

**“Análisis sobre las Facultades Jurisdiccionales del Centro Internacional de
Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
Caso Argentino”**

Monografía de grado para optar por el título de
Abogado
De la Facultad de Jurisprudencia

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Presentado por:
Claudia Fernanda Rodríguez Orrego

Dirigido por:
Dr. Juan Jacobo Calderón Villegas

Bogotá D.C.
Semestre I de 2009

Tabla de Contenido

	P.g.
Introducción	4
1. Crisis de la República de Argentina Periodo 2001-2002	6
1.1. De la Dictadura Militar a la Democracia Institucional	6
1.2 Reforma Estructural del Estado	9
1.2.1. Ley 23.696 de Emergencia Económica y Administrativa	10
1.2.2. Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral	11
1.2.3. El Proceso Privatizador de la Década de los 90's	14
1.3. Hacia la crisis del 2002	16
1.3.1 Situación Fiscal	17
1.3.2. Reforma Laboral y Desempleo	20
1.3.3. Sistema de Previsión Social	21
1.3.4. Crisis Económica Internacional	23
1.4. Consolidación de la crisis	24
2. Análisis Jurídico de la Competencia del CIADI Demandas de Arbitraje de Inversión presentadas en contra de la República de Argentina	27
2.1. Antecedentes: Demandas presentadas bajo el Capítulo XI del TLCAN	28
2.1.1. Contexto	29
2.1.2 Los Litigios en el marco del Capítulo	

XI del TLCAN	29
2.1.3. Reflexiones	31
2.2. De los casos presentados ante el CIADI y análisis de la Posición del CIADI frente a la competencia de sus tribunales ad hoc	34
2.2.1. La controversia entre los inversionistas extranjeros y La República de Argentina	34
2.2.2. Tratamiento dado a las medidas de carácter general en las decisiones de <i>jurisdicción</i> emitidas por los Tribunales de Arbitramento <i>ad hoc</i> del CIADI	40
2.2.3. Tratamiento dad a las medidas de carácter general en las decisiones de <i>fondo</i> emitidas por los Tribunales de Arbitramento <i>ad hoc</i> del CIADI	45
2.3. Reflexiones sobre la jurisdicción del CIADI en asuntos Donde se invoca el principio de soberanía del Estado	49
2.3.1. Requisitos del artículo 25(1) del Convenio CIADI sobre la competencia del Centro	50
2.3.2. Vicios en la concepción de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección a las Inversiones	55
2.3.3. Finalidad en la creación de un centro de Arreglo de diferencias privado	60
Conclusiones	63
Bibliografía	65
Anexo 1	69

INTRODUCCIÓN

En el año 2002 la República de Argentina declaró la cesación de pagos de deuda externa y ordenó a las entidades financieras la congelación de los depósitos en cuenta corriente. La crisis económica subyacente causó estruendo en las economías alinderadas con la Argentina y preocupó a los dirigentes de los países vecinos. El fenómeno en sí mismo pasó a la historia de la economía mundial por la pobreza a la que se debieron enfrentar muchos argentinos.

Para la doctrina económica la crisis fue producto de una conjunción de circunstancias políticas y económicas, agravadas por un lastre de deficiencia en el manejo de la economía que ya venía desde antes de la década de 1980 cuando la dictadura militar asumió el poder. En 1980 y los años que siguieron, la economía argentina atravesó por largos periodos de recesión frente a los cuales el gobierno de turno carecía de recursos y herramientas para contrarrestar o amortiguar los efectos nocivos derivados.

A raíz de la crisis política, social y económica de Argentina durante el periodo 2001-2002, un número importante de inversionistas extranjeros decidieron entablar demandas en su contra ante los centros de arbitraje internacional especializados en resolver controversias entre Estados e inversionistas extranjeros. El argumento principal presentado en estas demandas tenía que ver con la desvalorización sustancial de la inversión y el aumento de la deuda interna del inversionista como consecuencia de la implementación de la Ley 25.561 de 2002 y de la derogación del sistema de convertibilidad del peso argentino con el dólar. Esto significó la pesificación de la inversión en un momento en que Argentina sufría una profunda inflación.

El presente trabajo estudiará si el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) asumió competencia y arbitró sobre asuntos que, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, no pueden ser objeto de

arbitramento, debido a que se refieren a facultades soberanas de los Estados que buscan fijar un marco jurídico adecuado para satisfacer las necesidades de la Nación¹. En la primera parte se analizará la crisis de la República de Argentina, sus causas y consecuencias, para lo cual se abordarán los siguientes temas: (i) De la Dictadura Militar a la Democracia Institucional; (ii) La Reforma estructural del Estado; (iii) Hacia la Crisis del 2002; (iv) Consolidación de la Crisis.

La segunda parte de este trabajo estará dedicada a analizar si los tribunales constituidos bajo las reglas del Convenio CIADI, para la resolución de las demandas presentadas contra Argentina a raíz de la crisis económica del 2001-2002, arbitraron asuntos sobre los que no tenían competencia, de conformidad con las reglas del derecho internacional y con las mismas reglas del Convenio, por tratarse de facultades soberanas propias del Estado Argentino relacionadas con su independencia para fijar una política económica más conveniente para su Nación. Para ello, dicho análisis estudiará los siguientes temas: (i) Antecedentes: demandas presentadas bajo el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte suscrito por Estado Unidos, México y Canadá (TLCAN); (ii) Descripción de los casos presentados ante el CIADI y análisis de la posición del CIADI frente a la competencia de sus tribunales ad hoc; (iii) Reflexiones sobre la jurisdicción del CIADI en asuntos donde se invoca el principio de soberanía del Estado; (iv) Conclusiones.

¹ De acuerdo con el artículo 2(1) de la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigencia el 24 de octubre de 1945, la Organización se encuentra basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. A su vez, el artículo 2(4) dispone que los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. Los anteriores artículos son el sustento jurídico del derecho de autodeterminación de los pueblos que impera en el derecho internacional. De acuerdo con este principio, cada Estado tiene el derecho de establecer las normas y regulaciones, así como adelantar las actividades que busquen el bienestar y la independencia de su pueblo. Este principio fue reafirmado mediante la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y por la Corte internacional de Justicia en múltiples decisiones.

1. CRISIS DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA

PERIODO 2001-2002

1.1. De la Dictadura Militar a la Democracia Institucional

En 1983 Raúl Ricardo Alfonsín asumió la presidencia de Argentina. Su presidencia abrió paso al primer gobierno democrático luego de que por ocho (8) años la dictadura militar estuviera en el poder. El gobierno de Alfonsín fue recibido con expectativa y con esperanza, pues se buscaba justicia, estabilidad económica y sinceridad política. Cuando Alfonsín asumió el mando se encontró con una Argentina devastada por las políticas militares, sin infraestructura ni capital para fomentar la industria, la producción y el comercio; con índices de hiperinflación² y un gran déficit fiscal³, lo cual evidenciaba una economía débil para competir en los mercados internacionales e insuficiente para satisfacer las necesidades básicas de los argentinos.

Así también, el nuevo gobierno heredó una carga adicional que aumentó su desaliento. En 1983 la deuda externa ascendió a \$46.000 millones de dólares y los intereses de la deuda crecieron en un 7% del PIB. Esta situación absorbió el 63% del ahorro interno y representó, en este mismo año, un 69% de las exportaciones.⁴ Además, el sistema tributario padecía, entre otros, de los siguientes problemas: (i) aumento en la evasión a través del tiempo; (ii) falta de equidad en la distribución de la carga tributaria; (iii) falta de transparencia en el sistema por la implementación de normas sobre confidencialidad que impedía al gobierno detectar a los agresores y (iv) debilidad de la administración tributaria.⁵

² ALFONSÍN, Raúl. Mensaje presidencial de Raúl Alfonsín ante la Asamblea Legislativa. Disponible en <<http://lanic.utexas.edu/project/arl/pm/sample2/argentin/alfonsin/893895t.html>> De conformidad con el informe de la Secretaría de Hacienda incluido en el mensaje Presidencial, presentado el 01 de mayo de 1989, el IPC había aumentado en un 434% entre diciembre de 1982 y diciembre de 1983.

³ Ibid. Para 1983 el gasto público representaba un 49,8% del PIB y el déficit fiscal un 15,2% del PIB.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

Emprendió entonces la tarea de recuperar lo perdido, en primer lugar, legitimando su mandato con la creación de Tribunales de Justicia Militar designados para enjuiciar a todos aquellos que habían integrado juntas militares y participado en golpes de estado, así como en crímenes contra los derechos humanos. A pesar de los esfuerzos, este intento no trajo tranquilidad sino desazón al pueblo argentino porque la política del gobierno en esta materia, especialmente en lo que se refiere al enjuiciamiento militar, mostraba severas contradicciones. Ello se debió principalmente porque el gobierno presentó dos proyectos de ley que aumentaron la impunidad criminal.

La primera de estas leyes, denominada *Punto de Final* y aprobada por el legislativo el 23 de diciembre de 1986, estableció la extinción de la acción penal contra los civiles y militares cuando quiera que esta no se hubiere ejercido antes del 23 de octubre de 1987⁶. La segunda ley, llamada *Obediencia Debida* y promulgada el 8 de junio de 1987, admitía el enjuiciamiento de aquellos que detentaran un rango mayor a brigadier y dejaba sin procesar a todos aquellos que revistieran un rango menor, en razón a que se presumió de derecho, que estos últimos sólo habían recibido órdenes de sus superiores⁷ y por ello no eran imputables. La actuación del gobierno solo aumentó los indicadores de impunidad por los crímenes de lesa humanidad y consecuentemente le restó apoyo popular.

De manera simultánea, el gobierno debió enfrentarse a una economía sin industria ni producción, con índices de hiperinflación, gran déficit fiscal y vencimiento de pagos

⁶ Ley 23.492 Ley de Punto Final. Artículo 1º. Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley. En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.

⁷ Ley 23.521 Ley de Obediencia Debida. Artículo 1º. Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley Nº 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

de deuda externa. No tuvo otra opción que emprender programas fugaces de estabilización económica propiciando políticas de reducción inflacionaria, congelamiento de salarios estatales y el control de los precios y tarifas públicas. Se prohibió la emisión monetaria como mecanismo para financiar al sector público por cuanto en el año 1983 el 16,6 % del gasto público estaba siendo financiado por la Banca Central. Para 1987 esta entidad dejó de emitir papel moneda como mecanismo de financiación del déficit fiscal.⁸ De los planes de estabilización económica implementados en este periodo los más importantes fueron el *Plan Austral*⁹ aplicado en 1985 y el *Plan Primavera* en 1988. Los mismos fueron auspiciados por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y diseñados bajo sus políticas¹⁰.

A pesar de los diversos planes de estabilización la inflación no bajó¹¹ y el déficit fiscal seguía en aumento porque, junto con la emisión de papel moneda, el endeudamiento interno y externo se convirtió en el mecanismo de financiación estatal. Finalmente, en el año 1988 se decidió suspender los pagos del servicio a la deuda externa.

No habiendo superado la crisis económica y terminando su periodo con el rechazo del pueblo, el presidente Alfonsín decidió renunciar a su mandato 5 meses antes que este culminara. Así, se dio paso al nuevo presidente electo Carlos Saúl Menem para que se encargara de conjurar la grave crisis.

⁸ ALFONSÍN. Op cit.

⁹ Con el Plan Austral el gobierno cambió el peso argentino por el austral y estableció una tasa de cambio fija de 1.000 pesos argentinos por cada dólar, procurando con ello frenar la inmanejable inflación.

¹⁰ Durante el gobierno de Raúl Alfonsín, la República de Argentina suscribió tres Acuerdos Stand-by con el FMI. El primero de ellos se firmó en enero de 1983 por un valor de \$2.562 millones de dólares (2020 millones de Derechos Especiales de Giro), el segundo se suscribió en diciembre de 1984 por un valor de \$2.184 millones de dólares (1694 millones de DEG), pero fue luego reducido por el Fondo a \$1.500 millones de dólares (1183 DEG), y finalmente un último acuerdo firmado en julio de 1987 por un valor de \$1411 millones de dólares (1113 millones DEG). Los acuerdos venían acompañados de políticas de reducción del gasto fiscal, reorganización administrativa y reformas tributarias tendientes a aumentar los impuestos. Estas medidas presionaron las cuentas públicas, en especial las de reforma fiscal, porque propiciaban una reforma basada en el endeudamiento y no en la producción. Las reformas fiscales, a su vez, presionaron también las economías domésticas de los argentinos, quienes en últimas se vieron obligados a evadir sus compromisos fiscales. Datos disponibles en www.imf.org.

¹¹ Instituto Nacional de Estadística y Censos de Argentina. Disponible en <http://www.indec.mecon.ar/>>. La variación en el IPC del año 1985 fue del 385.4%, en 1987 fue del 174.8% y en 1989 terminó siendo del 4926.3%.

1.2.Reforma Estructural del Estado

El presidente Carlos Menem inició su primer periodo presidencial con un fuerte carisma, y novedosas propuestas de carácter neoliberal¹² que impregnaron a los argentinos con un nuevo aire esperanzador. Su mayor reto fue la recuperación de la economía nacional, para lo cual implementó medidas desde dos frentes: (i) aminoramiento de los índices de inflación y (ii) aumento del ingreso de capital en las arcas del tesoro público para contrarrestar las partidas de déficit fiscal y de deuda externa.

Hasta ese momento, Argentina había funcionado bajo el desarticulado modelo de Estado Gendarme¹³, circunstancia que apuntaba a la configuración de un Estado demasiado grande e incapaz de dar cumplimiento a sus obligaciones. Sumado a esto, el desbordado gasto público y el endeudamiento no permitían destinar los recursos necesarios para asumir compromisos y propender por el bienestar social. Específicamente en el ámbito de los servicios públicos, el gobierno comprendió que el Estado no se encontraba en condiciones de continuar prestando un servicio eficiente y en muchos casos no era posible cumplir con la cobertura propuesta. El diagnóstico indicaba que el presupuesto era insuficiente para continuar con la prestación de estos servicios, en especial los de carácter domiciliario. Por ello, se tomó la decisión de implementar medidas para la reducción del gasto público, atraer inversión al país, y proveer por la prestación de un mejor servicio público.

¹² MENIN, Federico Javier y CERDÁ, Matías Christian. Las privatizaciones en la Argentina de los '90 De Obras Sanitarias de la Nación a Aguas Argentinas S.A.: ¿Un Servicio Público al servicio del mercado? Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa Economía Internacional. Año 2006. Pág. 8. Disponible en <<http://www.caei.com.ar/es/programas/economia/09.pdf>> En el artículo referido se afirma que *"la intensidad con la que fueron implementadas estas reformas convierten al caso argentino en un ejemplo casi paradigmático, por su adhesión a los preceptos neoliberales más claros: privatización, desregulación, apertura y subordinación del trabajo al capital."*

¹³ Ibid. El Estado Gendarme o Estado Bienestar (*Welfare State*) fue heredado por Argentina de las políticas del New Deal (1933-1937), modelo de estado que se caracterizaba por incrementar los compromisos sociales del Estado, en un intento por proveer una mayor cobertura y mejores condiciones socio-económicas. Su fracaso a grandes rasgos se debió a la insuficiencia de recursos para atender las obligaciones contraídas, debido a la acelerada expansión del presupuesto estatal y del gasto social.

Fueron tres las medidas que transformaron los cimientos estructurales de Argentina en la década de 1990: (i) La promulgación de la Ley 23.696 de Emergencia Económica y Administrativa el 17 de agosto de 1989, conocida también como la Ley de Reforma del Estado; (ii) La promulgación de la Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral; y (iii) el proceso de privatización de empresas del Estado.

1.2.1. Ley 23.696 de Emergencia Económica y Administrativa

El gobierno se vio investido por la exigencia de los argentinos que clamaban por soluciones inmediatas. Comenzó entonces el proceso de reforma del Estado con la promulgación de la Ley 23.696, la cual declaraba la emergencia económica y administrativa de la prestación de los servicios públicos, así como financiera de la administración pública central y descentralizada¹⁴. Esta ley se convirtió en el eje central de la reforma del Estado, pues con fundamento en ella se autorizó la privatización¹⁵ de las empresas estatales y entregó al ejecutivo las facultades legislativas y reglamentarias necesarias para concluir este cometido.

Consagró así mismo un orden especial para la protección de los trabajadores¹⁶ y la creación un plan de empleo de emergencia, garantizando la democratización de la propiedad estatal durante el proceso privatizador reservando un porcentaje de la propiedad para los empleados de planta permanente, los usuarios del servicio brindado y los productores de materia prima proveedores del ente a privatizar. Adicionalmente, se habilitó al gobierno a afectar fondos especiales por el término de seis (6) meses para promover proyectos que incentivaran la contratación de mano de obra.

¹⁴ Ver Ley 23.696, Artículo 1º.

¹⁵ De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 23.696, las privatizaciones se podían concretar a través de las siguientes vías: 1) Venta de los activos de las empresas; 2) Venta de acciones; 3) Locación con o sin opción a compra, por plazo determinado; 4) Administración con o sin opción a compra por plazo determinado; 5) Concesión, licencia o permisos.

¹⁶ El Capítulo III de la Ley 23.696 creó el Programa de Propiedad Participada (PPP) según el cual un porcentaje de las acciones que salieran a la venta debía ser ofrecido a los trabajadores, usuarios y proveedores de la empresa privatizada. Se quería con ello garantizar los derechos de los trabajadores de acceso a la propiedad privada y evitar de la misma manera la colonización de la propiedad nacional por actores extranjeros.

1.2.2. Ley 23.928 de Convertibilidad del Austral

Aparejada a la Ley de Reforma del Estado, se promulgó la Ley de Convertibilidad del Austral, hito en la historia económica de Argentina por las consecuencias devastadoras que produjo. Esta ley determinó un tipo de cambio fijo según el cual a partir del 1º de abril del año 1991 la relación de paridad entre el austral argentino y el dólar estadounidense iba a ser de 10.000 australes por cada dólar para la venta¹⁷. Con esto se intentó apalancar la moneda de curso legal argentina con una moneda internacional fuerte para robustecer la moneda local. De la misma manera, la ley prohibió a la Banca Central emitir papel moneda sin el debido respaldo equivalente en reservas en oro o divisas, así como mantener en sus reservas por lo menos un monto equivalente al 100% de la base monetaria circulante en la economía¹⁸.

