



UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración.

**LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS POR EL
INCUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN**

**TRABAJO ESPECIAL DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO Y DE LA
INTEGRACIÓN**

Autora: Carmen Luisa Medina Loroño.

Tutor: Juancarlos E. Vargas A.

Caracas, junio 2012.

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre, Juan de la Trinidad, quien aún cuando no está presente físicamente, para compartir conmigo este nuevo logro académico, sé que donde quiera que esté, se encuentra feliz y orgulloso de la herencia que me ha dejado.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente le agradezco a Dios Padre Todopoderoso, gracias por la sabiduría y el entendimiento, así como la perseverancia que a bien tuvo brindarme para obtener esta nueva meta en mi vida.

A mis padres, Alicia María y Juan de la Trinidad, gracias a la semilla de inteligencia que sembraron en mi, pude culminar este hermoso trabajo.

A mi compañero de vida, Alfredo, por su amor, apoyo, consideración y paciencia, que día a día me ofrece, hoy le doy gracias desde mi corazón.

Mi palabra de agradecimiento y estima para Carmelo Urdaneta, Consultor Jurídico del Ministerio del Poder Popular de Petróleo y Minería, quien con su comprensión y solidaridad, valoró el esfuerzo académico que amerita la elaboración de este trabajo.

A mi apreciado tutor, profesor Juancarlos E. Vargas, a quien debo agradecer su apoyo y sabios consejos en el transitar de este camino académico, que representa un peldaño más en la escalera de mi formación intelectual.

Finalmente, agradezco a todas las personas que de una u otra manera estuvieron presentes y contribuyeron al logro de este objetivo.

INDICE.

Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Resumen	vi
Introducción	vii
El planteamiento del problema.....	x
Interrogantes de Investigación	xi
Objetivo General	xii
Objetivos Específicos	xii
Marco Metodológico	xiii

CAPITULO I.- El hecho internacional ilícito como generador de Responsabilidad de los Estados. Conceptos básicos. 1

1.1. El hecho internacional ilícito.....	1
1.2. La responsabilidad internacional.....	3
1.3. La reparación del daño. Clases de reparación.....	8
1.4.Las causas eximentes de responsabilidad. El estado de necesidad.	12

CAPITULO II.- La aplicabilidad del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos en relación con el incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión 17

2.1. Antecedentes del Proyecto de Artículos.....	17
2.2. Estructura y Contenido del Proyecto de Artículos	25
2.3. Los Tratados Bilaterales de Inversión. Características Generales. Las Cláusulas Estándares. La Cláusula Arbitral.	29

2.3.1. Características Generales.....	30
2.3.2. Cláusulas Estándares	33
2.3.3. La Cláusula Arbitral.....	37
2.4. El Arbitraje de Inversiones. El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones(CIADI).	42
2.4.1. El Centro Internacional De Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).	46
2.5. La ejecución de los laudos CIADI	53
CAPITULO III.- Análisis de los laudos arbitrales CIADI a la luz de la Responsabilidad del Estado	56
3.1 Laudo dictado en el caso LG&E Energy Corp. LG&E capital Corp. LG&E International, Inc. contra la República Argentina (caso CIADI N° ARB/02/1) del 09 de julio de 2007.	56
3.2. Azurix c Argentina (caso CIADI N°. ARB/01/12) del 23 de junio de 2006.	71
Conclusiones	89
Bibliografía	94

ANEXOS

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por
Hechos Internacionalmente Ilícitos.

Carga de Casos CIADI. Estadísticas (Edición 2012-1).

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración.

La Responsabilidad Internacional de los Estados por el Incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión.

Autora: Carmen Luisa Medina Loroño.
Tutor: JuanCarlos E. Vargas A.
Fecha: junio 2012.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar cuándo procede la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversiones, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales CIADI, en los casos de Argentina, la cual está establecida en los casos LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International, INC contra Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/1) y Azurix Corp. contra Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/12). Para ello se diseñaron como objetivos específicos: 1) Estudiar el hecho internacional ilícito como generador de responsabilidad de los Estados. 2) Determinar la aplicabilidad del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos en caso de incumplimiento de los TBIs y 3) Analizar la obligación de los Estados de reparar el daño ocasionado por el incumplimiento de los TBIs, a la luz de la jurisprudencia arbitral del CIADI, a través del estudio comparativo de los dos laudos señalados. Las interrogantes que la investigación se planteó, entre otras, fueron: ¿Hasta dónde está el Estado obligado a responder de sus actos u omisiones? ¿Cuáles son las circunstancias excluyentes de responsabilidad? ¿Cuáles son las consecuencias legales de un hecho internacional ilícito, conforme lo establece el referido Proyecto de Artículos? La metodología empleada fue la investigación de tipo documental, jurídico-descriptiva, recogió elementos informativos que se encuentran en fuentes documentales, tales como libros de texto especializados en la materia, revistas electrónicas donde se trata el tema con la seriedad académica que lo amerita, incorporando referencias que actualmente se manejan a través de la web, utilizando las técnicas de fichaje. Finalmente, producto de la investigación, se concluye que: El Estado está obligado a responder de sus actos u omisiones, cuando su comportamiento sea considerado contrario a una obligación internacional (sea de orden consuetudinario o normativo, de naturaleza convencional), cuya consecuencia es la reparación de los daños, si los hubiere, la cual va desde la reparación integral, la restitución hasta la indemnización, inclusive pecuniaria y la satisfacción. Las circunstancias excluyentes de responsabilidad son causas que eximen de responsabilidad al Estado. Su ocurrencia da lugar a considerar que no hubo ilicitud y por lo tanto no opera la responsabilidad, las causas excluyentes de responsabilidad son: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad. Las consecuencias jurídicas del hecho ilícito, conforme lo establece el Proyecto de Artículos, devienen en la responsabilidad internacional que asumen los Estados, y si han causado daños, quedan obligados a repararlos. **Descriptor:** Responsabilidad internacional, Hecho ilícito internacional, Tratados Bilaterales de Inversión, Laudos Arbitrales, CIADI, Arbitrajes de Inversión.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en el estudio de la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversiones, a la luz de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales CIADI, en los casos de Argentina.

