

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES: LOS TBI*

NAIR AILEN IVANOFF RAVNENSKY**

Resumen: El objetivo de este trabajo de investigación es analizar las fuentes del Derecho Internacional Público en el proceso de consolidación de normas relativas a la responsabilidad de los Estados: la Resolución 56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (en adelante, A/RES/56/83 o simplemente "Resolución") como codificación de la costumbre internacional en varias de sus disposiciones, la fuente convencional, a través del análisis del Derecho Internacional de las Inversiones y, en particular, de los Tratados Bilaterales de Inversiones, y, finalmente de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) como fuente verificadora. En la actualidad, no existe atribución de subjetividad internacional a las entidades subnacionales. De tal manera, la regulación internacional en materia de Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI) favorece la atribución de responsabilidad internacional al Estado por decisiones de los funcionarios provinciales y así lo verifica la jurisprudencia del CIADI.

Palabras clave: derecho internacional público — derecho internacional de las inversiones — tratado bilateral de inversiones — entidades subnacionales — responsabilidad internacional — jurisprudencia ciadi.

Abstract: The purpose of this research is to analyze the sources of public international law in the process of consolidation of rules relating to State responsibility: Resolution 56/83 of the United Nations General Assembly on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter, A/RES/56/83 or simply "Resolution") as a codification of international custom in several of its provisions, the conventional source, through the analysis of International Investment Law and, in particular, of Bilateral Investment Treaties, and, finally, of the jurisprudence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter, ICSID) as a verifying source. At present, there is no attribution of international subjectivity to subnational entities. Thus, international regulations on Bilateral Investment Treaties (hereinafter, BITs) favor the attribution of international liability to the State for decisions of provincial officials and this is verified by ICSID case law.

Kew words: public international law — international investment law — bilateral investment treaty — subnational entities — international liability — icsid jurisprudence.

* Recepción del original: 24/07/2024. Aceptación: 23/01/2025.

** Estudiante UBA. A la Dra. Gasol Varela por ser mi guía académica y profesional.

I. INTRODUCCIÓN

Dice González Napolitano “[e]n la actualidad, la fuente más importante, cualitativa y cuantitativamente, del Derecho Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras son los TBI y los AII¹, en particular los primeros”.²

El derecho internacional actual de las inversiones extranjeras está constituido por normas que derivan básicamente de dos fuentes. Por un lado, la fuente convencional, constituida sobre todo por los TBI, pero también, de manera creciente, por acuerdos bilaterales de otra naturaleza, como los acuerdos de libre comercio con disposiciones en materias de inversión y por acuerdos regionales [...] Por otro lado, se compone de la fuente consuetudinaria, de menor impacto en la jurisprudencia arbitral, constituida fundamentalmente por el estándar mínimo internacional, reconocido a su vez por una gran cantidad de TBI.³

En este trabajo, me centraré en el análisis de la fuente convencional con la finalidad de verificar la hipótesis tendiente a demostrar que los TBI favorecen la atribución de responsabilidad internacional a los Estados Nacionales por las decisiones de sus funcionarios provinciales.

Asimismo, considero que es importante entender la lógica de las relaciones internacionales en lo que concierne a los tratados de inversiones y, a su vez, que esto implica analizar qué actores, más allá de aquellos que cuentan con subjetividad internacional, se encuentran involucrados en las relaciones que surgen como consecuencia de una inversión directa. Por un lado, podemos mencionar como sujetos de Derecho Internacional Público a los Estados parte del tratado, el Estado receptor de la inversión y el Estado del cual es nacional el inversor, y a los inversores. Estos últimos pueden ser tanto una persona física o jurídica que aporta capital en el país receptor asumiendo un riesgo con la finalidad de obtener una retribución a cambio. Por otro lado, en lo que concierne a los actores carentes de subjetividad internacional, podemos mencionar a las entidades subnacionales representadas por los funcionarios provinciales que celebran contratos en el marco de los TBI y responsabilizan al Estado por su incumplimiento.

Más allá del tratamiento que puedan tener las diferentes unidades territoriales en los ordenamientos jurídicos internos y, en el caso argentino, de la autonomía que les otorga la Constitución Nacional a las provincias, sus funcionarios son agentes del Estado Nacional.

En los arbitrajes de inversiones puede ocurrir que el inversor cuestione medidas adoptadas por la administración central del Estado o por un ente descentralizado o subdivisiones

1. Acuerdos Internacionales de Inversiones.

2. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 943.

3. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 949.

territoriales, como una provincia. En el derecho internacional consuetudinario, los actos que violen el derecho internacional son atribuibles al Estado aun si fueron realizados por una subdivisión territorial del Estado. En estos casos los reclamos son dirigidos contra el Estado contratante al que pertenece esa subdivisión territorial.⁴

En este sentido, más allá del rol relevante que tienen los funcionarios provinciales en los procedimientos arbitrales, la normativa internacional es proclive a confirmar esta tesis. Así, el derecho internacional de las inversiones como fenómeno de la fragmentación del Derecho Internacional Público, no escapa a reafirmar la atribución de responsabilidad internacional con reglas tales como el artículo 25 (3) del Convenio CIADI:⁵

El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO:

II.A. El tratamiento de las entidades subnacionales en el Derecho Internacional Público y en el ordenamiento jurídico de Argentina

