

## EL SISTEMA ACTUAL DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS

NICOLÁS MARCELO PERRONE

Comentario del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 18 de julio del año 2002, en los autos “Teyma Abengoa S.A. c/ Provincia de Salta”, publicado en la revista *La Ley* del viernes 4 de octubre del año 2002.

### Hechos del caso

En el año 1997 la empresa Termoandes SA llamó a licitación pública para el diseño, fabricación, suministro, construcción, montaje y puesta en funcionamiento de una Central Termoeléctrica de ciclo combinado —Central Salta y Subestación Salta— a fin de generar electricidad con destino a los sistemas de distribución de nuestro país y de Chile. Por tal motivo, celebró contratos con varias firmas, entre ellas Teyma Abengoa SA.

El capital accionario de esta última sociedad, constituida conforme las leyes de la República Argentina, se encontraba en manos de Asa Investment —sociedad controlante— y Abengoa SA. La primera es una persona jurídica que se rige por las leyes de la Confederación Suiza y posee domicilio en ese país. Por su parte, Abengoa SA es una sociedad constituida bajo las leyes del Reino de España. Ambas habían cumplido con el requisito previsto en el artículo 123 de la ley 19.550, para los casos de sociedades extranjeras que participan en sociedades locales.

El día 5 de diciembre del año 2000 la Dirección de Rentas de la Provincia de Salta intimó a las partes al pago de una suma de dinero en concepto del Impuesto a las Actividades Económicas. Tal resolución fue cuestionada en sede administrativa por Teyma Abengoa SA, no obstante lo cual inició gestiones, paralelamente, ante la Procuración del Tesoro de la Nación, solicitando la aplicación de los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscriptos tanto con Suiza (ley 24.099) como con España (ley 24.118). De esta forma buscó canalizar el conflicto a través

de la etapa de negociación obligatoria que prevén ambos acuerdos (arts. 9º y 10) <sup>1</sup>.

Sin embargo, sin tener en cuenta las negociaciones iniciadas, el gobernador de la Provincia de Salta dictó un decreto por el cual rechazó el recurso jerárquico interpuesto por Teyma Abengoa S.A. y liquidó la deuda de las partes. En tales circunstancias, la sociedad promovió una acción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación <sup>2</sup>, tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del referido decreto y que se ordene a la Provincia demandada, en términos de medida cautelar de no innovar, que se abstenga de reclamar el pago del impuesto atento que se encontraba iniciado el período de negociaciones amistosas. Cabe aclarar que en ningún momento la actora discutió la procedencia del impuesto en esta instancia, sino que su objeto era lograr que se cumpla y respete el procedimiento de negociación ya iniciado.

El Alto Tribunal, con la disidencia de los doctores Fayt y López, hizo lugar a la medida cautelar solicitada al entender que se encontraba suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Asimismo, guardó silencio sobre la inconstitucionalidad requerida.

### **Introducción a la temática de los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones** <sup>3</sup>

Los primeros acuerdos bilaterales relacionados con la protección de inversiones extranjeras fueron los llamados tratados de amistad, comercio y navegación (Friendship, Commerce and Navigation Treaties), los que fueron firmados, esencialmente, durante la postguerra y hasta finales de la década de 1960 por los Estados Unidos de Norteamérica, y en menor medida, por Japón y algunas naciones de Europa Occidental <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 10 de la ley 24.118 "Las controversias (...) *deberán*, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia".

<sup>2</sup> Se trata de una cuestión que es de competencia originaria de la CSJN, al ser demandada una Provincia en una causa federal (por ser la acción fundada en prescripciones constitucionales, en leyes del Congreso o en tratados internacionales).

<sup>3</sup> Para ampliar respecto de esta temática se puede consultar: DOLZER, R. - STEVENS, M., "Bilateral Investment Treaties", *Kluwer Law International*, La Haya, 1995; SALACUSE, Jeswald W., "Bit by Bit: The growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries", *The International Lawyer*, Fall 1990, y finalmente para profundizar la evolución de la cuestión en los Estados Unidos ver VANDEVELDE, Kenneth J., "U.S. Bilateral Treaties: The second wave", *Michigan Journal of International Law*, Summer 1993.