Actualmente, el mundo del Derecho Internacional nos ofrece una gama de temas apasionantes para su estudio y análisis, especialmente en el ámbito de los negocios internacionales. Uno de estos temas es el tratamiento de las inversiones internacionales, desde el punto de vista jurídico.

Llama la atención el gran número de Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs) que en los últimos tiempos ha proliferado en forma exponencial, alcanzando el orden de cuatro mil a nivel global, lo cual demuestra la importancia que tiene el tema y el interés demostrado por parte de la comunidad internacional en la dinámica comercial entre diferentes países, con miras a la protección de sus inversionistas a través de este mecanismo, cuyo norte no es otro que el de impulsar el desarrollo económico mundial, estableciendo un piso sólido de seguridad jurídica, que resulte atractivo para el inversionista extranjero.

En tal sentido, se considera acertado exponer en este trabajo un aspecto sumamente interesante como lo es el de la responsabilidad de los Estados derivada del incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversiones, sus características, supuestos de procedencia, eximentes de ilicitud, y la reparación a la que queda obligado el Estado infractor, a la luz de la jurisprudencia arbitral del CIADI, establecida en dos casos que consideramos emblemáticos.

Es preciso señalar que la responsabilidad que asume un Estado frente a otro, entendida como la capacidad de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas entre ambos, como pares, se ha extendido al inversor, nacional de otro Estado, siempre y cuando entre ambos países se haya suscrito y ratificado un TBI, estableciéndose así una suerte de relación triangular, por lo demás interesantísima, que abre un compás para los estudiosos de esta área del conocimiento, invitándonos a profundizar en el análisis tanto del comportamiento de los Estados como de los inversores, en el marco de la solución de conflictos a través del arbitraje de inversiones, liderado por el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Sobre la base de los conceptos emanados del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2001, procederemos al análisis comparativo de los laudos arbitrales del CIADI en los casos LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International, INC. contra la República Argentina (Caso CIADI N°. ARB/02/1) y Azurix Corp. contra Argentina (Caso CIADI N°. ARB/01/12) a la luz de la responsabilidad internacional de los Estados, derivada del incumplimiento o violación de los Tratados Bilaterales de Inversión, a la que nos hemos referido.

Los esfuerzos regionales y universales para la creación de regímenes legales que regulen la materia, las innumerables críticas y cuestionamientos jurídicos y políticos a los referidos Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), cuyos argumentos se basan en el concepto de soberanía, ampliamente debatido por autores especialistas en el tema, así como el creciente número de arbitrajes en materia de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por incumplimiento por parte

de los Estados de los estándares de protección, contemplados en los TBIs, nos dan razones para adentrarnos en el complejo mundo del funcionamiento de las normas internacionales, nos permite estudiar la dinámica que va desde los intereses y protección de los Estados y sus políticas públicas, hasta los derechos y obligaciones de los inversionistas extranjeros. Para ello se hace necesario el análisis del tema desde la perspectiva de la interpretación que se les ha dado a estos aspectos en la jurisprudencia arbitral internacional del CIADI, establecida en los casos ya señalados.

El presente trabajo, se presenta para optar al título de Especialista en Derecho Internacional Económico y de la Integración y pretende constituirse en una colaboración para el estudio y análisis del tema relativo a la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión, a la luz de la jurisprudencia arbitral de los casos ya mencionados, resueltos por los tribunales CIADI, partiendo de su estudio comparativo.

El trabajo está estructurado en tres capítulos, en el primero se establece la base teórica conceptual que sirve de sustento para el estudio del hecho internacional ilícito como generador de responsabilidad de los Estados. En el capítulo segundo, se hace referencia a la aplicabilidad del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2001, cuando se trata del incumplimiento de Tratados Bilaterales de Inversión por parte de los Estados, el tercer capítulo comprende el análisis comparativo de los dos casos emblemáticos ya mencionados, decididos por los tribunales arbitrales del CIADI, relacionados con el tema central del presente trabajo y finalmente se exponen las conclusiones y la bibliografía consultada.

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El problema gira en torno a explicar hasta qué punto los Estados receptores de inversiones asumen frente a un inversionista nacional de otro Estado con el cual tienen suscrito y ratificado un Tratado Bilateral de Inversión (TBI), la responsabilidad de reparar el daño que le ha ocasionado, derivado del incumplimiento de las cláusulas previstas en el TBI, cuyo contenido protege su inversión, partiendo del análisis comparativo de dos laudos arbitrales emblemáticos dictados por los tribunales del CIADI.

Este trabajo abarca una serie de tópicos importantes, actuales y que llaman a la reflexión, especialmente el constituido por la responsabilidad internacional de los Estados frente a una persona natural o jurídica, quien invocando el incumplimiento de un Tratado Bilateral de Inversión, puede acudir a un tribunal arbitral y demandar al Estado infractor la reparación del daño que pretende se le ha ocasionado.

En el ámbito del derecho internacional público, el hecho ilícito internacional genera para los Estados, como miembros de la comunidad internacional, la obligación de reparación integral del perjuicio ocasionado, si lo hubiere, como resultado de la responsabilidad internacional a la que están sometidos.

Ahora bien, en el campo específico de las inversiones extranjeras, podemos ver cómo en los últimos veinte años se ha generado todo un movimiento que tiende a su protección, en aras de lograr la armonización de las relaciones económicas a nivel mundial. Asimismo, las tendencias modernas en derecho internacional público se inclinan hacia el reconocimiento de los individuos como actores internacionales y a la protección de sus derechos.

En materia de inversiones extranjeras, por la vía de la suscripción de TBIs, se establecen cláusulas que permiten a los inversionistas acudir directamente a la jurisdicción arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en caso de que consideren que el Estado receptor de su inversión no ha dado cumplimiento a las cláusulas contenidas en el TBI suscrito y ratificado con su país de origen, lo cual les ha producido algún daño, convirtiéndose así en una garantía o piso sólido, desde el punto de vista jurídico, de protección de sus inversiones en virtud de que las realizan en un Estado que les es ajeno al de su nacionalidad, por lo cual podrían ver seriamente afectados sus intereses.

En este sentido, nos planteamos la problemática relativa a la reclamación que hacen los inversionistas frente al tribunal del CIADI y cuál ha sido el tratamiento que le han dado los tribunales arbitrales de este Centro para determinar la procedencia de la responsabilidad de los Estados por considerar que estos han incurrido en hechos internacionalmente ilícitos, así como la determinación de las circunstancias eximentes de ilicitud.

