Córdoba, República Argentina.

Para citar este artículo: Sommer, Christian (2013), “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos”, *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional* vol. 6, pp. 95-130.

sus particularismos normativos y su propio mecanismo de solución de controversias, a través de tribunales arbitrales internacionales, aunque en algunos casos en colisión con normas constitucionales de los Estados.

Palabras claves: Inversión extranjera, tratados bilaterales de inversión, cláusulas, arbitraje CIADI.

Abstract: The guidelines of the Washington Covenant in the 90s, involved the political and economic transformation of the Latin American states due to the liberalization of the economy, government reform, deregulation and privatization. Following these guidelines, the term “foreign investment” became an imperative for economic growth and development, so that the states to achieve such purposes resorted to bilateral solutions, modifying national legislation and signing Bilateral Investment Treaties (BIT). The incorporation of a series of protection standards as fair treatment, expropriation clauses, most favored nation, as a condition for the participation of foreign investors in the public services of the states, are a clear example of this new reality. The system for the promotion and protection of foreign investment has been becoming a new “subsystem” international law, with its own rules and its own enforcement mechanism for dispute resolution through international arbitration tribunals, although in some where collision States constitutional standards.

Keywords: Foreign Investment, Bilateral Investment Treaties, Clauses, ICSID Arbitration

Resumo: As diretrizes do Consenso de Washington nos anos 90 implicaram a transformação política e econômica dos estados da América Latina caracterizada pela liberalização da economia, a reforma do Estado, a desregulação do sistema financeiro e as privatizações dos serviços públicos. Seguindo estas diretrizes, o termo “inversão estrangeira” se transformou em um imperativo de crescimento econômico e desenvolvimento, pelo que os Estados, para conseguir tais fins, recorreram a soluções bilaterais de inversões estrangeiras (TBI). A incorporação de uma série de standards de proteção como trato justo, cláusulas de expropriação, de nação mais favorecida; como condição para a participação de inversões estrangeiras tem vindo se constituindo em um novo “subsistema” jurídico internacional, com seus particularismos normativos e seu próprio mecanismo de solução de controvérsias através de tribunais arbitrais internacionais, ainda que em alguns casos em colisão com normas constitucionais dos Estados.

Palavras-chave: Inversão estrangeira, tratados bilaterais de inversão, cláusulas, arbitragem CIADI.

Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo XX comenzaron a implementarse nuevos procesos jurídicos en las relaciones económicas internacionales tendientes a reformular los alcances y marcos jurídicos que habían tenido los clásicos tratados de amistad, comercio y navegación (TACN) surgidos del siglo XIX, sobre los cuales la nueva realidad del sistema económico mundial no daban respuesta.

Desde esta perspectiva, se enfatizará sobre la implementación de los TBI a partir de la determinación de una serie de estándares que los tratados establecen, con el objeto de dar protección a los inversores extranjeros frente a los Estados receptores de la inversión extranjera directa (IED). Para poder contextualizar cuáles son esos estándares se analizaran aquellos más representativos y que mayor aplicación han tenido en las reclamaciones de los inversores frente al incumplimiento de los acuerdos entre Estado e inversor, y que conllevan, en la mayoría de los casos, el incumplimiento de los propios TBI. Para ello, el rol de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales será ilustrativa sobre las posturas que se han plasmado en tiempos recientes respecto al alcance de dichos estándares.

Su fiel cumplimiento y respeto, implicará que —principalmente— el Estado receptor de la inversión pueda o no ser demandado por incumplimiento de los acuerdos internacionales, ocasionándole responsabilidad internacional. Esta responsabilidad internacional del Estado en el ámbito de las inversiones extranjeras podrá traer aparejada una serie de daños frente a la no aplicación de los compromisos internacionales y sus consecuentes formas de reparación.

La inversión extranjera directa (IED) y su incidencia en Latinoamérica

Cuando nos referimos a la IED, uno de los primeros puntos a considerar es procurar establecer cuáles son los alcances terminológicos y, en este sentido, no existe un sólo alcance conceptual que permita abarcar todo el término.¹ Ello, primordialmente, porque a través de la evolución en su implementa-

1 Suelen enunciarse diversos tipos de inversiones a ser consideradas:

- a) La propiedad de bienes muebles o inmuebles y demás derechos reales.
- b) Participaciones en sociedades y otra clase de participaciones.
- c) Reclamos monetarios o de prestaciones que tengan un valor económico.

ción, los alcances de lo que es una “inversión”, fue mutando. En la actualidad, estos conceptos se plasman en TBI como el mecanismo instrumental más idóneo para expresar la voluntad de los Estados a fin de establecer qué inversiones promover y proteger.²

Si bien pueden existir diversas concepciones sobre los alcances que esas inversiones deberían generar en el contexto de los acuerdos bilaterales o multilaterales, en general se suelen señalar tres elementos principales que deben concurrir: 1) que la inversión constituya un *aporte económico susceptible de ser individualizada*, 2) que la inversión produzca un *rendimiento o una remuneración*

d) Derechos de autor, derechos de propiedad industrial; procedimientos técnicos, nombres comerciales y valor comercial.

e) Concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de exploración y beneficio. Una modificación en la forma en que se inviertan los capitales no afecta a su naturaleza como inversión de capital.

c) Créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada.

f) Cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato y cualquier licencia o concesión de acuerdo con las disposiciones vigentes que regulan estas actividades económicas, incluyendo la prospección, el cultivo, la extracción y la explotación de los recursos naturales. Sobre este aspecto ver: Binder, Chr. (ed.), *International investment law for the 21st century. Essays in honour of Christoph Schreuer*, Nueva York: Oxford University Press, 2009; Dolzer, R y Schreuer, Ch., *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, pp. 60 y ss.; Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009; Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2007, pp. 9-33; Schill, S. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010; Schwarzenberger, G., *Foreign Investment and International Law*, Stevens & Sons, 1969.

2 Cf. Diez-Hochleitner, J., “La eficacia de los tratados bilaterales para la inversión extranjera”, Real Instituto Elcano, Madrid, 2004; Dolzer, R. y Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston, Londres, 1995; Granato, L., *Protección del inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*. Disponible en: www.eumed.net/libros/2005/1g/; Mortimore, M., *Arbitraje Internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y los Estados en acuerdos internacionales de inversión: Desafíos para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo, n.º 188, Santiago de Chile, 2009; Sacerdoti, G., “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*. Academia de la Haya de Derecho Internacional, 1997; Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 2º ed.; Cambridge University Press, 2007; Saulino, F., (Coord). *Tratados Internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos*, CEPAL-GIZ, Santiago de Chile, febrero de 2011. Disponible en: www.eclac.org/publicaciones/xml/1/42861/Lcw382e.pdf; United Nations Centre on Transnational Corporations and International Chamber of Commerce, *Bilateral Investment Treaties*, UN, Nueva York, 1992; Ymaz Videla, E., *Protección de inversiones extranjeras, Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

diferenciados en el tiempo, de tal forma que esta inversión no implique una mera adquisición de un producto o cosa y 3) considerar *el riesgo que implica el implementar esa inversión* en el sentido de expectativa de rendimiento que está subordinada a las ganancias o pérdidas de los inversionistas.³

Su evolución en las últimas décadas

A finales de los ochenta y principios de los noventa, las “políticas” del Consenso de Washington implicaron la transformación política y económica de muchos Estados de Latinoamérica, caracterizada por la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación de su sistema financiero y las privatizaciones de empresas estatales. Siguiendo los consejos de las organizaciones financieras internacionales (FMI, BM), el término “inversión extranjera” se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollo y para conseguirlo los Estados recurrieron a soluciones unilaterales y bilaterales, ya sea modificando la legislación nacional, o suscribiendo TBI.

La competencia de los Estados entre sí para atraer capitales los condujo a la suscripción de un sinnúmero de acuerdos internacionales que, merced a las cláusulas contenidas en cada uno de ellos, ha formado una red de tratados que supera las viejas dicotomías Norte-Sur y Este-Oeste. Tales acuerdos abandonaron el clásico esquema del derecho internacional público, con su sistema de protección diplomática, y adoptaron mecanismos de resolución de conflictos que admiten un *ius standi* en tribunales arbitrales a favor de los inversores, modificando así la tradición de mantener la doctrina Calvo como una vía de exclusión para acceder a la jurisdicción internacional.⁴

3 El caso paradigmático en el cual se fijaron tales criterios ha sido el asunto *Salini Contruttori SpA e Italstrade Marruecos vs. Reino de Marruecos*. (Caso CIADI n.º ARB/00/4), Decisión sobre jurisdicción del 29 de noviembre de 2004. Cfr. Carreau, D., Flory, T. y Juillard, P., *Droit International Economique*. 3º ed. LGDJ, 1990, pp. 558-564.

4 Cf. Calvo, C. *Derecho Internacional Teórico y Práctico en Europa y en América*, París, 1868. Recuérdese que dicha postura, luego transformada en “doctrina”, con una amplia acogida en Latinoamérica, llegó a incorporarse en constituciones, como el caso de México en 1873. Esta doctrina tiende a postular que, en caso de surgir una disputa entre un Estado y un particular (inversor) no se debía acudir a la protección diplomática o a un tribunal extranjero, sino someter la reclamación ante los tribunales locales del Estado receptor. Su doctrina fue posteriormente recogida y ampliada por otros juristas como Fiore. Cf. Fiore, P., *Derecho Internacional Privado: Principios para resolver los conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos Estados* (1923). Biblio Bazaar. Reimpresión, 2010.

En los años noventa, los flujos de IED hacia América Latina y el Caribe registraron una vigorosa expansión paralela a la de los flujos globales de IED. Según informes de la CEPAL, partiendo de un nivel de 7.700 millones de dólares a inicios del decenio, los ingresos netos de IED en la región crecieron hasta 93.800 millones de dólares en 1999 y en la última década, el aumento de la IED en la región, trepó hasta un pico de unos 135.000 millones de dólares. Para fines de 2010 la región de América Latina y el Caribe tuvo una mayor fortaleza frente a la crisis financiera internacional y se convirtió en la región con mayor crecimiento, tanto en la recepción como en la emisión de flujos de inversión extranjera directa (IED) a nivel mundial con cerca de 113.000 millones de dólares.⁵

La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en la República Argentina

Un factor decisivo en la promoción de las IED ha sido la adecuación de los sistemas normativos locales para dar cabida a estas nuevas formas de inversión internacional. Esto motivó, entre otras acciones, la modificación de normas de orden público para la incorporación de sujetos extranjeros en la participación (además de otros asuntos) de la administración de servicios públicos o la eliminación de las restricciones legales que impedían la sumisión de dichos Estados a jurisdicciones extranjeras o internacionales.