<sup>4</sup> TAWIL, Guido S., "Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, la Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional", en *Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

Podríamos decir que ellos fueron los antecedentes más próximos a los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs <sup>5</sup>, de la sigla en inglés). Este tipo de tratados recién se comenzaron a suscribir a partir de 1960 —Alemania firmó el primero de ellos en el año 1959 con Pakistán— y nacieron, mayormente, a partir de una necesidad de los países exportadores de capitales de garantizar sus inversiones efectuadas en el extranjero. Estos acuerdos permitieron, en un primer momento, lograr esquemas de protección más o menos eficaces contra los riesgos no comerciales: la expropiación, la nacionalización, los daños debidos a conflictos armados, la imposibilidad de transferencia y la inconvertibilidad de moneda local <sup>6</sup>. Además, hoy se han incorporado cláusulas más precisas sobre patrones de tratamiento general (trato justo y equitativo, igualdad con los nacionales, cláusula de la nación más favorecida) y soluciones a situaciones específicas (transferencia de ganancias, compensaciones, resolución de controversias) <sup>7</sup>.

Los BITs son tratados bilaterales entre Estados por los cuales sus partes se comprometen a dar cierto trato a las inversiones de origen del otro Estado parte. Este mecanismo es en realidad bastante moderno, tradicionalmente la protección de las inversiones extranjeras se guiaba por las reglas del derecho extranjero del país receptor y del derecho internacional. En esas condiciones el Estado patria del inversionista sólo podía intentar hacer valer los derechos de su nacional a través de la protección diplomática. Esta práctica resultó poco efectiva, y a fin de cubrir esta necesidad se comenzaron a idear los BITs, que están estructurados a partir de una serie de reglas básicas a las que se comprometen los Estados junto con su sumisión a una jurisdicción arbitral para resolver controversias (sea en forma directa o previo a agotar alguna instancia judicial). Asimismo, para el peor de los casos, siempre queda abierta la posibilidad de demandar la responsabilidad del Estado por incumplimiento del tratado o de la decisión adoptada por el tribunal arbitral <sup>8</sup>.

El espíritu de estos acuerdos es asegurar el mantenimiento de las reglas existentes al tiempo de la inversión: la seguridad jurídica y el Estado de derecho. Un inversor, a la hora de decidir dónde comenzará su emprendimiento, no sólo tiene en cuenta los beneficios esperados (que se observan en la tasa interna de retorno pretendida), sino también el riesgo que repre-

<sup>5</sup> Bilateral Investment Treaties.

<sup>6</sup> TAWIL, Guido S., "Los Tratados...", cit.

<sup>7</sup> MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 674.

<sup>8</sup> HERDEGEN, Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Dike, Medellín, 1998, p. 340.

senta su inversión, razón por la que buscará un mercado estable tanto en términos políticos como económicos.

Por tales razones, los países en desarrollo —como la Argentina— han asumido como política la celebración de estos tratados, con el fin de crear un ambiente económico y jurídico que resulte atractivo para los inversores extranjeros.

### **La aplicación de los principios generales de los BITs al caso**

En esta oportunidad nuestra Corte Suprema resuelve a favor de la cautelar solicitada por la actora. Pero un estudio más detallado de la cuestión nos deja dudas respecto de si la controversia generada se encuentra realmente incluida en el ámbito de los BITs. Ni el acuerdo con España ni el suscripto con Suiza hacen mención alguna de la cuestión tributaria, y sólo se refieren a los convenios de doble imposición. Con relación a ellos, sólo aclaran que los beneficios que prevén para con terceros Estados no son extensivos a las partes en función de la cláusula de nación más favorecida (arts. IV —4— ley 24.118 y 3 —4— ley 24.099).

Por otro lado, estimo que esta problemática no se encuentra necesariamente incluida en los patrones de tratamiento general, veamos:

a. Tratamiento justo y equitativo y tratamiento no menos favorable que el de los inversores locales:

La primera es una regla clásica del derecho internacional, conforma un patrón auxiliar en la interpretación de los tratados que permite salvar lagunas, e incluye la no discriminación contra los ciudadanos de la otra parte. Además, engloba, de alguna forma, el tratamiento igualitario respecto de los inversores locales.