INTERROGANTES DE INVESTIGACIÓN

¿Hasta dónde está el Estado obligado a responder de sus actos u omisiones, de actos u omisiones dentro de su territorio, de actos de sus funcionarios, de sus órganos y representantes?, ¿Cuáles son las circunstancias excluyentes de responsabilidad?, ¿Cuáles son las consecuencias legales de un hecho internacional ilícito?, ¿Qué obligaciones de reparación surgen por el incumplimiento de los Estados de los estándares previstos en los TBIs?, ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales, conforme lo

establece el Proyecto de sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos?, ¿De acuerdo con la jurisprudencia arbitral del CIADI, en los casos LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International INC contra Argentina (Caso CIADI N°. ARB/02/1) y Azurix Corp. contra Argentina (Caso CIADI N°. ARB/01/12), cuáles son los mecanismos de indemnización que deben asumir los Estados cuando ocasionan daños derivados del incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión y cuándo proceden las eximentes de ilicitud?, ¿Cuáles son las sanciones que se podrían aplicar a los Estados que no acatan los laudos arbitrales dictados por el tribunal arbitral del CIADI?

OBJETIVO GENERAL

Analizar, a la luz de la jurisprudencia arbitral establecida en los casos de Argentina: LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International, INC contra Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/1) y Azurix Corp. contra Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/12), del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuándo procede la responsabilidad de los Estados como consecuencia del incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión, así como las circunstancias eximentes de ilicitud.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1) Estudiar el hecho internacional ilícito como generador de responsabilidad internacional de los Estados.

2) Determinar la aplicabilidad del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos en caso de incumplimiento de los TBIs.

3) Analizar la obligación de los Estados de reparar el daño ocasionado por el incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión y sus excepciones, a la luz de la jurisprudencia dictada por los tribunales arbitrales CIADI, contra la República Argentina en los casos LG&E Energy Corp. LG&E Capital Corp. LG&E International, INC contra Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/1) y Azurix Corp. contra Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/12).

MARCO METODOLÓGICO

La investigación fue fundamentalmente de tipo documental, jurídica-descriptiva, en tanto que recogió elementos informativos que se encuentran en fuentes documentales, tales como libros de texto especializados en la materia, revistas electrónicas, donde se trata el tema con la seriedad académica que lo amerita, incorporando referencias bibliográficas que actualmente se manejan a través de la web.

Asimismo, se procedió al análisis jurídico comparativo de dos casos decididos por el tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que permiten tener una referencia práctica importante y sirven de fundamento para conocer cómo funcionan los conceptos plasmados y estudiados en profundidad por la doctrina y la jurisprudencia internacional.

CAPITULO I.

EL HECHO INTERNACIONAL ILÍCITO COMO GENERADOR DE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS. CONCEPTOS BÁSICOS.

1.1. EL HECHO INTERNACIONAL ILÍCITO

El hecho internacionalmente ilícito consiste en la violación de una obligación internacional vigente, mediante un comportamiento (acción u omisión) atribuible a un Estado. Tanto la naturaleza de la obligación violada como el comportamiento del Estado, se rigen por el derecho internacional, no importando la calificación efectuada por el derecho interno del mismo hecho, aún cuando este último, lo considere lícito. El artículo 1 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) enuncia el principio fundamental de que la responsabilidad se deriva de todo hecho internacionalmente ilícito realizado por un Estado. Por lo tanto, en virtud de la comisión del hecho nace la serie de relaciones jurídicas que conforman la responsabilidad internacional.¹

Tradicionalmente se entendía que estas relaciones eran bilaterales, pero se ha aceptado progresivamente que existen hechos que implican responsabilidad incluso respecto a la comunidad internacional, por la violación de normas erga omnes.

Se configura un hecho ilícito internacional cuando un comportamiento, consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado y constituye violación de una de sus obligaciones internacionales, conforme lo establece el Art. 2 del Proyecto de Artículos ya citado.

¹ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado por la CDI en su 53 ° período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su resolución 53/83, de 12 de diciembre de 2001. Disponible en: UN <http://www.un.org/spanish/law/ilc/a5610.pdf>

La violación existe cuando el comportamiento de un Estado no se ciñe a lo que le exigen sus obligaciones, sea cual sea la fuente y naturaleza de éstas. La obligación debe estar en vigor para el Estado en el momento en que se realiza el hecho ilícito.²

Conforme a lo antes expuesto, podemos afirmar que uno de los elementos necesarios para que surja o nazca la obligación de reparación por parte de los Estados como sujetos de derecho internacional, cuando ocasionan algún daño, es la ocurrencia de un comportamiento atribuible a este que constituya una conducta considerada ilícita por el derecho internacional. Las conductas o comportamientos antijurídicos del Estado que originan su responsabilidad internacional se denominan, genéricamente, hechos del Estado, y engloban a la totalidad de las conductas de sus órganos, representantes, o actos de otras entidades, Estados, órganos o personas, que de una manera u otra, puedan atribuirse a dicho Estado.

Desde el punto de vista objetivo, la violación de una obligación internacional, se cumple cuando se verifica un comportamiento -hecho del Estado- que no se ajusta al contenido y alcance de esa obligación; es decir, que la conducta del Estado no se compadece con lo establecido en una obligación internacional, lo cual acarrea su responsabilidad. A tales efectos, es irrelevante, a estos fines, el origen o naturaleza de esa obligación (puede ser consuetudinaria, convencional o de cualquier otra clase); sólo interesa que dicha obligación se encuentre vigente con relación al Estado responsable al tiempo de cometerse el acto ilícito.

En tal sentido, el concepto de obligación se diferencia de la norma internacional. La noción de obligación es más amplia que la de norma, ya que una obligación no sólo puede tener origen en una norma, sino también en

² Artículos 12 y 13 del Proyecto de Artículos citado en la nota anterior.

otras causas, tales como, un acto unilateral propiamente dicho, una decisión judicial o arbitral, o la resolución de una organización internacional.

1.2-LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.

Etimológicamente hablando, la palabra responsabilidad nace de la palabra latina *responsum*, forma latina del verbo *responder*, por ello decimos que la responsabilidad en general, es la capacidad de responder.