II.A.1. *Qué son las entidades subnacionales, su rol en las Relaciones Internacionales y su tratamiento en el Derecho Internacional Público*

Siguiendo a Librado Orozco podemos definir a las entidades subnacionales como aquellas entidades que actúan dentro de un Estado y que suponen un gobierno o una administración local o que cuentan con un cierto grado de autonomía, como es el caso de las regiones, los municipios e instituciones con proyección internacional como las universidades [...] De acuerdo al Derecho Internacional Público clásico se consideran sujetos internacionales aquellas entidades que tienen la capacidad de crear normas internacionales y ser destinatarias de ellas y que pueden recurrir a título propio, para hacer valer sus derechos ante tribunales internacionales o pueden ser llevadas ante ellos por haber incurrido en responsabilidad [...] Dentro de esta perspectiva, hoy podemos hablar de tres tipos de actores internacionales [...] [siendo los actores subnacionales] los sujetos que son parte del Estado con un menor nivel en la escala de gobierno.⁶

En su análisis del proceso de globalización Librado Orozco aborda el rol de las entidades subnacionales en el ámbito internacional y nota que

[...] con el final de la Guerra Fría [...] una de las tendencias que se estaba consolidando era la de la participación más activa de nuevos actores en las relaciones internacionales, particularmente en lo que respecta a los llamados actores subnacionales.⁷

No obstante, ante este surgimiento, la respuesta de los Estados fue reafirmar su posición como sujetos originarios del Derecho Internacional Público. Si bien autores

4. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 962.

5. Convenio del CIADI, 21/05/1991, art. 25.

6. OROZCO, "Los actores subnacionales en la nueva fase del proceso de globalización.", pp. 183-197.

7. OROZCO, "Los actores subnacionales en la nueva fase del proceso de globalización", pp. 183-197.

como Orozco entienden que nos encontramos ante la crisis del orden westfaliano, que pone al Estado Nacional en el centro de la escena internacional, la "paradiplomacia" no ha erosionado lo suficiente en el *statu quo* de la subjetividad de los entes subnacionales como para lograr atribuir responsabilidad internacional a sus funcionarios.

II.A.2. ¿Estados con subjetividad parcial? El caso constitucional de las provincias argentinas (art. 121-129 CN).

Las provincias son las unidades políticas que componen nuestra federación. Con el nombre de provincias nuestra historia constitucional y nuestro derecho constitucional designan a los estados miembros del estado federal. Las provincias no son soberanas, pero son autónomas.⁸

El Estado Argentino se configura de manera dual respecto de la distribución del poder correspondiendo la administración central al Estado Federal y la local a las unidades políticas, en este caso las provincias, que conforman al primero.⁹ Sin embargo, el principio de unidad territorial establece que el Estado federal es uno solo más allá de la pluralidad de unidades políticas existan en su territorio. Por otro lado, con el fin de "salvaguardar la unidad integral de la federación"¹⁰ las provincias delegaron en el Estado Federal el poder que históricamente les correspondía por ser preexistentes a la federación.

La relación de subordinación se expresa en la llamada supremacía federal. El equilibrio del principio de unidad con el de pluralidad tiende a proporcionar cohesión y armonía mediante la subordinación de los ordenamientos jurídico-políticos locales al ordenamiento federal, para que las "partes" sean congruentes con el "todo". Ello quiere decir que la constitución federal impone ciertas pautas en las estructuras de lineamiento que deben ser acatadas y reproducidas por las constituciones de los estados miembros.¹¹

La Constitución Nacional atribuye a las provincias amplias facultades en lo que respecta a la gestión internacional en ejercicio de sus facultades no delegadas y sus competencias concurrentes con el Estado Federal. Así, las provincias podrán:

- crear regiones¹² para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar

8. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 445.

9. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 438.

10. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 449.

11. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, p. 440.

12. La Constitución Nacional establece en cabeza de los gobiernos provinciales la competencia para establecer unidades territoriales. En este sentido me parece interesante mencionar la distinción que hace Hernández respecto de los tipos de regiones: "Hemos sostenido que las regiones se pueden clasificar en supranacionales, cuando comprenden más de un país (como en el caso del Mercosur, Unión Europea o NAFTA); y en endonacionales, cuando comprenden partes de un país (como es el caso argentino luego de la reforma constitucional), aunque también la perspectiva regional puede ingresar en los límites de una provincia, con

convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional [...],¹³

- celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal [...].¹⁴

Conforme lo dicho anteriormente, nuestra norma fundamental al momento de atribución de competencias no deja de hacer mención a la relación de subordinación imperante que rige entre las provincias y el Estado Federal haciendo mención tanto en el artículo 121, "[l]as provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal", como en el artículo 124 cuando refiere a la no afectación de las facultades delegadas, y en el artículo 126, "[l]as provincias no ejercen el poder delegado a la Nación", prohibiendo expresamente la celebración de tratados de carácter político.