Sobre el particular, el procedimiento que fue impreso al reclamo de la actora es el mismo que se hubiera dispensado a cualquier requerimiento de un nacional, dentro del cual se deben de haber respetado las garantías propias de la vía administrativa. En cualquier caso, la actora no expresa agravio alguno al respecto y entonces, respecto de este primer punto, puede afirmarse que se le ha dado un trato justo y equitativo, sin discriminar a esta sociedad de capital extranjero por esa condición.

b. Tratamiento acordado a los inversores de la nación más favorecida.

Esta cláusula significa que si una parte acuerda un mejor trato a un tercero de otro Estado, éste se hace extensivo a los inversores del otro contratante. Este patrón tiene gran importancia, dado que si bien ya sabemos que nunca puede otorgarse un trato desigualitario con relación a un nacional, ahora debemos añadir que sí puede acordarse un trato más beneficioso,

y, además, en las circunstancias apropiadas éste puede extenderse al resto de los Estados en función de esta cláusula. Cabe mencionar que se aplica con relación a cláusulas generales y no particulares, por lo tanto no se aplica a las condiciones especiales que acuerden ciertos inversores en sus contratos, independientemente de su nacionalidad<sup>9</sup>.

Corresponde analizar, a esta altura, los presupuestos que otorgan legitimidad al establecimiento de condiciones más favorables para los extranjeros y los requisitos para extender este tipo de tratamiento, a raíz de la cláusula bajo estudio.

Con relación al primer punto, estimo que para que se otorgue a un inversor extranjero un tratamiento más favorable que a un nacional tal previsión debe estar expresamente contemplada en el tratado. Para afirmar esto, me baso en que la CN —arts. 16 y 20— determina la igualdad de trato entre todos los habitantes del país, más allá de que sean nacionales o extranjeros, por lo cual no puede brindarse un trato discriminatorio a unos ni a otros. Sólo en el caso que existan circunstancias especiales que razonablemente justifiquen el trato diferente —conforme doctrina de la Corte— pueden legitimarse el establecimiento de estos regímenes particulares, por tal motivo no puede aceptarse que este trato más beneficioso se extienda analógicamente a otras circunstancias. Por otro lado, si afirmáramos que, en realidad, son concesiones que ha hecho la Argentina —en forma recíproca— para atraer inversiones, debemos aclarar que las renunciaciones siempre deben interpretarse de manera restrictiva. En función de estas dos razones, creo que no debe sostenerse una interpretación extensiva de estas cláusulas, y por ello si el acto impugnado no violenta las cláusulas generales y la cuestión no está dentro de alguna previsión específica debe concluirse que ese tratamiento especial no fue previsto en el tratado.

Respecto de los presupuestos de aplicación de este patrón (nación más favorecida) debemos aclarar que sólo se emplea cuando la temática fue prevista en el tratado y el tratamiento brindado a un tercer Estado sobre esa materia ofrece ventajas. En ese sentido se expresa el artículo IV (2) de la ley 24.118 cuando dice: “*En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país*”. Por lo tanto, tampoco corresponde realizar una extensión automática de las cláusulas adoptadas con otros Estados y esta queda supeditada a que la cuestión haya sido expresamente prevista en el tratado y que respecto de ese tratamiento se haya innovado favoreciendo a otros Estados.

<sup>9</sup> TAWIL, Guido S., “Los Tratados...”, cit.

De esta forma, se pone a resguardo la posibilidad que mantiene un Estado de acordar un trato especial a inversores provenientes de cierto país, en función de motivos propios de la relación con ese Estado. Lo que parece razonable si recordamos que las relaciones generadas por medio de los BITs continúan siendo de carácter bilateral, y, por el contrario, si todas las cláusulas de un nuevo tratado se hicieran extensivas a todos los Estados signatarios de algún BIT con ese país, parecería que estaríamos adoptando una modalidad de acuerdos más bien cuasi-multilaterales. Esto, a mi modo de ver, significaría la pérdida de un gran poder de negociación y dificultaría la conclusión de tratados donde se establezca algún tratamiento específico.