La palabra responsabilidad comprende un abanico amplio de definiciones posibles. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, se hace referencia al compromiso u obligación moral que surge para un sujeto del posible error cometido en un asunto determinado. La responsabilidad es también la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita.

Otra definición de la Real Academia Española señala, que la responsabilidad es la habilidad del ser humano para medir y reconocer las consecuencias de un hecho que realizó con plena conciencia y libertad, por lo tanto la persona responsable es aquella que realiza una acción en forma consciente y que puede ser imputada por las consecuencias de su comportamiento.

En el ámbito jurídico, y más específicamente en el derecho internacional, encontramos nuevamente el término cuando hablamos de la responsabilidad internacional como una noción estudiada por la doctrina clásica, en los siguientes términos:

La responsabilidad internacional se origina en las conductas violatorias de las normas de derecho internacional por los sujetos de éste. Al ser el Estado el sujeto internacional por excelencia, su responsabilidad internacional puede provenir de conductas violatorias que atacan a personas, bienes o derechos de otro Estado, protegidos por normas internacionales.

En palabras del autor Eduardo Jiménez Aréchaga, siempre que se viola un deber establecido en cualquier regla de derecho internacional, automáticamente surge una relación jurídica nueva. Esta relación se establece entre el sujeto al cual le es imputable el acto, que debe "responder" mediante una reparación adecuada y el sujeto que tiene derecho de reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación³.

En este sentido, podemos afirmar con Mauricio Del Toro Huerta, que la naturaleza de la responsabilidad internacional se identifica con el principio de la acción contraria al derecho internacional.⁴

Puede configurarse responsabilidad por la lesión directa de los derechos de un Estado por un acto u omisión ilegal que causa daños a otro sujeto de derecho internacional o a un extranjero. En este caso, la responsabilidad la asume el Estado del cual el extranjero es nacional.

Por otra parte, podemos observar que la responsabilidad internacional es una institución dirigida a la restauración del ordenamiento internacional ante aquellas conductas lesivas, ocasionadas por sujetos de derecho internacional, cuya consecuencia deriva en la obligación de reparación.

³ Eduardo Jiménez de Aréchaga. "Responsabilidad Internacional", en: Max Sorensen, Manual de Derecho Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

⁴ Mauricio Iván Del Toro Huerta, La Responsabilidad del Estado en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf

Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia, en esta materia remiten a las reglas creadas por la costumbre y la propia jurisprudencia internacional. En este sentido, se destaca la decisión dictada por la Corte Permanente de Justicia en el caso Fábrica Chorzow, donde se señaló que: El principio esencial que se desprende de la noción misma de acto ilícito y que parece derivarse también de la práctica internacional (...) es el de que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que habría verosímilmente existido si dicho acto no se hubiere realizado. Restitución en especie, o de no ser ello posible, pago de una suma correspondiente al valor que adquiriría la restitución en especie, concesión, si fuere ello necesario, de una indemnización por pérdidas sufridas y que no quedaren cubiertas por la restitución en especie, o por el pago en su reemplazo...⁵. Esta decisión estableció una concepción general del derecho, de que toda violación de una obligación internacional trae consigo la obligación de reparar.

En el mismo sentido, se manifiestan los preceptos consuetudinarios dominantes, acogidos por la doctrina y la jurisprudencia internacional, los cuales, entre otros aspectos señalan que la responsabilidad del Estado se resuelve con la reparación, es decir, con el restablecimiento de las cosas a su estado original o por la justa indemnización, por la satisfacción o por cualquier otra modalidad que la reparación adopte en cada caso concreto.

Por otra parte, Tawil señaló que “existe responsabilidad internacional de un Estado cuando se vulneran los derechos de otro Estado o de sus nacionales, en su persona o bienes a consecuencia de un acto, hecho u

⁵ Affaire relative a l'Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond). Recueil des arrêts et des avis de la CPJI, serie A núm. 17, 13 septembre, 1928, pp. 5 y 18.

omisión ilegítima del primero, sus funcionarios o -en algunos supuestos- sus habitantes⁶.”

El reconocimiento de esta responsabilidad internacional, propia de una relación Estado a Estado, permitió reemplazar las vías de hecho a las que se recurrió durante un largo período de tiempo, como medio para la solución de conflictos, y asimismo abrió paso al desarrollo del derecho internacional.

Admitida actualmente la responsabilidad internacional del Estado, de acuerdo con los lineamientos expuestos por Benedetto CONFORTI, se exige a los efectos de su declaración:

- Un comportamiento (acción u omisión) atribuible tanto a órganos del poder central como a órganos de entes públicos o a sus divisiones políticas.
- La ilicitud del comportamiento estatal como consecuencia de la violación de una obligación internacional asumida, subsistiendo cierta discusión respecto a la imputabilidad subjetiva u objetiva en función de las teorías de la falta o del riesgo.⁷

De acuerdo con el derecho internacional, cuando el Estado incurre en violación de sus obligaciones, está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito, como resultado de esta responsabilidad. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado. Como consecuencia de su ilegal actuación queda obligado a la reparación del daño

⁶ Guido Santiago Tawil, ob. cit. En: PODESTA COSTA, L.A., “Derecho Internacional Público”, I, pág. 419, 4º Edición, Tea, Buenos Aires, 1960.

⁷ Benedetto Conforti, “Derecho Internacional Público”, Ed. Zavallia, 1995; pág. 419. Según este autor la regla general sería la llamada “responsabilidad objetiva relativa”, en función de la cual el Estado responde por cualquier violación del derecho internacional en tanto no demuestre una imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación asumida.

causado, la cual en este caso puede entenderse básicamente bajo tres modalidades, de acuerdo con lo pautado en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, a saber, la restitución, la indemnización y la satisfacción.

Siguiendo el mismo orden de ideas, podemos afirmar, con Arturo Santiago Pagliari, que la responsabilidad del Estado originada en un hecho internacionalmente ilícito, produce una serie de efectos jurídicos inmediatos, entre los que se destacan: el deber del Estado infractor de continuar cumpliendo la obligación violada, de poner fin a la violación de la obligación, de ofrecer garantías y seguridades de no repetición, si las circunstancias así lo requieren, y la de reparar íntegramente el perjuicio causado⁸.