Erróneamente se suele decir que las provincias, por las competencias que le otorga nuestra ley fundamental, configuran lo que en Derecho Internacional Público se conoce como estados con subjetividad parcial. Un aspecto que podría llevar a tal conclusión, además de la participación activa que los gobiernos locales tienen en la gestión internacional, es que estas entidades subnacionales son reconocidas como parte tanto en los litigios nacionales como en los internacionales. En primer lugar, en la Jurisprudencia Interna se las reconoce como sujetos susceptibles de trabar demanda contra el Estado Nacional. En segundo lugar, "el Convenio CIADI permite de manera explícita que una subdivisión política y organismo público de un Estado sea parte de un procedimiento CIADI".¹⁵ No obstante, el reconocimiento de esta cuasi subjetividad el artículo 25 (1) y (3) del Convenio CIADI¹⁶ requiere que el Estado Contratante preste su consentimiento para que una unidad territorial pueda actuar como parte en el arbitraje.

la división en 'zonas'". HERNÁNDEZ, "Rol de las regiones, provincias y municipios en el proceso de Integración", pp. 219-272.

13. República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, art. 124.

14. República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, art. 125.

15. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 962.

16. Convenio del CIADI, 21/05/1991, art. 25.

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) [...]

(2) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

De esta manera, si bien se reconoce el rol primordial de las subdivisiones en gestiones internacionales como la negociación de inversiones, el Estado Nacional continúa siendo centro de imputación de la norma de responsabilidad internacional.

II.A.3. Los gobernadores como "agentes naturales del gobierno federal" (art. 128 CN)

No obstante, el rol fundamental de las provincias como actores en la administración interna y en la gestión internacional, no existe norma internacional que permita inducir a pensar que los entes subnacionales son reconocidos como sujetos de Derecho Internacional Público. A nivel interno, en consonancia con la teoría monista que adopta nuestro país, la Constitución Nacional Argentina recepta la tendencia internacional. En nuestro esquema de organización nacional las unidades territoriales son autónomas, pero no soberanas y los gobernadores son considerados funcionarios del Estado Nacional: "Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación."¹⁷

De esta manera, el artículo confirma la recepción de la teoría del órgano. Esto no implica entender una dependencia jerárquica respecto del gobierno central si no un compromiso de los gobiernos locales con la supremacía constitucional. Así, dice Gelli que a través del Pacto Federal (Ley 24.130) se buscó alinear a las provincias con las políticas públicas del Gobierno central al mismo tiempo que se reconocía el creciente papel de los gobiernos locales en la respuesta a las necesidades sociales.¹⁸

II.B. Atribución de Responsabilidad Internacional. Teoría del Órgano. A/RES/56/83 en el proceso de codificación de normas de Costumbre Internacional

Para comprender la atribución de responsabilidad a los Estados en el Derecho Internacional Público es necesario entender cómo opera la imperante doctrina de la *teoría del órgano*.

17. República Argentina, Constitución de la Nación Argentina, art. 128.

18. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada*, pp. 872-873.

[c]uando actúa el órgano actúa la persona jurídica, encontrándose ligado a ésta por un vínculo institucional y no contractual [...] [la] voluntad psicológica del funcionario u órgano-individuo está, entonces, limitada, condicionada y "especializada", por la norma atributiva de la competencia que lo dota de una "voluntad técnica o normativa" al punto que se identifica con ésta.¹⁹

Cuando actúa el funcionario provincial lo hace en virtud de la competencia que le otorga la Constitución Nacional como agente del gobierno central y tal actuación debiera estar alineada a la voluntad política de este último ya que ante incumplimiento es el Estado Nacional quien responde en el ámbito internacional. En este sentido, la práctica internacional históricamente ha aceptado la teoría del órgano.

Debido a que tradicionalmente la fuente principal del derecho internacional ha sido la consuetudinaria, su proceso de consolidación y codificación es aceptado como una tarea que goza de gran interés y reconocimiento.²⁰

Frente a los numerosos esfuerzos en la codificación del Derecho Internacional Consuetudinario, la regulación sobre la responsabilidad internacional del Estado no es la excepción. En este sentido, el instrumento más útil que tenemos a la hora de analizar la atribución de responsabilidad es la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas²¹ que anexa el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. "Si bien éste [Proyecto] no tiene fuerza vinculante convencional, es una referencia obligatoria en materia de responsabilidad internacional".²² Aunque la Resolución no sea vinculante suele ser referida y citada por los tribunales debido a que codifica en diversas de sus disposiciones normas de costumbre internacional, fuente que sí es vinculante.²³

Conforme lo expuesto, la norma que adquiere relevancia a los fines de este trabajo es la contenida en el artículo 4 A/RES/56/83²⁴ en tanto confirma la hipótesis presentada, demostrando la tendencia internacional orientada a atribuir de responsabilidad al Estado Nacional por la actuación de los funcionarios de las entidades subnacionales, norma que recepta, a su vez, el artículo 25 del Convenio CIADI.²⁵

Artículo 4 Comportamiento de los órganos del Estado 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que

19. SILVA TAMAYO, "La teoría del órgano y sus...", p. 129.

20. DE DIOS, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 88.

21. AGNU, A/RES/56/83.

22. AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, "La responsabilidad internacional de los Estados...", pp. 21-22.

23. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 304.

24. AGNU, A/RES/56/83, art. 4.

25. Convenio del CIADI, 21/05/1991, art. 25.

ejercer funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una subdivisión territorial del Estado.