Para comprender mejor el funcionamiento de esta cláusula conviene recordar que su fundamento reposa en garantizar la libertad de comercio, y las mismas condiciones para todos los inversores del mundo. Ya no se busca su protección frente a los nacionales sino frente a otros competidores extranjeros. De esta forma, es en las cláusulas de índole general que están previstas en todos los BITs donde el patrón de la nación más favorecida adquiere total operatividad. Esta interpretación fue la adoptada en el caso N° ARB/97/7, “Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España”, donde se aplicó una previsión respecto del mecanismo de solución de controversias contemplada en el tratado chileno-español a una disputa entre un argentino y el Reino de España. En ese laudo se aclaró que “actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversores extranjeros”<sup>10</sup> y “tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*”<sup>11</sup>.

Por lo antedicho, y con estricta relación a los distintos enfoques que podrían darse a la controversia comentada, podemos concluir que el patrón establecido en el BIT entre la Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica, por el cual se asegura que la política tributaria de las partes estará encaminada a otorgar un tratamiento justo equitativo a la inversión, no sería aplicable al resto de los acuerdos<sup>12</sup> (este tratado es el único que admite este patrón de los firmados hasta el año 1997)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Párrafo 54.

<sup>11</sup> Párrafo 57.

<sup>12</sup> Sin hacer un análisis exhaustivo de la cuestión, parece que, aun aplicándose el referido tratamiento, resulta dudoso que la controversia se encuentre ubicada dentro del ámbito del BIT. Sin embargo, es cierto que el asunto adquiere un matiz de mayor complejidad.

<sup>13</sup> MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho...*, cit., p. 682.

c. Las cláusulas de estabilización y la *umbrella clause*:

La jurisprudencia nacional tiene entendido que las normas de alcance general carecen de estabilidad, se ha considerado que nadie tiene un derecho adquirido a un régimen general determinado. A raíz de ello, algunos BITs establecen la aplicación ultractiva de la norma más benigna para el inversor. Esta cláusula no se encuentra presente en los tratados con España y Suiza por lo cual su análisis no es relevante. Tampoco parece tener importancia la *umbrella clause*, la cual garantiza a los firmantes que, en caso de corresponder un mejor trato por razones ajenas a los tratados, éste no será dejado de lado en función del BIT aplicable.

Para finalizar este apartado conviene recapitular respecto de las conclusiones arribadas que son de especial interés para este caso. En primer lugar podemos afirmar que no se ha violado el patrón general de trato justo y en segundo término tampoco está previsto un tratamiento especial para las cuestiones de naturaleza tributaria, razón por la cual no es posible hacer uso del patrón de nación más favorecida para integrar el tratado con previsiones adoptadas con terceros países. Todo esto nos lleva a determinar que, en principio, la controversia suscitada no se basa en patrones propios de los BITs firmados con Suiza y España.

### **La existencia de una controversia en los términos de los BITs:**

Los BITs establecen dos tipos de conflictos que pueden suscitarse, unos están referidos a cuestiones de interpretación y aplicación de los convenios que puedan generarse entre los Estados y son cuestiones netamente de derecho internacional público. Por otro lado, se prevé un mecanismo distinto para resolver las controversias que puedan nacer entre un inversor y un Estado parte. Respecto de estas últimas se refieren el artículo 9<sup>14</sup> del Convenio con Suiza y el X<sup>15</sup> de su igual con España.

En el presente fallo se discute un conflicto de tipo comercial que podría incluirse en el segundo caso. Pero, aquí se encuentra el *quid* central del asunto, primero debemos determinar si esta controversia se enmarca dentro de los BITs referidos. Sobre el particular el fallo anulatorio —en forma par-

<sup>14</sup> “(1) Toda controversia relativa a las inversiones en el sentido del presente Convenio que surja entre un inversor de una Parte Contratante y la otra parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada amistosamente entre las partes de la controversia. A este fin, se celebran consultas entre las partes interesadas”.