Ahora bien, cuando se produce la violación de una obligación internacional y nace una relación jurídica nueva, no significa que desaparezca la relación jurídica primaria, es decir la obligación primigenia permanece vigente. Este principio está subyacente en el concepto de hecho ilícito continuado.

Por la razón antes señalada, la cesación de la violación es condición para eliminar las consecuencias de un hecho ilícito, cuya función esencial es la de salvaguardar la validez de la norma primaria. Si bien, generalmente la obligación de cesación se configura en casos de hechos ilícitos continuados, también se puede dar en infracciones esporádicas, pero repetidas con respecto a la misma obligación. La cesación está relacionada con la reparación y, particularmente, con la restitución, pero se distingue de esta última que no es objeto de limitaciones en cuanto a la proporcionalidad.

⁸ Arturo Santiago Pagliari, Responsabilidad Internacional y Protección Diplomática. Universidad de Córdoba, Argentina, 2010.

Como lo afirma el mencionado autor, las seguridades y garantías de no repetición cumplen una función preventiva más que reparativa; se traducen en un reforzamiento positivo del cumplimiento de la obligación. Suponen, obviamente, que la obligación primaria violada continúa en vigor. Se solicitan cuando el Estado lesionado tiene motivos para estimar que el restablecimiento de la relación existente antes de la violación, no lo va a proteger de una futura violación. Si bien no forman parte estrictamente de la reparación, pueden llegar a constituir una de las modalidades de la satisfacción.

Las formas de reparación de los daños constituyen una obligación de resultado o de comportamiento de carácter unilateral a la que queda comprometido el Estado infractor, que da origen a una nueva obligación que se traduce en el deber de otorgar las garantías necesarias a fin de asegurar la eficacia de la reparación. Por ello, las garantías de no repetición, deberían asumir la forma de un compromiso concreto, ya que de aplicarse o interpretarse en forma abstracta, serían ineficaces.

1.3.-LA REPARACIÓN DEL DAÑO. CLASES DE REPARACIÓN

La responsabilidad internacional comporta el deber de reparar los perjuicios ocasionados por la comisión de un hecho ilícito. Este principio es aceptado en forma pacífica por la doctrina y la jurisprudencia. La reparación debe ser íntegra, entendiéndose por tal que el resarcimiento debe borrar las consecuencias producidas por el hecho ilícito, es decir que la reparación debe restablecer, en la medida de lo posible, la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito.

Por ello, la obligación de reparar íntegramente el perjuicio causado, comprende todo daño causado por el hecho ilícito, tanto material como moral.

El Estado lesionado puede reclamar al Estado responsable la reparación de distintas maneras, que siguiendo el principio de la reparación íntegra, pueden adoptar la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada⁹.

El reclamante puede optar por alguna de las formas de reparación, ya sea en forma exclusiva una de ellas, o complementando una forma con otra. Asimismo, una restitución, como una indemnización puede y, en muchos casos debe, comprender una satisfacción.

La restitución es el mecanismo por el cual se repone la situación al estado anterior a la comisión del hecho ilícito. Constituye la primera forma de reparación, la manera más adecuada de eliminar las consecuencias del ilícito. Esta obligación no es ilimitada; procede en la medida que no sea imposible o desproporcionada.

En efecto, restablecer la situación anterior al hecho ilícito puede resultar, en ciertas circunstancias, excesivo o imposible, dependiendo de cada caso. Ello parece indicar la necesidad de ser cautos en la afirmación de que la restitución prevalece en forma absoluta sobre las demás modalidades de reparación. Debe tenerse presente que el derecho internacional únicamente obliga a que la reparación del ilícito cometido sea adecuada, es decir, de acuerdo con las circunstancias concretas y la naturaleza y alcance de la obligación violada¹⁰.

Si el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito no ha sido reparado por la restitución, o sólo lo ha sido parcialmente, el Estado responsable tiene la obligación de indemnizar, indemnización, que siguiendo

⁹

Ob cit. Arturo Santiago Pagliari, Responsabilidad Internacional y Protección Diplomática.

¹⁰

Ob Cit. PAGLIARI.

la regla de la integridad, debe cubrir todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante.

La indemnización es la forma más usual en la práctica internacional como medio de reparación. La función de la indemnización es remediar las pérdidas efectivamente sufridas ocasionadas por el hecho ilícito; tiene naturaleza de resarcimiento, no punitiva. Comprende todo daño susceptible de evaluación financiera, es decir todo daño susceptible de ser evaluado pecuniariamente. La evaluación financiera abarca no sólo el daño sufrido por el Estado mismo, sino también los perjuicios sufridos por los nacionales de ese Estado, sean personas físicas o jurídicas, en cuyo nombre el Estado puede presentar una reclamación, en el marco de la protección diplomática.

La satisfacción, en principio, es una forma de reparación subsidiaria y excepcional y su relación con el principio de la reparación íntegra se pone de relieve cuando entendemos que ella aplica, sólo en la medida en que el perjuicio ocasionado por el acto ilícito internacional no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

La satisfacción procede cuando los perjuicios causados por la violación de la obligación internacional no puedan evaluarse financieramente y constituyan una ofensa para el Estado. Este medio, destinado a reparar un “perjuicio no material”, se encuentra bien establecido en el derecho internacional. La satisfacción reviste la forma de un reconocimiento de la violación de la obligación internacional por parte del Estado responsable, y se materializa mediante una expresión de pesar, disculpa formal, o mediante cualquier otro acto que exprese su excusa por el hecho cometido.

Son distintas las formas que puede revestir la satisfacción (una investigación, medidas disciplinarias o penales, por ejemplo), incluso las

seguridades de no repetición analizadas anteriormente. Una de las modalidades más comunes de satisfacción es la declaración de ilicitud del hecho por una corte o tribunal competente. Otra forma que adopta es la disculpa efectuada formalmente por los órganos competentes del Estado infractor, muy frecuente en la práctica diplomática.

La exigencia de este medio y las formas de solicitar su cumplimiento, tienen dos limitaciones: a) Que no sea desproporcionado con relación al perjuicio efectivamente ocasionado por el acto ilícito; b) Que no revista una forma humillante para el Estado responsable¹¹.