II.C. La fuente convencional: Tratados Bilaterales de Inversión como fuente creadora de normas de responsabilidad internacional

El Derecho Internacional de las Inversiones adquirió una especial relevancia en el proceso de fragmentación del Derecho Internacional Público.²⁶ Como rama está conformado por las fuentes consuetudinaria y convencional, ésta última abarcando desde la legislación nacional de regulación de las inversiones²⁷ hasta los acuerdos internacionales de inversiones.

Estos tratados por lo general son bilaterales, y se los llama comúnmente tratados bilaterales de inversiones (TBI) o acuerdos para la promoción y la protección de las inversiones (APPI) [...] También existen AII [acuerdos internacionales de inversiones] en forma de capítulos contenidos en tratados de libre comercio y tratados multilaterales que incluyen disposiciones sobre protección de inversiones.²⁸

Los TBI han sido identificados como una herramienta de política exterior para atraer inversiones extranjeras hacia los países emergentes e infra-capitalizados.²⁹

Como contracara, los Estados contratantes se comprometen a cumplir con una serie de estándares (los cuales serán abordados más adelante) Las decisiones que toman los funcionarios provinciales en (in)cumplimiento de un contrato enmarcado en un Tratado Bilateral de Inversiones hacen incurrir al Estado Nacional en responsabilidad internacional. Partiendo de la base de que es el Estado Nacional quien concurre como parte, se demuestra que la tendencia internacional es la atribución de responsabilidad al Estado por decisiones de sus agentes o funcionarios públicos.

Para que el acto ilícito (acción u omisión) pueda "atribuirse" a un Estado se requiere que se dé alguno de los siguientes supuestos: Que el acto sea cometido por un órgano del Estado-centralizado o descentralizado, perteneciente al gobierno central o a una subdivisión provincial- por un funcionario público o agente del Estado.³⁰

A los fines de verificar la hipótesis he decidido profundizar en el estudio del Derecho Internacional de las Inversiones y, en particular, de los Tratados Bilaterales de Inversiones como proceso de creación de normas tendientes a reafirmar la responsabilidad

26. AGNU, Suplemento N° 10 (A/60/10).

27. República Argentina, "Ley de Inversiones Extranjeras".

28. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 952.

29. DE DIOS, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 78.

30. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 308.

internacional de los Estados Nacionales por las decisiones de sus funcionarios provinciales en el marco de un contrato de inversiones.

II.C.1. Estándares de protección en los TBI

Los TBI suelen presentar disposiciones en común que obligan a los Estados en relación con la protección de las inversiones y que ante su incumplimiento los hacen incurrir en responsabilidad internacional. Estos estándares pueden adoptar la forma de cláusulas, principios o estándares propiamente dichos. Algunos de ellos son:

- Cláusula sobre nacionalización/expropiación: de la inversión por parte del Estado cumpliendo requisitos como la no discriminación, compensación, debido proceso, razones de utilidad pública, etc.
- Estándar de trato justo y equitativo: su aplicación en los tribunales ha crecido exponencialmente ya que es uno de los instrumentos más eficientes en la atribución de responsabilidad al Estado. Algunos tribunales lo asocian al estándar mínimo internacional del caso *Neer c. México*³¹ mientras que otros lo entienden como conceptos separados
- Principio del trato como nacional: de los inversores extranjeros
- Principio de plena protección y seguridad: en general los TBI refieren a la seguridad física del inversor y así lo confirma la jurisprudencia arbitral, aunque existan posturas que amplíen su alcance
- Principio de no discriminación y prohibición de medidas arbitrarias o injustificadas: respecto de las inversiones en todas las etapas del proceso
- Cláusula de la nación más favorecida: según la cual las partes garantizan que se dará un trato igual al otorgado a los inversores de otros Estados
- Cláusula sobre estado de emergencia: conforme la cual ante una compensación, que el Estado pudiera otorgar como consecuencia de esa situación extraordinaria, la misma no debe ser menos favorable para los inversores extranjeros que la otorgada los nacionales

31. Se trata de un estándar objetivo para identificar un ilícito internacional “[e]l tratamiento de un extranjero [...] debe constituir una atrocidad mala fe, incumplimiento deliberado de un deber, o un vicio en el accionar gubernamental tan por debajo de los estándares internacionales [...]” [Traducción de González Napolitano del Caso *Neer c. México*, ver p. 937, *Lecciones de Derecho Internacional Público*]

- Cláusula sobre medidas no prohibidas: aquellas que el Estado pudiera adoptar en protección del orden público, la seguridad u otros objetivos de política pública
- Cláusula “paraguas”: entre las diversas interpretaciones, una de ellas entiende que su efecto consiste en convertir el incumplimiento de un contrato en el marco de un TBI en la violación del tratado mismo. Quizás este sea el estándar más relevante a la hora de analizar la atribución de responsabilidad por el accionar de funcionarios provinciales, como sucedió en el caso *Compañía de Aguas de Aconquija SA & Compagnie Générale des Eaux* (hoy Vivendi) c. República Argentina³² Así, si bien el Tribunal exige el agotamiento de la vía interna determina que