Durante la década del noventa, en el marco de un amplio proceso de reformas del Estado aplicado por el gobierno del Presidente Menem que incluyó la convertibilidad de la moneda, la apertura comercial y financiera, la desregulación y la privatización de empresas del Estado, se produjo un nuevo flujo de inversión extranjera que se concentró en gran medida en la participación de empresas públicas prestadoras de servicios o de actividades extractivas de recursos naturales, fundamentalmente del petróleo y gas. La forma predominante de la inversión extranjera durante este período fue la de las transferencias accionarias, lo que se verificó tanto en el proceso de privatizaciones como en la venta de empresas privadas a inversores extran-

5 CEPAL, *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*. Informe 2010 disponible en: www.eclac.org/publicaciones/xml/9/43289/Capitulo_I_IED_2010_WEB_FINAL.pdf Cfr. Vodusek, Z., (ed.), *Inversión extranjera directa en América Latina. El papel de los inversores europeos*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2002, pp. 11 y ss.; Kindleberger, Ch., *Economía internacional*, 6ª ed., Aguilar, Madrid, 1982; Samuelson, P., Nordhaus, W. y Pérez Enrí, D., *Economía*. Mc Graw Hill. Buenos Aires, 2005, pp. 405 y ss.

jeros que se produjo con mayor intensidad en la segunda mitad de la década. Según informes del Ministerio de Economía de Argentina, el país recibió durante la década del noventa significativos flujos en concepto de IED, los cuales mostraron una tendencia creciente desde un promedio de 4.000 millones (1992-1995), a una media de 8.000 millones (1996-1998) hasta alcanzar el pico de 24.000 millones en 1999, monto obtenido como consecuencia de la compra acciones de la empresa nacional de hidrocarburos YPF. A partir de ese momento, se produce un profundo cambio en la tendencia, hacia los primeros años de la década de 2000, con flujos por 775 millones de dólares.⁶

Este nuevo orden económico y financiero se solventó en tres grandes líneas: a) la igualdad de trato entre inversores extranjeros y locales, en el sentido de que las inversiones hechas en el país destinadas a la promoción de actividades de índole económica, tienen los mismos derechos constitucionales que los nacionales, b) los inversionistas podrán efectuar inversiones en el país, sin previa autorización por parte del Estado y c) los inversores podrán repatriar sus utilidades en cualquier momento.⁷ Algunas de dichas garantías, se alterarían en los años 2001 y 2002, fruto del colapso económico y financiero del país⁸ e implicaron la presentación de cerca de 52 demandas ante tribunales arbitrales.

6 MECON. Informe sobre la inversión extranjera directa en Argentina (1992-2002), Buenos Aires 2003, Disponible en: http://www.mecon.gov.ar/cuentas/internacionales/documentos/inversion_extranjera_directa_arg1992-200.pdf. Cfr. Stanley, L., *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente*, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo (158), Santiago de Chile, 2004.

7 Cf. Bonchil, M., "El nuevo régimen de las inversiones extranjeras", *LL*, 1994-A, p. 732.

8 Si bien hacia fines de la década de los 90 se habían presentado algunos casos, será a partir de la modificación del sistema cambiario y el dictado de las leyes de emergencia de 2002 cuando se aumentarán exponencialmente las demandas arbitrales, llegando a casi una media centena de pedidos de procesos por violación a los acuerdos de inversión por estimaciones económicas de cerca de 75.000 millones de dólares. Recuérdese que la crisis económica que se produjo entre los años 2001 y 2002 ocasionó el colapso del sistema financiero y económico del país, obligando al Estado a dictar una serie de leyes de orden público que modificaron las condiciones acordadas con los inversionistas hasta ese momento, fruto de los acuerdos celebrados a comienzos de los 90. Como resultado de la crisis, el Estado argentino dictó la ley 25.651 que declaró la emergencia pública del Estado hasta el 10 de diciembre de 2003, pero que luego el Congreso Nacional ha venido prorrogando hasta la actualidad. Dicha ley, modificó los alcances de la ley 23.923 de 1991 (denominada ley de convertibilidad) por la que se establecía una paridad entre el peso argentino y el dólar estadounidense, lo que llevó a que se eliminara el sistema de ajustes de tarifas que poseían las concesionarias de servicios públicos en manos de inversores extranjeros en su gran mayoría. Dicho sistema de ajuste de tarifas estaba acordado según las pautas del United States Producer Price Index (US PPI), por el cual las tarifas

La incorporación de TBI por parte de la República Argentina

Como se expresara, la apertura a las inversiones extranjeras a fines del siglo XX tuvo como marco jurídico la implementación de TBI con países exportadores de inversión⁹ que, a su vez, estipulaban una serie de mecanismos de solución de controversias de índole arbitral.¹⁰

Hacia 1989, la Argentina, siguiendo los parámetros establecidos por la OCDE en 1962, elaboró su propio modelo de convenio de inversiones, el que fue adaptado, a posteriori, en los diversos tratados de inversión. Sin embargo, tales TBI no implicaron condiciones equivalentes de reciprocidad (en la práctica) entre los tipos de inversiones y sus cláusulas convenidas entre el Estado argentino y los terceros Estados firmantes.

El primer TBI firmado por la Argentina, se efectuó con la República de Italia en 1990, a los que le siguieron consecutivamente una docena de TBI, principalmente con países de Europa y América.¹¹

se calculaban en dólares a una conversión en pesos por igual monto y se reajustaban cada seis meses. Con la emergencia dictada se congelaron los mecanismos de ajuste y se pesificó el sistema cambiario nacional. Este cambio en las condiciones por las cuales los inversores habían acordado el cobro de sus ganancias, sumadas las modificaciones a otras normas sobre cláusulas de estabilización legal previstos en los TBI o la cancelación de contratos de concesión de servicios públicos, llevaron a plantear demandas ante diversos tribunales arbitrales, (principalmente ante el CIADI). Con motivo de las leyes dictadas, el PEN inició en 2003 un proceso de renegociación de los contratos con los inversores, principalmente prestadores de servicios públicos a través del Decreto 311/03, al que escasas empresas acordaron, renunciando a su vez a plantear demandas ante tribunales extranjeros.

9 El primer TBI firmado por la República Argentina fue con Italia (el 22 de mayo de 1990) aprobado por ley 24.122.

10 De ellos, el de mayor trascendencia lo configura el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* de 1965 (Convenio de Washington), aprobado por ley 24.353, promulgado el 22/8/1994, B.O: 2/9/1994 y entró en vigor 30 días posteriores al depósito de ratificación de Argentina el 18/11/1994.

11 La República Argentina celebró tratados bilaterales sobre protección y promoción de inversiones extranjeras (BITs) con más de 50 países. Entre ello podemos mencionar: República Argelina Democrática Popular: fecha de firma: 04/10/2000; ley aprobatoria: 25.538/02; República de la India: fecha de firma: 20/08/99; ley aprobatoria: 25.540/2002; República de Nueva Zelanda: Fecha de firma: 27/08/99; ley aprobatoria: 25.539/2002; Tailandia: Fecha de firma: 18/02/2000; ley aprobatoria: 25.532/02; Filipinas: fecha de firma 20/09/99; ley aprobatoria: 25.481/01; Guatemala: fecha de firma: 21/04/98; ley aprobatoria: 25.350/00; República de Sudáfrica: fecha de firma: 23/07/98; ley aprobatoria: 25.352/00; Nicaragua: fecha de firma: 10/08/98; ley aprobatoria: 25.351/00; Federación Rusa: fecha de firma: 25/06/98; ley aprobatoria: 25.353/00; Costa Rica: fecha de firma: 21/05/97; ley aprobatoria: 25.139/99;

A su vez, de la totalidad de TBI firmados por Argentina, cabe aludir que evolutivamente se fueron presentando diferencias en cuanto a su alcances y límites de actuación. Así, los primeros TBI firmados por el país con Italia, Alemania, Austria, Canadá, entre otros, sostienen que, de no lograrse un acuerdo con el gobierno, el inversor debe acudir a los tribunales locales del Estado, a fin de poder agotar los recursos internos previstos y, frente

El Salvador: fecha de firma: 09/05/96; ley aprobatoria: 25.023/98; República Checa: fecha de firma: 27/09/96; ley aprobatoria: 24.983/98; Lituania: fecha de firma: 14/03/96; ley aprobatoria: 24.984/98; Panamá: fecha de firma: 10/05/96; ley aprobatoria: 24.971/98; México: fecha de firma: 13/11/96; ley aprobatoria: 24.792/98; Marruecos: fecha de firma: 13/06/96; ley aprobatoria: 24.890/97; Indonesia: fecha de firma: 07/11/95; ley aprobatoria: 24.814/97; Cuba: fecha de firma: 30/11/95; ley aprobatoria: 24.770/97; Vietnam: fecha de firma: 03/06/96; ley aprobatoria: 24.778/97; Israel: fecha de firma: 23/07/95; ley aprobatoria: 24.771/97; Australia: fecha de firma: 23/08/95; ley aprobatoria: 24.728/96; República de Corea: fecha de firma: 17/05/94; ley aprobatoria: 24.682/96; Ucrania: fecha de firma: 09/08/95; ley aprobatoria: 24.681/96; Perú: fecha de firma: 10/11/94; ley aprobatoria: 24.680/96; Malasia: fecha de firma: 06/09/94; ley aprobatoria: 24.613/96; Finlandia: fecha de firma: 05/11/93; ley aprobatoria: 24.614/96; Portugal: fecha de firma: 06/10/94; ley aprobatoria: 24.593/95; Croacia: fecha de firma: 02/12/94; ley aprobatoria: 24.563/95; Jamaica: fecha de firma: 08/02/94; ley aprobatoria: 24.549/95; Venezuela: fecha de firma: 16/11/93; ley aprobatoria: 24.457/95; Ecuador: fecha de firma: 18/02/94; ley aprobatoria: 24.459/95; Rumania: fecha de firma: 29/07/93; ley aprobatoria: 24.456/95; Bolivia: fecha de firma: 17/03/94; ley aprobatoria: 24.458/95; Senegal: fecha de firma: 06/04/93; ley aprobatoria: 24.396/94; Bulgaria: fecha de firma: 21/09/93; ley aprobatoria: 24.401/94; Armenia: fecha de firma: 06/04/93; ley aprobatoria: 24.395/94; Túnez: fecha de firma: 17/06/92; ley aprobatoria: 24.394/94; Dinamarca: fecha de firma: 06/11/92; ley aprobatoria: 24.397/94; Turquía: fecha de firma: 08/05/92; ley aprobatoria: 24.340/94; Hungría: fecha de firma: 05/02/93; ley aprobatoria: 24.335/94; República Popular China: fecha de firma: 05/11/92; ley aprobatoria: 24.324/94; República de Austria: fecha de firma: 07/08/92; ley aprobatoria: 24.238/94; Egipto: fecha de firma: 11/05/92; ley aprobatoria: 24.248/93; Países Bajos: fecha de firma: 20/10/92; ley aprobatoria: 24.352/94; Gran Bretaña e Irlanda del Norte: fecha de firma: 11/12/90; ley aprobatoria: 24.184/92; Bélgica y Luxemburgo: fecha de firma: 28/06/90; ley aprobatoria: 24.123/92; Canadá: fecha de firma: 05/11/91; ley aprobatoria: 24.125/92; EE.UU: fecha de firma: 14/11/91; ley aprobatoria: 24.124/92; Suecia: fecha de firma: 22/11/91; ley aprobatoria: 24.117/92; España: fecha de firma: 03/10/91; ley aprobatoria: 24.118/92; Francia: fecha de firma: 03/07/91; ley aprobatoria: 24.100/92; Alemania: fecha de firma: 09/04/91; ley aprobatoria: 24.098/92; Suiza: fecha de firma: 12/04/91; ley aprobatoria: 24.099/92; Polonia: fecha de firma: 31/07/91; ley aprobatoria: 24.101/92; Chile: fecha de firma: 02/08/91; ley aprobatoria: 24.342/93; Italia: fecha de firma: 22/05/90; ley aprobatoria: 24.122/92. A ello deben sumarse el Protocolo de Buenos Aires de Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR: fecha de firma 04/08/1994, ley aprobatoria 24.554 y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados: fecha de firma: 18/03/1965; ley aprobatoria: 24.353/94. (B.O. 02/09/94).

a una eventual reclamación internacional, se fijaron los plazos en unos 18 meses. Esto tenía como fundamento dar al Estado receptor de la inversión la posibilidad de subsanar sus incumplimientos a través de los mecanismos internos, evitando de esta manera que la controversia llegue a sede arbitral.