En los Artículos 34 y siguientes del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos se señalan las tres modalidades básicas de reparación de daños¹², a saber, la reparación íntegra del perjuicio causado adoptará la forma de restitución, indemnización y satisfacción.

¹¹ Ob. cit. Arturo Pagliari.

¹² Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, CDI ONU, Artículo 34.- Formas de reparación
La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Artículo 35.- Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

a) No sea materialmente imposible;
b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

Artículo 36.- Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado".

Artículo 37.- Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.

3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Es importante destacar que sólo las dos primeras se plantean en materia de litigios entre un inversor extranjero y un Estado, dado que la satisfacción es una forma de reparación de carácter interestatal y simbólico, siendo la indemnización mucho más frecuente en tales contextos que la restitución, la cual es raramente factible.

Por otra parte, señala el mismo texto al que venimos haciendo referencia, que cuando se trate de sumas de dinero, procederá el pago de intereses, los cuales serán calculados desde la fecha que debía hacerse efectiva la cantidad de que se trate, hasta su cancelación total, lo cual tiene igualmente una naturaleza indemnizatoria.

1.4.- LAS CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. EL ESTADO DE NECESIDAD.

Cuando hablamos de causas eximentes de responsabilidad nos referimos a lo que la doctrina ha consagrado como ciertas circunstancias o motivos donde, habiéndose producido el daño, la responsabilidad de los Estados no opera.

Estos conceptos nacen en el derecho civil común, y más específicamente en la Teoría General de las Obligaciones, donde se considera que el sujeto infractor excepcionalmente, no asume la responsabilidad a la que está obligado cuando concurren alguno de estos supuestos, los cuales son considerados eximentes de responsabilidad, tales como el caso fortuito, fuerza mayor, estado de necesidad, legítima defensa, el hecho de un tercero, la culpa de la víctima, entre otros.

Estas circunstancias, atienden a la posibilidad de que causas ajenas a la voluntad del individuo puedan ser suficientes para demostrar que la ocurrencia del daño no le puede ser atribuida, lo exoneran de culpa y por lo tanto de responsabilidad.

Ahora bien, cuando nos referimos a la responsabilidad de los Estados como sujetos de derecho internacional, si bien el principio básico es el mismo, no podemos referirnos cien por ciento a las causas eximentes de responsabilidad que atienden a la voluntad del sujeto que ha sido afectada por causas externas que pudieran justificar la ocurrencia del daño y la imposibilidad por parte del mismo de evitarlo y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad, por cuanto la teoría de la culpa resulta insuficiente para explicar la responsabilidad internacional.

En el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados, hablamos de las eximentes de ilicitud, por cuanto el foco de esta figura se centra en constituirse en una excepción al principio general de responsabilidad internacional que atiende a la ocurrencia de un hecho internacionalmente ilícito que ha producido un daño y es atribuible a los Estados, como sujetos de derecho internacional cuya consecuencia legal es la reparación del daño ocasionado.

En este sentido, para que se configure una excepción que comporte una exoneración de la responsabilidad, se atiende al aspecto de la conformidad o no con el derecho internacional y no al aspecto volitivo como ocurre en el derecho común.

El verdadero efecto de la existencia de tales circunstancias no consiste en excluir la responsabilidad, que de otro modo se derivaría de un hecho ilícito en sí, sino más bien en impedir que se califique de ilícito el comportamiento

del Estado que actúa en tales circunstancias, lo cual se explica porque se asume que en estos casos, excepcionalmente no existe el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito, es decir se considera que no hay violación de la obligación internacional por haber ocurrido las circunstancias eximentes.

Así, las causas eximentes de ilicitud consagradas en el derecho internacional, básicamente son: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas respecto de un hecho internacional ilícito, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad.

Nos detenemos en el estudio de esta última, por considerarla relevante a los efectos de desarrollar el objetivo general del presente trabajo. El derecho internacional consuetudinario reconoce el estado de necesidad para “excluir la ilicitud de un acto que no está en conformidad con una obligación internacional”¹³.

La eximente de ilicitud por excelencia en esta materia la encontramos en el estado de necesidad, la cual para que se configure debe estar revestida de unas características muy peculiares, consagradas en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, y desarrollados por la jurisprudencia arbitral del CIADI, como lo veremos más adelante.

Para el relator de la Comisión de Derecho Internacional, Roberto Ago, se puede invocar un estado de necesidad como excusa de las conductas estatales no conformes a obligaciones internacionales y adoptadas en casos en que se revelan necesarias, a título excepcional, para conjurar un peligro grave, inminente, si no inevitable, que amenaza a un interés esencial de orden

¹³ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcíkovo-Nagymaros*, 1996.

ecológico, bien se produzca en alta mar, en el espacio ultraterrestre o en una zona sometida a la soberanía de otro Estado.¹⁴

Tal sería el caso de la intervención de extrema urgencia de un Estado fuera de las fronteras, si fuera éste el único medio de proteger el territorio nacional contra la llegada de gases tóxicos que se escaparan repentinamente de un depósito, y que los órganos del Estado vecino carecían de tiempo o de los medios necesarios para tomar las medidas oportunas.

La práctica demuestra que el estado de necesidad ha sido invocado ante amenazas a intereses como el mantenimiento de la paz interior, las condiciones de vida de la población, el equilibrio económico-financiero y la protección del medio ambiente.

Sin embargo, por tratarse de una excepción al principio general de responsabilidad, como ya se indicó, se hace necesario estudiar caso a caso, y verificar si existen las condiciones necesarias para invocar el estado de necesidad, alegado por los Estados para quedar excluidos de la responsabilidad internacional a la que están sometidos, y como consecuencia de ello quedar exentos de la reparación del daño que pudieren haber ocasionado.

En síntesis, podemos mencionar las condiciones necesarias para la invocación del estado de necesidad de acuerdo con la jurisprudencia arbitral CIADI, en los casos CMS c Argentina y LG&E Energy Corp. y otros contra la República Argentina del 3 de octubre de 2006, son a saber:

a) Existencia de una obligación internacional que surja de una norma dispositiva del derecho internacional. Obligación que tiene que estar vigente

¹⁴ James Crawford, Universidad de Cambridge. Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado, 2004.

para el sujeto y la cual no tiene que excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad.

b) Carácter necesario de las medidas adoptadas.

c) Existencia de un peligro grave e inminente para un interés esencial del Estado.

d) Amenaza de un peligro grave e inminente a un interés esencial del sujeto

e) Protección de un interés superior al derecho sacrificado

f) Violación de la obligación internacional como único medio de conjurar el peligro grave e inminente.

g) El sujeto que invoca la necesidad no tiene que haber dado lugar/contribuido a la aparición del peligro.

h) Carácter transitorio de la necesidad que motiva el incumplimiento de la norma internacional.