[...] la naturaleza de los hechos en que se fundamentan la mayor parte de las reclamaciones presentadas en este caso, hacen imposible que el Tribunal distinga o separe violaciones del TBI de violaciones del Contrato de Concesión sin antes interpretar y aplicar las disposiciones detalladas de ese acuerdo [...] En consecuencia, y porque las reclamaciones en este caso surgen casi exclusivamente de supuestos actos de la Provincia de Tucumán que se relacionan directamente con su cumplimiento del Contrato de Concesión, el Tribunal resuelve que las demandantes tenían el deber de hacer valer sus derechos con respecto a tales reclamaciones en contra de Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán como lo exige la cláusula 16.4 de su Contrato de Concesión.³³

II.C.2. Convenio CIADI

La regulación en materia de protección de las inversiones no responde a un código único, sino que se encuentra contenida en diversos instrumentos correspondientes a las reglas de procedimiento de las instituciones de resolución de controversias relativas a inversiones. Vázquez, Marcote y Osorio advierten sobre la complejidad de la aplicación del Derecho Internacional Público en el proceso de fragmentación y como el Derecho de las Inversiones impacta en su evolución.

El Derecho Internacional de las Inversiones no posee un único cuerpo legal a diferencia del Derecho Internacional Económico en el marco del sistema multilateral de comercio. Sumado a la pluralidad de foros para el arbitrio de disputas, encontramos que hay una preocupante amplitud respecto de la ley que se vaya a utilizar para zanjar una controversia arbitral; la cual se inserta en los conflictos normativos descritos por la Comisión de Derecho Internacional en su informe sobre la fragmentación del Derecho Internacional.³⁴

32. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, pp. 948-949.

33. DE DIOS, “La Responsabilidad del Estado Argentino...”, p. 84.

34. VÁZQUEZ, MARCOTE & OSORIO, “Los Tratados Bilaterales de Inversión desde la...”, pp. 66-67.

Siendo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) la institución a la que más acuden los inversores ante incumplimiento de los Estados contratantes, sus instrumentos de regulación se presentan como herramientas fundamentales en el entendimiento de esta rama del Derecho Internacional que, a la luz de la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), dan respuesta ante la incertidumbre que muchas veces presenta el proceso de fragmentación.

En este sentido, acudir a la reglamentación de los procesos arbitrales y conciliatorios es esencial para entender a qué nos referimos cuando hablamos de diferencia, inversión, inversor, Estado receptor, Estado Contratante, y, así, comprender cómo se configuran las normas de atribución de la responsabilidad.

En su artículo 25 el Convenio³⁵ establece que las diferencias que se sometan a su jurisdicción deberán surgir directamente de una inversión (jurisdicción *ratione materiae*) entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante (jurisdicción *ratione personae*). Sin embargo, el Convenio CIADI no ofrece ninguna definición del término "inversión". Los TBI que generalmente establece la jurisdicción del CIADI contienen una cláusula que indica el significado del término "inversión" a los fines del tratado. Por lo general, la materialización legal de una inversión es la adquisición de un conjunto de derechos de propiedad que tiene las características de una o más de las categorías de una inversión definida por el tratado de inversión aplicable.

¿Por qué es importante a los fines de esta investigación determinar el concepto de inversión? La relevancia recae en que es determinante del establecimiento de la jurisdicción arbitral: si no hay inversión no hay diferencia. Así, puede existir un TBI e incluso un contrato en el marco de éste y no existir una inversión. Ahora bien, ¿qué es una inversión? Es

una transferencia de largo plazo de recursos financieros -flujo de capital- de un país a otro ([Estado] receptor de la inversión) con la finalidad de obtener participaciones en una sociedad, una transacción que normalmente implica que el potencial inversor asuma riesgos.³⁶

Ante la indeterminación normativa del Convenio, los diferentes tribunales han aplicado lo que se conoce como el *Salini Test*. Según esta regla de admisibilidad, que

35. Cuando en el texto se hable de Convenio estoy refiriendo a Convenio CIADI.

36. GRABOWSKI, "The Definition of Investment under the ICSID Convention...", p. 296. Definición proporcionada por Venezuela conforme los estándares del CIADI en el caso *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, como precedente del Caso *Salini c. Marruecos*. Traducción propia.

surge del caso CIADI Salini c. Marruecos, existen distintos requisitos que debe cumplir una inversión para ser reconocida como tal:

- Asunción del riesgo
- Asignación de recursos en el Estado receptor
- Perdurabilidad de la inversión
- Expectativa de retribución
- Aporte económico al territorio donde se invierte: siendo este último el criterio más controvertido

II.C.3. La jurisdicción racione personae del CIADI y la responsabilidad estatal

La costumbre internacional atribuye la responsabilidad al Estado por sus entes subnacionales. Podría pensarse que en el del Derecho de las Inversiones exista una práctica informal de atribución de subjetividad internacional de estas unidades. Sin embargo, ni siquiera las normas que surgen de la fuente convencional particular en la materia contribuyen a confirmar la atribución de responsabilidad a las entidades locales como sujetos de Derecho Internacional Público. Si bien en materia de arbitraje de inversiones se las reconoce como parte en el proceso, se lo hace en su relación con el Estado Nacional quien debe aprobar su accionar.