Hasta la promulgación de esta ley, los gobiernos antecesores acudían a la Banca Central para buscar solución a su problema de iliquidez. Se imprimía papel moneda de manera indiscriminada para pagar salarios y deudas fiscales. Con el tiempo, esta situación convirtió al Banco Central de la República de Argentina (BCRA) en el prestamista personal del gobierno, comprometiendo con ello la seguridad y estabilidad económica del país. La medida propuesta por la Ley de Convertibilidad encaró este problema con una prohibición tajante al impedirle a la Banca Central imprimir papel moneda sin tener el debido respaldo en reservas internacionales, de manera que, el gobierno ya no podía acudir a este organismo para conseguir préstamos de urgencia.¹⁹

Por otro lado, el legislador convino en reimplantar el principio nominalista al entender cumplidas las deudas dinerarias cuando el deudor entregara al acreedor el mismo número de monedas prometidas en el contrato. Dispuso también la

¹⁷ Art. 1º de la Ley 23.928 de 1991

¹⁸ Art. 4º de la Ley 23.928 de 1991

¹⁹ La independencia del BCRA se fortaleció con la expedición de la Ley 23.697 de 1992. Esta ley reformó la Carta Orgánica del Banco Central para garantizar la autonomía de esta institución en temas como el mantenimiento del valor de la moneda.

prohibición de indexar las mismas²⁰. Se quiso con esto conservar la ilusión de que el gobierno podía mantener el poder adquisitivo de la moneda contra todo pronóstico y de esta manera sostener los índices de inflación.

Para mantener la paridad establecida en la Ley de Convertibilidad se requería tener un presupuesto nacional no deficitario y un volumen considerable de divisas internacionales de manera que la paridad establecida por la ley correspondiera efectivamente a la del mercado²¹.

Se criticó por algunos²² el sometimiento del peso argentino a la suerte del dólar porque dada las contingencias a las que estaba sometida las economías argentina y norteamericana y las variaciones del poder adquisitivo de una y otra moneda, podría convertirse en una empresa imposible el mantenimiento de la paridad. Otros detectaron contradicciones especialmente en la disposición que obligaba a la Banca Central a mantener en sus reservas un respaldo del 100% de la base monetaria porque para ese momento la deuda externa²³ ya las tenía comprometidas en su totalidad. Lo que creaba entonces era la ilusión de un respaldo. El efecto importante fue el freno que la misma impuso a la Banca Central y al gobierno de continuar con la impresión de papel moneda de manera indiscriminada para subsidiar el déficit fiscal.

²⁰ MOISSET de ESPANES, Luis. Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artaspectoseconomicosyjuridicosleydeconvertivilida/at_download/file> Para contrarrestar la ostensible injusticia del principio nominalista y de la prohibición de indexar, la doctrina creó una nueva clasificación de las obligaciones. En este sentido, las obligaciones que tuvieran como objeto principal la entrega de una suma determinada de dinero se podía clasificar en obligaciones dinerarias o en obligaciones de valor. Las primeras tienen como objeto la entrega de la moneda prometida y las segundas el valor de la moneda prometida. De esta manera, para poder eludir el principio nominalista y la prohibición de indexación se clasificaba la obligación como una de valor y así, se permitía actualizar la deuda hasta la fecha del pago efectivo.

²¹ Ibid. De acuerdo con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en palabras del Dr. Luis Moisset de Espanes, para que el sistema de convertibilidad del austral se mantuviera era necesario cumplir con los siguientes requisitos: 1) Que el Estado posea reservas en oro y divisas, que permitan sostener la convertibilidad; 2) Que la balanza de intercambio sea favorable o, al menos, se encuentre equilibrada pues en caso contrario el déficit de la balanza comercial haría rápidamente mermar las reservas y minaría la convertibilidad; 3) Que el país goce de dinamismo industrial y competitivo, de manera que se produzca un paulatino acrecentamiento del producto nacional bruto; 4) Que el presupuesto nacional no sea deficitario, pues el Estado siempre se ve tentado a cubrir los déficits fiscales con el impuesto inflacionario, es decir la emisión de moneda que afectaría rápidamente la convertibilidad; 5) Que el equilibrio presupuestario no sea producto de dejar insatisfechos requerimientos sociales ineludibles, pues en tal caso las exigencias de quienes se encuentran postergados pueden romper el equilibrio; 6) Que haya una situación política de calma, tanto en el orden interno como internacional.

²² Ibid.

²³ Ibid.

La intención del Presidente Menem con la promulgación de esta ley era frenar los índices de hiperinflación que agobiaban las economías domésticas argentinas, pero la realidad ilusoria que se intentó crear con la paridad, el nominalismo y la prohibición de indexación en nada se acercó a lo que se pretendió durante su vigencia. Como se mencionó anteriormente, uno de los pilares para mantener el sistema de paridad era el ingreso permanente de divisas. Esta condición se cumplió a la perfección durante los primeros 5 años del proceso de privatización porque la inversión extranjera directa (IED) recibida de la compra de las empresas estatales más grandes de Argentina²⁴ se destinó al mantenimiento de la convertibilidad. En estos primeros 5 años el ingreso voluminoso de divisas por la venta de las empresas estatales y por los contratos de concesión otorgados a los inversionistas extranjeros mantuvo sin percance la estabilidad de la tasa de cambio y la paridad, la indexación y el nominalismo funcionaron en la forma prevista. Sin embargo, durante los siguientes 5 años, las empresas a privatizar eran cada vez más pequeñas y se recibía menos IED, lo que hizo que la paridad real se desligara de la igualdad establecida en la Ley de Convertibilidad.

Además, el gobierno se concentró en atraer la mayor cantidad posible de capital durante el proceso privatizador y dejó de lado el diseño e implementación de políticas para reducir el comercio informal que había incrementado, luego de que gran parte de los funcionarios públicos fueran despedidos de las empresas estatales privatizadas. El desempleo encontró en esta década un clímax con un 17.5% de la población económicamente activa (PEA)²⁵.

Los críticos de la Ley de Convertibilidad coinciden en que el error del gobierno fue basar su estrategia de estabilización macroeconómica en el endeudamiento y la atracción de capital extranjero para mantener el insostenible modelo de la paridad, cuando debió concentrarse en reactivar la economía a través del aumento de la

²⁴ Entre las operaciones más importantes encontramos la privatización de Aerolíneas Argentinas, de ENTEL, YPF, y el área de telecomunicaciones.

²⁵ Estadísticas e Indicadores Económicos de la CEPAL encontrados en www.cepal.org.

producción, equilibrando la relación entre los bienes y la base monetaria que los representa, y la reducción del gasto público para contener el profundo déficit presupuestal.²⁶ No obstante, el gobierno continuó defendiendo la convertibilidad.²⁷

1.2.3. El Proceso Privatizador de la Década de los 90's

Para complementar la reforma del Estado, en la década de 1990 se inició un proceso privatizador que procuró abrir las fronteras del mercado argentino hacia los mercados internacionales. Se perseguía la atracción de inversión extranjera directa (IED) y en portafolio (IP) para aliviar el déficit fiscal causado por el limitado acceso al crédito. La Ley 23.696 ordenó la privatización de las empresas, sociedades y establecimientos cuya propiedad estuviera en manos total o parcialmente del Estado argentino²⁸, con el propósito de reducir funciones, en especial, en el campo de obras y prestación de servicios públicos. La privatización se llevó a cabo principalmente por las siguientes dos vías: (i) la venta total o parcial de los activos de propiedad del Estado; (ii) la concesión de funciones para la prestación de servicios públicos.

A principios de la década de 1990, las empresas estatales se encontraban altamente endeudadas por concepto de salarios y pensiones. Se demandaba del gobierno argentino cada vez más recursos y subsidios para solventar el déficit presupuestal de estas empresas. Podría decirse que fueron el atraso industrial, sumado al enorme endeudamiento de las empresas del Estado y su ineficiencia, las razones principales por las que se decidió comenzar con este proceso de privatización. El Estado no podía continuar subsidiando a estas empresas y asumiendo sus deudas para recibir a cambio ineficiencia en la prestación del servicio y falta de cobertura.

²⁶ MOISSET de ESPANES. Op cit. y EL ALTAR DE LA CONVERTIBILIDAD. Edición del domingo 05 de diciembre de 1999. Por Daniel Fernández Canedo de la redacción de El Clarín disponible en <<http://www.clarin.com/suplementos/zona/1999/12/05/i-00801e.htm>>

²⁷ El Ministro de Economía José Luis Machines, en una entrevista dada al Diario El Clarín, afirmó: "*si hubiese ruido en los mercados como coletazo de la crisis del sudeste asiático, más que nunca habrá que cerrar filas con el Gobierno para defender la estabilidad, que hoy por hoy no es otra cosa que la Convertibilidad.*" MACHINEA INSISTE EN EL APOYO A LA CONVERTIBILIDAD. Edición del lunes 27 de octubre de 1997. Disponible en <<http://www.clarin.com/diario/1997/10/27/o-04501a.htm>>

²⁸ Ley 23.696 de 1989, Artículo 8º.

Para dar solución a estos problemas el gobierno diseñó en el proyecto de privatización un paquete de metas encaminadas a reactivar la economía y la competitividad de las empresas argentinas. Dentro de estas encontramos las siguientes²⁹:

1. Reducir el déficit fiscal a través de la eliminación o disminución de las transferencias hechas a las empresas y servicios que se pretendían privatizar, así como incrementando la recaudación impositiva con las contribuciones hechas por estas empresas.
2. Incentivar el ingreso de capitales que permitieran superar el atraso tecnológico producto de la falta de inversión.
3. Promover nuevas inversiones en las empresas privatizadas a partir de la incorporación de nuevas tecnologías, programas de *Management* y una mejor productividad, para así mejorar la calidad de los servicios prestados.
4. Reducir el costo de los servicios básicos.
5. Reducir la deuda pública interna y externa a través de mecanismos de conversión de deuda.

El proceso se caracterizó por motivar y admitir una amplia participación de capital extranjero. Este contribuyó considerablemente al crecimiento de los flujos de IED y de IP.³⁰ Es así como, dentro del período comprendido entre 1990 y 1999, se reportó que el 67% de los ingresos totales recibidos durante el proceso de privatizaciones, suma equivalente a US\$16.062 millones, provinieron de inversionistas extranjeros. A su vez, el 51% de los ingresos totales recaudados por privatización correspondieron a

²⁹ MENEM, Carlos. Mensaje Presidencial del Carlos Menem a la Honorable Asamblea. Año 1992. Disponible en <<http://lanic.utexas.edu/project/arl/pm/sample2/argentin/menem/921815.html>>

³⁰ Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, Subsecretaría de Programación Macroeconómica, Secretaría de Programación Económica y Regional, Ministerio de Economía. El proceso de privatizaciones en la Argentina desde una perspectiva del Balance de Pagos. Pág. 22. Disponible en <www.mecon.gov.ar/cuentas/internacionales/documentos/privatizaciones.doc> El 67% de los ingresos recibidos por privatizaciones en el período entre 1990 y 1999 fue de origen extranjero. En 1991 fue del 44% y en 1999 fue del 97% y la mitad de estos ingresos se trajeron en la modalidad de IED.

la modalidad de IED.³¹ Encontramos también que los actores más activos en el proceso fueron los Estados Unidos con un porcentaje de participación en la IED del 33%, España con el 17%, Chile con el 15% y Francia con el 11%.³²

Argentina recibió un total de US\$23.849 millones por concepto del proceso privatizador³³, suma que solo representó el valor que el Estado recibió directamente en efectivo. El Estado admitió que parte del precio entregado por estos inversionistas fuera pagado con títulos de deuda pública emitidos con cargo al tesoro público,³⁴ de tal manera que, con la entrega de los mismos el Estado pudiera compensar parte de la deuda pública que tenía con estos inversionistas. Esta estrategia le permitió al Estado reducir sustancialmente el déficit en las cuentas públicas y aumentar de nuevo la confianza en la capacidad de respaldo del Estado. Hasta 1994, la modalidad de pago más utilizada fue la entrega de títulos de deuda por parte de los inversionistas compradores. El dinero que se recibía en efectivo se destinaba al sostenimiento del Plan de Convertibilidad y al pago de la deuda externa.

Durante la década de 1990 el Estado suscribió alrededor de 54 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) con el fin de otorgar al inversionista extranjero un marco jurídico especial que sirviera de protección para su inversión³⁵.

1.3. Hacia la crisis del 2002

A pesar de que los indicadores económicos mostraron una leve mejoría³⁶ las políticas implementadas para reformar la estructura y funcionalidad del Estado argentino no

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ En cada caso, los pliegos de condiciones de venta establecían las condiciones y modalidades de pago.

³⁵ La estructura básica de los TBI suscritos fue la siguiente: (i) Determinación de las finalidades del Tratado; (ii) Calificación del ámbito de aplicación del Tratado; (iii) Calificación de los términos inversor e inversión; (iv) Derechos otorgados a los inversores sobre sus inversiones (cláusulas de trato nacional, trato justo y equitativo; trato no discriminatorio y arbitrario, etc); (v) Sistema de Solución de Controversias; y (vi) Disposiciones finales (vigencia, remanencias, denuncias, etc). Ver anexo No. 1 para conocer los 54 TBI.

³⁶ Desde el año 1993 Argentina registró índices de inflación de un solo dígito. En 1993 el IPC se encontraba en 7.4, en 1995 bajó a 1.6 y en 1996 se encontró en 0.1.

previeron los efectos nocivos que las mismas traían implícitamente. Sumado a lo anterior, Argentina se vio afectada por las crisis económicas de dos de sus países vecinos y por problemas estructurales internos que fueron dejados de lado durante la época de reforma del estado.

1.3.1. Situación Fiscal

La Ley de Convertibilidad puso coto a la mala práctica del Estado de financiarse a través de la impresión masiva de papel moneda. Además, el dinero proveniente de la privatización de empresas estatales se destinó a aliviar los pagos de la deuda externa y al sostenimiento de la tasa fija de cambio. Todo ello ayudó a mejorar los índices de inflación. No obstante, las políticas mencionadas no eliminaron la mala práctica que tenía el Estado de gastar más de lo que le ingresaba. Desde el principio de la década de 1990 se mantuvo un ritmo acelerado de gasto hasta llegar a cifras alarmantes como la de 1991 donde el gasto público representaba el 27% del PIB y el 2000 el 35%³⁷.

El problema del déficit resultó ser un círculo vicioso en el que poco a poco el gobierno se fue hundiendo. Por un lado, la Ley de Convertibilidad prohibió de manera expresa la impresión de papel moneda sin que el monto a emitir tuviera un respaldo en reservas internacionales. El Estado entonces no podía acudir a este remedio para cubrir el déficit fiscal generado por el gasto público desmesurado. Por otro, la estructura de recaudación y administración tributaria era tan débil e ineficiente que los ingresos fiscales recibidos de los contribuyentes eran insuficientes para cubrir la deuda fiscal.

Este punto en particular resultó ser uno de los problemas más serios de la época porque la evasión fiscal, agravada por un frágil sistema de recaudación, hizo perder al Estado el dinero necesario para compensar el gasto público. Para el año 2001 se

³⁷ LINDSEY, Brink. Las raíces institucionales de la crisis argentina. Cate Institute. Año 2002. Disponible en <<http://www.elcato.org/publicaciones/articulos/art-2002-10-25.html>>

estimó que la evasión representaba un 45% de lo que realmente se debía recaudar, es decir, entre unos 25.000 y 30.000 millones de pesos argentinos anuales³⁸. La realidad era que los contribuyentes no tributaban porque sabían que el Estado no iba a investigarlos por evasión fiscal³⁹. Un foco importante de evasión se encontraba en la aduana argentina. El sistema de recaudación se basaba en el cobro del impuesto sobre el precio reportado en la factura y no con base en el precio real del bien. Podía entonces suceder que el precio del bien importado fuere 20 o 30 veces menor que el real y sobre el primero se causaba el impuesto. Sólo hasta el año 2001 se cambió este sistema por el llamado de valores de referencia, según el cual, el importador podía traer el producto al precio que deseara, pero en cualquier caso debía pagar el impuesto sobre el valor real del bien⁴⁰.

En este escenario el gobierno no tuvo otra alternativa que acudir a dos mecanismos que ahondaron la crisis: (i) el aumento de impuestos y (ii) el crédito externo que en gran parte era otorgado por organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM)⁴¹. El escenario que se vivía era el siguiente: se seguían aumentando los impuestos pero continuaba la evasión tributaria. Ante la falta de recursos se acudía al crédito externo y al financiamiento del déficit directamente con dólares prestados. El aumento de la deuda por este medio no podía cubrirse con los recursos que se recaudaban, en parte gracias a la evasión, por lo que acudía nuevamente al aumento de la carga impositiva y al crédito externo.

Como se mencionó, el financiamiento externo en gran parte provino de los desembolsos realizados por el FMI. Durante el periodo comprendido entre los años 1991 y 2000 Argentina suscribió 5 acuerdos sucesivos con el FMI, tres de los cuales

³⁸ EVASIÓN IMPOSITIVA: LA BATALLA IMPOSTERGABLE. Edición domingo 29 de julio de 2001. Diario la Nación. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=212591&high=evasion>

³⁹ Ibid. El titular de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y de Contrabando (Ufitco), Maximiliano Rusconi manifestó su inconformidad con el sistema por falta de compromiso del sistema judicial y de la estructura estatal en la persecución de las defraudaciones tributarias

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Argentina suscribió acuerdos de financiamiento con el Banco Mundial por el orden de los US\$12.600 millones.

se enmarcaron en acuerdos stand-by⁴² (1991, 1996, 2000) y dos fueron acuerdos de facilidades ampliadas⁴³ (1992 y 2000)⁴⁴. En total fueron 24.537 millones de Derechos de Giro⁴⁵ (DEG) los convenidos en estos 5 acuerdos, de los cuales 14.828 millones de DEG fueron efectivamente desembolsados⁴⁶. Adicionalmente, el FMI envió 50 misiones a la Argentina para preparar y convenir los términos de estos acuerdos y los compromisos que debía suscribir el Estado relacionados con disciplina fiscal y reforma tributaria.