Será a partir del TBI firmado con Francia, mediante el cual se modificarán esas exigencias, estableciéndose una posibilidad de someter la disputa ante instancias internacionales, sin el previo agotamiento de la vía interna. Mediante este mecanismo, las partes poseen un plazo de seis meses para llegar a un acuerdo sobre la diferencia, en cuyo caso, de no lograrse tal posibilidad, se permite al inversor elegir la vía nacional o una vía internacional de solución de disputas, entre ellas, la jurisdicción del CIADI o un tribunal *ad-hoc* para tal efecto, generalmente bajo las reglas de la CNUDMI/UNCITRAL. Este tipo de opciones suelen denominarse cláusulas *fork in the road* o bifurcación de vías.¹²

Es dable recordar que la esencia de estos TBI está circunscripta a establecer las condiciones sobre las cuales los Estados receptores de la inversión garantizan ciertas condiciones legales y económicas a los inversionistas, denominadas cláusulas o estándares de inversión.

Estándares y reglas que estipulan los TBI

Trato justo y equitativo

Este tipo de estándar, si bien ha sido desarrollado por la doctrina y ampliamente aplicado por la jurisprudencia arbitral, no constituye en sí un estándar que pueda ser utilizado en términos generales, sino, más bien, deberá estarse a las condiciones y circunstancias que en cada caso se apele, a fin de verificar su aplicación en la reclamación de la vulneración de un contrato o un TBI.¹³

12 Cfr. Castillo Freyre, y Stirnimann, F., “La cláusula *fork in the road* y el arbitraje de inversión”, En *Panorama Actual de Arbitraje*, n.º 13, Biblioteca de Arbitraje, Palestra, Lima, 2010; B. de Maekelt, T., “Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación”, en *Arbitraje interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Coord. Irene de Valera), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos 18, Caracas, 2005. p. 340.

13 Cf. Dolzer, R. y Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Boston, Londres. 1995; Dolzer, R. y Scheurer, Ch., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 119; Ymaz Videla, E., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999. Granato, L., *Protección del inversor extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*, 2005, disponible en www.eumed.net; Tawil, G. S., “Los tratados de protección y promoción recíproca de

Esto implica que a todo inversor se le debe garantizar el poder de ejercer sus inversiones en el Estado receptor, libre de toda injerencia de los órganos del Estado o de terceros que puedan implicar acciones discriminatorias o abusivas, y que, a su vez, impliquen una desventaja frente a otros sujetos públicos o privados. Se exige así la garantía, por parte del Estado receptor, de un nivel mínimo de trato hacia el inversor que no se puede transgredir y que posibilite la consecución de los compromisos acordados, a la vez que, frente a toda diferencia o inconveniente de trato entre el inversor y el Estado, éste último actúe de manera justa, razonada y equitativa.

El trato justo y equitativo no será en ningún caso menor que el acordado por las normas y principios del derecho internacional. Es decir que todo inversor debe poder recibir un trato no menos favorable que el recibido por otro inversor o un nacional, estándar también muy relacionado con el de *trato nacional*.¹⁴

En diversas oportunidades, los tribunales arbitrales sobre inversión han enunciado los alcances de estos términos. En el asunto *Teemed vs México* se sostuvo que:

El inversor extranjero espera del Estado receptor que actúe en forma consistente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor extranjero [...] sin que arbitrariamente revoque cualquier precedente decisión o normativa emitida que fuese tomada por

inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, *LL*, 2000 – D, 1106. Sobre este estándar ver también Barraguirre, J. y Manzi, A. (co-relatores), *El sistema de solución de controversias en materia de inversiones*. Relato de la Sección de Derecho Internacional Público, XXI Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Aadi). Córdoba, 1 al 3 de octubre de 2009, Anuario de la Aadi, Córdoba, 2010, p. 145-188; Schreuer, Ch., “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, n.º 3, Ginebra, 2005, pp. 356 y ss. El estándar de trato justo y equitativo encuentra su primera expresión en la Carta de la Habana de 1948, cuando se produjo el primer intento de establecer un organismo internacional para el comercio. Posteriormente fue planteada en los borradores de la Convención Abs-Schawcross de 1960 y de la Convención de Protección de la Propiedad en el Extranjero en el marco de la OCDE de 1967. Con los TBI de los EE.UU. a comienzos de los años 70, se comienzan a incorporar dicha cláusula. Cf. UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Vol III, UNCTAD/ITE/IIT/11, Series on Issues in International Investment Agreements. United Nations, 1999, pp. 10 y ss.

14 Diversos TBI formulan en sus cláusulas estos estándares necesarios para garantizar una inversión extranjera. El TBI entre Argentina y Australia lo estipula en su artículo 4, con Canadá, en su artículo II (4); con Italia, en su artículo 2.2, con Francia, en su artículo 3, entre otros.

el inversor para asumir sus compromisos y para alcanzar sus actividades comerciales.¹⁵

En el caso de las demandas contra Argentina, este tipo de estándar de protección es el que ha primado en los reclamos de los inversionistas, ya sea en los asuntos *CMS*,¹⁶ *LG&E*,¹⁷ *Enron*,¹⁸ *Sempra*¹⁹ (respecto a la modificación por parte del Estado del marco regulatorio contrario a los términos de las licencias acordadas en el sector de hidrocarburos); como en *Aguas del Aconquija (Vivendi)*,²⁰ *Azurix*,²¹ *Siemens*,²² *Thales Spectrum*²³ (respecto a la rescisión de contratos de largo plazo) o *Continental Casualty*²⁴ (por la modificación en los valores cotizables de letras de cambio), entre otros.

Cabe remarcar también que, por la indeterminación de este estándar, en ciertas circunstancias, se puede ocasionar cierta inseguridad jurídica al Estado receptor, por lo que se torna relevante que los Estados puedan establecer parámetros más objetivos sobre los cuales discurren las legislaciones nacionales y las medidas de políticas públicas que se deben aplicar en ciertas circunstancias. El implementar un mecanismo que permita al Estado determinar altos estándares de calidad en cuanto al trato justo al inversor implicará, por una parte, brindar ámbitos más propicios para la inversión, pero con su correlato de un eficaz mecanismo de control y resolución de diferencias cuando éstas se presenten, a fin de evitar que situaciones de reclamaciones por incumplimiento de los contratos nacionales escalen e impliquen la adopción de medidas que a posteriori puedan ser consideradas como violación al estándar protegido en el TBI.

15 *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. México* (Caso CIADI n.º ARB (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, Párr. 154, I; Sobre este punto se han referido laudos como: *Waste Management Inc. vs. México* (Caso CIADI ARB(AF)00/3), Laudo del 30 de abril de 2004; *MCI Group y New Turbine vs. Ecuador* (Caso CIADI n.º ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007, párr. 278.

16 *CMS Gas Transmission vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/08).

17 *LG&E Energy Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/01).

18 *Enron Corporation Ponderosa Assets LP vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/3).

19 *Sempra Energy International vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/16).

20 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi S.A. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/97/3).

21 *Azurix Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/12).

22 *Siemens AG vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/08).

23 *TSA Spectrum de Argentina S.A. vs. Argentina*. (Caso CIADI n.º ARB/05/5).

24 *Continental Casualty Company vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/9).

La cláusula de Nación Más Favorecida (NMF)

Esta cláusula utilizada en los TBI e instrumentos regionales de promoción de inversión (Artículo 1.º de los Protocolo de Buenos Aires y artículo 3.º del Protocolo de Colonia en el ámbito del MERCOSUR; artículo 10 de la Carta de la Energía en el ámbito europeo, entre otros) ha sido esgrimida por parte de los inversores, en algunos casos en forma abusiva. Como tal, el estándar de nación más favorecida ha permitido lo que la doctrina ha catalogado como la “multilateralización de los tratados” en materia de inversiones, frente a la protección a que aspira un inversor.²⁵ Este estándar sobre tratamiento acordado a los inversores implica que en aquellos supuestos donde un TBI otorgue un mejor trato a un inversor de un tercer Estado, pero en que ambos hayan firmado un TBI con el Estado receptor, pudiera aplicarse el TBI más favorable al inversor.²⁶

Cabe recordar que en el ámbito de la CDI de la Asamblea General de ONU se desarrolló inicialmente un proyecto de artículos sobre la

25 Cf. Perugini, A., “La definición de la persona física y la cláusula de la nación más favorecida en los convenios bilaterales de promoción y protección de las inversiones”, en Gutiérrez Posse, H. (coord.), *Los Convenios para la promoción y protección recíprocas de inversiones*. Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Navegación. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1993, pp 35 y ss.; Faya Rodríguez, A., “The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, *Journal International Arbitration*, Vol. 25, n.º 1 (2008), 88-102, pp. 93-96; Fernández Masía, E. “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, *Revi*, Vol. 13, (2007), pp. 16-20; Orrego Vicuña, F. (dir.), *América Latina y la cláusula de la Nación Más Favorecida*. Santiago de Chile, 1972, p. 17; Vesel, S., “Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favoured-Nation in Bilateral Investment Treaties”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 32 (2007), 125-129, pp. 154-192. En el ámbito del derecho internacional, dicha cláusula representa un estándar controvertido al momento de su aplicación. La CIJ en algunos fallos ha tenido la oportunidad de hacer alusión a ella. Ver: Asunto *Empresa Petrolera Anglo-Iraní*, Sentencia sobre competencia del 22 de julio de 1952 (*Recueil*, 1952, pp. 2018 y ss.), y *Derechos de los nacionales estadounidenses en Marruecos*. Sentencia del 27 de agosto de 1952 (*Recueil*, 1952, pp. 191 y ss.).