<sup>15</sup> “1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia”.

cial— del laudo dictado en el caso “Compañía de Aguas del Aconquija SA y Videndi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) v. República Argentina”<sup>16</sup> ratificó el criterio anterior respecto de que el cumplimiento o incumplimiento de los compromisos contractuales resulta independiente y se diferencia de la existencia de violaciones a los derechos reconocidos a los inversores bajo el BIT y el derecho internacional. Por lo tanto, actos válidos en un ámbito (contrato o BIT), podrán no serlo en el otro.

No cualquier controversia, entonces, queda enmarcada en los BITs, los conflictos que surgen directamente del incumplimiento de los contratos quedan sometidos a los términos que en él se hubiesen acordado, incluida la vía de resolución de la controversia<sup>17</sup>. Debemos recordar que el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite prorrogar la jurisdicción tanto a tribunales arbitrales como extranjeros, lo que permite afirmar que en materia patrimonial la jurisdicción es disponible y, además, es práctica común en los negocios internacionales que las partes sometan sus posibles diferendos a tribunales arbitrales internacionales<sup>18</sup>.

La controversia que es traída a conocimiento de la Corte, en esta ocasión, no se refiere al contrato celebrado entre Termoandes SA y Teyma Abengoa SA, sino que se trata de un diferendo relativo a las facultades tributarias de una Provincia, que están dentro de sus competencias constitucionales en la materia, y quedan sometidas —por ser cuestiones de derecho público interno— a la jurisdicción local. Asimismo, el Estado Argentino no ha renunciado ni limitado su ejercicio pleno de los poderes tributarios, los que sólo quedan limitados, entonces, por los patrones de tratamiento previstos.

Claramente el BIT con España establece que sólo las controversias “en el sentido del presente tratado” deben seguir el método de resolución allí previsto, en igual sentido se refiere el artículo 9 (1) del tratado con Suiza.

Por ello creo que este conflicto, como los contractuales, queda fuera de los BITs y de su sistema de resolución de controversias. Mientras la Provincia de Salta no incumpla los tratados no podemos afirmar que nos encontremos ante una violación respecto del *status* de protección que brindan a los inversores extranjeros.

Si aceptáramos una solución distinta, los inversores extranjeros en la Argentina podrían alegar que cualquier diferencia que tuviesen con un acto de la administración pública es una violación de los BITs y lograr —por esta

<sup>16</sup> Caso CIADI N° ARB/97/3

<sup>17</sup> Muchos de los contratos suscriptos entre las concesionarias de servicios públicos y el Estado nacional se someten a la jurisdicción exclusiva de los tribunales locales, lo cual no significa que los BITs no sean aplicables.

<sup>18</sup> MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho...*, pág. 12.

vía— detener su ejecución, alegando que primero debe agotarse el período de negociaciones. Inclusive, podrían agravarse respecto de normas de policía que considerasen contrarias a los BITs y conseguir, también, su suspensión. Esto equivaldría a suponer, en una hipótesis extrema, que el Estado previo a adoptar una resolución que pudiere afectar a los inversores externos debería consultarlos, dado que de lo contrario nos veríamos bajo la amenaza de la suspensión de la medida.

Concretamente, entiendo que para lograr la medida cautelar solicitada —y finalmente otorgada— la actora debería haber fundamentado acabadamente la verosimilitud de su derecho, el que sólo existía en la medida que estuviese configurada una controversia en los términos del tratado.

### **Un criterio a no ser desatendido: La responsabilidad de la Nación en los BITs. Su influencia en el caso**

En materia de relaciones internacionales las provincias han delegado en la Nación la celebración de tratados y el ejercicio de la política exterior. “Un tratado internacional constitucionalmente celebrado es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados, el Congreso nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales [...] y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional”<sup>19</sup>.