Al eliminarse la posibilidad de financiamiento a través de la impresión de papel moneda la disciplina fiscal se volvió un punto importante no solo para mantener la política de convertibilidad sino para estabilizar los indicadores económicos. Sin embargo, el gobierno careció de la disciplina requerida y no pudo equilibrar el gasto público y el servicio a la deuda con los ingresos recibidos. Por ejemplo, en 1996 el gasto público era del orden del 25,4% del PIB y los ingresos sólo ascendían a 22,2% del PIB. Más dramáticos fueron los años 1999 y 2000 en los que el gasto se mantuvo en 28,5% del PIB promedio, pero los ingresos sólo ascendieron a 24,3% y 24,7% del PIB respectivamente. En el año 2001 el gasto aumento a 29,9% del PIB y los ingresos se redujeron a 23,6% del PIB⁴⁷.

⁴² Los acuerdos Stand-By tienen por objeto ayudar a los países a resolver problemas de balanza de pagos de corto plazo. Estos acuerdos han proporcionado el mayor monto de recursos del FMI. En general, tienen una duración de 12 a 24 meses, y el reembolso debe efectuarse en un plazo de 2¼ a 4 años. Se aplican sobretasas cuando los montos son elevados. Disponible en <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/howlends.htm>>

⁴³ Ibid. El Servicio Ampliado del FMI (SAF) fue creado en 1974 para ayudar a los países a resolver problemas de balanza de pagos de más largo plazo que requieren reformas económicas fundamentales. Por consiguiente, el plazo de los acuerdos ampliados es más largo (3 años por lo general) y el reembolso debe efectuarse normalmente en un plazo de 4½ a 7 años. Se aplican sobretasas cuando los montos son elevados.

⁴⁴ Muchos criticaron esta postura del FMI porque generó una confianza indebida en el gobierno argentino al pensar que ante la falta de liquidez este organismo iba a apoyarlos con financiamiento. Lo cierto fue que, independientemente de las razones tenidas en cuenta para suscribir los acuerdos y realizar los desembolsos, el FMI siempre estuvo ahí cuando se requería dinero para financiar el gasto y el servicio a la deuda.

⁴⁵ El DEG es un activo de reserva internacional creado en 1969 por el FMI para complementar los activos de reserva existentes de los países miembros. Los DEG son asignados a los países miembros en proporción a sus cuotas en el FMI. El DEG también sirve como unidad de cuenta del FMI y otros organismos internacionales. Su valor está basado en una cesta de las principales divisas del mundo (dólar, euro, libre esterlina, yen). Disponible en <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/sdrs.htm>>

⁴⁶ Director TAKAGI, Shinji. Informe Sobre la Evaluación del Papel del FM en Argentina (1991–2001). Oficina de Evaluación Independiente del FMI. Año 2004 Disponible en <<http://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/esl/063004.pdf>>

⁴⁷ Ibid.

1.3.2. Reforma Laboral y Desempleo

El desempleo fue otro de los factores que influyó en el asentamiento y agravación de la crisis. Con el proceso privatizador se buscó redimensionar el Estado en su estructura y funciones, pero en especial en su planta de trabajo. Para ello, se incentivó el retiro voluntario⁴⁸ de los trabajadores que laboraban en las empresas estatales a privatizar. En este sentido, se produjo un total de 28.295 retiros voluntarios para el año 1991 y se esperaba un total de 55.615 para el año 1992. Fue de esta manera que se redujo la planta de trabajadores oficiales de 230.472 personas en 1991 a 77.295 para diciembre de 1992. El efecto devastador de esta medida se vio en el crecimiento acelerado de los niveles de desempleo. Las cifras así lo indican⁴⁹: en el año 1991 el índice de desempleo mostraba que un 6,5% de la PEA se encontraba sin trabajo; para 1992 subió al 7% y para a 1993 se había aumentado este índice en casi tres puntos con respecto a 1991. La política de retiros forzosos llevó finalmente a la Argentina a soportar una tasa de desempleo del 17,5% para el año 1995. Lo anterior porque los recursos que ingresaron por concepto de privatizaciones se destinaron en gran parte al sostenimiento de la Ley de Convertibilidad, en continuar con los pagos de la deuda externa y mejorar la situación fiscal del país para con ello crear confianza y aumentar la IED.

El efecto psicológico que la crisis produjo en los ciudadanos también ayudó a que el desempleo aumentara. Factores como el costo que implica buscar empleo y la reducción de los salarios desanimaron a los argentinos para continuar buscando trabajo⁵⁰.

La reforma laboral se convirtió entonces en una herramienta indispensable para combatir los índices de desempleo y mejorar la competitividad. Sin embargo, dicha reforma se vio obstaculizada por contradicciones políticas y ausencia de respaldo,

⁴⁸ MENEM. Op Cit.

⁴⁹ Estadísticas e Indicadores Económicos de la CEPAL encontrados en www.cepal.org.

⁵⁰ EL DESEMPLEO BAJO LA LUPA. Edición Jueves 21 de diciembre de 1995. Diario La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=167023&high=desempleo>

debido a que los sindicatos integraban una coalición de fuerte influencia en la toma de decisiones⁵¹. La reforma laboral exigía la reducción de salarios y reforma en la planta de funcionario públicos que en ocasiones se traducían en despidos y en modificaciones salariales desfavorables para los trabajadores. Los intentos del gobierno por mejorar los índices sólo aumentaban el comercio informal y el subempleo⁵².

1.3.3. Sistema de Previsión Social

El sistema de previsión social, antes de la reforma de 1994, consistía en un sistema de reparto en el que el Estado se encargaba de administrar los recursos de las prestaciones a que tenían derecho las personas en espera de su jubilación. El Sistema Nacional de Previsión Social se alimentaba principalmente de dos fuentes de ingreso: (i) los aportes personales de los trabajadores y contribuciones patronales y (ii) algunos impuestos sobre combustibles, gas y teléfonos. Estos últimos llegaron a significar alrededor de la tercera parte de los ingresos al sistema⁵³. Incluso, antes de la convertibilidad, el sistema se financiaba con recursos emitidos directamente por el BCRA.

Los recursos destinados a la sostenibilidad del sistema eran insuficientes en parte por el incumplimiento en los aportes. Por lo anterior, se tuvo que recurrir a prácticas que imponían mayores cargas a los ciudadanos, v.g. incrementando el porcentaje de aportes y contribuciones, creando impuestos con destinación específica o modificando la edad para adquirir el derecho a la jubilación. El sistema como estaba concebido ahondaba el déficit fiscal⁵⁴.

⁵¹ TAKAGI. Op. Cit.

⁵² HAY 2.000.000 DE DESOCUPADOS EN EL PAÍS. Edición sábado 23 de diciembre de 1995. Publicado en Diario La Nación. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=170875&high=desempleo>. Para 1995 1.562.193 persona se encontraban en situación de subocupación, equivalente a un 12,6% de la PEA. Los desocupados o desempleados ascendían a 1.980.000 de personas.

⁵³ CETRÁNGOLO, Oscar y GRUSHKA, Carlos. Sistema previsional argentino: crisis, reforma y crisis de la reforma. Unidad de Estudios Especiales de la Cepal. Año 2004. Disponible en <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21281/lcl2219e.pdf>>

⁵⁴ Ibid.

Con la reforma de 1994 se intentó aliviar esta situación convirtiendo el régimen existente en un sistema mixto. La Ley 24.241 de 1993 creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) el cual combinaba prestaciones de capitalización (origen privado) y de reparto (origen público), admitiéndose los aportes voluntarios que quisieran hacer los trabajadores al sistema. No obstante la implementación de la reforma, el sistema básicamente se seguía financiando de la misma forma que el sistema anterior. La diferencia estaba en que la prestación de capitalización provenía del ahorro que hiciera el trabajador en las Administradoras de Fondos de Jubilación y Pensiones (AFJP), ahorro que muchas veces no podía hacerse por la baja en los salarios.

El desequilibrio fiscal creado por la reforma fue importante: en los últimos años del sistema de convertibilidad el 70% del gasto previsional era financiado con impuestos diferentes a aportes y contribuciones⁵⁵. Esto demuestra cómo paulatinamente el recaudo del aporte sobre el salario iba disminuyendo hasta llegar en el año 2001 a constituirse en el 2,9% del PIB⁵⁶ del déficit generado por el incumplimiento.

Adicional a esto, sendos fallos judiciales condenaron al Estado a pagar deudas de jubilación atrasadas desde 1991 por un orden de US\$7.000 millones⁵⁷. Se consideró que, aunque la reforma previsional tenía que consolidarse, este problema debió ser abordado en un momento en que las cuentas fiscales estuvieran más equilibradas y la economía estuviera en auge. De esta manera, se hubieran podido contrarrestar los efectos negativos de la transición.

⁵⁵ Ibid

⁵⁶ TAKAGI. Op. Cit.

⁵⁷ TAKAGI. Op. Cit.

1.3.4. Crisis Económica Internacional

En los años 1994 y 1995 Argentina se vio afectada por la crisis económica que sufrió México. Debido a la devaluación del peso mexicano el sistema financiero de Argentina experimentó una fuga de capitales que alcanzó los \$8000 millones estimados en pesos y dólares⁵⁸ y registró en 1995 un total de 83.017 casos de cierre de cuentas corrientes por parte de empresas y asociaciones⁵⁹. Para contrarrestar los efectos nocivos que la crisis del país vecino produjo en la economía Argentina, el gobierno realizó ajustes fiscales, uno de los cuales fue el incremento de la alícuota del IVA que aumentó del 18% al 21%. Esto representó un incremento del 2% del PIB⁶⁰. De nuevo, el gobierno acudió a la reforma tributaria para saldar el déficit que causó la fuga de capitales.

En 1998-1999 Brasil también sobrellevó una crisis económica que causó la devaluación del real brasileño. Esta crisis afectó considerablemente la economía Argentina porque Brasil, luego de haberse suscrito el acuerdo del MERCOSUR, se convirtió en el importador más importante de los productos argentinos. Debido a esta crisis, las exportaciones de Argentina disminuyeron considerablemente, reduciendo de esta manera un flujo importante de ingreso en moneda extranjera⁶¹.

La rigidez del tipo de cambio fijo establecido por la política de convertibilidad impidió que la economía Argentina pudiera amortiguar debidamente los efectos adversos de las crisis económicas de los países vecinos. En este sentido, para el año 1995 el tipo de cambio legal estaba en un peso argentino por cada dólar

⁵⁸ LOS DEPÓSITOS ESTÁN EN EL NIVEL DE ANTES DEL EFECTO TEQUILA. Edición viernes 12 de enero de 1996. Publicado en Diario La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=167117&high=efecto%20tequila>

⁵⁹ LOS CIERRES DE CUENTAS CORRIENTES AUMENTARON EL 18% EN 1995. Edición miércoles 24 de enero de 1996. Publicado en Diario La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=167205&high=efecto%20tequila>

⁶⁰ TAKAGI. Op. Cit.

⁶¹ VENTAS A BRASIL, EN PELIGRO. Edición lunes 14 de setiembre de 1998. Publicado en Diario La Nación. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=110559&high=crisis%20brasil> "Según el ranking elaborado por la revista Prensa Económica, sobre la base de las exportaciones correspondientes a 1996, YPF es la número uno en ventas a Brasil (US\$676 millones), seguido de Ford Argentina (534 millones), Sevel Argentina (368 millones), General Motors de Argentina (196 millones), Oleaginosas Moreno Hnos., Perez Companc, Tridigrain, Glencore Cereales y Ciadea (ahora Renault Argentina)"

estadounidense, pero la tasa de cambio real presentó, tomando como año base 1990, una variación de 62,9 en términos reales. En 1998 esta variación fue de 70,6 también en términos reales⁶². No obstante, el gobierno y el FMI reiteraron su respaldo incondicional al sistema de convertibilidad y la necesidad de hacer un ajuste fiscal (traducido en un aumento en la carga impositiva) para mantener la paridad.

1.4.Consolidación de la crisis.

La debilidad fiscal creó grandes problemas de liquidez y la prolongada implementación de un rígido sistema cambiario impedía fluctuar la tasa de cambio para contrarrestara las variaciones de la economía argentina. Adicionalmente, el sistema de paridad eliminó la política cambiaria como herramienta de estabilización macroeconómica y dejó sola a la política fiscal en la consecución de este objetivo. Para que esta fuera eficaz se necesitaba una estricta disciplina fiscal que Argentina no tuvo durante el periodo anterior a la crisis.

Las crisis económicas de los países con los cuales tenía relaciones estrechas y de los cuales, como en el caso de Brasil, dependía en gran medida fueron un impacto externo que abatió la economía cuando esta se encontraba debilitada. Si se hubieran tenido los recursos para contener los efectos negativos la economía no se hubiera visto en mayor recesión. Pero esto requería disciplina fiscal y como se mencionó Argentina carecía de ella. Adicionalmente, se encontró seriamente afectada por las variaciones de la economía estadounidense debido al sistema de paridad cambiaria con el peso argentino, circunstancia que trasladaba a la economía argentina los efectos nocivos de la devaluación o revaluación del dólar.

Un punto que resulta importante resaltar es que a pesar de que la deuda pública y el déficit fiscal ascendían a tasas alarmantes, no fue el tamaño de estos factores lo que

⁶² TAKAGI. Op. Cit.

aceleró la crisis sino el hecho de que la deuda se encontraba denominada en moneda extranjera. El país no tenía capacidad para generar endeudamiento en moneda local.

La vulnerabilidad de la economía produjo en los argentinos un pánico financiero que se manifestó en una fuga de capitales y retiro masivo de ahorros del sistema financiero. Esto ocasionó un alza en las tasas de interés que impidió a las entidades financieras continuar ofreciendo servicios de crédito y las obligó a cancelar los que ya se habían acordado. En este escenario, el gobierno se vio compelido a expedir el Decreto 1570 de 2001⁶³, publicado en el boletín oficial el 03 de diciembre de 2001, en el que se prohibió realizar retiros en efectivo que superaran los doscientos cincuenta pesos argentinos (\$250) o doscientos cincuenta dólares estadounidenses (US\$250) por semana del total de sus cuentas en cada entidad financiera y realizar transferencias al exterior, con excepción de las que correspondían a operaciones de comercio exterior, para el pago de gastos, entre otros eventos. Esta medida, conocida comúnmente como el *corralito* dejó a los argentinos sin dinero para atender sus necesidades básicas.

No obstante las medidas tomadas para estabilizar la recesión, el gobierno se vio forzado a declarar nuevamente el Estado de Emergencia Económica a través de la expedición de la Ley 25.561⁶⁴, publicada en el boletín oficial el 07 de enero de 2002. Esta ley reformó el sistema financiero y cambiario derogando la paridad establecida en la Ley de Convertibilidad, sin embargo, mantuvo el principio nominalista para el pago de obligaciones y la prohibición de indexación. El efecto inmediato producto de la liberación de la tasa de cambio fue una fuerte devaluación del peso argentino que deprimió aún más la crisis económica. Dispuso también dejar sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países.⁶⁵

⁶³ Decreto 1570 de 2001, Artículo 2°. El Decreto fue expedido como norma de orden público.

⁶⁴ Esta Ley se expidió como norma de orden público.

⁶⁵ Ley 25.561 de 2002, Artículo 8°.

Siguiendo los lineamientos establecidos en los artículos 8° y 9° de la Ley de emergencia económica, el gobierno ordenó la renegociación de los contratos celebrados durante el proceso de privatizaciones,⁶⁶ puesto que las condiciones acordadas en los mismos resultaban en extremo onerosas en vista de la intensa recesión en que se encontraba la economía argentina. Entre estos se incluyeron especialmente los contratos cuyo objeto fuera la prestación de servicios públicos o la realización de obras. La renegociación de estos contratos se hizo necesaria porque con la liberación del tipo de cambio el sistema tarifario de estas empresas y el pago de los cánones a favor del Estado se iba a ver seriamente afectado.

Estas medidas fueron las que propiciaron que los inversionistas extranjeros vinculados a Argentina durante el proceso de privatización presentaran demandas contra el Estado por violación de los TBI suscritos con sus respectivos países.

En definitiva, la crisis que se desató en el año 2001-2002 y que obligó a Argentina a anunciar la cesación de pagos de deuda externa y a ordenar la congelación de los depósitos en cuenta corriente, se debió a factores tanto internos como externos a la economía argentina y a la administración de turno. Se tomaron decisiones que en principio resultaron acertadas, pero que en el largo plazo resultaron ser la causa de la vulnerabilidad del sistema económico. No obstante, no parece descabellado responsabilizar al gobierno argentino por los acontecimientos ocurridos en el año 2002.

⁶⁶ Decreto 293 de 2002 publicado en el boletín oficial el 14 de febrero de 2002.

2. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA COMPETENCIA DEL CIADI DEMANDAS DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN PRESENTADAS CONTRA LA REPÚBLICA DE ARGENTINA

Se presentaron alrededor de 41 demandas en contra de Argentina, de las cuales 36 fueron iniciadas en sede del CIADI y 5 de ellas se presentaron ante tribunales *ad hoc* constituidos bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Las pretensiones en estas 41 demandas ascendieron a un valor aproximado de US\$20.074 millones.⁶⁷ Lo alarmante de esta suma se puede apreciar cuando la misma se expresa como porcentaje de algunas de las variables económicas de Argentina:⁶⁸ (i) 286% del saldo en cuenta corriente para el 2007 (US\$ 7.000 millones); (ii) 401% de la totalidad de los capitales que ingresaron al país en 2007 (US\$5.000 millones); (iii) 153% del aumento en las reservas internacionales para el 2007 (US\$13.098 millones); (iv) 35,8% de las exportaciones realizadas durante el año 2007 (US\$55.933 millones). Como puede verse, si para el año 2007 Argentina hubiere sido condenada en todas las demandas presentadas seguramente su economía hubiera colapsado nuevamente.