26 Vgr. Artículo 3 del TBI entre Argentina – Italia de 1990. “Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más Favorecida (1) Cada Parte Contratante, en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, a las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo, un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países”.

cláusula de nación más favorecida, que ha tenido relativos avances en los últimos años.²⁷

En sí, este principio requiere estar estipulado bajo condiciones generales y no tanto para inversiones en particular, a la vez que en algunos casos el acceso a estas cláusulas se aplica sobre aquellos TBI conformados con anterioridad del cual es nacional el inversor, mientras que otros solo lo estipulan en casos de los TBI que se firmen en adelante.

Un punto que ha generado diversas controversias sobre la invocación de la cláusula de NMF ha sido la utilización del estándar en búsqueda de acceder a la jurisdicción de tribunales arbitrales, a fin de evitar el agotamiento de recursos internos del Estado receptor. Así, el caso paradigmático sobre este punto ha sido el asunto *Maffezini vs. Reino de España*,²⁸ donde el tribunal sostuvo que,

27 Documento A/CN.4/ 213 del 18 de abril de 1969, Segundo informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970, Vol. II, p. 204, 9 de marzo y 18 de mayo de 1970. En 1978, la CDI presentó su proyecto que no fue considerado por la Asamblea General. En su 60° período de sesiones, donde la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “La cláusula de la nación más favorecida” y establecer un Grupo de Estudio sobre la cuestión en su 61° período de sesiones”. En el 61° período de sesiones (2009) se estableció un Grupo de Estudio, copresidido por el Sr. Donald M. McRae y el Sr. A. Rohan Perera. El Grupo de Estudio se volvió a constituir en el 62° período sesiones (2010) bajo la misma copresidencia. En su 3119ª sesión, el 8 de agosto de 2011, la Comisión tomó nota del informe oral presentado por los copresidentes del Grupo de Estudio (*Documentos Oficiales de la Asamblea General*, 63°, 64°, 65° períodos de sesiones, suplemento n.º 10 (A/63/10), párr. 354; suplemento n.º 10 (A/64/10), párrs. 211 a 216, suplemento n.º 10 (A/65/10), párrs. 359 a 373) y suplemento n.º 10 (A/66/10), párrs. 354 a 362. En 2010 y 2011 el Grupo de Estudio decidió tratar de determinar en mayor medida el contenido normativo de las cláusulas NMF en el ámbito de las inversiones y de realizar un ulterior análisis de la jurisprudencia que incluyera la función de los árbitros, los factores que explican planteamientos diferentes a la hora de interpretar disposiciones NMF, las divergencias y las medidas adoptadas por los Estados en respuesta a la jurisprudencia. El Grupo concentró sus estudios en el documento de trabajo acerca de la “interpretación y aplicación de cláusulas NMF en acuerdos sobre inversiones” preparado por Donald McRae. El documento de trabajo partía de un estudio anterior sobre “La cláusula NMF y el asunto *Maffezini*”, elaborado por Rohan Perera y trataba de determinar los factores que los tribunales habían tenido en cuenta a la hora de adoptar sus decisiones para calibrar si con ello se arrojaba alguna luz en las divergencias que existían en la jurisprudencia, con miras a identificar categorías de factores que se habían alegado en los distintos asuntos y evaluar su importancia relativa en la interpretación y aplicación de cláusulas NMF.

28 *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España* (Caso CIADI n.º ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2000. El tribunal analizó la cláusula NMF del TBI entre Argentina y el Reino de España en relación con las disposiciones del TBI entre Chile y España, el cual no requería el agotamiento de cierto período de tiempo antes de registrar una demanda.

en ausencia de disposiciones expresas en contrario, las disposiciones relativas a disputas de inversiones de otro tratado de la misma naturaleza, se pueden extender a un inversionista de un tercer país porque el propósito del TBI es proteger a los inversionistas extranjeros y sus derechos y porque las disposiciones de arreglo de disputas de inversiones están íntimamente relacionadas con la protección de inversiones. En esa dirección, el tribunal en el asunto *Hochtief AG vs. Argentina*, analizó su jurisdicción respecto a un reclamo efectuado por el inversionista alemán de acudir al CIADI, utilizando la cláusula de NMF en el contexto del TBI entre Argentina y Chile, que excluye la posibilidad de espera de hasta 18 meses antes de elevar un caso a las instancias internacionales frente al TBI Alemania-Argentina que sí lo exige. Expresó el tribunal que:

El Tribunal considera que la frase “la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión” incluye el derecho de recurrir a mecanismos de resolución de diferencias como un aspecto dentro de la administración de la inversión. Efectivamente, el derecho (‘procesal’) de hacer efectivo otro derecho (‘sustantivo’) es un componente dentro del compendio de derechos y obligaciones que conforman el concepto jurídico de lo que constituye propiedad. [...] El Tribunal considera que las disposiciones del Artículo 10 que, sea cual fuere la interpretación que se adopte, brindan a los inversionistas la posibilidad de recurrir al arbitraje, además de reconocerles el derecho de recurrir a los tribunales nacionales, constituyen una forma de protección de la que se goza dentro del contexto de “la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión”.²⁹

Sin embargo, estas cláusulas pueden dar lugar a que el inversor pretenda abusar de los alcances en los términos de los TBI. Por ello, el tribunal también sostuvo en *Maffezini* que:

Ver también los asuntos *Plama Consortium S.A. vs. Bulgaria*, caso CIADI n.º ARB/3/24, decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/19), Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, como así también *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/17), decisión sobre responsabilidad del 30 de julio de 2010.

29 *Hochtief AG vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/07/31). Decisión sobre jurisdicción del 24 de octubre de 2011, párr. 66 y 68.

Debe quedar clara, la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas por la otra [...]. De otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública [...].³⁰

La reacción de los Estados que celebraron acuerdos de inversiones tras el asunto *Maffezini* indica una tendencia a manifestar de manera expresa si la cláusula NMF es aplicable o no a los procedimientos de arreglo de controversias. En el asunto *Impregilo vs. Argentina* dos árbitros hicieron lugar a la jurisdicción del Centro, mientras que la profesora Stern con muy buen criterio expresó sus disidencias sobre ello. En este asunto, el tribunal por mayoría expresó que:

Es cierto, tal como fue señalado, que la jurisprudencia en torno a la aplicación de las cláusulas NMF a las normas de resolución de controversias no es congruente. Sin embargo, en aquellos casos en que la cláusula NMF ha hecho referencia a “todas las demás cuestiones” o a “toda cuestión” regulada por el TBI, la conclusión ha sido casi unánime en el sentido de incluir las normas de resolución de controversias. Sobre esta base, la mayoría del Tribunal concluye que *Impregilo* tiene derecho a sustentar su reclamo, en este aspecto, sobre la base de las normas de resolución de controversias contenidas en el TBI Argentina-Estados Unidos y que no puede desestimarse el caso por la falta de cumplimiento con los requisitos establecidos en los Artículos 8(2) y 8(3) del TBI Argentina- Italia.³¹

Para el tribunal, ese razonamiento estuvo básicamente presente al considerar que la espera de 18 meses en nada hubiera modificado el acceso del inversionista al CIADI; por lo que solamente habría retrasado el tiempo de presentación.

30 *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España* (Caso CIADI n.º ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2000, párrs. 63 y 64.

31 *Impregilo spA vs. Argentina*. (Caso CIADI n.º ARB/07/17), Laudo del 21 de julio de 2011, párr. 108.

En igual sentido se han expresado autores como Van Harten, quien deja abierta la posibilidad de un alcance más amplio de la cláusula de NMF.³² Sostiene el autor que mucho depende de la redacción de la cláusula NMF en particular, ya que algunos TBI indican si una cláusula de NMF se aplica en la solución de controversias o no y, en ausencia de tal indicación, no habría razón convincente para distinguir entre las normas sustantivas y de solución de controversias.

Estas “doble vías” a las cuales algunos inversores han apelado para lograr acceder a los ámbitos arbitrales internacionales, sobre la base de evitar llevar los casos ante los tribunales locales de los Estados receptores, está motivando que se distorsionen los alcances de la pretensión de estas cláusulas, más bien referidas al trato que un Estado debe brindar a un inversor, respecto a otros, pero sin que ello implique, a su vez, el pretender incorporar *de facto* que dichos alcances deben ser también aplicados a cuestiones procesales en cuanto al acceso a los ámbitos de solución de controversias que los diversos TBI estipulan. Estas posturas, que los árbitros terminan aplicando a través de sus fallos, alteran el alcance que los Estados se comprometen cuando acuerdan los TBI al no incluir cláusulas de NMF. No tendría razón de ser que, si dos Estados soberanos deciden establecer un mecanismo de solución de disputas, ello implicara luego que se aceptara tácitamente que el inversor eligiera cualquier otro a su “preferencia”. En tal sentido, la aplicación desproporcionada de la cláusula de NMF sería contraria a los alcances de buena fe que se debería hacer del término “trato favorable” a tenor de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

De allí que se comparta lo expresado en la opinión disidente del árbitro Stern en el asunto *Impregilo*, al sostener que:

[...] existen dos tipos diferentes de disposiciones en los TBI que deben distinguirse en esta amplia categoría de “todas las demás cuestiones”, como expondré a continuación. Existen derechos y existen condiciones fundamentales para acceder a los derechos. En otras palabras, existen normas que confieren derechos sustantivos y jurisdiccionales a los inversores extranjeros respecto de sus inversiones y existen normas que regulan el acceso de los inversores extranjeros a los derechos sustantivos y jurisdiccionales otorgados por el tratado base. Considero que una cláusula NMF sólo puede referirse a los derechos de los que un inversor puede gozar, no puede modificar las condiciones fundamentales para el

32 Van Harten, G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

ejercicio de dichos derechos, es decir, las condiciones insuperables para acceder a los derechos otorgados en virtud del TBI.³³

En tal sentido, se deben ponderar aquellas posturas que tienden a restringir el uso de la cláusula NMF para los casos referidos al goce de mejores estándares de protección de derechos de inversión en un Estado, más que sobre el acceso a mecanismos de solución de controversias a voluntad del inversor. El desconocer lo acordado por los Estados partes en los TBI, a fin que tribunales nacionales puedan conocer sobre reclamaciones esgrimidas por el inversor, pone en evidencia el desequilibrio que también se genera al no cuestionarse las disputas que surjan por el incumplimiento (principalmente respecto del contrato entre el Estado y el inversor) en un ámbito jurisdiccional con un mayor conocimiento sobre el alcance y la interpretación de las normas locales y sus procedimientos, respecto al grado de exigibilidad (o no) sobre el cumplimiento de las obligaciones de las partes de un TBI.