De esta forma, es conveniente analizar la jurisdicción racione personae del CIADI. El artículo 25 del Convenio CIADI determina cuáles serán las partes en el procedimiento arbitral. Así, serán parte el Estado contratante y el inversor nacional del otro Estado Contratante del Convenio. Un Estado puede ser contratante por haber suscripto al Convenio o por haber suscripto a un AII que contiene una oferta de arbitraje CIADI³⁷ Por su parte, es inversor la persona física o jurídica nacional del Estado contratante distinto al receptor del aporte económico.

La mencionada norma pone de manifiesto las inquietudes de este trabajo de investigación. Teniendo en cuenta el rol fundamental de las subdivisiones territoriales en las contrataciones de inversión, el artículo 25 prevé la posibilidad de que la administración de las unidades sea parte en un procedimiento arbitral con la aprobación del Estado a quien obliga con su accionar:

37. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 962.

El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

II.C.4. Inversores extranjeros: ¿sujetos o actores del Derecho Internacional Público?

Con el fin de posibilitar una mejor comprensión de la dinámica del Derecho Internacional de las Inversiones, me parece relevante identificar ante qué tipos de actores nos encontramos. De esta manera, los inversores extranjeros ¿son simples actores o son verdaderos sujetos del Derecho Internacional Público?

En primer lugar, considero pertinente definir ambos conceptos. Por un lado, los actores del Derecho Internacional Público son aquellas entidades que, si bien no tienen subjetividad internacional, en la práctica tienen un rol destacado. Sin embargo, estos simples actores podrían adquirir subjetividad por medio de una norma que los regule, aunque, conforme lo anteriormente expuesto, la actual voluntad de los Estados dista de apartarse del *statu quo*. Por otro lado, son sujetos del Derecho Internacional Público

todos aquellos entes que poseen capacidad jurídica para adquirir derechos y/o contraer obligaciones internacionales, o que son centro de imputación de normas internacionales [...] no todo sujeto tiene capacidad para crear por sí mismo normas internacionales³⁸

lo que no implica que no tengan igualmente subjetividad internacional. De esta manera, podemos distinguir entre sujetos originarios, es decir, los Estados, que poseen personalidad jurídica plena y capacidad para celebrar tratados y generar normas consuetudinarias, mientras que los sujetos derivados son aquellos cuya subjetividad deriva de la voluntad de los Estados. En esta última categoría ubicamos a los inversores extranjeros

[Son] personas físicas o jurídicas que han realizado una inversión de cierta envergadura en Estados extranjeros, es decir, de los cuales no son nacionales [...] Para determinar si [...] son sujetos de derecho internacional es necesario verificar si los mencionados tratados internacionales (o las normas consuetudinarias) les otorgan algún derecho o le imponen alguna obligación en el plano internacional.³⁹

En conclusión, en el Derecho Internacional de las Inversiones los sujetos a los que nos referiremos son los Estados quienes establecen la regulación por medio de los distintos acuerdos bilaterales de inversiones. En el marco de estos, mencionamos a los inversores extranjeros como sujetos derivados y a las entidades subnacionales como actores relevantes en las negociaciones y contrataciones enmarcadas en los TBI.

38. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 23.

39. GONZÁLEZ NAPOLITANO, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 37-38.

II.D. La Jurisprudencia del CIADI como fuente verificadora: el caso Metalclad c. Mexico y el caso Compañía Aguas de Aconquija y Vivendi c. República Argentina

Analizar la Jurisprudencia del CIADI es fundamental para entender la tendencia respecto de la atribución de responsabilidad internacional. Ante incumplimiento por parte de un Estado contratante “[los TBI] establecen la posibilidad de que el inversor extranjero pueda, para resolver una controversia relativa a su inversión, recurrir a la jurisdicción nacional donde se localiza su inversión, o bien, someter tal controversia a un arbitraje internacional en el marco de las reglas del CIADI”.⁴⁰

Así, en el caso Metalclad Corporation frente a México⁴¹ se verifica la atribución de responsabilidad al Estado Nacional por el accionar de la municipalidad de Guadalcázar conforme al art. 105 del Acuerdo NAFTA

Extensión de las Obligaciones: “Las partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este Tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa”.⁴²

Así, el Tribunal CIADI determinó el pago de una indemnización por parte de México por haber incumplido el artículo 102 (1) del Acuerdo NAFTA generando incertidumbre en el inversor al no establecer reglas claras respecto de la otorgación del permiso municipal, por haber violado el principio de trato justo y equitativo, el estándar mínimo contenido en el artículo 1105 del Acuerdo⁴³ y haber realizado una acción equivalente a la expropiación.⁴⁴

Otro caso de relevante importancia en la atribución de responsabilidad al Estado Nacional por los actos de sus funcionarios provinciales es el laudo arbitral CIADI Compañía de Aguas de Aconquija SA & Compagnie Générale des Eaux (hoy Vivendi) c. República Argentina.⁴⁵ El caso se divide en tres etapas, el primer laudo, el dictado de su

40. DE DIOS, “La Responsabilidad del Estado Argentino...”, p. 79.

41. CIADI, “Metalclad”.

42. CARBAJAL VALENZUELA, Christian. “Responsabilidad internacional de los Estados...”, p. 205.

43. Minimum Standard of Treatment: 1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment. NAFTA, 04/10/1988, art. 1105.