El presente fenómeno llama la atención por el número de demandas instauradas con fundamento en los mismos hechos y contra un mismo Estado, así como por el monto total de pretensiones. Preocupa aún más si se toma en cuenta que no se había presentado nada igual en sede del CIADI. Sin embargo, si nos acercamos al corazón de las reclamaciones, encontramos que se cuestionan medidas legislativas de política económica promulgadas en ejercicio de una facultad soberana propia de cada Estado, introducidas para establecer un marco jurídico más conveniente para las necesidades de la sociedad. Este punto es de especial relevancia, puesto que, de acuerdo con los principios del derecho internacional, las facultades soberanas de un Estado no son justiciables ni arbitrables y están fuera de la competencia de cualquier tribunal

⁶⁷ PERRONE, Nicolás Marcelo. Inversiones Extranjeras. Demandas contra Argentina por controversias vinculadas con la crisis del año 2001. Pág. 2. Disponible en <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/demandas.pdf>>

⁶⁸ *Ibid.*

internacional de justicia ordinaria o arbitral (Inmunidad Soberana).⁶⁹ Por lo anterior, es inquietante el hecho de que los tribunales *ad hoc* constituidos bajo el Convenio CIADI⁷⁰ y bajo las reglas de la CNUDMI se hayan declarado competentes en todas las 41 demandas presentadas.

2.1. Antecedentes: Demandas presentadas bajo el Capítulo XI del TLCAN

La creciente conflictividad entre Estado – inversionista extranjero a causa de la crisis argentina del 2001-2002 inquieta a la doctrina internacional no sólo por el número de demandas instauradas sino por el problema jurídico de fondo que dentro de las mismas se está dilucidando. Lo anterior, preocupa más si se tiene en cuenta que el CIADI no había tenido que resolver tantas controversias contra un mismo Estado en todos sus años de funcionamiento.

No obstante, en la historia del CIADI ya se había presentado un antecedente en el marco de las demandas instauradas con fundamento en el Capítulo XI del TLCAN. Se elevaron críticas por la doctrina internacional porque se creyó que el Centro estaba arbitrando sobre regulaciones y medidas que correspondían al giro ordinario de la actividad del Estado. El tema de la inmunidad soberana fue uno que resaltó dentro de los reproches realizados a la actuación del CIADI, relacionado con la facultad

⁶⁹ De acuerdo con el artículo 2(1) de la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigencia el 24 de octubre de 1945, la Organización se encuentra basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. A su vez, el artículo 2(4) dispone que los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. Los anteriores artículos son el sustento jurídico del derecho de autodeterminación de los pueblos que impera en el derecho internacional. De acuerdo con este principio, cada Estado tiene el derecho de establecer las normas y regulaciones, así como adelantar las actividades que busquen el bienestar y la independencia de su pueblo. Este principio fue reafirmado mediante la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y por la Corte Internacional de Justicia en múltiples decisiones. Ver los siguientes casos: (i) *Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion 2004*; (ii) *Case Concerning East Timor (Portugal V. Australia) Judgment of 30 June 1995*.

⁷⁰ El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, fue presentado el 18 de marzo de 1965 a los gobiernos miembros del Banco para su consideración, firma y ratificación. El Convenio CIADI crea el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre un Estado y un Nacional de otro Estado y establece las reglas para la resolución de dichas controversias. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

independiente que tiene el Estado para determinar, en beneficio del interés público, la regulación ambiental más conveniente para el país.

2.1.1. Contexto

El TLCAN es un acuerdo internacional de comercio suscrito y ratificado por Estados Unidos, Canadá, y México que entró en vigor en el año 1994. El acuerdo reguló temas comunes de comercio y estableció herramientas para facilitar el intercambio de bienes y servicios. Se pactó en los términos ordinarios de un tratado de libre comercio. Lo particular del tratado se encuentra en su Capítulo XI que trata de la protección dada a las inversiones realizadas en cualquiera de los Estados parte por un nacional de otro Estado parte. Llama la atención este capítulo porque desde la década del ochenta los tratados bilaterales de inversión eran el vehículo pensado para dar la protección deseada a las inversiones extranjeras. No obstante, en este caso se decidió incluir el Capítulo XI en un tratado multilateral.

El Capítulo XI del TLCAN se distinguió, según sus críticos,⁷¹ por otorgar amplios derechos y privilegios a los inversionistas extranjeros por encima de aquellos otorgados a los nacionales de los Estados parte, que les permitían exigir su cumplimiento de manera forzada mediante la presentación de demandas ante el CIADI y ante la CNUDMI. La flexibilidad en esos derechos y privilegios resultó ser un medio para presionar a los gobiernos y limitar su capacidad para establecer e implementar políticas públicas de necesidad.

2.1.2. Los litigios en el marco del Capítulo XI del TLCAN

Se presentaron alrededor de 42 reclamaciones por parte de inversionistas extranjeros de un Estado parte en contra de otro Estado parte. La gran mayoría de las

⁷¹ Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de inversionistas Contra Estados, Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. Observatorio Mundial de Comercio de Public Citizen. Año 2005. Disponible en <http://www.citizen.org/documents/Chapter_11_Spanish_FINAL.pdf>

reclamaciones se centraron en cuestionar medidas reglamentarias dirigidas a regular los sectores de salud pública y medioambiente. Algunas de estas reclamaciones también contrvirtieron sentencias de jueces nacionales que les eran desfavorables y políticas carácter penal.

Así, exportadores de tabaco presentaron reclamaciones contra regulaciones sobre control y consumo de tabaco, que efectivamente redujeron el consumo entre fumadores adolescentes, por considerarlas arbitrarias e injustas.⁷² También se presentaron reclamaciones contra regulaciones de salud pública introducidas para evitar la comercialización de carne vacuna luego de que se detectara la enfermedad de la vaca loca⁷³ y contra regulaciones para la protección del medio ambiente dirigidas, por un lado, a reducir progresivamente un aditivo (MTBE y MMT) para la producción de gasolina habida cuenta que el mismo contaminaba el agua potable en el Estado,⁷⁴ y por otro, a regular el tratamiento de desechos tóxicos y nucleares,⁷⁵ entre otros.

Las reclamaciones que más sorprenden fueron las instauradas en contra de sentencias de jueces nacionales proferidas adversamente a los intereses de los inversionistas extranjeros.⁷⁶ Sobre este particular vale la pena mencionar el caso CIADI del inversionista canadiense *Loewen* contra los Estados Unidos,⁷⁷ puesto que en esta controversia el tribunal de arbitramento dictaminó que las decisiones adversas de los juzgados nacionales pueden ser revisadas por tribunales arbitrales en el marco del TLCAN puesto que las mismas pueden ser consideradas como *actos de gobierno* frente a los cuales el tratado establecía una protección especial. Siendo el juzgamiento una competencia independiente del Estado y una expresión de su soberanía, llama la

⁷² Ver caso de Marvin Roy Feldman Karpa v.s Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI ARB(AF)/99/1) y caso de Grand River Enterprises Six Nations, Ltd v.s Estados Unidos. (Sede CNUDMI)

⁷³ Ver caso de Canadian Cattlemen For Fair Trade v.s Estados Unidos. El 12 de agosto de 2004 se presentó la notificación de intención de recurrir al mecanismo de arbitraje al gobierno de los Estados Unidos.

⁷⁴ Ver casos Ethyl vs. Canadá (Sede CNUDMI) y de Methanex v.s Estados Unidos (Sede CNUDMI).

⁷⁵ Ver casos de S.D. Myers v.s Canadá (Sede CNUDMI), Metalclad Corporation v.s Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI ARB(AF)/97/1) y Waste Management v.s Estado Unidos Mexicanos (Caso CIADI ARB(AF)/98/2),

⁷⁶ Ver casos de Robert Azinian y otros v.s Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI ARB(AF)/97/2) y Adams, et.al v.s Estados Unidos Mexicanos (Sede CNUDMI).

⁷⁷ The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen v.s Estados Unidos (Caso CIADI ARB(AF)/98/3)

atención que el CIADI se haya declarado competente para revisar una sentencia en firme y un caso que ya había sido resuelto.

Por último, se encontraron reclamaciones contra reglas proferidas por la DEA (agencia anti-drogas de los Estados Unidos) que criminalizaban la importación de derivados del cáñamo.⁷⁸

2.1.3. Reflexiones

Las particularidades de estas demandas y reclamaciones han suscitado preocupación. A raíz de ello, se han realizado una serie de críticas al TLCAN y a la actuación de los tribunales de arbitramento, las cuales resumimos a continuación:⁷⁹

- a) **Los inversionistas utilizan la facultad de acudir a un centro de resolución de controversias internacional para atacar decisiones tomadas por jueces nacionales:** El caso *Loewen* es un claro ataque a la independencia del sistema judicial de los Estados Unidos, porque abre la posibilidad de controvertir nuevamente casos cerrados por tribunales nacionales, ante tribunales de carácter internacional.⁸⁰ Conferencias federales de jueces se ha opuesto a esta tendencia que socava la soberanía de un Estado para resolver con independencia los litigios que se suscitan en su territorio.⁸¹
- b) **La facultad del inversionista extranjero de acudir a un centro de arreglo de diferencias inversionista – Estado esfuma la barrera impuesta por el**

⁷⁸ Ver caso de *Kenex v.s Estados Unidos* (Sede CNUDMI)

⁷⁹ Op. Cit. Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de inversionistas Contra Estados, Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. Pág. 12-25.

⁸⁰ "TLCAN Tribunals Stir U.S. Worries," por Adam Liptak. Edición abril 18, 2004. Publicado en el Diario New York Times. El Presidente de la Suprema Corte de California, Ronald M. George declaró que: "esto tiene graves implicancias. Es escandaloso que las sentencias de las instancias jerárquicas más altas de la justicia estadual y federal puedan ser burladas por estos tribunales".

⁸¹ Conferencia Judicial Federal, Comité de Acuerdos Internacionales, Resolución 26. Quincuagésimo-sexta Asamblea Anual, julio 29, 2004. Los juristas argumentaron que el sometimiento de las decisiones judiciales a revisión por el Capítulo 11 del TLCAN "socava el carácter definitivo de los dictámenes de los tribunales estadounidenses, amenaza la independencia del sistema judicial del país y desvirtúa la condición de mutua igualdad del poder judicial con los otros poderes en nuestro sistema de separación de poderes."

derecho internacional de la inmunidad soberana: Del estudio de las reclamaciones y demandas presentadas en contra de políticas públicas, emitidas para proteger un interés público especial y correspondientes al giro ordinario de las actividades del Estado, se puede concluir que ante un tribunal de arbitramento es posible controvertir medidas de carácter general no discriminatorias entre nacionales y extranjeros y no concebidas para afectar de manera particular al inversionista extranjero.

- c) **La existencia de una amenaza de ser demandado desalienta la implementación de políticas de interés público:** La experiencia en el marco del Capítulo XI del TLCAN ha desestimulado a nivel estadual la implementación de políticas de interés público, como fue el caso del gobierno provincial de New Brunswick en Canadá con la recomendación que este hizo a la provincia para la implementación de un seguro de automóviles de carácter público y no lucrativo. A pesar de que la medida se requería para bajar el costo de las primas cobradas por empresas privadas, la misma no fue implementada por temer que las firmas extranjeras demandaran al Estado alegando una *expropiación* de su porción del mercado al amparo del Capítulo XI del TLCAN.⁸²

Como respuesta a las preocupaciones que suscitaron las demandas y reclamaciones en el marco del Capítulo XI⁸³, en el año 2001 se creó la Comisión de Libre Comercio del

⁸² Op. Cit. Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de inversionistas Contra Estados, Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. Pág. 22.

⁸³ Para mayor ilustración se transcriben a continuación algunos apartes de los artículos del Capítulo XI del TLCAN

Artículo 1101: Ámbito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
- (a) los inversionistas de otra Parte;
 - (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
 - (c) en lo relativo al Artículo 1106 Y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.

Artículo 1102: Trato nacional

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

TLCAN compuesta por los tres ministros de comercio de cada uno de los Estado parte. La comisión emitió una declaración interpretativa del Capítulo XI, según la cual, se establece el significado concreto de la garantía de nivel mínimo de trato justo y equitativo estableciendo que el estándar buscado es aquel que consagra el derecho internacional *consuetudinario*.⁸⁴ Dicha interpretación fue dada para evitar que se siguieran presentando un número importante de demandas con base en una lectura amplia del estándar. A pesar de esta limitación, la comisión no abordó cuestiones importantes como el establecimiento claro de una definición para los términos *medida del gobierno e inversión*, cuestiones que también han dado lugar a las críticas antes reseñadas.⁸⁵

3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.

4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:

(a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o

(b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte.

Artículo 1103: Trato de nación más favorecida

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

Artículo 1104: Nivel de trato

Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra Parte el mejor de los tratos requeridos por los Artículos 1102 y 1103.

Artículo 1105: Nivel mínimo de trato

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.

3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b). (...)

⁸⁴ No obstante el intento de restringir el alcance dado a los estándares mínimos, sujetar dicho límite a lo dispuesto en el derecho internacional consuetudinario nos lleva de nuevo a las interpretaciones que los tribunales de arbitramento y las altas cortes internacionales han dado al estándar mínimo, según las cuales es mismo cambia a través del tiempo. Op. Cit. Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de inversionistas Contra Estados, Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. Pág. 32.

⁸⁵ Op. Cit. Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de inversionistas Contra Estados, Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. Pág. 34.

2.2. De los casos presentados ante el CIADI y análisis de la posición del CIADI frente a la competencia de sus tribunales *ad hoc*.

En su gran mayoría, los inversionistas extranjeros que iniciaron procedimientos en contra Argentina bajo las reglas del Convenio CIADI argumentaron en sus demandas que las medidas tomadas para conjurar la crisis política, económica y social del periodo 2001-2002 fueron adoptadas con violación a derechos adquiridos protegidos por los TBI suscritos con sus países de origen. Dicha violación incluía trasgresiones al estándar mínimo de trato justo y equitativo, al trato no discriminatorio ni arbitrario por parte del Estado y a no ser expropiados de su inversión.

Fundamentalmente, los inversionistas consideraron que varias de las disposiciones de la Ley 25.561 de 2002 los privó del derecho, que en su sentir era adquirido, a no modificárseles el sistema tarifario y de reajuste previamente establecido en los contratos de concesión suscritos con el Estado durante el periodo de privatización de la década de 1990. Consideraron también que la abolición del sistema de convertibilidad, que establecía la paridad del peso argentino con el dólar, pesificó sus utilidades y su deuda interna. El daño causado a estos se agudizó gracias a la profunda recesión que vivía el país y a los elevados índices de inflación de economía en ese momento.

2.2.1. La controversia entre los inversionistas extranjeros y la República de Argentina

Durante la década de 1990 Argentina emprendió un vasto programa de privatizaciones de empresas del Estado. El sector de los servicios públicos, en especial, el de los servicios públicos domiciliarios, se vio afectado, de manera tal que, los servicios públicos de acueducto, electricidad, gas y telecomunicaciones pasaron de manos de un Estado ineficiente a ser operados por agentes privados en su mayoría de origen extranjero.

El gobierno argentino utilizó este programa de privatización para atraer inversión extranjera al país en un momento en que Argentina requería de capital para solventar su agudo déficit fiscal y sostener el modelo de convertibilidad dispuesto en el año 1991. Con este objetivo, sus dirigentes adoptaron una serie de medidas que resultaron a la postre atractivas para el inversionista extranjero. Entre éstas encontramos la firma y ratificación de aproximadamente 54 TBI con países de todo el globo en la década de 1990. La medida resultó ser un elemento de juicio importante para el inversionista al momento de invertir, pues la depresión económica por la que atravesaba Argentina desincentivaba la inversión y el régimen jurídico nacional por sí mismo no brindaba a inversor la seguridad necesaria para proteger su inversión. Esta iniciativa, por tanto, brindó al inversionista extranjero un estándar mínimo de seguridad en contra de posibles actitudes injustas, arbitrarias o discriminatorias del Estado.

Siguiendo este mismo orden, el gobierno ofreció a los inversionistas licitantes una serie de prerrogativas especiales en cada negocio a privatizar. En el sector de los servicios públicos domiciliarios, el gobierno decidió utilizar la concesión o licencia como mecanismo de privatización, con el fin de, entregar la operación del servicio a un agente más eficiente, pero conservando la titularidad de los derechos sobre los bienes y servicios entregados en concesión. Estos contratos, en su mayoría, utilizaron el *modelo de licencia* establecido por el mismo gobierno mediante decretos presidenciales,⁸⁶ circunstancia esta que explica porque las reclamaciones de la mayoría de los inversionistas objetan los mismos asuntos. El modelo de licencia otorgó al inversionista extranjero los siguientes beneficios:⁸⁷ (i) el inversionista podía calcular en dólares estadounidenses la tarifa del servicio, sin embargo, la misma debía ser cobrada al usuario en pesos argentinos,⁸⁸ (ii) la tarifa calculada conforme al literal

⁸⁶ Para el sector de Transporte y Distribución de Gas se profirió el Decreto 2255 de 1992.

⁸⁷ Las prerrogativas presentadas en este aparte muestran las que fueron otorgadas a los inversionistas extranjeros que invirtieron en el sector de transporte y distribución de gas.

⁸⁸ Decreto 2255 de 1992. Anexo A. Artículo 9.2. Tarifa: El Anexo III del Decreto que aprueba estas reglas Básicas contiene la tarifa que puede percibir la Licenciataria. (...) La tarifa se ha calculado en dólares estadounidenses. Los ajustes a que se refiere el punto 9.3. serán calculados en dólares estadounidenses. El Cuadro Tarifario resultante o recalculado se expresará en el momento de su aplicación a la facturación en pesos (\$) a la relación para la

(i) debía ser ajustada cada seis (6) meses de acuerdo con el Índice de Precios al Productor (IPP) de los Estados Unidos;⁸⁹ (iii) se prohibió la congelación del reajuste tarifario; (iv) y el sometimiento a un control de precios sin el debido consentimiento de inversionista extranjero. Las prerrogativas antes mencionadas se convirtieron, según los alegatos que los mismos inversionistas presentaron ante los tribunales de arbitramento, en el fundamento de su decisión para invertir en Argentina.