La cláusula paraguas

Este tipo de cláusulas tiene como fin incluir dentro del ámbito del respectivo TBI aquellas acciones ejercidas por el Estado que no se configuran necesariamente como expropiatorias ni como denegatorias de trato justo y equitativo constituyendo un efecto de cláusula residual. Diversos TBI contienen disposiciones, según las cuales, es considerado violación del tratado el incumplimiento por parte del Estado anfitrión de cualquier de sus obligaciones, sean estas de naturaleza del TBI o contractual.³⁴ Así, por ejemplo, ante un supuesto incumplimiento contractual por parte del Estado anfitrión, el inversionista tiene la posibilidad de intentar dos acciones: una, de naturaleza contractual y otra, derivada del TBI. Además, se pretende efectuar la protección de disposiciones diversas, tales como las que garantizan la libre transferencia de los dividendos y la repatriación de capitales en moneda de libre conversión y la de poder trasladar empleados de la nacionalidad del inversionista extranjero al Estado anfitrión.

Esto ha dado paso a diversos laudos en donde ciertos inversionistas han procurado utilizar vías de reclamos contractuales a través del uso de

33 *Impregilo s.p.A vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/07/17), Laudo del 21 de julio de 2011. Opinión disidente de la Prof. Brigitte Stern, párr. 47.

34 TBI EE.UU.-Argentina (ley 24.124), TBI China-Argentina (Ley 24.325), entre otros.

acciones por violación de estándares de protección previstos en los TBI, lo que suele generar una duplicidad de procesos.³⁵

Las distinciones sobre los ámbitos de protección de las cláusulas paraguas han dado lugar a una amplia producción de estudios y fallos arbitrales sobre los efectos de los denominados *contract claims* y *treaty claims*.³⁶ En diversos casos los árbitros no han sido precisos en acordar un punto en común sobre los alcances de este tipo de cláusulas, sin embargo, ha prevalecido la posición más restrictiva sobre los alcances de la misma en el sentido de diferenciar los incumplimientos de contratos sobre los del TBI, ya que, en muchos casos, los sujetos responsables no son los mismos.³⁷

35 Sobre este punto ver los casos: *Société Générale de Surveillance S.A. (SGS) vs. Pakistan*. En *International Arbitration Report*, Vol 18, n.º 9, septiembre 2003, párr 167. Una compañía suiza (SGS) había suscrito un contrato con Pakistán para prestar servicios de inspección, en relación con productos que se iban a exportar desde ciertos países hacia Pakistán. Posteriormente, Pakistán le notificó a SGS que había terminado el contrato. Tanto Pakistán como SGS intentaron acciones legales separadas en Suiza y Pakistán por incumplimiento de contrato. SGS también registró una solicitud de arbitraje ante CIADI, alegando que Pakistán había incumplido el contrato y había violado el TBI entre Suiza y Pakistán. El demandado objetó la jurisdicción del tribunal arbitral, entre otras razones, porque la disputa tal y como había sido presentada por el demandante había surgido de actos y omisiones con respecto a un contrato entre Pakistán y SGS, el cual además tiene un artículo relativo a la escogencia del mecanismo de solución de disputa, que no contenía referencia a CIADI. Por su parte, SGS argumentó que por razón de una supuesta cláusula paraguas (artículo 11) en el respectivo TBI, el incumplimiento de un contrato se convertía en una violación del TBI. En consecuencia, cuando el contrato se incumplió, SGS tenía dos acciones en contra de Pakistán; una por incumplimiento del contrato y otra por violación del TBI. El Tribunal señaló “[...] bajo el Derecho Internacional, una violación de un contrato suscrito por el Estado con un inversionista de otro Estado, no es, por sí misma, una violación del Derecho Internacional”.

36 Cfr. Cremades, B. y Cairns, D., “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, En Horn, N. y Kröll, S. (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Hague, Kluwer Law International, 2004, pp. 325-35; Fernández Masía, E., “Duplicidad de procedimientos en la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, *Instituto de Investigaciones jurídicas*. UNAM, México, disponible en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2815/10.pdf; n.º 5, 2004, pp. 397-412.

37 *Lauder vs. República Checa*, Laudo del 3 de septiembre de 2001 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL); *CME vs. República Checa*, Laudo del 14 de marzo de 2003 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL); *Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Pakistán* (Caso CIADI n.º ARB/01/13), Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003; *Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Filipinas* (Caso CIADI n.º ARB/02/06), Laudo sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004; *Azurix Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/12), Decisión sobre anulación del 1º de septiembre de 2009.

Esto ha sido reiterado en el asunto *El Paso vs. Argentina*, cuando el tribunal expresó que:

[...] una cláusula paraguas no puede transformar cualquier reclamo contractual en un reclamo basado en un tratado, ya que esto entrañaría necesariamente que todos los compromisos del Estado respecto de las inversiones, aún los de menor importancia, se transformarían en reclamos basados en un tratado. [...] sería, en verdad, extraño que la aceptación del TBI entrañaría la responsabilidad internacional del Estado de las inversiones extranjeras incorporadas en el Tratado y convirtiera al Estado responsable de las violaciones de cualquier compromiso del derecho nacional o internacional, con “respecto a las inversiones”.³⁸

Cabe también especificar que este tipo de cláusulas, si bien puede ser entendida en un sentido amplio o un sentido más restricto sobre los ámbitos de aplicación del TBI, no cualquier inversionista podría esgrimir dichas cláusulas al pretender aplicarlas mediante la invocación de la cláusula de NMF, ya que el marco jurídico que regula las cláusulas paraguas no es expansivo a un derecho del cual el inversor no es parte. Las cláusulas paraguas, si bien han sido para situaciones de posibles inestabilidades políticas en países destinatarios de mayores inversiones, han perdido los objetivos primarios con que fueron ideadas, constituyendo en la actualidad una forma de “corsé” jurídico que impide a los Estados muchas veces actualizar sus legislaciones según parámetros más equitativos y de control sobre aspectos de la economía y el desarrollo sustentable. La incorporación de mayores principios de adecuación de dichas normas, más que atentar contra los derechos del inversor, posibilitarían mayor previsibilidad a los acuerdos entre las partes en la vida futura del contrato y con ello un mejor cumplimiento del TBI.

Cláusulas de estabilización

Uno de los objetivos de estas cláusulas es limitar el ejercicio de la competencia legislativa por parte del Estado, al no permitir que en forma subrepticia el Estado modifique la legislación sobre la que se ha basado el acuerdo celebrado por el inversor. Es común encontrar en los convenios bilaterales disposiciones que mantienen al inversor al reparo del llamado “álea legislativo”,

38 *El Paso Energy International Co. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/15), Laudo del 27 de abril de 2006, párr. 82.

en algunos casos de manera genérica y, en otros, con una enumeración de las normas no modificadas, como la legislación laboral, societaria o fiscal, por todo el tiempo de duración del TBI, o por un período limitado. Sin embargo, atento a los constantes cambios que se pueden dar en un Estado en razón de efectos económicos, políticos, tecnológicos o sociales internos o externos, en los últimos años se ha avanzado en los modernos TBI en la conformación de cláusulas de “reajuste” que procuran quitar rigidez a las cláusulas de estabilización. Así, en contratos de largo plazo se prevé la posibilidad de que el Estado pueda efectuar modificaciones en los contratos con el inversor, sin que ello implique un menoscabo a los derechos e inversiones efectuadas por el inversor, todo ello a través de mecanismo de consulta y negociación entre los sujetos involucrados. Un ejemplo de este tipo de cláusulas es aquella establecida en el TBI firmado entre Argentina y Panamá en lo relativo a expropiaciones, nacionalizaciones o medidas similares.³⁹

Este tipo de cláusulas ha sido ampliamente utilizado por los inversionistas cuando por diversas razones no lograban resoluciones favorables a sus intereses en disputas ante tribunales locales. A la luz de la evolución de la vida económica y social de un Estado, pretender mantener cláusulas “pétreas” sin posibilidad de renegociación progresiva acorde a la realidad del Estado receptor conforma un mecanismo arbitrario y que a la postre termina perjudicando la relación entre el Estado y el inversor, haciendo más complejo el cumplimiento de los contratos.

En tal sentido, debe tenerse presente el rol que cumple la *Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos* (UNIREN), creada bajo decreto 311/03, en el ámbito del Ministerio de Economía de la Nación, que llevó adelante una serie de renegociaciones contractuales con inversores extranjeros que se vieron perjudicados por las normas de emergencia de 2002, por lo que algunos de ellos retiraron sus demandas del CIADI como acuerdo de negociación con el Estado. Debería ser este un modelo a seguir por otros inversionistas y sobre todo por los Estados de los cuales son nacionales los inversionistas, en el sentido de comprender que la negociación

39 TBI Argentina-Panamá. Artículo 3.º. “Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo modificación o derogación de leyes, que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal”.

y la reinterpretación de cláusulas de los TBI y de los contratos son hechos positivos que permiten establecer una mayor estabilidad en el inversor y más confianza del Estado.

Expropiación

En principio, todo Estado está legitimado a expropiar los bienes que se encuentren en sus territorios, con base en un acto de soberanía o de ley. Sin embargo, esas expropiaciones no pueden ser arbitrarias. La expropiación a la que pueden estar sometidos los inversionistas extranjeros solo puede ser admitida cuando sirva a un interés o fin común del Estado, sin que implique un acto discriminatorio o direccionado contra un inversor en particular, en el contexto de la legalidad y de un debido proceso, medida que debe estar ligada a una debida y justa indemnización previa.⁴⁰ Si estas condiciones no se manifiestan, se estará, más bien, frente a una “confiscación” de los bienes o derechos del inversor. Una expropiación de la inversión puede constituirse en la pérdida de la totalidad de los bienes invertidos (directa) o en restricciones que el Estado ejecuta contra el inversor y que le priva de un normal desarrollo de la inversión, coartando sus derechos legítimos de retribución económica por las inversiones efectuadas (indirecta).