44. CARBAJAL VALENZUELA, Christian. “Responsabilidad internacional de los Estados...”, p. 205.

45. CIADI, “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina”.

nulidad parcial y el segundo laudo, con el rechazo definitivo del pedido de nulidad de Argentina y la atribución de responsabilidad concluyendo después de más de 10 años.

En el caso se atribuye responsabilidad internacional al Estado Argentino por hechos internacionalmente ilícitos cometidos por los funcionarios de la Provincia de Tucumán⁴⁶ en su calidad de subdivisión política, administrativa y territorial. En la demanda inicial, se presentan como parte ante el CIADI Compañía Aguas del Aconquija S.A (CAA) y Compagnie Générale des Eaux S.A (CGE), hoy Vivendi, en virtud del Convenio y el TBI entre Francia y Argentina firmado en 1991. Las demandantes alegaron violación de los artículos 3, que contemplaba el estándar de trato justo y equitativo y el artículo 5 sobre expropiación del TBI. Por su parte, Argentina sostuvo que no existía diferencia en los términos del artículo 25 del Convenio planteando que la demanda refería a violaciones del contrato de concesión entre los inversores y la entidad subnacional y que el Estado no había prestado consentimiento para ser sometido a la jurisdicción por actos de la Provincia.

El primer laudo estableció que

era pasible de atribución de responsabilidad al Estado nacional la eventual conducta que sea internacionalmente ilícita, aunque hubiera sido cometida por alguna de sus subdivisiones políticas como era, en el caso en cuestión, la Provincia de Tucumán.⁴⁷

Sin embargo, rechaza la pretensión de la demandante al considerar que no se ofreció en el caso una base fáctica suficiente para considerar que Argentina no había cumplido con sus obligaciones y exigió el agotamiento de la vía interna ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo⁴⁸ Ante la decisión, las demandantes solicitan revisión por nulidad y se establece un comité ad hoc que anula el laudo por entender que no se habían examinado aspectos sustanciales referentes a los actos de las autoridades provinciales en

46. "En marzo de 1993, por ley provincial se dio el mandato de privatizar el servicio de agua potable y cloacas en la Provincia de Tucumán. En diciembre de ese año se dictó por ley un marco regulatorio del servicio, y en el primer semestre de 1994 se adjudicó por licitación pública internacional la concesión por 30 años (a partir del 1 de agosto de 1995) a un consorcio internacional cuyo accionista mayoritario (y operador del servicio) era Compagnie Générale des Eaux (hoy Vivendi). La privatización se acompañó con la duplicación de las tarifas. Apenas producida la toma de posesión, se produjo un cambio de gobierno provincial que intentó inmediatamente una renegociación contractual. A principios de 1996 comenzaron a existir problemas de turbiedad en el agua que se sumaron al descontento de los usuarios ante el previo aumento de tarifas. La renegociación tuvo un proceso tortuoso, y terminó con la mutua rescisión del contrato entre el concedente y el concesionario" FERRO, "Aguas del Aconquija: revisión a una...", p. 4.

47. DE DIOS, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p.84.

48. DE DIOS, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p.84.

el marco del TBI.⁴⁹ Nuevamente, las demandantes someten la cuestión de fondo para obtener un segundo laudo arbitral en 2007. A su vez, Argentina sostiene sus reclamaciones sobre jurisdicción y el tribunal confirma la decisión del primer pronunciamiento reconociendo la legitimación activa de CAA y Vivendi.

Luego de 10 años de disputa, el tribunal condena a la República Argentina al pago de una indemnización por U\$S 105000000 por violar

el Artículo 3 del TBI al no otorgar a las inversiones de las demandantes un trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional; (ii) el Artículo 5(1) del TBI al no otorgar protección y plena seguridad a las inversiones de las demandantes de acuerdo con los principios de trato justo y equitativo mencionados en el Artículo 3; y (iii) el Artículo 5(2) del TBI al adoptar medidas ilícitas de expropiación de las inversiones de las demandantes.⁵⁰

Conforme el análisis de estos dos precedentes, podemos hacer uso de la Jurisprudencia del CIADI, como fuente verificadora de las principales fuentes del Derecho Internacional de las Inversiones, para confirmar que, pese al rol relevante de las autoridades provinciales, no existe norma ni práctica que dé a entender que las entidades subnacionales son susceptibles de atribución de responsabilidad. En este sentido, los TBI como fuente primordial del Derecho de las Inversiones favorece la creación de normas que responsabilizan al Estado por el accionar de sus funcionarios y a la codificación las normas del Derecho Consuetudinario que se expresan en este sentido.

III. CONCLUSIÓN

Si bien en la práctica las entidades subnacionales o estados con subjetividad parcial adquieren un rol relevante en las negociaciones internacionales en materia de inversiones, la normativa internacional y, en particular, la regulación en materia de Tratados Bilaterales de Inversión favorece la atribución de responsabilidad al Estado por decisiones de los funcionarios provinciales. Es decir, las decisiones que toman las autoridades de los gobiernos locales en (in)cumplimiento de un contrato enmarcado en un Tratado Bilateral de Inversiones hacen incurrir al Estado Nacional en responsabilidad internacional.

49. DE DIOS, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p.84.

50. Si bien sería muy interesante analizar el segundo pedido de nulidad de la Argentina considero que excede las intenciones de este trabajo. Para profundizar ver DE DIOS, "La Responsabilidad del Estado Argentino...", p. 86.