Con estas medidas, el inversionista se aseguró, primero, un régimen jurídico de protección de su inversión mediante la suscripción de un TBI y segundo, un conjunto de privilegios que le garantizaban una retribución por el costo de su inversión. De la misma manera, cláusulas como la de trato justo y equitativo⁹⁰ o trato no discriminatorio y arbitrario⁹¹ y la posibilidad de llevar cualquier controversia entre el Estado y el inversionista a un centro de arreglo de diferencias arbitral, blindaban a este agente privado de cualquier injusticia o abuso del Estado relacionado con su inversión y le aseguraban un arreglo de diferencias transparente, independiente e imparcial. Por otro lado, el acuerdo llegado en los contratos de concesión o licencia brindaba al inversionista seguridad frente a posibles fluctuaciones cambiarias e inflacionarias en la economía argentina y le permitía hacerse a una rentabilidad calculada en una moneda con alto poder adquisitivo. Por estas razones, la inversión extranjera en Argentina, durante el periodo de privatizaciones, llegó a sus niveles más altos.

convertibilidad establecida en el art. 3º del Dto. 2128 91, reglamentario de la Ley 23.928 y sus eventuales modificatorios.

⁸⁹ Decreto 2255 de 1992. Anexo A. Artículo 9.4.1.1. Ajustes semestrales: Las tarifas de transporte serán ajustadas semestralmente de acuerdo con la variación operada en el PPI. (*Price Producer's Index*)

⁹⁰ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Artículo II. 2. a) Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

⁹¹ Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Artículo II. 2. b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones. A los fines de la solución de controversias de conformidad con los Artículos VII y VIII, una medida podrá ser arbitraria o discriminatoria, a pesar de la posibilidad de revisar tal medida en los tribunales judiciales o administrativos de una de las Partes.

Cuando la crisis política, social y económica estalló las condiciones pactadas en las licencias resultaron ser un obstáculo para la prestación misma del servicio. La tarifa terminó siendo demasiado onerosa y esto llevó a que muchos de los usuarios decidieran suspender la adquisición del servicio. Los ciudadanos también se preguntaban por qué las tarifas de estos servicios seguían en aumento cuando las personas no tenían dinero para costearlas. Incluso se llegó a afirmar que los inversionistas estaban calculando y cobrando una tarifa superior a la legal para solventar su propia deuda interna.⁹²

En medio del caos, el gobierno se vio obligado a tomar medidas de emergencia con el fin de mantener la continuidad en la prestación de los servicios públicos (agua, energía, gas y telecomunicaciones, entre otros). Con esta finalidad se promulgó, entre otras,⁹³ la Ley 25.561 de 2002. Esta ley reorganizó el sistema cambiario e introdujo reformas importantes en las condiciones en que debían prestarse los servicios públicos privatizados. Así, se dispusieron las siguientes reformas: (i) se eliminó el sistema de paridad del peso argentino con el dólar estadounidense propuesto en la Ley 23.928 de 1991;⁹⁴ (ii) se derogaron todas las disposiciones legales que admitieran la indexación o cualquier forma de actualización monetaria;⁹⁵ (iii) en los contratos celebrados con la Administración Pública bajo normas de derecho público, entre ellos los de obras y servicios públicos, se dejaron sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras;⁹⁶ (iv) se dejaron también sin efecto las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo

⁹² *TARIFAS: LAVAGNA FRENA A LAS EMPRESAS*. Edición del jueves 31 de octubre de 2002. Publicado en Diario el Clarín. Disponible en <<http://www.clarin.com/diario/2002/10/31/e-01101.htm>> El gobierno manifestó en reiteradas ocasiones que la recaudación de la tarifa no podía ser destinada al pago de la deuda interna de los licenciatarios sino que debía cubrir los costos operativos generados por la prestación del servicio. En este sentido el gobierno dijo: *“los aumentos de tarifas de los servicios públicos no deben cubrir la deuda que tomaron las concesionarias para comprar las empresas del Estado. Y señaló que si se adoptara este criterio resultaría que los que compraron las empresas serían los consumidores argentinos (...) las tarifas no deben cubrir el endeudamiento en el que han incurrido algunas compañías para la propia compra de las empresas del Estado.”*

⁹³ La Ley 25.561 de Emergencia Económica tenía los siguientes objetivos: (1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; (2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales; (3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública; y (4) Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2°.

⁹⁴ Ley 25.561 de 2002, Art. 3°.

⁹⁵ Ley 25.561 de 2002, Art. 4°.

⁹⁶ Ley 25.561 de 2002, Art. 8°.

indexatorio; (v) se ordenó pesificar los precios y tarifas a una tasa de cambio de un peso argentino por cada dólar; y (vi) se facultó al gobierno para renegociar los contratos celebrados con la Administración Pública bajo las reglas del derecho público, para lo cual debía tener en cuenta los siguientes criterios: 1) El impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) La calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) El interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) La seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) La rentabilidad de las empresas.⁹⁷

Las reglas establecidas en la Ley 25.561 de 2002, aunque afectaron los contratos de obra y de servicios públicos, se aplicaron en general a todos los contratos que hubieren sido celebrados con el Estado bajo las reglas del derecho público. Lo anterior significa que sus disposiciones se aplicaron de forma general a todos los contratos públicos que se hubieren suscrito con el Estado sin tener en cuenta si los mismos fueron celebrados durante el proceso de privatización, si fueron suscritos con un inversionista extranjero, o si su objeto era la prestación de un servicio público domiciliario. En este mismo sentido, la Ley 25.561 de 2002 se proclamó de orden público, es decir, que frente a ella no era posible alegar derechos irrevocablemente adquiridos.⁹⁸

Como puede verse, las disposiciones acordadas en la Ley 25.561 de 2002 derogaron algunos los privilegios pactados en los contratos de concesión suscritos entre inversionistas extranjeros y el Estado argentino. No obstante, la derogación como tal de estas prerrogativas no fue la causa directa del daño ocasionado a aquellos. Lo fue la derogación del sistema de convertibilidad y la aguda devaluación que sufría en peso argentino al momento de eliminar la paridad con el dólar estadounidense. Los inversionistas se vieron obligados a pesificar sus tarifas y sus deudas cuando el peso

⁹⁷ Ley 25.561 de 2002, Art. 9º.

⁹⁸ Ley 25.561 de 2002, Art. 19.

argentino valía cuatro veces menos que un dólar estadounidense.⁹⁹ No pudieron calcular más sus tarifas en dólares y no tenían derecho a reajustar estos valores. Todo lo anterior significó recibir pesos argentinos devaluados pero continuar pagando deudas internas en dólares, es decir, su deuda se multiplicó cuatro veces más¹⁰⁰. Si el peso argentino no hubiere estado devaluado a los inversionistas extranjeros no se les hubiere causado daño alguno.

Si bien los inversionistas soportaron ciertos gravámenes en sus cuentas internas, las medidas tomadas a través de la Ley 25.561 de 2002 no se dispusieron para afectar directamente la inversión de estos agentes. Sus normas se aplicaron de forma general y fueron concebidas para conjurar una crisis económica que estaba comprometiendo intereses esenciales del Estado y su existencia¹⁰¹. Además, se promulgaron con base en la facultad soberana que tiene cualquier Estado para determinar su política económica.

En definitiva, la controversia entre los inversionistas extranjeros y el Estado argentino, en su mayoría, se enmarcó en la derogación de los privilegios establecidos en los contratos de concesión y en la eliminación de sistema de convertibilidad, pues alegaron aquellos que dichos privilegios eran derechos adquiridos dependientes del sistema de convertibilidad. Se concluyó que su derogación infringió los estándares de trato justo y equitativo¹⁰² pactado en el TBI correspondiente, el estándar de trato no discriminatorio y arbitrario por parte del Estado, y se afirmó que la medida configuraba una expropiación indirecta de su inversión.

⁹⁹ La tasa de cambio real al momento de eliminar el sistema de convertibilidad era de 1 dólar por 4 pesos argentinos. *Sempra Energy International (Caso CIADI ARB/02/16. Decisión de Fondo del 28 de septiembre de 2007. Pág. 33*

¹⁰⁰ Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, Subsecretaría de Programación Macroeconómica, Secretaría de Programación Económica y Regional, Ministerio de Economía. *El proceso de privatizaciones en la Argentina desde una perspectiva del Balance de Pagos. Op Cit. Pág. 28.*

¹⁰¹ Esta tesis fue acogida por el CIADI en el caso de *LG&E Corp. v.s República de Argentina. Caso CIADI ARB/02/1.*

¹⁰² En sus reclamaciones ante los tribunales de arbitramento, los inversionistas extranjeros manifestaron que el estándar de trato justo y equitativo incluía mantener estable del régimen jurídico pactado y vigente al momento de suscribir el contrato de concesión.

2.2.2. Tratamiento dado a las medidas de carácter general en las decisiones de *jurisdicción* emitidas por los Tribunales de Arbitramento *ad hoc* del CIADI.

Los tribunales de arbitramento constituidos bajo la reglas del Convenio CIADI han tenido que enfrentarse en reiteradas ocasiones a un controvertido problema jurídico: ¿Es el CIADI competente¹⁰³ para arbitrar controversias en las que se haya posiblemente violado derechos de un inversionista protegidos por un TBI a causa de la implementación de medidas que corresponden a una expresión ordinaria de la soberanía de un Estado?

A primera vista, la respuesta a esta pregunta es negativa, pues en el derecho internacional se ha establecido con claridad que la soberanía de un Estado y los medios en que esta se expresa no pueden ser justiciables o arbitrables por ningún juez o árbitro¹⁰⁴. Sin embargo, el problema tiene una arista que debe ser analizada con más detenimiento. No puede cuestionarse que las facultades soberanas de un Estado estén fuera de los asuntos enjuiciables. Sin embargo, ¿sigue siendo esto cierto cuando con estas medidas se violan derechos protegidos por un TBI? ¿Debe el inversionista extranjero cruzarse de brazos y dejar que el Estado se escude en esta inmunidad? Cuando el problema jurídico se analiza a partir del daño causado al inversionista la respuesta a la pregunta deber ser una que proteja al mismo inversionista, pero no es igual si se analiza desde el punto de vista del Estado. Resulta aún más interesante este problema si tenemos en cuenta que los tribunales CIADI han asumido competencia de forma unánime en aproximadamente 30 de los 36 casos presentados contra Argentina ante el Centro¹⁰⁵. La unanimidad en las decisiones de jurisdicción parece ser un rasgo característico de los tribunales CIADI o por lo menos lo ha sido en los casos presentados en contra de Argentina por las medidas adoptadas durante la crisis del 2001-2002.

¹⁰³ Los términos competencia y jurisdicción se utilizan en este trabajo como sinónimos.

¹⁰⁴ Ver pie de página 64.

¹⁰⁵ El resto de los casos fueron concluidos por acuerdo entre las partes o aún se encuentra pendiente la decisión sobre la jurisdicción del CIADI.

En este respecto, los tribunales CIADI han sostenido una posición casi inmodificada en las decisiones de jurisdicción proferidas. La mayoría estas decisiones se remiten a una decisión emitida en el año 2003, la cual retoma la posición de los tribunales de arbitramento en lo que se refiere a su competencia frente a las medidas tomadas por Argentina durante la crisis económica de 2001-2002. Esta decisión fue proferida en el caso de *CMS Gas Transmission Company v.s la República de Argentina*.¹⁰⁶

Para empezar, es importante recordar cuales son los requisitos exigidos en el Convenio CIADI, en su artículo 25(1)¹⁰⁷, para que el Centro tenga jurisdicción sobre la controversia suscitada.¹⁰⁸

- a) Que la diferencia sea entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante y que las Demandantes tengan legitimación (*jus standi*) para actuar en este proceso.
- b) Que se trate de una controversia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.
- c) Que las partes hayan expresado su consentimiento, por escrito, de someterse a arbitraje y, específicamente, al arbitraje del CIADI.

¹⁰⁶ Dentro del vasto programa de privatizaciones el Estado argentino decidió ofrecer públicamente las acciones de una de las empresas más grandes del estado: Transportadora de Gas del Norte (TGN), una sociedad constituida en la Argentina que obtuvo en 1992 una licencia para el transporte de gas. En 1995, CMS compró las acciones que todavía pertenecían al Estado y que representaban el 25% de TGN; luego adquirió un 4.42% adicional que había sido asignado a un programa de participación accionaria de los empleados, con lo cual totalizó 29.42% de TGN. De conformidad con los arreglos hechos para la privatización de este sector, las tarifas se calcularían en dólares de los Estados Unidos y se expresarían en pesos a la tasa de cambio vigente al momento de la facturación, a la vez que esas tarifas se reajustarían cada seis meses de acuerdo al Índice de Precios del Productor de los Estados Unidos (PPI). Luego de una crisis económica y financiera de gran envergadura, la República Argentina puso en vigor a partir de fines de 1999 diversas medidas que, en la opinión del Demandante, tuvieron un efecto adverso en sus negocios y violaron las garantías que protegían su inversión en TGN. Estas diversas medidas condujeron más tarde a la devaluación de la moneda y a la adopción de medidas financieras y administrativas adicionales que, según se arguye, también tuvieron un efecto adverso sobre el inversionista. Caso CIADI ARB/01/8. La decisión fue proferida el 17 de julio de 2003.

¹⁰⁷ Convenio CIADI. Artículo 25(1). La jurisdicción del Centro se extenderá a las *diferencias de naturaleza jurídica* que *surjan directamente de una inversión* entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (Cursiva fuera del texto)

¹⁰⁸ La descripción fue tomada del caso CIADI ARB/02/1 LG&E Corp. v.s la República de Argentina. Decisión de Jurisdicción del 30 de abril de 2004. Pág 191.

- d) Que se haya dado cumplimiento a los demás requisitos exigidos, tanto por el Convenio como por el Tratado Bilateral, para acceder al arbitraje.

En su escrito de excepciones a la jurisdicción del CIADI Argentina propuso como excepción, como en todos sus otros escritos de excepciones, que las medidas adoptadas durante la crisis del 2001-2002 se encuentran dentro del ámbito de configuración propio del Estado como medidas de política económica general que afectan al país en general y no son medidas que afecten específicamente al inversionista como tal,¹⁰⁹ es decir, estas medidas fueron tomadas consultando el interés público.

Para dilucidar este problema jurídico, el tribunal *ad hoc* consideró pertinente hacer una distinción entre: (i) las *medidas de naturaleza económica general*, específicamente aquellas tomadas en el contexto de la emergencia económica y (ii) las *medidas específicamente dirigidas a la operación de las inversiones*.¹¹⁰ Respecto de las primeras sostuvo que si bien las medidas de política económica general no entrarían dentro de la competencia del CIADI, si se llegare a establecer de manera directa una violación de un derecho protegido por un TBI a causa de la aplicación de una medida general proferida por un Estado, tal caso quedaría cubierto por la jurisdicción del CIADI, pues se estarían cumpliendo los requisitos del artículo 25(1), es decir, se estaría estableciendo que la controversia surge directamente de una inversión y en este sentido, se tendría jurisdicción para conocer la controversia.¹¹¹ En relación con la segunda, no cabe duda de la jurisdicción del CIADI, en la medida que, la relación de causalidad es notoria cuando la actuación del Estado se dirige exclusivamente a modificar la operación misma de la inversión.

La posición sostenida en la decisión de jurisdicción de *CMS Gas Transmission Company v.s la República de Argentina* fue algo modesta, porque se reconoció a la

¹⁰⁹ Caso CIADI ARB/01/8. Decisión de Jurisdicción del 17 de julio de 2003. Pág. 8

¹¹⁰ *Ibid.* Pág. 9

¹¹¹ Se toma en consideración únicamente este requisito para definir la jurisdicción, puesto que los demás no fueron cuestionado en el análisis de esta excepción.

vez el derecho que tiene cada Estado de adoptar sus propias políticas económicas y manifestó que “*los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de los negocios.*”¹¹² Incluso afirmó que “*no pueden impedirle a un país que escoja sus propias preferencias económicas. Estas opciones no se encuentran bajo la jurisdicción del Centro y los tribunales del CIADI no pueden emitir juicios acerca de si esas políticas han sido bien o mal concebidas.*”¹¹³

Aceptó que el criterio para definir si una reclamación pertenece a una medida o a otra no es claro, razón por la cual, la distinción sólo podría hacerse con la disponibilidad de todo el material probatorio en la etapa de resolución de fondo de la controversia. Esta última afirmación llevó a que el tribunal *ad hoc* considerara que sólo es necesario exigirle al inversionista prueba sumaria de que la controversia efectivamente surge directamente de una inversión.¹¹⁴

En una decisión más reciente, dentro del caso de *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v.s la República de Argentina*¹¹⁵, el tribunal *ad hoc* sostuvo con mayor claridad la posición del CIADI en este respecto. Consideró que: “*A juicio del Tribunal, para que la disputa de naturaleza jurídica surja “directamente” de la inversión, debe existir una relación de “causa-efecto” inmediata entre los actos del Estado anfitrión y los efectos de tales actos en las inversiones protegidas; debe poder establecerse un nexo causal de primera mano entre la inversión y los hechos del Estado receptor que producen su afectación. Ello no significa, sin embargo, que las medidas adoptadas por el Estado deban estar dirigidas concretamente contra la inversión. Basta con que pueda establecerse un vínculo inmediato (por oposición a remoto) entre la afectación de la inversión y los actos que la originan.*”¹¹⁶ En esta decisión el tribunal *ad hoc* se

¹¹² Caso CIADI ARB/01/8. Decisión de Jurisdicción del 17 de julio de 2003. Pág. 10

¹¹³ *Ibid.* Pág. 11

¹¹⁴ Al respecto dijo el tribunal CIADI: “*Por ahora, el hecho de que el Demandante haya demostrado en principio que ha sido adversamente afectado por medidas adoptadas por la República de Argentina es suficiente para que el Tribunal considere que la demanda, en cuanto se refiere a esta materia, es admisible y que el Tribunal tiene jurisdicción y competencia para examinarla en cuando al fondo de la controversia.*” Caso CIADI ARB/01/8. Decisión de Jurisdicción del 17 de julio de 2003. Pág. 12.