Además, debemos aclarar que estos actos son emitidos sin la participación de los representantes de las provincias, dado que los únicos encargados de tal función son los titulares de los poderes ejecutivos provinciales, según lo afirmara nuestro Alto Tribunal en el caso “Gómez Diez”<sup>20</sup>, de ello se sigue que, siendo el gobernador quien ostenta la representación de su provincia, la intervención de diputados y senadores nacionales en el trámite parlamentario de aprobación del convenio internacional no se realiza en representación de aquélla<sup>21</sup>. Asimismo, los gobernadores provinciales no están vinculados con el gobierno federal por una relación de jerarquía —al no existir una relación de subordinación entre las provincias y la Nación—, por lo cual debemos descartar la hipótesis de que el titular del Poder Ejecutivo nacional pueda tener alguna facultad como para obligar a las provincias fuera de sus competencias.

<sup>19</sup> *Fallos*, 315:1492 (consid. 11º) y otros.

<sup>20</sup> *Fallos*, 322:528.

<sup>21</sup> SACRISTÁN, Estela B., “Responsabilidad del Estado, en el marco de los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, en el orden interno” en *Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

Entonces, podemos decir que el Estado nacional tiene facultades para obligar internacionalmente a la Nación y a todos los gobiernos a nivel local (ya sean provinciales o municipales) a través de la celebración de tratados. Sin embargo, cabe distinguir que, en realidad, lo que el Estado nacional tiene respecto de los Estados provinciales es la potestad formal de obligarlas, pues en la relación interna las provincias siguen siendo autónomas y conservan todas las facultades no delegadas en la Nación. Es decir, la Nación no puede obligar a las provincias más allá de sus competencias delegadas, sin su consentimiento.

Por otro lado, a nivel internacional, la cuestión se muestra diametralmente distinta. En función de los artículos 27 y 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados las obligaciones que asume un Estado se hacen extensivas a cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio<sup>22</sup>. En ese sentido se expidió el Tribunal arbitral en el caso “Vivendi” al sostener que “es un principio consagrado bajo el derecho internacional que las acciones de una subdivisión política de un Estado Federal [...] son atribuibles al gobierno central, sin que la estructura constitucional interna de un país pueda alterar tales obligaciones”<sup>23</sup>. Lo que queda corroborado en el hecho que, en el campo internacional, el Estado nacional constituye una sola persona jurídica en la que se encuentran englobadas sus divisiones políticas<sup>24</sup>.

Esta regla es, sin duda, fundamental para la protección de las inversiones extranjeras, habida cuenta que garantiza a los inversores un trato uniforme en todo el territorio, y facilita, además, una eventual demanda por incumplimiento del tratado a nivel internacional.

Todo lo dicho tiene especial interés para el estudio de las implicancias del caso bajo estudio, a raíz de que, tal como lo sostiene Estela B. Sacristán, es posible que el Estado nacional se vea incurso en responsabilidad frente a los Estados provinciales por la celebración de tratados internacionales donde convenga obligaciones para las provincias más allá de sus competencias. Como quedó explicado, en todos los casos el Estado nacional deberá responder ante los incumplimientos de los BITs, sin perjuicio de que el acto impugnado sea de naturaleza nacional o provincial, pero, además, quizás deba

<sup>22</sup> TAWIL, Guido S., “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos ‘Vivendi’, ‘Wena’ y ‘Maffezini’, LL del 20/11/2002. En contra ver SACRISTÁN, Estela B., *Responsabilidad...*, cit.

<sup>23</sup> Párrafo 49.

<sup>24</sup> PODESTÁ COSTA, L. A., *Derecho internacional público*, TEA, Buenos Aires, 1960, p. 419.

indemnizar a la provincia afectada por los daños ocasionados por su actividad lícita de promoción.

Esto último, refuerza la tesis de la interpretación restrictiva de los alcances de estos tratados. Toda vez que el Estado nacional debe mostrarse muy cuidadoso al efectuar las concesiones que componen el acuerdo, a fin de no alterar la situación de las provincias, y por tal motivo debe entenderse siempre que la obligación asumida lo ha sido siempre en la menor medida de lo que resulta del texto del tratado.

Conviene recordar, además, que la Corte Suprema considera como factores muy relevantes, a la hora de decidir cuestiones relacionadas con la materia internacional, el respeto por los tratados y la imagen del Estado Argentino frente a la comunidad internacional, procurando siempre evitar decisiones que pudieran significar la responsabilidad de la Argentina a ese nivel. En ese sentido, estimo que también deberá, en cuestiones de protección de inversiones, ser muy cuidadosa para mantener el equilibrio entre todos los niveles de gobierno, y evitar la responsabilidad del Estado nacional en el orden interno.