Los TBI suelen estipular cláusulas que prevén los mecanismos y las condiciones en que el Estado receptor puede proceder a nacionalizar o expro-

40 Cfr. Dolzer, R., “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review*, 1, 1986, p. 42; González de Cossio, F., “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión”, en Rodríguez Jiménez, S. y Wöss, H., (coord.), *Arbitraje en materia de inversiones*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie 155, UNAM, México 2010, pp. 21 y ss.; Herdegen, M., “Derecho de expropiación internacional y derecho de inversiones, en *Derecho Económico Internacional*. KAS–Diké. Medellín, 1994, pp. 259-284; Jiménez de Arechaga, E., “State Responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 11, n.º 2, (1978), pp. 179 y ss.; Kriebaum, U., “Partial Expropriation”, *Journal of World Investment & Trade*. Vol. 8, n.º 1, febrero 2007, pp. 70 y ss.; Newcombe, A., “The Boundaries of Regulatory Expropriation under International Law”, *Icsid Review*, (2005), pp. 20:1; Páez, M., “La expropiación indirecta a frente al ciadi. Consideraciones para la auto regulación de los actos administrativos de los Estados”, *Revista Estudios Internacionales*, Universidad de Chile, abril 2006; Piran, H., “Indirect Expropriation in the Case Law of the Iran-United States Claims Tribunal”, *The Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 6. 1995, pp. 140-247; Reinisch, A., “Legality of Expropriations”, *2007 Vienna Conference on Standards of Investment Protection*, Vienna University, septiembre 2007; Schwarzenberger, G., *Foreign Investments and International Law*, Stevenson & Sons, London, 1969, pp. 7 y ss.; Stern, B., “What are the contours of indirect expropriation”, *Perspectives* 15- 01/09, LASIL-SLADI, 2009, disponible en <http://www.lasil-sladi.org/articulos.html>

piar una inversión. En el caso de los TBI firmados por la República Argentina ello puede avizorarse, entre otros, en los acuerdos con Francia (artículo 5.2), Estados Unidos (artículo IV.1), Canadá (artículo 5). Los tratados, aun cuando varíen en su sintaxis, refieren a nacionalización, expropiación o medidas de efecto equivalente. La extensión que se le otorgue al concepto de “medidas de efecto equivalente” se modificará según los casos. El laudo pronunciado en *Compañía del Desarrollo Santa Elena SA vs. Costa Rica*,⁴¹ así como laudos más recientes dirimidos bajo el Mecanismo Complementario del CIADI al interpretar el Capítulo XI del TLCAN⁴² muestran una inclinación hacia un concepto amplio de expropiación que no exige transferencia de la propiedad, bastando la privación del derecho.

Por su parte, en el ámbito del CIADI, se ha procurado un equilibrio entre dichas posturas, en orden de aplicar los parámetros del derecho internacional teniendo en cuenta el derecho nacional o en aquellos casos en donde el derecho local del Estado sea más claro en la medida en que no contradiga el derecho internacional.⁴³ Las medidas implementadas por los Estados, a través de la expropiación de las inversiones, suelen implicar medidas legislativas en donde la declaración de utilidad pública deviene en tiempos considerablemente cortos y sin estudios previos de tasación económica de las inversiones, estableciendo el Estado criterios no todo objetivos sobre los valores de mercado de la empresas que se desarrollaban en el marco de la inversión extranjera, tales como los casos *Yukos vs. Federación Rusa*⁴⁴ o *Cemex*

41 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. Costa Rica* (Caso CIADI n.º ARB/96/1), Laudo del 17 de febrero de 2000.

42 *Bayview Irrigation District vs. México* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/05/1), Laudo del 19 de junio de 2007; *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. vs. México*. (Caso CIADI n.º ARB(AF)/04/5). Laudo del 21 de noviembre de 2007).

43 *Liberian Eastern Timber Corporation (Letco) vs. Liberia*. 26, ILM, 647, (1987); Asunto *AGIP vs. Congo* (Caso CIADI n.º ARB/77/1), Laudo del 30 de noviembre de 1979. Si bien utilizó una aclaración por la cual, en algunas circunstancias el término “pleno” podía ser limitado, el tribunal no aclaró en qué circunstancias.

44 Entre 2003 y 2004 el Estado ruso expropió la empresa petrolera y de gas Yukos, bajo la justificación de ejecutar deudas fiscales de la empresa, pero no indemnizó adecuadamente a los inversores, encarcelando a su vez el principal accionista de la empresa. Como consecuencia de las acciones emprendidas por el Estado ruso, accionistas ingleses demandaron al Estado ante un tribunal por violación de trato y actos discriminatorios (*RosInvest Co. UK Ltd. vs. Federación Rusa*, caso n.º Vo79/2005), al igual que las demandas presentadas ante el órgano arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo por parte de inversionistas españoles (*Renta 4 S.V.S.A y otros vs. Federación Rusa*, Caso n.º 24/2007).

vs. Venezuela.⁴⁵ A su vez, la declaración de utilidad pública, quedando sujeta a una futura tasación económica y financiera, sin posibilidad de objeción por parte del inversionista, a la vez que se suele expropiar una empresa o inversión pero no otra del mismo sector de la economía, termina generando actos discriminatorios que suelen obedecer más a criterios políticos del gobierno en gestión que por razones puramente de interés público o estratégico de un Estado. Un caso así podría ser la reciente expropiación directa de la empresa Repsol-YPF de manos del Estado argentino a los inversionistas españoles, tenedores de la mayoría de las acciones de la empresa YPF.⁴⁶

Más allá de estas causales enfáticas, en la actualidad se puede apreciar una tendencia hacia un concepto amplio de expropiación, es decir, considerar que el concepto de expropiación no implica necesariamente la transferencia del derecho de propiedad, y que basta con la privación del derecho.⁴⁷

Las situaciones sobre las que se pueden aplicar expropiaciones indirectas, son de un mayor grado de complejidad en razón que no se está privando en forma física los bienes o el patrimonio del inversor, sino que la misma tendrá su razón por acciones que el Estado receptor ejerza mediante la aplicación de medidas impositivas excesivas, o la aplicación de medidas administrativas o judiciales que se tornen arbitrarias⁴⁸. Estas medidas equivalentes a una ex-

45 *Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. vs. Venezuela* (Caso CIADI n.º ARB/08/15), Laudo sobre jurisdicción del 30 de diciembre de 2010.

46 El gobierno argentino dictó en abril de 2012, un decreto de necesidad y urgencia (n.º 530/12) por el que se disponía la intervención de la empresa YPF en manos hasta ese momento del control accionario de la multinacional Repsol. Paralelamente, el Gobierno remitió al Congreso Nacional un proyecto de ley para la nacionalización de la empresa, afectando el 51% del total del 57% del paquete accionario de Repsol, pero sin solicitar la nacionalización del resto del paquete accionario en manos de privados (accionistas con un 17%) u otros grupos empresarios (25%). El Estado ha justificado su medida en la falta de inversión de la empresa y en políticas dilapidadoras de los recursos naturales del país. Actualmente el inversor ha presentado demandas ante tribunales estadounidenses y se prevé la posibilidad de elevar una demanda ante el CIADI por violación del TBI entre España y Argentina. Para profundizar sobre este caso ver: Jiménez Piernas, C. “La expropiación de YPF: análisis desde el derecho internacional”. *Real Instituto Elcano*. Madrid, abril de 2012. Disponible en:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/ari31-2012

47 *Waste Management Inc. vs México*. (Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/3), Laudo del 30 de abril de 2004.

48 Retro trayéndonos en el tiempo, estas prácticas no son recientes, por lo que los tribunales internacionales en diversas ocasiones han tenido que analizar los alcances de dichas medidas.

propiación constituyen un fenómeno autónomo a la expropiación directa, sin embargo, mantienen los requisitos exigidos a esta última para su configuración. Por ello es que diversos TBI hacen alusión a estas posibles situaciones.⁴⁹

A su vez, para que exista expropiación indirecta es necesario que la privación sea permanente, no bastando una medida transitoria. Así lo expresaron los laudos en los asuntos *Metalclad* y *Tecmed*, entre otros.⁵⁰

En el caso de Argentina, si bien el Estado fue encontrado responsable por los efectos de las leyes de emergencia o la pesificación de los contratos públicos, lo cierto es que los alcances de los requisitos de expropiación no fueron reconocidos por los tribunales. En tal sentido, el tribunal en el asunto *LG&E vs. Argentina*, manifestó que:

Así, para mencionar algunos, podemos aludir a los casos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional como el del asunto de *Intereses alemanes en la alta Silesia Polaca, Reclamaciones Noruegas o el asunto de la Fábrica de Chorzon*, en los que se ha demostrado que un Estado puede expropiar activos cuando interfiere con la administración de los inversores aunque manifieste la ausencia de dicha intención. Estos casos, tomados conjuntamente, muestran que, aunque un Estado no tenga la intención de interferir con derechos de propiedad, puede, mediante sus actos, hacerlos tan inservibles que se entenderá que los ha expropiado. Cabe aludir también al asunto de *Oscar Chinn*, de 1934, en el que se planteó, si una serie de acciones del gobierno belga, al subsidiar el transporte hacia el Congo a una empresa de la cual era su socio mayoritario, había conformado con dicha medida estatal una expropiación indirecta a la empresa británica que hasta ese momento ejercía el negocio, reduciendo el valor de los fletes, haciendo así inviable el continuar con el negocio. El tribunal consideró que la reducción de utilidades de la empresa británica se había debido a la situación económica general y no a las medidas adoptadas por el gobierno belga, no aceptando los argumentos esgrimidos por el Reino Unido referidos a que Bélgica era responsable de las pérdidas del señor Chinn. *Oscar Chinn – (United Kingdom vs. Belgium) 1934 C.P.J.I, ser. A/B, n.º 6, párr. 88b*. A estas situaciones, ya en el ámbito de la CIJ, basta recordar el célebre caso *Barcelona Traction* de 1970 en donde se analizaron circunstancias de medidas administrativas y judiciales que habrían llevado a la expropiación indirecta, aunque en el presente caso la Corte sostuvo que, de acuerdo con la costumbre internacional, los accionistas de una sociedad inversionista extranjera no tenían derecho a reclamar por perjuicios sufridos por expropiación indirecta y solo podría hacerlo la sociedad. *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited – (Belgium vs. Kingdom of Spain), ICJ Report, 1970, p. 3*.

49 En el TBI con Alemania se alude a medidas que el Estado pueda aplicar contra el inversor y que “en sus efectos equivalgan a la expropiación o nacionalización” (art. 4); o en el caso del TBI con Italia, el que expresa que los limitantes por los cuales la inversión “no será indirectamente nacionalizada, expropiada o sujeta a medidas que tengan efectos equivalentes” (art. 5).

50 *Metalclad Corporation vs. México* (Caso CIADI n.º ARB(AF) 97/1), (2205) 44 IJLM, 1345; Asunto *Técnicas Medioambientales (Tecmed) S.A., vs. México* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 116.