¹¹⁵ Caso CIADI ARB/03/5. Decisión de Jurisdicción del 27 de abril de 2006.

¹¹⁶ *Ibid.* Pág. 33

remite de nuevo a caso CMS en lo que refiere a si las medidas generales de política económica caben dentro de la jurisdicción del CIADI. Concluye que se tiene jurisdicción en este aspecto porque se comprobó sumariamente que las medidas de política económica tomadas por Argentina tiene una relación directa con la inversión del reclamante.

En las decisiones de jurisdicción proferidas con posterioridad al año 2003, los tribunales *ad hoc* adoptaron esta misma posición, remitiéndose al caso de *CMS Gas Transmission Company v.s la República de Argentina* cuando se adentraban en el análisis de la excepción de jurisdicción relacionada con la soberanía de Argentina para establecer su política económica de manera independiente.¹¹⁷

Del examen realizado en los casos aludidos se deduce que el criterio sustancial para determinar la jurisdicción del CIADI es el requisito b) artículo 25(1) Convenio CIADI, es decir, si la controversia tiene naturaleza jurídica y si surge directamente de una inversión. Por tanto, si se logra comprobar que *en principio* la controversia surge directamente de una inversión, es decir, si la actuación del Estado violó un derecho del inversionista protegido por un TBI y ese vínculo es inmediato, se entiende que la controversia puede ser dilucidada por tribunales CIADI.

Parece ser entonces que el análisis efectuado sólo toma en cuenta este criterio para determinar la jurisdicción, sin considerar si la actuación del Estado por su misma naturaleza puede ser sometida a un arbitramento. De acuerdo con las decisiones analizadas, este estudio debería hacerse en la etapa de resolución de fondo de la controversia. Sin embargo, no parece ser acertada esta posición si tenemos en cuenta que el problema jurídico planteado resulta ser un asunto que compete al establecimiento mismo de la jurisdicción. En otras palabras, este problema cabría entre los casos en que ningún tribunal tendría jurisdicción por tratarse de un aspecto

¹¹⁷ Entre estos encontramos los casos de *Sempra Energy International* (Caso CIADI ARB/02/16), *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P.* (Caso CIADI ARB/01/3), *LG&E Corp.* (Caso CIADI ARB/02/1), *Camuzzi International S.A.* (Caso CIADI ARB/03/2) y *El Paso Energy International Company* (Caso CIADI ARB/03/15).

de la soberanía de cada Estado. Aún si se aceptara que la solución a este problema se diera en la etapa de resolución de fondo del asunto, desafortunadamente en la práctica los tribunales *ad hoc* han dejando de lado el compromiso que asumieron en las decisiones de jurisdicción correspondientes.

En conclusión, el CIADI considera que tiene jurisdicción sobre todas aquellas controversias en las que se compruebe una relación directa e inmediata entre la violación del derecho protegido por el TBI y la actuación del Estado, sin entrar a estudiar, por lo menos en la etapa de decisión de jurisdicción, si este comportamiento es de aquellos que no son arbitrables de conformidad con las reglas del derecho internacional. Basta con que de manera sumaria se demuestre esa relación de causalidad, prueba que muchas veces se reduce a la simple manifestación del inversionista de la violación de sus derechos.

2.2.3. Tratamiento dado a las medidas de carácter general en las decisiones de *fondo* emitidas por los Tribunales de Arbitramento *ad hoc* del CIADI.

Se han fallado hasta el momento 8 de los 36 casos presentados por inversionistas extranjeros en contra de Argentina en el marco de la crisis económica del 2001-2002. De estos 8 casos,¹¹⁸ sólo en el caso de *Metalpar S.A y Buen Aire S.A v.s la República de Argentina* se desestimó todas las pretensiones; en los 7 restantes se condenó a Argentina de manera total o parcial de acuerdo con las reclamaciones elevadas. Si bien son pocas las demandas que han sido falladas es posible establecer con preocupación una tendencia del CIADI de acoger las pretensiones de los

¹¹⁸ CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8), Sempra Energy International (Caso CIADI ARB/02/16), Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. (Caso CIADI ARB/01/3), LG&E Corp. (Caso CIADI ARB/02/1), Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. (Caso CIADI ARB/03/5) Continental Casualty Company (Caso CIADI ARB/03/9), Siemens A.G (Caso CIADI ARB/02/8) y Azurix (Caso CIADI ARB/01/12). Este análisis se elaboró con base en las decisiones de todos los casos excepto el de Continental Casualty Company y Siemens A.G.

inversionistas.¹¹⁹ Por lo anterior, se hace necesario revisar por qué el Centro ha decidido asumir su jurisdicción en estos asuntos, teniendo en cuenta lo manifestado en las decisiones de jurisdicción.

Los tribunales CIADI se comprometieron a realizar un estudio de las medidas adoptadas por Argentina durante la crisis económica. Lo anterior con el fin de determinar si las mismas podían ser objeto de arbitramento, analizando para ello el acervo probatorio disponible en la etapa de resolución de fondo del asunto. El compromiso adquirido es de gran importancia porque de ello depende si el laudo proferido adolece o no de un vicio de nulidad.¹²⁰ Al revisar los laudos hasta ahora proferidos, no es dable determinar con claridad si el tribunal *ad hoc* correspondiente se dio a esta tarea con seriedad, pues se entró directamente al estudio de las reclamaciones por violación a los derechos protegidos por el TBI y defensas presentadas. En consecuencia, resulta muy difícil establecer si se definió o no este asunto, puesto que los argumentos y las conclusiones a las que llega el tribunal *ad hoc* vienen siempre enmarcados por la reclamación y su correspondiente defensa.

El tratamiento que a las medidas de carácter general se dio en las decisiones sobre el fondo de la controversia estuvo enmarcado en el análisis que los tribunales CIADI hicieron a la crisis económica, en especial, el que se dio a la defensa presentada por Argentina sobre el *Estado de Necesidad*¹²¹. No todos coincidieron con los mismos argumentos, pero los tribunales CIADI sí reconocieron que la crisis económica llevó al Estado a tomar las medidas ahora se objetan por los inversionistas.

En el caso de *CMS Gas Transmission Company v.s la República de Argentina*, por ejemplo, Argentina manifestó que el transporte y la distribución del gas son un

¹¹⁹ Lo anterior también puede explicarse porque los 5 casos condenatorios se enmarcaron en el sector del transporte y distribución del servicio público de gas, y por lo mismo, se objetaron las mismas normas y se elevaron las mismas reclamaciones.

¹²⁰ De acuerdo con el Convenio CIADI, Artículo 52(1), el laudo arbitral puede ser anulado si el tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades. Esto por su puesto incluye el hecho de que el tribunal no tenga jurisdicción para fallar el asunto.

¹²¹ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estado por hechos Ilícitos Internacionales. Artículo 25.

servicio público nacional que debe tener en cuenta *necesidades de importancia social*¹²² y por ello, el gobierno estaba obligado a asegurar una operación continua y eficiente del servicio. Argumentó también que el Estado no puede comprometerse a mantener una determinada política económica o cambiaria, más aún, cuando es una potestad que no puede ser impugnada por las personas.¹²³ Considerando lo anterior, Argentina declaró que en medio de la crisis no se pudo comportar de otra manera y solicitó le fuera reconocido el estado de necesidad como eximente de responsabilidad internacional.¹²⁴

Al respecto, el tribunal *ad hoc* juzgó que a pesar de la gravedad de las circunstancias, el Estado estaba en la posibilidad de adoptar medidas distintas aún cuando su implementación significara un costo más oneroso para este¹²⁵. Estimó que el riesgo de caer en crisis estaba contemplado en las cláusulas de ajuste de los contratos, razón por la cual, las consecuencias de esta no podían tenerse como imprevisibles para el Estado¹²⁶ y declaró que los efectos de la crisis no fueron tales como para producir colapso total económico y social¹²⁷. En relación con el estado de necesidad, consideró no cumplidos los requisitos para su configuración, teniendo en cuenta que, la implementación de las medidas de carácter general conllevó una modificación sustancial o esencial del derecho adquirido en virtud del contrato de concesión¹²⁸. En últimas, el efecto jurídico que el tribunal *ad hoc* dio a la crisis económica fue considerarla como atenuante de la indemnización correspondiente, pero no la aceptó como un eximente de responsabilidad.¹²⁹

¹²² CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8). Decisión de Fondo del 12 de mayo de 2005. Pág. 30

¹²³ *Ibid.* Pág. 31

¹²⁴ Argentina propuso este argumento en todas las demandas que fueron presentadas en su contra en el marco de la crisis económica del 2001-2002.

¹²⁵ Esta afirmación parece ser más un juicio sobre la conveniencia de la medida que sobre si la misma afectó o no el derecho reclamado. Contradice lo declarado en la decisión de jurisdicción del 17 de julio de 2003, en donde se dijo expresamente que el CIADI no tiene competencia para juzgar si las medidas adoptadas fueron las adecuadas o no.

¹²⁶ CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8). Decisión de Fondo del 12 de mayo de 2005. Pág. 67.

¹²⁷ *Ibid.* Pág. 111.

¹²⁸ Al determinar el derecho aplicable para analizar la defensa del estado de necesidad, el tribunal consideró que debía adoptarse el derecho nacional. En este sentido, la jurisprudencia argentina dispuso que el estado de necesidad no puede conllevar la modificación total o sustancial de derecho reclamado, es decir, no puede desvirtuar su naturaleza. Por tanto, si ello ocurre, la medida no se encontraría justificada y en consecuencia, se tendría responsabilidad por la conducta adoptada.

¹²⁹ De acuerdo con el tribunal, el inversionista no puede pretender que la crisis económica no fuera a tener ningún efecto sobre su inversión, sin embargo, considera que tampoco es dable que asuma todos los costos derivados de

La posición en el caso de *LG&E Corp. v.s la República de Argentina* fue distinta. El tribunal *ad hoc* afirma que la crisis económica por la que pasó Argentina influyó en la reacción que tuvo el gobierno al momento de remediarla.¹³⁰ Incluso, en el análisis del cargo de expropiación indirecta el tribunal dijo que “*el Estado tiene derecho a dictar medidas con un propósito social o de bienestar general. En este caso, las medidas deben aceptarse sin que sea procedente reclamo alguno por responsabilidad, salvo que se trate de una actuación del Estado manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad que se trata de abordar.*”¹³¹ Se admite entonces que en ciertas circunstancias el Estado puede actuar bajo el manto de la inmunidad soberana. Ha sido hasta ahora el único caso en el que se ha reconocido el estado de necesidad como eximente de responsabilidad. El tribunal *ad hoc* reconoció que la crisis económica constituyó una amenaza para los intereses esenciales de seguridad del Estado¹³², los cuales no solamente se refieren a la seguridad militar sino que “[c]oncluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección de un Gobierno.”¹³³. Estimó en definitiva que fue una forma legítima de proteger su sistema económico y social, puesto que estaba peligrando la existencia misma del Estado.

En el caso de *Metalpar S.A y Buen Aire S.A. v.s la República de Argentina*, a pesar de que no se hizo declaración alguna sobre si prosperaba o no el estado de necesidad como eximente de responsabilidad,¹³⁴ si se estimó que no era de su competencia analizar las causas que de la crisis que sufrió Argentina o la oportunidad y pertinencia de dichas medidas. Sin embargo, consideró que los inversionistas conocían la realidad

esta. Se traslada al patrimonio del inversionista, en cierto grado, las consecuencias de la crisis al aminorar la condena de indemnización. CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8). Decisión de Fondo del 12 de mayo de 2005. Pág. 112.

¹³⁰ LG&E Corp. (Caso CIADI ARB/02/1). Decisión de Fondo del 3 de octubre de 2006. Pág 306.

¹³¹ Ibid. Pág 320.

¹³² Ibid. Pág 328.

¹³³ Ibid. Pág 329

¹³⁴ En este caso el demandante no presentó pruebas suficientes para demostrar la existencia de un daño a su inversión, por tanto, el tribunal se abstuvo de decidir esta materia.

argentina y por tanto, conocían también los riesgos que corría su inversión. Al respecto estimó el tribunal “*improbable que ellas [las demandantes] legítimamente esperaran que sus inversiones no fueran a estar sujetas a los vaivenes del país en el que las hicieron o que la crisis que ya entonces podían prever no generara la necesidad de promulgar medidas legales para paliarla.*”¹³⁵

Como puede verse, en cada caso se dio un tratamiento distinto a las medidas de carácter general promulgadas para remediar la crisis económica, sin embargo, en todas se reconoció que fueron tomadas con este único fin. A lo anterior, puede añadirse que en los casos fallados no se consideró que las medidas fueran arbitrarias o discriminatorias, lo que de entrada significa que las medidas no estaban dirigidas específicamente en contra de la inversión. Lamentablemente, más allá de las consideraciones realizadas al estado de necesidad y a la crisis económica, los tribunales CIADI no juzgaron que las medidas de carácter general fueran de su competencia conforme a las disposiciones de los TBI suscritos.

2.3. Reflexiones sobre la jurisdicción del CIADI en asuntos donde se invoca el principio de soberanía del Estado.

Existe en la actualidad un desconcierto frente a la actuación que han adoptado los tribunales CIADI, cuando quiera que la controversia verse sobre la violación de un derecho protegido en un TBI por una medida de carácter general no dirigida específicamente a la operación de la inversión. Se ha dicho que existe una tendencia del CIADI a considerarse competente sobre cualquier asunto y ello ha llevado a los Estados a reconsiderar el apoyo brindado a la institución del Arbitraje Internacional.¹³⁶ Esta tensión se ha incrementado porque una parte de la doctrina internacional considera que el orden público, es decir, aquellas normas imperativas e

¹³⁵ Metalpar S.A y Buen Aire S.A. Caso CIADI ARB/03/5. Decisión de jurisdicción del 27 de abril de 2006. Pág. 52

¹³⁶ Coordinador MANTILLA – SERRANO, Fernando. Arbitraje Internacional Tensiones Actuales. Editorial Legis. Año 2007. Pág 58.

irrenunciables del ordenamiento jurídico, no puede ser objeto de arbitramento.¹³⁷ Incluso, en el caso específico de Argentina, se ha llegado a sostener que el arbitraje internacional obligatorio es inconstitucional.¹³⁸

El problema radica en la amplitud y flexibilidad de los criterios para definir la jurisdicción de este centro de arreglo de diferencias. A lo anterior, se suma que el CIADI, de conformidad con el artículo 41 de la Convención,¹³⁹ tiene la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción, haciendo más difícil que el Centro revalúe su posición sobre los temas que recaen en su competencia. Estas circunstancias y otras, como la definición de la competencia en los mismos TBI y la finalidad misma de la creación del CIADI, alimentan la tendencia de asumir competencia siempre que se alegue una violación de un derecho protegido por el TBI. Veamos en qué consiste la indefinición de estos criterios.

2.3.1. Requisitos del artículo 25(1) del Convenio CIADI sobre la competencia del Centro.

El artículo 25(1) del Convenio CIADI dispone lo siguiente:

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un

¹³⁷ Ibid. Pág 39.

¹³⁸ En un proyecto de Resolución presentado ante la Cámara de diputados de Argentina, La Comisión de Justicia y de Asuntos Constitucionales manifestó que “*Pese a la fuerte discusión respecto de la interpretación de la letra de la Constitución Nacional en lo referente a este aspecto, si hay acuerdo en cuanto a la irrenunciabilidad de la jurisdicción federal, siempre y cuando se encuentren comprometidos la soberanía, el interés u orden público, o actos estatales denominados de iure imperii.*” Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=607621924&advquery=0587-D-05&infobase=tp.nfo&record={973B}&softpage=Document42>

¹³⁹ Convención CIADI. Artículo 41. (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Argentina propuso como excepción a la jurisdicción del Centro, en todas las demandas presentadas, que la controversia no era de naturaleza jurídica y no surgía directamente de una inversión. Según su criterio, la palabra *directamente* se refería a que la actuación del Estado debía haberse adoptado específicamente contra la inversión.¹⁴⁰ En este orden de ideas, la controversia no cabría en la jurisdicción del Centro puesto que las medidas de carácter general no se adoptaron para afectar directamente al inversionista, sino que eran de aplicación general a todos los argentinos.

De acuerdo con la norma transcrita y la posición adoptada por los tribunales CIADI en las decisiones de jurisdicción, el criterio sustancial para determinar la competencia del CIADI es que *la diferencia sea de naturaleza jurídica y surja directamente de una inversión*. Se entiende que la controversia tiene una naturaleza jurídica cuando se refiera a conflictos en derecho y no de intereses. Específicamente debe referirse a *“la existencia o alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que de lugar la violación de una obligación de orden legal.”*¹⁴¹

En cuanto al segundo requisito, que la controversia surja directamente de una inversión, el Convenio CIADI ni los TBI suscritos por Argentina definen este criterio. Esta labor la ha asumido los tribunales CIADI en sus decisiones de jurisdicción. En el

¹⁴⁰ Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. (Caso CIADI ARB/03/5), Decisión de Jurisdicción del 27 de abril de 2006, El Paso Energy International Company (Caso CIADI ARB/03/15) Decisión de Jurisdicción del 27 de abril de 2006, Pág 34 y Camuzzi International S.A. (Caso CIADI ARB/03/7).