Estas condiciones, que constituyen un aporte de la jurisprudencia arbitral del CIADI serán objeto de estudio en el capítulo relativo al análisis de los casos mencionados.

CAPITULO II

LA APLICABILIDAD DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

2.1.- ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS.

A principios del siglo pasado, los ius-internacionalistas abordaron el tema de la responsabilidad vinculándolo con el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales, o en el contexto de la inobservancia de determinados deberes, relativos al cumplimiento de los tratados internacionales -pacta sunt servanda- o los daños ocasionados con su conducta a bienes, nacionales o extranjeros.

Las dificultades que ofrece la temática, así como la diversidad de perspectivas desde las cuales podía ser examinada, ocurrieron frecuentemente en el marco del derecho internacional “clásico”, cuando no se habían operado las grandes transformaciones en la comunidad internacional que habrían de agregar nuevos enfoques a la problemática de la responsabilidad internacional.

En realidad, la expresión “responsabilidad internacional del Estado”, comienza a difundirse a partir de fines del siglo XIX, pero la visión integral de los diversos aspectos comprendidos en la problemática, recién aparece en el siglo pasado asociada a un acto u omisión o hecho que se considerarán ilícitos desde la perspectiva internacional.¹⁵

¹⁵ Cfr: Ernesto J. Rey Caro. La Responsabilidad Internacional. Reflexiones sobre su Evolución. En: Responsabilidad Internacional, Córdoba, 2008. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

El tema de la responsabilidad internacional y su evolución va adquiriendo importancia por dos razones fundamentales, por una parte una razón de tipo político, por cuanto vino a reemplazar a las vías de hecho que por mucho tiempo se utilizaron para resolver las cuestiones surgidas cuando un Estado se consideraba lesionado por el comportamiento u omisión de otro Estado, y por la otra en lo jurídico, la noción de responsabilidad internacional constituye la parte medular del derecho internacional, más allá de que en aquella época fuera una materia insuficientemente dilucidada. “Cada vez que un Estado quiere hacer efectiva la responsabilidad -señala Podestá Costa- aparecen en juego normas fundamentales del derecho y de la convivencia internacional, como son la soberanía y la independencia de los Estados.”¹⁶

Pérez González, ha sintetizado las premisas sobre las que se asentó tradicionalmente la reglamentación jurídica del hecho internacionalmente ilícito y sus consecuencias. Destaca, en primer lugar, que el origen de la responsabilidad internacional lo constituyó el hecho internacionalmente ilícito que infringía el ordenamiento jurídico internacional, no teniendo lugar una responsabilidad derivada de acciones que en principio no prohibidas pudieran ocasionar daños susceptibles de ser invocados en el plano jurídico internacional.

En segundo lugar, que la relación surgida como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito es una relación de Estado a Estado, no concibiéndose en la relación de responsabilidad otros sujetos, activos o pasivos.

En tercer término, que tal relación es por regla general una relación bilateral, directa entre el Estado titular de un derecho subjetivo afectado por el

¹⁶ Podestá Costa, *Derecho Internacional Público*, T.E.A., Buenos Aires, 1955 t. I, p. 409. Citado por Ernesto Rey Caro. *Responsabilidad Internacional*, Córdoba, 2008.

hecho ilícito y el Estado al que se le atribuye este hecho, no siendo posible una acción-reclamación fundada en la titularidad de intereses no elevados formalmente a derechos subjetivos. Por último, las consecuencias de todo hecho que origina la responsabilidad internacional así configurada, se traducen en una obligación de reparar, a cargo del Estado al que se le atribuye el hecho.¹⁷

En la Conferencia de La Haya de 1930 el tema de la responsabilidad de los Estados volvió a surgir. Sin embargo y a pesar de la meritoria labor preparatoria que incluyó un cuestionario distribuido entre los gobiernos y la redacción de unas “bases de discusión”, los esfuerzos realizados fracasaron por existir discrepancias irreductibles que se originaron entre los representantes estatales, tanto en cuanto el carácter absoluto de la responsabilidad como en la definición de las “obligaciones internacionales”, entre otras cuestiones¹⁸

Las mencionadas “bases”, elaboradas sobre las respuestas de los Estados, ofrecieron una visión exhaustiva de los problemas que encerraba la materia, a saber: un Estado no puede sustraerse de su responsabilidad internacional invocando las disposiciones de su derecho interno; el fundamento de la responsabilidad internacional se apoya en el hecho de que el Estado participa de la comunidad internacional en la que existen derechos y obligaciones recíprocos.

Igualmente, como consecuencia de las referidas discusiones, se llegó a afirmar que el Estado es responsable, si un extranjero sufre perjuicios en los casos siguientes: a) habérsele rechazado el acceso a los tribunales para la

¹⁷ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional Público*, 16ª ed., Madrid, 2007.

¹⁸ Cfr.: Ernesto J. Rey Caro. La Responsabilidad Internacional. Reflexiones sobre su evolución. En: Responsabilidad Internacional, Córdoba, 2008. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

defensa de sus derechos; b) si la decisión judicial definitiva es incompatible con las obligaciones emanadas de un tratado o de otras obligaciones internacionales del Estado; c) si hubo retardo abusivo por parte de los tribunales; d) si el contenido de la decisión se inspira manifiestamente en malevolencia respecto a los extranjeros como tales o como nacionales de un Estado determinado; e) si el procedimiento y la sentencia tienen defectos que implican que los tribunales que la pronunciaron no ofrecen dar garantías para asegurar una buena justicia.¹⁹

También se señaló, que el Estado responde por los actos lesivos de los particulares si no da a los extranjeros perjudicados la protección adecuada, o si omite la diligencia debida para descubrir y castigar al autor, sobre todo si el acto fue dirigido contra un extranjero en su calidad de tal, o cuando la víctima no haya adoptado una actitud provocadora.