### Conclusiones finales

Resta decir a esta altura que no comparto la postura tomada por la mayoría de la Corte en el fallo comentado, estimo, por el contrario, que todos los argumentos volcados en este trabajo son fundamentos suficientes para sostener una solución distinta a la adoptada por el Alto Tribunal <sup>25</sup>.

Sólo las controversias en el sentido del BIT aplicable son las que deben someterse a su sistema de resolución de conflictos, y sólo son controversias en el sentido del BIT las que surgen estrictamente de sus cláusulas, las que como vimos deben ser interpretadas restrictivamente.

No es mi intención con estas breves palabras echar por tierra principios básicos del Derecho como es *pacta sunt servanda*, ni atentar contra la buena fe, el Estado de derecho o la seguridad jurídica de los inversores. Estoy convencido que nuestro país debe dar las garantías que corresponden a quienes deciden colocar sus capitales en la Argentina. Alentar el libre comercio dentro de parámetros razonables —cuidando las necesidades coyunturales del país— es un objetivo que la misma Constitución Nacional del año 1853 establece (arts. 25, 27 y 75, inc. 18).

<sup>25</sup> Ver en contra nota a este mismo fallo: Emilio J. Cárdenas y Juan Carlos Cassagne, “Las medidas cautelares y los Tratados Internacionales de Protección de Inversiones: una jurisprudencia novedosa —y prudente— de la Corte”, LL del 4/10/2002.

En ese orden de ideas los BITs han permitido conformar sistemas de protección eficaces, sobre los cuales se han establecido foros arbitrales aptos para la solución de controversias en la materia.

Todo lo dicho no es contradictorio con mi posición sobre este caso en particular, los tratados deben interpretarse en forma neutral ni a favor del inversor, ni en su contra. Sostener una posición a favor de cierta forma de libre comercio no significa propiciar una política de interpretación pro-inversor, la cual, para peor de cosas, no se basaría en criterios jurídicos. Así, no haríamos más que violentar la misma seguridad jurídica que buscamos proteger, la que no sólo es una garantía para los extranjeros o los particulares, sino para todos los agentes tanto políticos como económicos. Una garantía que permite a los inversores planificar y sopesar los riesgos de sus emprendimientos, pero que también hace posible que el Estado planifique su presupuesto a través de los recursos que espera recaudar en un período.

Recordemos que estos tratados no fueron ideados para conceder ventajas a los extranjeros —más aún siempre se han celebrado en condiciones de reciprocidad—, sino para fomentar el libre comercio y el ingreso de capitales extranjeros que quisieran invertir en los países, principalmente en desarrollo, en condiciones de igualdad y de libre y sana competencia.

El interés público en proteger y promover las inversiones debe alcanzarse a través de un marco de estabilidad y seguridad jurídica, con reglas económicas transparentes, y donde los tribunales locales se comporten en forma “imparcial” e “independiente”. Cada inversor, cuando ya desembolsó sus capitales, ha tomado una decisión. Previamente, ha analizado todas las variables existentes, se ha decidido y ha apostado por ese país. El Estado receptor sólo tiene una obligación principal para con él, mantener las mismas reglas de juego claras y precisas con las que el inversor aceptó tomar sus riesgos, y no debe buscar darle más protección, dado que de esa forma sólo estaría atentando contra el mismo libre comercio que busca promover.

Para finalizar, creo que estos tratados tienen, simplemente, como principal objetivo reforzar el “estado de derecho” y la “seguridad jurídica”; principios que en el caso de nuestro país han sido muy vapuleados estos últimos tiempos. Quizás al tomar conciencia de que la vigencia de estas garantías son esenciales para que inversores extranjeros se permitan correr el riesgo de invertir en la Argentina, podamos comprender por qué cada empresario y ahorrista nacional que apuesta en nuestro país merece que le tengamos el mismo respeto.