[...] tomando en consideración las circunstancias de este caso, y aunque el Estado adoptó medidas severas que, sin duda, tuvieron algún impacto sobre la inversión de las demandantes, afectando especialmente las ganancias esperadas, tales medidas no privaron a los inversionistas del derecho de goce de su inversión. Como en *Pope & Talbot*, el verdadero interés en juego en este caso es el valor de las acciones de los inversionistas, las cuales se revalorizaron en el período posterior a la crisis económica de diciembre de 2001 y 2002.⁵¹

En casos como *Enron*⁵² y *Sempra*⁵³ los tribunales *ad hoc* expresaron claramente que “Para que existiera expropiación era necesario que hubiera una privación y que dicha privación ocurra cuando el inversor se ve forzado a perder el control sobre la inversión. Si las medidas no interfieren con el control sobre la propiedad, no puede existir expropiación”. En igual sentido se expresó el tribunal de anulación en el asunto *El Paso Energy vs. Argentina*⁵⁴ y estas conclusiones se vieron ratificadas posteriormente en el laudo *Continental Casualty*.⁵⁵

Este tipo de estándares sin duda representan una de las más complejas y conflictivas aéreas del derecho internacional de las inversiones extranjeras. De allí la importancia que los especialistas suelen dar a las conceptualizaciones en búsqueda de la armonía de los términos. La continua y expansiva utilización de estos estándares en los TBI, como en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, ha generado un amplio espectro de principios propios en las inversiones extranjeras, por lo que autores como Lowenfeld se aventuran en procurar establecer la existencia de un *derecho consuetudinario de las inversiones*.⁵⁶ En ese sentido, se estima que sus apreciaciones no están desacertadas —al

51 *LG&E Energy Corporation vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/01), Laudo sobre responsabilidad. 3 de octubre de 2006, párr. 198.

52 *Enron Corporation Ponderosa Assets LP vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/3), Laudo del 22 de mayo de 2007, párr. 245.

53 *Sempra Energy International vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/16), Laudo del 28 de septiembre de 2007, párr. 285.

54 *El Paso Energy International Company vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/15), Laudo del 31 de octubre de 2011, párr. 240.

55 *Continental Casualty Company vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/9), Laudo del 5 de septiembre de 2008; párr. 276.

56 Cf. Lowenfeld, A., “Investment Agreements and International law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003, pp. 123-129.

menos encaminadas— ya que este nuevo derecho internacional de las inversiones extranjeras está en proceso de constituirse en una *lex specialis* dentro del derecho internacional, atento no solo a la magnitud de las utilización de los TBI y los acuerdos de libre comercio, sino a que en muchos casos se han ido definiendo o redefiniendo conceptos propios o traídos de otras disciplinas para poder dar validez y certeza a esta regulación del derecho internacional. Así, institutos como los aludidos anteriormente (trato justo, expropiación, compensación, acceso a jurisdicción de inversores para la solución de sus disputas, el *ius standi* de accionistas minoritarios, entre otros) configuran un nuevo desarrollo en el, a veces, poco dinámico derecho internacional, no por ello exento de exceptivos sobre los reales alcances del carácter “consuetudinario” del derecho.⁵⁷

Sobre lo expresado anteriormente respecto a reconsiderar las pautas sobre estándares que oportunamente se establecieron entre los Estados firmantes y revisar y renegociar los actuales TBI en el campo de las cláusulas sobre expropiación, se podrían fijar los parámetros aplicados, por ejemplo, en el TLC entre Estados Unidos y Chile de 2003 y en el TLC entre Estados Unidos y Uruguay de 2004, en el que se establece que cuando se pueda presentar un caso de expropiación (indirecta) debe realizarse un estudio de ponderación de cada caso, en el que se analicen aspectos como el impacto de las medidas gubernamentales, en razón del grado de interferencia de los órganos del Estado sobre las actividades del inversor y la naturaleza de la acción que utilizó el Estado en la expropiación. Entre las acciones estatales sobre las que se consideraran como actos no discriminatorios, se encuentran aquellas destinadas a la protección del bienestar general del Estado, como las relacionadas a la salud pública y la seguridad y protección del medio ambiente.⁵⁸

La responsabilidad internacional del Estado por violación de los TBI

Como toda actividad que el Estado lleva adelante con otros sujetos de la comunidad internacional, principalmente otros Estados, persiste sobre aquel

57 En contra se expresa Matthew Porterfield al considerar que, por la heterogeneidad que ofrece esta disciplina, no se alcanzarían a configurar verdaderas prácticas consuetudinarias, es decir, que exista un accionar general y consistente por parte de los Estados de la comunidad internacional sobre estos aspectos. Cf. Porterfield, M., “An International Common Law of Investor Rights?”, *University of Pennsylvania of International Economic Law*, n.º 27 - 79, 2006, pp. 83 y ss.

58 TLC EE.UU.-Chile. Anexo 10-d, Capítulo 10 y artículo 49 B del anexo. TLC EE.UU.-Uruguay, Anexo B.4.b.

la responsabilidad de actuar conforme a las obligaciones internacionales a las cuales se ha comprometido a través de los TBI. En el caso de la responsabilidad del Estado por violación de los estándares de inversión extranjera previstas en los TBI cabe preguntarse: ¿en todas las circunstancias el Estado debe responder por responsabilidad de los actos ocurridos?; ¿sí debe responder sobre los actos de cualquier órgano estatal?; ¿durante qué tiempo y en qué condiciones podría excluirse su responsabilidad? En la actualidad, más allá de algunos articulados en particular que pudieran estar prescriptos en TBI u otros tratados de Asociación sobre Libre Comercio, no se cuenta con un instrumento internacional vinculante de carácter general, que prescriba sobre la responsabilidad de los Estados en caso de incumplimiento de una obligación internacional. Para ello, la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina utiliza como marco de referencia el Proyecto de la CDI sobre *Responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado en 2001 por la Asamblea General de la Naciones Unidas.⁵⁹ Uno de los primeros planteamientos que se han hecho por parte de los Estados, ha sido pretender excluir este tipo de responsabilidad por la violación de las obligaciones surgidas de los TBI, al considerar que el proyecto de la CDI se enmarca en obligaciones entre Estados, mientras que los sujetos tutelados en los TBI son los inversionistas y no los Estados. Esta postura no ha sido receptada por los tribunales arbitrales, sino por el contrario, han aplicado en forma asidua las interpretaciones del Proyecto anteriormente citado. Tal es así que el comentario de la CDI al Proyecto aprobado en 2001 señala que el artículo 1° “abarca las relaciones que nacen, en derecho internacional, del

59 El 9 de agosto de 2001, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aprobó el proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts). Este proyecto se remonta a hace casi 40 años y constituye una de las más relevantes aportaciones a la codificación y desarrollo progresivo de una de las áreas más importantes del derecho internacional. Los trabajos se iniciaron en 1956 bajo la dirección de F.V. García Amador (Cuba) en su calidad de Comisionado Especial (*Special Rapporteur*), quien ejerció sus funciones entre 1955 y 1961. Lo siguieron Roberto Ago (1963-1979), Willen Riphagen (1979-1986), Gaetano Arangio-Ruiz (1987-1996) y James Crawford (1997-2001). El proyecto fue girado a la Asamblea General para que estudie la viabilidad de plasmar dicho proyecto en una Convención Internacional, siendo receptado por la misma mediante resolución A/56/10 y Corr. 1 del 22 de enero de 2002, Quincuagésimo sexto período de sesiones. Ver también CRAWFORD, J., *Los artículos de la CDI sobre Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentario*. Dykinson, España, 2004.

hecho internacionalmente ilícito de un Estado [...] o incluso a otros sujetos de derecho internacional”.⁶⁰

Excepciones a la responsabilidad de los Estados por violación de los TBI

Si bien el peso sobre la responsabilidad del Estado por sus propios actos e incluso de terceros le puede ser imputable y aparejar una correspondiente reparación, el propio derecho internacional ha establecido una serie de supuestos por los cuales es posible establecer una exoneración de la responsabilidad internacional resultante de un hecho ilícito. Aunque esa exclusión limita o restringe la responsabilidad, ello no implica la eliminación de la ilicitud del hecho y la subsistencia como “obligación secundaria” de reparar a los damnificados (artículo 31 del proyecto de la CDI).⁶¹ Aunque no existe unanimidad sobre todas las causales de exclusión de responsabilidad, ha sido el proyecto de responsabilidad de la CDI de 2001, el que consideró ciertos actos como: a) el consentimiento, b) las contramedidas, c) la fuerza mayor y el caso fortuito, d) el peligro extremo, e) la legítima defensa y f) el estado de necesidad.

¿Estado de necesidad o de emergencia?

Esta causal de exclusión de responsabilidad internacional, ha sido analizada en diversos casos ante el CIADI y otros tribunales *ad-hoc*, siendo uno de los asuntos de intervención por parte de los árbitros en asuntos en que se demandó al Estado argentino. Particularmente en el TBI entre Argentina y EE.UU. se plasmó una cláusula que permitía al Estado ejercer acciones a fin de resguardar sus “intereses esenciales” frente al peligro de afectar la seguridad del Estado (artículo XI del TBI). Sin embargo, en otros TBI esta cláusula

60 Informe del Relator A/56/589 y Corr. 1. *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, punto 5 del comentario al artículo 1.º.

61 Artículo 27.- Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud. “La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir.
b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”.

no fue incorporada, por lo que el Estado hizo uso de la excepción de estado de necesidad según el derecho internacional (TBI entre Argentina y Francia, España o Reino Unido). Entre los primeros casos, se puede enunciar el asunto *CMS vs. Argentina*, en las que se analizaron causales de excusación de responsabilidad internacional alegada por el Estado en razón de medidas de emergencia nacional que debió implementar con motivo de un grave crisis económica de 2001, que llevó al dictado de leyes de emergencia que alteraron los contratos entre los inversores y el Estado.⁶² Aunque el tribunal *ad-hoc* en el caso *CMS* siempre se excusó de analizar los alcances de la medidas económicas implementadas por el Estado, concluyó que no había una afectación del interés esencial del Estado con relación a los cuales existía la obligación, a fin de admitir dicha exculpación, aunque confundió los alcances del artículo 25 del proyecto de la CDI con lo prescripto en el artículo XI del TBI de Argentina-EE.UU. Sostuvo el tribunal que, si bien existían parcialmente elementos del estado de necesidad, no podía concluirse que ello tenía una característica acumulativa, ya que los hechos no fueron del todo imprevisibles o extraños a las partes a fin de alterar profundamente el equilibrio del contrato, por lo que no hizo lugar a las exigencias del Estado.⁶³ Estas consideraciones del laudo serán luego duramente criticadas por el Comité *ad-hoc* que analizó el recurso de anulación presentado por el Estado, en razón que el tribunal del laudo utilizó erróneamente solo los alcances del artículo 25 del proyecto de la CDI para ponderar las medidas del Estado, cuando debió dedicarse también a efectuar dicho estudio a tenor del artículo XI del TBI EE.UU.-Argentina, sobre el que hizo mención, pero no dio mayores razones.⁶⁴ Posteriores laudos en los asuntos *Enron y Sempra*, mantendrían la postura de no reconocer la existencia de una situación de “excepcionalidad” por el dictado de las normas de emergencia y de modificación del régimen cambiario.

Sin embargo, aún antes de que el laudo de anulación de *CMS* sea dictado y *a posteriori* de este, otros tribunales han reconocido la existencia de una situación de emergencia en el Estado argentino que posibilitará una exclusión de la responsabilidad del Estado, aunque serán enmarcadas temporalmente.

62 *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005.