¹⁴¹ Informe adjunto de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm>> Ver también El Paso Energy International Company (Caso CIADI ARB/03/15), Decisión de Jurisdicción del 27 de abril de 2006, Pág 21 y Semptra Energy International (Caso CIADI ARB/02/16), Decisión de Jurisdicción del 11 de mayo de 2005.

caso de *Enron Corporation y Ponderosa Assets v.s República de Argentina* el tribunal *ad hoc* estimó que la cuestión sobre si controversia surge directamente de una inversión está relacionada con cuáles son exactamente los derecho que el inversionista está reclamando; si estos está protegidos en el marco del TBI, se puede concluir que la diferencia surge directamente de la inversión.¹⁴²

En el caso de *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v.s la República de Argentina*, el tribunal *ad hoc* entró en la discusión sobre el significado que la palabra *directamente* tiene dentro del artículo 25(1) del Convenio CIADI. Sobre la forma en que se puede interpretar este requisito, el tribunal estimó que:

“92. El mencionado requisito puede ser analizado de diversas maneras. De un lado, podría interpretarse restrictivamente señalándose que, cuando exista ambigüedad sobre el sentido de las cláusulas que otorguen competencia para resolver conflictos entre estados e inversionistas, esa ambigüedad debe aclararse de forma tal que prevalezca la soberanía del estado involucrado. Sin embargo, no existe regla alguna que sustente una interpretación restrictiva del arbitraje. Por el contrario, si se atiende a la regla de buena fe en la interpretación, no debe admitirse que la interpretación del convenio coloque en desventaja al inversionista que busca satisfacción por medio del arbitraje.”¹⁴³ (Subrayado fuera del Texto)

Concluyó que se requiere una relación directa, es decir, de *causa-efecto* entre la controversia y la inversión para que se cumpla el requisito. Contrario a lo manifestado por Argentina, la expresión *directamente* no es necesariamente sinónimo de *específicamente*, por tanto, la actuación del Estado no requiere haber sido desplegada específicamente contra la inversión, sino que, mientras se pueda establecer un vínculo directo entre la actuación del Estado y la violación del derecho

¹⁴² Enron Corp. (Caso CIADI ARB/01/03). Decisión de Jurisdicción del 02 de agosto de 2004, Pág 8

¹⁴³ Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. (Caso CIADI ARB/03/05), Decisión de Jurisdicción del 27 de abril de 2006, Pág 32

protegido por el TBI se entenderá que la controversia surge directamente de una inversión. Esta posición incluye entonces las actuaciones que no se encuentran dirigidas directamente contra el inversionista, pero que de manera directa violan un derecho protegido por el TBI.¹⁴⁴

Queda claro que el criterio sustancial para definir la jurisdicción del CIADI es que la controversia tenga una naturaleza jurídica y surja directamente de una inversión. Siguiendo la línea planteada por los tribunales CIADI, mientras se establezca una *relación directa* entre la actuación del Estado y la supuesta violación de un derecho protegido por el TBI, se entiende que existe competencia para conocer el asunto. Se concentra entonces en la demostración de esa *relación directa*.

El criterio así planteado no parece ser suficiente para definir la jurisdicción del Centro, por las siguientes razones: (i) No se analiza la actuación misma del Estado y por tanto, no se entra en la discusión sobre si las medidas adoptadas pueden ser o no objeto de arbitramento. Si volvemos al análisis realizado en el caso de *CMS Gas Transmisión Company v.s la República de Argentina*, a pesar de que el tribunal *ad hoc* dejó establecido que no tiene competencia para juzgar si las medidas de carácter general fueron adecuadas o no, concluyó que sí existía una relación directa entre la adopción de dichas medidas y la violación de un derecho protegido por el TBI se consideraba competente para conocer del asunto. De nuevo, el criterio de la *relación directa* es el que prevalece. (ii) No se analiza con rigor la supuesta alegación de una violación a los derechos protegidos por el TBI, puesto que como ya se había mencionado, la reclamación requiere de una prueba sumaria que en ocasiones se reduce a la mera manifestación del inversionista sobre la aparente violación.

Como puede verse, el criterio de la *relación directa*, a pesar de que está planteado en el Convenio CIADI y por ello no puede eliminarse, debe ser reforzado en sus

¹⁴⁴ Esta misma posición se adoptó en *El Paso Energy International Company* (Caso CIADI ARB/03/15) Decisión de Jurisdicción del 27 de abril de 2006, Pág 36.

extremos, es decir, en el análisis de la actuación del Estado y en la reclamación de violación del TBI, para que la definición de la competencia sea realizada con mayor rigor. Así, pueden excluirse asuntos en los que se alegue que la actuación del Estado está dentro del ámbito de su soberanía.

Además de la debilidad en el criterio adoptado por los tribunales CIADI discutido en los párrafos anteriores, el Centro ha optado por acoger una interpretación proteccionista del inversionista al momento de analizar el cumplimiento de los requisitos del artículo 25(1) del Convenio CIADI. Ello es así, porque se estimó que una interpretación de buena fe del Convenio CIADI llama a no poner en desventaja al inversionista. Existiendo otra interpretación, según la cual, la ambigüedad de una disposición debe ser resuelta a favor de la soberanía del Estado, se adoptó una interpretación proteccionista del inversionista, considerando erróneamente que una interpretación de buena fe excluye una interpretación a favor del Estado. Lo cierto es que, una interpretación sesgada en este asunto puede llevar a injusticias tanto para el Estado como para el inversionista, por lo que, debe ser imparcial y objetiva al momento de evaluar la competencia.

La indeterminación del criterio sustancial del artículo 25(1) y la interpretación proteccionista del Convenio CIADI ha llevado a que se asuma competencia en asuntos donde la conclusión pudo haber sido que la controversia no emanaba directamente a una inversión. Este fue el caso de *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v.s la República de Argentina*. De acuerdo con el laudo de fecha 6 de junio de 2008, los inversionistas reclamaron la violación del TBI suscrito entre Chile y Argentina por la introducción de medidas generales proferidas a raíz de la crisis económica del 2001-2002 que modificaron el sistema cambiario y financiero de Argentina. Según sus alegatos, dichas medidas impidieron el ejercicio de los derechos y los créditos que tenían contra sus clientes, los que no se habían podido ejercer porque la autoridad argentina se los había impedido con la implementación de las medidas financieras

objetadas.¹⁴⁵ Argentina alegó en este caso que los contratos de crédito suscritos por los inversionistas, y por los cuales alegaban compensación por expropiación, no se encontraban protegidos por el TBI. Lo que se encontraba protegido era la inversión como tal.¹⁴⁶ En este punto, lo que se estaba discutiendo era la expropiación de la posibilidad de ejercer derechos de crédito emanados de un contrato de financiación ordinario y no la afectación de la inversión en sí misma por la adopción de las medidas objetadas. Además, quedó demostrado en el proceso que dichas medidas beneficiaron al inversionista, haciendo más fructífera su inversión, y así como que los derechos alegados no estaban protegidos por el TBI. Quizás, si se hubiera analizado con más detenimiento el derecho reclamado en la etapa de definición de la jurisdicción, la demanda se hubiera rechazado por no existir un derecho protegido por el TBI, es decir, que la controversia no surgía directamente de una inversión, presupuesto este para que se tenga jurisdicción según se analizó anteriormente.

Finalmente, no se puede desconocer que la flexibilidad en los criterios de definición de la jurisdicción del CIADI ha propiciado la proliferación de controversias, como buen lo anticipó Argentina en su escrito de excepciones a la jurisdicción en el caso de *CMS Gas transmisión Company v.s la República de Argentina*.

2.3.2. Vicios en la concepción de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección a las Inversiones

La amplitud de los criterios para determinar la jurisdicción del Centro no solamente se encuentra en la interpretación dada al Convenio CIADI por jurisprudencia arbitral. La competencia del Centro se determina también en buena parte por las disposiciones que para el efecto establezca el TBI correspondiente. Esa flexibilidad de criterios también la encontramos en las disposiciones que delimitan la competencia de los centros de arreglo de diferencias establecidos en los TBI. En el caso argentino, como

¹⁴⁵ Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. (Caso CIADI ARB/03/5), Decisión de Fondo del 6 de junio de 2008, Pág 46.

¹⁴⁶ En este sentido, en otros laudos arbitrales contra Argentina, se estableció que las controversias contractuales, como por ejemplo el incumplimiento del contrato, son asuntos que están reservados a la jurisdicción local. Ver Azurix Corp. (Caso CIADI ARB/01/12), Decisión de Fondo del 14 de julio de 2006.

en muchos otros, la delimitación en este respecto fue nula debido a que el TBI no se concibió como un instrumento para establecer unas reglas de juego entre el inversionista y el Estado sino como un mecanismo de atracción de inversión extranjera. Como resultado, los vacíos y las ambigüedades se están interpretando a favor del inversionista extranjero.

Antes de la década de 1980, los países latinoamericanos restringían la entrada de flujos de capital extranjero porque imperaba la filosofía del argentino Carlos Calvo, conocida en la actualidad como la *doctrina Calvo*¹⁴⁷. Según esta doctrina, los extranjeros no podían tener mejores derechos que los nacionales de un Estado. Sin embargo, a raíz de la crisis de la deuda externa estos países se vieron obligados a buscar recursos en el exterior para saldar sus déficits fiscales, por lo que, los flujos de IED aumentaron considerablemente.¹⁴⁸ Con ello, la doctrina Calvo perdió vigencia.

En la década de 1980 se liberalizó el tráfico de flujos de capital, sin embargo, dada la inestabilidad económica y política que mostraban estos países, se adoptaron medidas especiales para atraer inversión y verse más amigables frente a los inversores. En este sentido, los Estados empezaron a realizar modificaciones a su sistema legal para liberar las restricciones a la entrada de inversión extranjera, emprendieron la tarea de suscribir tratados internacionales de promoción y protección de inversiones y muchos de ellos suscribieron el Convenio CIADI, todo con el fin de mostrar en el ámbito internacional esa cara amigable a la inversión y brindarle al inversionista mayor seguridad y estabilidad a su inversión.

El contexto particular en que se suscribieron los TBI en el caso argentino propició un sesgo a favor del inversionista. El Estado debía garantizar la atracción de un flujo importante de inversión extranjera y para cumplir este objetivo debió asumir ciertos

¹⁴⁷ Esta filosofía sostenía que los extranjeros debían sujetarse a las leyes y a los jueces nacionales. En cuanto a las controversias patrimoniales de los nacionales reclamaba la abstención de los Estados extranjeros cuando quiera que surgieran controversias con sus nacionales en terceros Estados y declaraba la igualdad ante la ley del inversor, independientemente de la nacionalidad.

¹⁴⁸ STANLEY E., Leonardo. Acuerdos Bilaterales de Inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente. CEPAL. Año. 2004. Pág 10

compromisos que resultaron en el largo plazo ser demasiado beneficiosos para el inversionista y perjudiciales para el Estado. Los tratados firmados en la década de 1990 se concibieron para un corto plazo porque se idearon con un objetivo particular: la atracción de inversión extranjera para saldar el déficit fiscal. Sin embargo, la poca definición de las reglas de juego resultó ser desventajosa para el Estado argentino porque le restó capacidad para actuar y le dio la posibilidad al inversionista de reclamar por cualquier política que considerara contraria a sus intereses. Esta indefinición permitió a los inversionistas reclamar ante el CIADI sobre medidas de política económica propias del actuar de un Estado soberano. Es preocupante, además, que este problema haya resultado como un efecto no deseado del régimen general de promoción y protección de inversiones de la actualidad, en donde la indeterminación normativa ha llevado a que se cree una especie de *inmunidad contractual* para el inversor extranjero.¹⁴⁹

Específicamente, existe también un problema en la determinación de las cláusulas de trato justo y equitativo y de expropiación indirecta que traen todos los TBI suscritos por Argentina.¹⁵⁰ La generalidad de estos términos le permite al inversionista reclamar cualquier restricción propuesta por el Estado, de tal manera que, el Estado está viendo disminuida su capacidad de actuación por las múltiples reclamaciones presentadas.

Esta indefinición ha llevado a que la jurisprudencia arbitral reconozca derechos que en un principio no fueron pactados en los TBI. En los procesos arbitrales analizados, Argentina alegó que el estándar mínimo de trato justo y equitativo correspondía al establecido por el derecho internacional consuetudinario que corresponde a un patrón mínimo de justicia sustantiva y debe ser evaluado de manera objetiva e imparcial.¹⁵¹ En el estudio de esta cláusula los tribunales CIADI reconocieron que el estándar

¹⁴⁹ Ibid. Pág 26

¹⁵⁰ HERZ, Mariana. Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los albores del nuevo milenio: De los tratados Bilaterales, Mercosur, al Alca y la OMC. Disponible en < [http://www.reei.org/reei7/M.Herz\(reei7\).pdf](http://www.reei.org/reei7/M.Herz(reei7).pdf) > Los TBI suscritos por Argentina son en realidad todos un mismo modelo que diseñó el Estado.

¹⁵¹ CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8). Decisión de Fondo del 12 de mayo de 2005. Pág. 85 y LG&E Corp. (Caso CIADI ARB/02/1). Decisión de Fondo del 3 de octubre de 2006. Pág 299

mínimo no estaba definido en el tratado y “*debido a que tales estándares internacionales tiene un carácter genérico y su interpretación varía con el transcurso del tiempo y con las circunstancias de cada caso concreto, resulta difícil establecer un concepto unívoco y estático de tales nociones.*”¹⁵² En esta evolución, el estándar de trato justo y equitativo ha pasado por las siguientes etapas: (i) Para que existiera violación, se requería que la actuación del Estado fuera manifiestamente injusta, grosera y de mala fe o negligente;¹⁵³ (ii) se eliminó del estándar el requisito de mala fe o negligencia y se aceptó que, aún cuando la actuación del Estado fuera lícita de conformidad con el derecho nacional, no significaba *per se* que también fuera lícita en el derecho internacional; (iii) recientemente se ha considerado violado el estándar mínimo cuando se transgreden las expectativas del inversionista, de manera tal que, si el Estado se ha comprometido con el inversionistas a garantizar ciertas condiciones para la operación de su inversión debe entonces honrar dicho compromiso so pena de violarse el estándar mínimo de trato justo y equitativo;¹⁵⁴ (iv) por último, se consideró que la estabilidad del marco legal y comercial de un Estado es un elemento esencial en la valoración del estándar de trato justo y equitativo.¹⁵⁵

La interpretación que se ha dado a esta cláusula, dada su generalidad y amplitud, ha sido de buena fe de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Esta interpretación, como se ha podido ver, ha llevado a que cada vez más se estén otorgando derechos a los inversionistas que el mismo tratado no dispone. Si tomamos por ejemplo el derecho a que el Estado garantice un marco legal y comercial estable, ¿Hasta que punto se puede restringir la responsabilidad que tiene el Estado de definir un marco legal nacional conveniente y adecuado para su Nación, sin que esta actividad contravenga los intereses de los inversionistas? Más aún, si se ha reconocido que el inversionista debe asumir los

¹⁵² LG&E Corp. (Caso CIADI ARB/02/1). Decisión de Fondo del 3 de octubre de 2006. Pág 302

¹⁵³ Ibid. Pág. 302.

¹⁵⁴ Esta posición se asumió en el caso de Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v.s Estados Unidos Mexicanos. (Caso CIADI ARB(AF)/00/02. Decisión de Fondo del 29 de mayo de 2003.

¹⁵⁵ CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8). Decisión de Fondo del 12 de mayo de 2005, Occidental Exploration and Production Company v.s Ecuador (Caso CIADI UN 3467. Decisión de Fondo final del 1 de julio de 2004, Metalclad Corporation v.s Estados Unidos Mexicanos (Caso CIADI ARB(AF)/97/01. Decisión de Fondo del 30 de agosto de 2000.

riesgos de su inversión y que el tratado no es una póliza de seguro ¿Cómo puede comprometerse el Estado a garantizar la estabilidad de un marco comercial de tal manera que el inversionista no sufra daño alguno en su inversión? La indefinición y amplitud de la cláusula de trato justo y equitativo ha llevado a que lo inversionistas extranjeros aleguen derechos no consagrados en el TBI y a restringir la capacidad del Estado en su actividad ordinaria de regulación.

Observaciones similares pueden hacerse a la cláusula de expropiación. Los TBI normalmente establecen que la expropiación *indirecta* es una forma de violar derechos protegidos por el tratado. Se entiende por expropiación indirecta “*una medida que no implica una incautación deliberada pero neutraliza efectivamente el goce de la propiedad.*”¹⁵⁶ Una visión amplia de este estándar puede llevar a concluir como expropiatoria cualquier medida introducida por el Estado que tenga la capacidad de influir en la inversión del extranjero. Una visión así obliga al Estado a diseñar un esquema de regulación que no sea desafiado por los inversionistas extranjeros a través de demandas de expropiación.¹⁵⁷ Aun cuando en las decisiones de fondo analizadas los tribunales CIADI no encontraron que las medidas adoptadas por Argentina hubieren sido expropiatorias de manera indirecta, si es cierto que todos los inversionistas alegaron en sus escritos demandatorios que las mismas eran expropiatorias. Lo anterior demuestra que la amplitud de este estándar permite controvertir casi cualquier medida introducida por el Estado, incluso aquellas reservadas a su esfera soberana.

La amplitud los criterios para definir la competencia en los TBI así como la generalidad de ciertas cláusulas, permite que los tribunales CIADI asuman dentro de su competencia asuntos que estudiándose con rigor no entrarían. Habiéndose percatado de este problema, Argentina ha tomado medidas con el fin de restringir el alcance de ciertos términos estipulados en los TBI. Por ejemplo, Argentina y Panamá

¹⁵⁶ Caso Lauder v.s. República Checa (Sede CNUDMI)

¹⁵⁷ STANLEY. Op. Cit. Pág 16.

suscribieron en el 2004 un acuerdo para la interpretación del TBI celebrado entre los dos países en el que se acordó: *“Las disposiciones del artículo 3° [expropiación] del acuerdo [TBI] han sido acordadas con el sentido de que no constituyen una expropiación directa o indirecta, o nacionalización o medida similar y, por tal motivo no están sujetas a indemnización, los actos o el conjunto de actos no discriminatorios de carácter legislativo o regulatorio que una de las partes contratantes pueda adoptar con el propósito de proteger los objetivos de bienestar general tales como el orden público, la salud pública, la seguridad pública o una política social, económica, monetaria, cambiaria o fiscal.”*¹⁵⁸ Debido a la experiencia con los arbitrajes iniciados en el marco de la crisis económica, Argentina ha tenido que limitar en los TBI los asuntos que pueden o no ser objeto de arbitramento.

2.3.3. Finalidad en la creación de un centro de arreglo de diferencias privado

Antes de que la institución del arbitraje internacional se propusiera para la mediación y resolución de controversias relativas a inversiones, el inversionista debía solicitar la intervención de su Estado de origen para que intermediara en la protección de un derecho adquirido frente al Estado receptor de la inversión. Esta medida de protección Estado – Estado se hacía entonces por la vía diplomática. Bajo este modelo de protección, el inversionista extranjero se veía muchas veces sometido a la voluntad del Estado de origen, puesto que en últimas este era quien decidía si intervenía a favor de su nacional o no.