Por un lado, lo largo del trabajo se abordaron tanto la fuente consuetudinaria como la convencional en el proceso de codificación de la primera, la regulación en materia de procedimiento arbitral y, en especial, del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones, su Convenio y los diferentes estándares de protección de los inversores en el marco de los TBI.

Por otro lado, se hizo uso de la Jurisprudencia del CIADI como fuente verificadora en la confirmación de la hipótesis presentada. Así, se analizaron los casos *Metalclad c. México* y *Compañía Aguas de Aconquija y Vivendi c. República Argentina*. En tales precedentes, los tribunales arbitrales conformados al respecto dictaminaron en favor de la atribución de responsabilidad internacional de los mencionados Estados por el accionar de las administraciones locales, municipal y provincial respectivamente, obligando al pago de una indemnización como reparación al daño ocasionado por el hecho ilícito.

A su vez, se analizó la tradición constitucional argentina en su recepción de la tendencia internacional y la teoría del órgano, haciendo mención del artículo 128 de la ley fundamental que entiende a los funcionarios provinciales como agentes naturales del gobierno federal, no obstante, la asignación de competencias en la celebración de tratados internacionales y en la formación de regiones de gestión nacional e internacional.

En conclusión, conforme lo anteriormente expuesto, más allá del rol relevante de las autoridades locales en la gestión internacional y de su participación como parte en los procesos arbitrales, el Derecho Internacional Público no reconoce la atribución de responsabilidad internacional sino al Estado Nacional como sujeto originario. El Derecho Internacional de las Inversiones, y los Tratados Bilaterales de Inversiones como la normativa más específica en la materia abordada, cristalizan los esfuerzos codificadores de la costumbre internacional creando normas de atribución de responsabilidad en consonancia con los trabajos de la CDI reflejados finalmente en la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

IV. BIBLIOGRAFÍA:

AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, Najman Alexander. "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños fronterizos", en *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F.*, 2012, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XII, pp. 3-23. URL <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29227.pdf> consultado el 23/03/2025.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/RES/56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 28/01/2003.

- , Suplemento N°10 (A/60/10), Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2005.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*. Ediar, 1998, Buenos Aires.
- CARBAJAL VALENZUELA, Christian, "Responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los tribunales CIADI", en *Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) Pontificia Universidad Católica del Perú, Agenda Internacional*, 2004, Año X, N°20, pp. 195-213. URL <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/8306/8610> consultado el 23/03/25.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, "Compañía de Aguas del Aconquija SA & Compagnie Générale des Eaux c. República argentina", caso No. ARB/97/3, 21/11/2000.
- , "Metalclad Corporation c/ Estados Unidos Mexicanos", 30/08/2000, Caso No. ARB(AF)/97/1.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 21/05/1991, Washington D.C., e.v. 18/11/1994, texto aprobado por la República Argentina Ley 24.353. 28/07/1994.
- DE DIOS, Miguel Ángel, "La Responsabilidad del Estado Argentino por Hechos Internacionalmente Ilícitos, la Codificación A/Res/56/83, los Tratados Bilaterales de Inversión y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones", en *Revista Aequitas*, 2014, Universidad del Salvador, Buenos Aires, pp. 75-96.
- FERRO, Gustavo, "Aguas del Aconquija: revisión a una experiencia fallida de privatización", en *Centro de Estudios Económicos de la Regulación. Departamento de Economía y Finanzas, Universidad Argentina de la Empresa*, 2001, Buenos Aires.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada*, 2ª Ed., La Ley, 2004, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Erreius, 2015, Buenos Aires.
- GRABOWSKI, Alex, "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini", en *Chicago Journal of International Law*, 2014 Vol. 15 No. 1, pp. 287-309.
- HERNÁNDEZ, Antonio María, "Rol de las regiones, provincias y municipios en el proceso de Integración", en HERNÁNDEZ, Antonio María & VALADÉS, Diego, *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- North American Free Trade Agreement (NAFTA), 19/12/1992, e.v. 01/01/1994. URL <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/11.aspx?lang=eng> consultado el 23/03/25.
- OROZCO, Librado, "Los actores subnacionales en la nueva fase del proceso de globalización", en *Revista de Comunicación*, Vol. 15, Núm. 1, 2016, Universidad de Piura, pp. 183-197. URL <https://revistadecomunicacion.com/article/view/1247> consultado el 23/03/25.

República Argentina, "Constitución de la Nación Argentina", 24/08/1994.

—, "Ley de Inversiones Extranjeras", Ley 21.382, 13/08/1976.

SILVA TAMAYO, Gustavo E. "Capítulo III: La teoría del órgano y sus consecuencias en el concepto del acto administrativo" en SILVA Tamayo, Gustavo E., *La voluntad de los actos administrativos*. Ediciones Rap, 2013, Buenos Aires. URL <https://bit.ly/41LLnXp> consultado el 25/03/25.

VÁZQUEZ, Agustina, MARCOTE, Natacha M. & OSORIO, Juan E., "Los Tratados Bilaterales de Inversión desde la perspectiva de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados: un camino hacia la 'defragmentación' del Derecho Internacional" en *Revista Misión Jurídica*, 2021, Vol. 14 - Número 20, pp. 56-69.