63 *Ibid.*, párr. 208, 211, 315, 325.

64 “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”.

Tanto en los asuntos *LG&E* como en el laudo de *Continental Casualty Co. vs. Argentina* el Estado logró invocar con éxito la validez de los términos del artículo XI del TBI Argentina – EE.UU, al considerar que las medidas adoptadas por el Estado se conformaron en el marco de una situación de emergencia.⁶⁵

Reflexiones finales

Los TBI como instrumentos jurídicos dentro del derecho económico internacional han revolucionado el mundo de las inversiones, posibilitando herramientas de promoción, pero sobre todo de protección de los inversionistas en terceros Estados. A la vez, por primera vez, un inversionista puede acceder, a través de estos TBI o por convenios entre los Estados, a órganos jurisdiccionales que le permitan plantear sus controversias *vis a vis* con el Estado receptor de la inversión, sin que el Estado del cual es nacional tenga que intervenir en su protección diplomática. Ello implica un cambio en el derecho internacional y en el rol que cada vez más desempeñan los particulares como sujetos activos en la protección de sus intereses en la esfera internacional.

Acorde a los efectos que ciertos estándares en los TBI han generado en el incumplimiento de los acuerdos por parte del Estado, se torna necesario conciliar entre los Estados partes de los TBI una evaluación sobre los actuales alcances de las cláusulas de los tratados, ya sea renegociándolos o estableciendo una reinterpretación más exhaustiva de los TBI que permitan adaptarse a los nuevos tiempos. Para ello, sería provechoso utilizar los plazos de vencimiento de los TBI, los cuales suelen ser de diez años aproximadamente para entablar esas negociaciones entre los Estados partes.

El impacto que han tenido los “encorsetamientos jurídicos” que generan los TBI frente a la necesaria modificación de políticas públicas o normas de orden público hace necesario que el Estado renegocie los TBI, a la vez que se estudie con cautela y responsabilidad la posibilidad de excluir a ciertos sectores estratégicos para el desarrollo y la seguridad nacional del Estado, especialmente aquellos que no cuentan con un criterio de reciprocidad hacia inversores en el Estado contraparte. La revisión y mayor precisión sobre el concepto de inversión de cada tratado, el establecimiento de pautas

65 *LG&E International Inc. vs. Argentina*. (Caso CIADI n.º ARB/02/1), Laudo sobre responsabilidad del 3 de octubre de 2006; *Sempra Energy International vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/16), Decisión sobre solicitud de anulación del laudo presentada por Argentina, Caso CIADI n.º ARB/02/16, Sentencia del 29 de junio de 2010; *Continental Casualty Co. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/9), Decisión sobre anulación. Laudo del 16 de septiembre de 2011.

más flexibles en cuanto a los casos de regulación del Estado en áreas sensibles de su economía o bienestar social (que puedan estar excluidas de ser consideradas como expropiaciones indirectas o que vulneran las cláusulas de estabilidad normativa) se perfilan como asignaturas necesarias para un proceso de renegociación de tratados.

En nuestra opinión, a ello habría que incorporar normas expresas que limiten el uso de la cláusulas de NMF a los aspectos procesales del TBI, tales como la elección del acceso a la jurisdicción por parte de los inversionistas en una clara vulneración de lo acordado por los Estados. Estas negociaciones posibilitarían un mayor equilibrio entre los intereses de los inversionistas y el Estado receptor, permitiendo un mayor flujo de inversores que puedan confiar en la responsabilidad del Estado de respetar los nuevos acuerdos alcanzados.

Bibliografía consultada

- B. De Maekelt, T., “Tratados bilaterales de protección de inversiones. Análisis de las cláusulas arbitrales y su aplicación”, en *Arbitraje interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Coord. Irene de Valera). Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos 18. Caracas, 2005.
- Barraguirre, J. y Manzi, A (Co-relatores), *El sistema de solución de controversias en materia de inversiones*. Relato de la Sección de Derecho Internacional Público. XXI Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Córdoba, 1 al 3 de octubre de 2009. Anuario de la AADI, Córdoba, 2010.
- Binder, Ch., *International investment law for the 21st century. Essays in honour of Christoph Schreuer*, Nueva York. Oxford University Press, 2009.
- Bonchil, M., “El nuevo régimen de las inversiones extranjeras”. LL. 1994-A.
- Carreau, D., Flory, T. y Juillard, P., *Droit International Economique*, 3^o ed. LGDJ, 1990.
- Calvo, C., *Derecho internacional teórico y práctico en Europa y en América*, París, 1868.
- Castillo Freyre, M., Sevilla Sánchez, E. y Stirnmann, F., “La cláusula *fork in the road* y el arbitraje de inversión, en *Panorama Actual de Arbitraje*, n.º 13, Biblioteca de Arbitraje, Palestra, Lima, 2010.
- Crawford, J., *Los artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado. Introducción, texto y comentario*, Dykinson, España, 2004.
- Cremades, B. y Cairns, D., “Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes”, en Horn, N. y Kröll, S.

- (ed.), *Arbitrating Foreign Investment disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Hague, Kluwer Law International, 2004.
- Díez-Hochleitner, J., “La eficacia de los tratados bilaterales para la inversión extranjera”, Real Instituto Elcano, Madrid, 2004.
- Dolzer, R. y Schreuerer, Ch. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
- Dolzer, R. y Stevens, M., *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff, La Haya, Boston, Londres. 1995.
- Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.
- Faya Rodríguez, A., “The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?”, *Journal International Arbitration*, Vol. 25, n.º 1 (2008).
- Fernández Masía, E., “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras”, REEI, Vol. 13, (2007).
- Fiore, P., *Derecho Internacional Privado: Principios para resolver los conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos Estados* (1923). Biblio Bazaar. Reimpresión, 2010.
- Granato, L., *Protección del inversor extranjero en los tratados bilaterales de inversión*, Disponible en: www.eumed.net/libros/2005/lg/, consultado el 19 de diciembre de 2012.
- Jiménez de Arechaga, E., “State responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 11 n.º 2, 1978.
- Kindlerberger, Ch., *Economía Internacional*, 6º ed., Aguilar, Madrid, 1982.
- Lowenfeld, A., “Investment Agreements and International law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2003.
- Mortimore, M., *Arbitraje Internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y los Estados en acuerdos internacionales de inversión: Desafíos para América Latina y el Caribe*, CEPAL, Serie Desarrollo Productivo, n.º 188, Santiago de Chile, 2009.
- Orrego Vicuña, F. (Dir), *América Latina y la cláusula de la Nación Más Favorecida*, Santiago de Chile, 1972.
- Perugini, A., “La definición de la persona física y la cláusula de la Nación Más Favorecida en los convenios bilaterales de promoción y protección de las inversiones”, en Gutiérrez Posse, H. (Coord), *Los convenios para*

- la promoción y protección recíprocas de inversiones*, Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Navegación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1993.
- Porterfield, M., “An International Common Law of Investor Rights?”, *University of Pennsylvania of International Economic Law*, n.º 27 - 79, 2006.
- Reinsch, A., “Legality of Expropriations”, *2007 Vienna Conference on Standards of Investment Protection*, Vienna University, septiembre de 2007.
- Sacerdoti, G., “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, RCADI, 1997.
- Samuelson, P., Nordhaus, W. y Pérez Enrri, D., *Economía*, Mc Graw Hill, Buenos Aires, 2005.
- Saulino, F. (Coord.), *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos*, CEPAL -GIZ. Santiago de Chile, febrero de 2011.
- Schill, S. (Edit), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.
- Schreuer, Ch., “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, en *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, n.º 3, Ginebra, 2005.
- Schreuer, Ch., *The ICSID Convention. A Commentary*, 2ª ed., Cambridge University Press. 2009.
- Scharzenberger, G., *Foreign Investment and International Law*, Stevens & Sons, 1969.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*. 2ª ed., Cambridge University Press, 2007.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2007.
- Stern, B., “What are the contours of indirect expropriation”, *Perspectives* 15-01/09, LASIL-SLADI, 2009.
- Tawil, G. S., “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, *LL*, 2000 – D, 1106.
- Van Harten, G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.
- Vesel, S., “Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 32 (2007).
- Vodusek, Z. (ed.), *Inversión extranjera directa en América Latina. El papel de los inversores europeos*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C. 2002.

Ymaz Videla, E., *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

Laudos arbitrales

Azurix Corporation vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/01/12), Decisión sobre anulación del 1º de septiembre de 2009.

Cemex Caracas Investments B.V. y Cemex Caracas II Investments B.V. vs. Venezuela. (Caso CIADI n.º ARB /08/15), Laudo sobre jurisdicción del 30 de diciembre de 2010.

CMS vs. República Checa, Laudo del 14 de marzo de 2003 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL).

CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo de 2005.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. Costa Rica (Caso CIADI n.º ARB/96/1). Laudo del 17 de febrero de 2000.

Continental Casualty Company vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/03/9). Laudo del 5 de septiembre de 2008.

El Paso Energy International Co. vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/03/15), Laudo del 27 de abril de 2006.

El Paso Energy International Company vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/03/15), Laudo de 31 de octubre de 2011.

Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España (Caso CIADI n.º ARB/97/7), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2000.

Enron Corporation Ponderosa Assets LP vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/01/3), Laudo del 22 de mayo de 2007.

Hochtief AG vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/07/31), Decisión sobre jurisdicción del 24 de octubre de 2011.

Impregilo spA vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/07/17), Laudo del 21 de julio de 2011.

Lauder vs. República Checa, Laudo del 3 de septiembre de 2001 (Tribunal *ad-hoc* bajo reglas UNICTRAL).

LG&E Energy Corporation vs. Argentina (Caso CIADI n.º ARB/02/01), Laudo sobre responsabilidad. 3 de octubre de 2006.

MCI Group y New Turbine vs Ecuador (Caso CIADI n.º ARB/03/6), Laudo del 31 de julio de 2007.

Plama Consortium S.A. vs. Bulgaria (Caso CIADI n.º ARB/3/24), Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005.

- Salini Contruttori SpA y Italstrade Marruecos vs. Reino de Marruecos* (Caso CIADI n.º ARB/00/4), Decisión sobre jurisdicción del 29 de noviembre de 2004.
- Sempra Energy International vs. Argentina*. (Caso CIADI n.º ARB/02/16), Laudo del 28 de septiembre de 2007.
- Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Filipinas* (Caso CIADI n.º ARB/02/06), Laudo sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004.
- Société Générale de Surveillance (SGS) vs. Pakistán*. (Caso CIADI n.º ARB/01/13). Laudo sobre jurisdicción del 6 de agosto de 2003.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/17), Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/03/19), Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010.
- Técnicas Medioambientales Tecmed S.A., vs. México* (Caso CIADI n.º ARB/AF/00/2). Laudo del 29 de mayo de 2003.
- Técnicas Medioambientales Tecmed vs. México* (Caso CIADI n.º ARB/(AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003.