A raíz de las dificultades que presentó el modelo de protección diplomática, pues en muchos casos no se obtenía una protección real y efectiva de los derechos del inversionista extranjero, se crearon nuevas formas de protección como la constitución de un centro de arreglo de diferencias privado especializado en la resolución de

¹⁵⁸ Revista Internacional de Arbitraje. El Caso argentino: protección de inversiones v. facultades soberanas. Ed Legis, Comité Colombiano de Arbitraje y Universidad Sergio Arboleda. No. 2. Enero – Junio 2005. Pág 129.

controversias relativas a inversiones entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero¹⁵⁹. Con la creación de este Centro se buscó resguardar el libre flujo internacional de capital de riesgos no comerciales y suplir la ausencia de métodos internacionales especializados en la resolución de diferencias relativas a inversiones.¹⁶⁰ Este nuevo modelo de protección permitió al inversionista acceder a una justicia independiente de la voluntad del Estado receptor o de origen, pues se le dio legitimación para hacer valer sus derechos de forma directa.

Nótese que uno de los objetivos perseguidos con la creación de un centro de arreglo de diferencias privado era darle al inversionista extranjero la posibilidad de protegerse de circunstancias políticas que impidieran el ejercicio de la protección diplomática, circunstancias que en la mayoría de los casos nada tenían que ver con la controversia comercial suscitada entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista. Desde el principio, el CIADI fue creado para darle una protección especial al inversionista extranjero brindándole una sede a donde acudir en caso de presentarse una controversia relativa a su inversión. Esta razón histórica explica también el por qué los tribunales CIADI adoptan posiciones proteccionistas del inversionista extranjero, posiciones que se manifiestan en su forma más elemental cuando se asume competencia de cualquier controversia que se suscite entre un Estado parte y un inversionista de otro Estado parte. Por otro lado, el nivel promedio de demandas presentadas ante este Centro por década asciende tan sólo a 70 demandas¹⁶¹. Sólo hasta el año 2000 este promedio se vio altamente superado, puesto que el número real de demandas presentadas asciende a 210. Esto indica que el CIADI todavía es un centro de resolución de controversias que le hace falta asentar sus posiciones con más coherencia.

¹⁵⁹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI

¹⁶⁰ *About the ICSID.* Disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home

¹⁶¹ El Convenio CIADI entró a regir en el año 1966. Sin embargo, tan sólo hasta el año 1972 se presentó la primera demanda relativa a una inversión. Hasta el año 2009 se han presentado un total de 280 demandas.

La tendencia proteccionista del CIADI ha sido criticada por la doctrina internacional, puesto que algunos consideran que existe un conflicto entre la naturaleza privada de la institución del arbitramento y la naturaleza pública de los casos que se llevan a los tribunales CIADI.¹⁶² Con más recelo se ha visto esta tendencia cuando se trata de discutir las actuaciones soberanas de un Estado.

¹⁶² STANLEY. Op. Cit. Pág 20.

3. CONCLUSIONES

Principios del siglo XXI la República de Argentina estuvo sumergida en una profunda crisis económica que, de acuerdo con algunos, hizo peligrar la existencia misma del Estado. En consecuencia, introdujo medidas de aplicación general que establecían modificaciones a su política económica, específicamente en los sistemas cambiario y monetario. Las medidas estaban dirigidas a proteger in interés esencial de seguridad: la economía.

Los inversionistas extranjeros que entraron a operar algunos de los servicios públicos, luego de que se iniciara un vasto programa de privatización del sector público, reclamaron ante el CIADI y otros centros de arreglo de diferencias violaciones a derechos protegidos en los correspondientes TBI, argumentando que las medidas introducidas para conjurar la crisis económica habían sido expropiatorias de sus inversiones y habían trasgredido los estándares de trato justo y equitativo y de no discriminación o arbitrariedad por parte del Estado. Frente a estas demandas, el CIADI asumió unánimemente competencia en todos los casos, lo que significó para Argentina una contingencia difícil de aprovisionar.

La razón por la que el CIADI asumió competencia en estos casos, contraviniendo un principio de derecho internacional consuetudinario que dice que los pueblos tienen derecho a autodeterminarse, es que los criterios de definición de su competencia, tanto los de la jurisprudencia arbitral como los establecidos en los TBI, son ampliamente genéricos y permiten darles interpretaciones extensas que dan espacio para que sean proteccionistas de los inversionistas. El caso de Argentina así como el fenómeno de la conflictividad en el marco del Capítulo XI del TLCAN muestran con preocupación que los límites a la competencia de los tribunales arbitrales se está perdiendo en interpretaciones sesgadas, proteccionistas del inversionista y en últimas, comerciales, cuando deberían ser imparciales y objetivas. No se puede perder de vista

que los Estados, al igual que los inversionistas, también tienen derechos que deben ser protegidos por los tribunales de arbitramento.

Si bien los inversionistas no deben verse sometidos a las arbitrariedades de los Estados receptores de su inversión, también es cierto que cuando deciden invertir en un país no pueden aislarse totalmente de lo que en este ocurre. Como los nacionales, debe respetar el ordenamiento jurídico imperante en el Estado y deben respetar la facultad que este tiene para determinar el marco jurídico aplicable más conveniente para su Nación.

Lo que sucedió en el CIADI en el marco de la crisis económica argentina del 2001-2002 llama a que se reevalúen las cláusulas que de ordinario se incluyen en los TBI, como las de trato justo y equitativo y las de expropiación, y a que se establezcan criterios más claros y concretos sobre cuales son los derechos que puede reclamar los inversionistas y cuales son los asuntos que pueden ser objeto de arbitramento.

Establecer un equilibrio entre el derecho que tiene el inversionista a que se proteja su inversión y el del Estado a autodeterminarse con soberanía y libertad no es sencillo. Pueden sí establecerse límites más concretos respecto de los asuntos que está sometidos a la jurisdicción ordinaria o arbitral, para lo cual, los TBI son el escenario más indicado. En estos las partes pueden libremente determinar específicamente qué derechos tiene el inversionista en el Estado receptor y que asuntos están por fuera de la jurisdicción internacional. Esta fue la solución que adoptaron Argentina y Panamá recientemente.

BIBLIOGRAFÍA

1. Textos

- Coordinador MANTILLA – SERRANO, Fernando. Arbitraje Internacional Tensiones Actuales. Editorial Legis. Año 2007.
- Conferencia Judicial Federal, Comité de Acuerdos Internacionales, Resolución 26. Quincuagésimo-sexta Asamblea Anual, julio 29, 2004.
- Revista Internacional de Arbitraje. El Caso argentino: protección de inversiones v. facultades soberanas. Ed Legis, Comité Colombiano de Arbitraje y Universidad Sergio Arboleda. No. 2. Enero – Junio 2005.

2. Laudos Arbitrales Tribunales de Arbitramento CIADI

- Caso Adams, et.al v.s (Sede CNUDMI).
- Caso Azurix Corp (Caso CIADI ARB/01/12)
- Caso CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8).
- Caso de Robert Azinian y otros (Caso CIADI ARB(AF)/97/2)
- Caso Enron Corporation Ponderosa Assets LP (Caso CIADI ARB/01/3)
- Caso Ethyl (Sede CNUDMI)
- Caso Grand River Enterprises Six Nations, Ltd (Sede CNUDMI)
- Caso Kenex (Sede CNUDMI)
- Caso Lauder v.s. República Checa (Sede CNUDMI)
- Caso LG&E Corp. (Caso CIADI ARB/02/1)
- Caso Marvin Roy Feldman Karpa (Caso CIADI ARB(AF)/99/1)
- Caso Metalclad Corporation (Caso CIADI ARB(AF)/97/1)
- Caso Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. (Caso CIADI ARB/03/5)
- Caso Methanex (Sede CNUDMI)
- Caso Occidental Exploration and Production Company (Caso CIADI UN 3467)
- Caso S.D. Myers (Sede CNUDMI)
- Caso Sempra Energy International (Caso CIADI ARB/02/16)
- Caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. (Caso CIADI ARB(AF)/00/02.
- Caso The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen (Caso CIADI ARB(AF)/98/3)
- Caso Waste Management (Caso CIADI ARB(AF)/98/2),

3. Decisiones de Jurisdicción Tribunales de Arbitramento CIADI

- Caso Camuzzi International S.A. (Caso CIADI ARB/03/7).
- Caso CMS Gas Transmission Company (Caso CIADI ARB/01/8). Decisión de jurisdicción del 17 de julio de 2003.
- Caso El Paso Energy International Company (Caso CIADI ARB/03/15) Decisión de Jurisdicción del 27 de abril de 2006.

- Caso Enron Corp. (Caso CIADI ARB/01/03). Decisión de Jurisdicción del 02 de agosto de 2004.
- Caso Metalpar S.A y Buen Aire S.A. (Caso CIADI ARB/03/5). Decisión de jurisdicción del 27 de abril de 2006.
- Caso Gas Natural SDG S:A: (Caso CIADI ARB/03/10). Decisión de jurisdicción del 17 de junio de 2005.
- Caso Sempra Energy International (Caso CIADI ARB/02/16). Decisión de jurisdicción del 11 de mayo de 2005.
- Caso LG&E Energy Corp. (Caso CIADI ARB/02/1). Decisión de jurisdicción del 30 de abril de 2004.

4. Documentos Disponibles en Internet

- *About the ICSID.* Disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home
- ALFONSÍN, Raúl. Mensaje presidencial de Raúl Alfonsín ante la Asamblea Legislativa. Disponible en <http://lanic.utexas.edu/project/arl/pm/sample2/argentin/alfonsin/893895t.html>
- Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de inversionistas Contra Estados, Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica. Observatorio Mundial de Comercio de Public Citizen. Año 2005. Disponible en http://www.citizen.org/documents/Chapter_11_Spanish_FINAL.pdf
- CETRÁNGOLO, Oscar y GRUSHKA, Carlos. Sistema previsional argentino: crisis, reforma y crisis de la reforma. Unidad de Estudios Especiales de la Cepal. Año 2004. Disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/21281/lcl2219e.pdf>
- Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, Subsecretaría de Programación Macroeconómica, Secretaría de Programación Económica y Regional, Ministerio de Economía. El proceso de privatizaciones en la Argentina desde una perspectiva del Balance de Pagos. Disponible en www.mecon.gov.ar/cuentas/internacionales/documentos/privatizaciones.doc
- Director TAKAGI, Shinji. Informe Sobre la Evaluación del Papel del FM en Argentina (1991–2001). Oficina de Evaluación Independiente del FMI. Año 2004 Disponible en <http://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/esl/063004.pdf>
- HERZ, Mariana. Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los albores del nuevo milenio: De los tratados Bilaterales, Mercosur, al Alca y la OMC. Disponible en [http://www.reei.org/reei7/M.Herz\(reei7\).pdf](http://www.reei.org/reei7/M.Herz(reei7).pdf)
- Informe adjunto de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm>.

- Instituto Nacional de Estadística y Censos de Argentina. Disponible en <<http://www.indec.mecon.ar/>>.
- LINDSEY, Brink. Las raíces institucionales de la crisis argentina. Cate Institute. Año 2002. Disponible en <<http://www.elcato.org/publicaciones/articulos/art-2002-10-25.html>>
- MENEM, Carlos. Mensaje Presidencial del Carlos Menem a la Honorable Asamblea. Año 1992. Disponible en <<http://lanic.utexas.edu/project/arl/pm/sample2/argentin/menem/921815.html>>
- MENIN, Federico Javier y CERDÁ, Matías Christian. Las privatizaciones en la Argentina de los '90 De Obras Sanitarias de la Nación a Aguas Argentinas S.A.: ¿Un Servicio Público al servicio del mercado? Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa Economía Internacional. Año 2006. Disponible en <<http://www.caei.com.ar/es/programas/economia/09.pdf>>
- MOISSET de ESPANES, Luis. Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artaspectoseconomicosyjuristicosleydeconvertivilida/at_download/file>
- PERRONE, Nicolás Marcelo. Inversiones Extranjeras. Demandas contra Argentina por controversias vinculadas con la crisis del año 2001. Disponible en <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/demandas.pdf>>
- www.cepal.org.
- www.imf.org.

5. Artículos de Periódico

- EL DESEMPLEO BAJO LA LUPA. Edición Jueves 21 de diciembre de 1995. Diario La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=167023&high=desempleo>
- EVASIÓN IMPOSITIVA: LA BATALLA IMPOSTERGABLE. Edición domingo 29 de julio de 2001. Diario la Nación. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=212591&high=evasion>
- LOS CIERRES DE CUENTAS CORRIENTES AUMENTARON EL 18% EN 1995. Edición miércoles 24 de enero de 1996. Publicado Diario La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=167205&high=efecto%20tequila>
- LOS DEPÓSITOS ESTÁN EN EL NIVEL DE ANTES DEL EFECTO TEQUILA. Edición viernes 12 de enero de 1996. Publicado en Diario La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=167117&high=efecto%20tequila>
- *MACHINEA INSISTE EN EL APOYO A LA CONVERTIBILIDAD. Edición del*

lunes 27 de octubre de 1997. Disponible en <<http://www.clarin.com/diario/1997/10/27/o-04501a.htm>>

- MOISSET de ESPANES. Op cit. y EL ALTAR DE LA CONVERTIBILIDAD. Edición del domingo 05 de diciembre de 1999. Por Daniel Fernández Canedo de la redacción de El Clarín disponible en <<http://www.clarin.com/suplementos/zona/1999/12/05/i-00801e.htm>>
- *TARIFAS: LAVAGNA FRENA A LAS EMPRESAS.* Edición del jueves 31 de octubre de 2002. Publicado en Diario el Clarín. Disponible en <<http://www.clarin.com/diario/2002/10/31/e-01101.htm>>
- *TLCAN Tribunals Stir U.S. Worries,* por Adam Liptak. Edición abril 18, 2004. Publicado en el Diario New York Times.
- VENTAS A BRASIL, EN PELIGRO. Edición lunes 14 de setiembre de 1998. Publicado Diario La Nación. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=110559&high=crisis%20brasil>

6. Normas República de Argentina

- Decreto 2255 de 1992.
- Decreto 293 de 2002
- Ley 23.492
- Ley 23.521
- Ley 23.696 de 1989.
- Ley 23.928 de 1991
- Ley 25.561 de 2002.

7. Tratados Internacionales

- Carta de las Naciones Unidas. 1945.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 1969.
- Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. 1965.
- Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos Ilícitos Internacionales.
- Tratado entre la República Argentina y Chile sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
- Tratado entre la República Argentina y Francia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
- Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

ANEXO 1

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBI) FIRMADOS POR ARGENTINA			
País	Firma del convenio	Aprobación	Entrada en vigencia
Alemania	Abr-91	Ley 24.098	Nov-93
Argelia	Nov-00	Ley 25.538	
Armenia	Abr-93	Ley 24.395	Dic-94
Australia	Ago-95	Ley 24.728	Nov-96
Austria	Ago-92	Ley 24.328	Ene-95
Bélgica - Luxemburgo	Jun-90	Ley 24.123	Ago-92
Bolivia	Mar-94	Ley 24.458	May-95
Brasil (a)	Feb-96	Ley 25.035	Oct-98
Bulgaria	Sep-93	Ley 24.401	Nov-94
Canadá	Nov-91	Ley 24.125	Abr-93
Chile	Ago-91	Ley 24.342	Ene-95
China (b)	Nov-92	Ley 24.096	Jun-94
Corea del Sur	May-94	Ley 24.682	Ago-96
Costa Rica	May-97	Ley 25.319	Ago-99
Croacia	Dic-94	Ley 24.563	Sep-95
Cuba	Nov-95	Ley 24.770	Feb-97
Dinamarca	Nov-92	Ley 24.397	Ene-95
Ecuador	Feb-94	Ley 24.459	Dic-95
Egipto	May-92	Ley 24.248	Dic-93

El Salvador	May-96	Ley 25.023	Sep-98
España	Oct-91	Ley 24.118	Sep-92
Estados Unidos (c)	Nov-91	Ley 24.124	Oct-94
Finlandia	Nov-93	Ley 24.614	Dic-95
Filipinas	Sep-99	Ley 25.481	
Francia	Jul-91	Ley 24.100	Mar-93
Gran Bretaña	Dic-90	Ley 24.128	Feb-93
Guatemala	Abr-98	Ley 25.350	
Holanda	Oct-92	Ley 24.352	Oct-94
Hungría	Mar-93	Ley 24.335	Jun-94
India	Ago-99	Ley 25.540	
Indonesia	Nov-95	Ley 24.814	Abr-97
Israel	Jun-95	Ley 24.771	Feb-97
Italia	May-90	Ley 24.122	Oct-93
Jamaica	Feb-94	Ley 24.549	Sep-95
Lituania	Mar-96	Ley 24.984	Jun-98
Malasia	Sep-94	Ley 24.613	Dic-95
Marruecos	Jun-96	Ley 24.890	Nov-97
México	Nov-96	Ley 24.972	May-98
Nueva Zelandia	Ago-99	Ley 25.539	
Panamá	May-96	Ley 24.971	May-98
Perú	Nov-94	Ley 24.680	Ago-96

Polonia	Jul-91	Ley 24.101	Sep-92
Portugal	Oct-94	Ley 24.593	Nov-95
República Checa	Sep-96	Ley 24.983	Jun-98
Rumania	Jul-93	Ley 24.456	May-95
Rusia	Jun-98	Ley 25.353	
Senegal	Abr-93	Ley 24.396	Nov-94
Sudáfrica	Jul-98	Ley 25.352	
Suecia	Nov-91	Ley 24.117	Sep-92
Suiza	Abr-91	Ley 24.099	Nov-92
Tailandia	Feb-00	Ley 25.532	
Túnez	Jun-92	Ley 24.394	Ene-95
Turquía	May-92	Ley 24.340	May-95
Ucrania	Ago-95	Ley 24.681	Ago-96
Venezuela	Nov-93	Ley 24.457	Jul-93
Vietnam	Jun-96	Ley 24.778	Feb-97