Se estableció asimismo, que el Estado no responde por los perjuicios ocasionados a la persona o bienes de un extranjero por la fuerza armada o la autoridad del Estado que reprimen una insurrección, motín u otro desorden; y en otro orden, se afirmó que el Estado es responsable por los daños causados a los extranjeros cuando es encargado de conducir las relaciones exteriores de otra entidad pública.

En cuanto a las causas eximentes de ilicitud, se aludió a que no hay responsabilidad cuando un Estado obre en legítima defensa, contra un peligro que representa el extranjero damnificado, o cuando el daño fuese causado en ejercicio de represalias contra el Estado al cual pertenezca el extranjero, o cuando éste por contrato haya aceptado la competencia exclusiva de los tribunales locales; que sólo se puede reclamar a favor de una persona que

¹⁹ Cfr: Ernesto J. Rey Caro. La Responsabilidad Internacional. Reflexiones sobre su evolución. En: Responsabilidad Internacional, Córdoba, 2008. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

sea nacional del Estado reclamante y haya permanecido como nacional suyo hasta la decisión definitiva, o de sus derechohabientes que sean nacionales; que la reparación de los daños al extranjero debe ser acompañada de excusas del Estado al Estado de quien depende el damnificado y con castigo de los culpables.²⁰

También se destacó que si algún diferendo entre Estados no podía ser solucionado amigablemente por las partes, debía someterse a la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Se señalaron muchos aspectos en los que hubo opiniones contrapuestas. La Comisión de la Conferencia de Codificación elaboró un proyecto de artículos, que resultó de gran utilidad como antecedente para la tarea de codificación de la materia, más allá del fracaso con que concluyeron las sesiones de la Conferencia.

El estudio del antecedente referido resulta interesante, por cuanto si detallamos el catálogo de elementos allí relacionados, podemos verificar que coincide en parte con los aspectos de la responsabilidad internacional que se consideraron cuando la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas emprendió su tarea codificadora, de allí su importancia. Muchas de las respuestas a cuestiones puntuales deben ser evaluadas de conformidad con las concepciones vigentes y realidades de la comunidad internacional de los años 30 del siglo pasado.

Diversos tópicos de la responsabilidad internacional fueron abordados en numerosos laudos arbitrales dictados desde la segunda mitad del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo pasado, habiendo contribuido al desarrollo

²⁰ Cfr: Ernesto J. Rey Caro. La Responsabilidad Internacional. Reflexiones sobre su evolución. En: Responsabilidad Internacional, Córdoba, 2008. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

de la materia, sin perjuicio de haber puesto de manifiesto diferentes puntos de vista y soluciones dispares. Gran parte de estos pronunciamientos se fundaron en el derecho internacional consuetudinario o en normas convencionales.

La Corte Permanente de Justicia Internacional abordó también el tema en diversas decisiones. Tanto este Tribunal como su sucesor, la Corte Internacional de Justicia, cuando ha tenido que pronunciarse sobre los actos ilícitos internacionales, usualmente orienta su terminología más que a la naturaleza y elementos del acto, a sus consecuencias, es decir a la responsabilidad internacional.

Pero no por ello -sostiene Pastor Ridruejo- ha dejado de construir más o menos conscientemente una propia teoría del acto ilícito, en la que nos aparece éste como aquél que infringe una regla de derecho internacional y generador por tanto de responsabilidad. La regla infringida puede consistir en un principio general del derecho, en una costumbre, o en una estipulación convencional.²¹

En 1956 comenzó el proceso de codificación encomendado a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, con la responsabilidad por daños causados a extranjeros. Luego, en 1962, la Comisión estimó que debía abordarse el estudio de las reglas generales de la responsabilidad de los Estados a la luz de las transformaciones experimentadas en el derecho internacional.

En 1963, la Asamblea General encarga un nuevo estudio del tema de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, sobre

²¹ Cfr. J.A, Pastor Ridruejo, La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya. (Sistematización y comentarios), Madrid, 1962, p. 407.

las siguientes bases: La definición de las normas generales de la responsabilidad internacional del Estado (es decir, el desarrollo de las normas secundarias, eliminándose el tema de las obligaciones sustantivas) y el estudio de los nuevos desarrollos del derecho internacional sobre la materia.

En 1997 se consideró que debían dividirse los dos grandes elementos del tema, la prevención y la responsabilidad. Se comenzó con la primera, elaborándose en el 2001 un texto definitivo de proyecto de artículos sobre “Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”, y a partir del 2002 se trabajó sobre un proyecto de artículos titulado “Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”.

Por otra parte, en el mismo año 2002 se incorporó en la agenda de la C.D.I., el tratamiento del tema de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales. La responsabilidad internacional también ha sido estudiada en vinculación con otros temas sometidos o que se incorporen en el futuro en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional

Fruto de los debates que duraron casi cuarenta años, se aprobó un proyecto de artículos sobre “La responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, que aún no se ha plasmado en un acuerdo o tratado, como aconteció en otras materias sometidas a estudio de la C.D.I.

Paralelamente, con la consideración de este aspecto de la responsabilidad, la Comisión de Derecho Internacional comenzó el estudio de la responsabilidad “objetiva” o por riesgo, incorporando, en 1978 el tema de la “responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional”.

El meritorio trabajo de la C.D.I. ha constituido la columna vertebral del tratamiento de la problemática vinculada con la responsabilidad internacional en las obras y trabajos elaborados por numerosísimos estudiosos a partir de la segunda mitad del siglo XX.²²

Roberto Ago, nombrado relator especial en 1967, presentó siete informes hasta 1980, limitando el estudio a la responsabilidad de los Estados sólo por actos ilícitos (dejando de lado la responsabilidad de las organizaciones internacionales, la de otros sujetos y la del individuo). El estudio abarcó el origen de la responsabilidad, los elementos del hecho ilícito y las causas excluyentes de la ilicitud. Tuvo el mérito de conceptualizar la responsabilidad desde un punto de vista puramente objetivo, prescindiendo del daño como elemento constitutivo del hecho ilícito. El daño queda eliminado del origen de la responsabilidad, no así de sus consecuencias.

Asumiendo una posición original entre la doctrina tradicional que establecía una relación directa entre la responsabilidad y el daño y la posición de Kelsen que vinculaba a la responsabilidad con la sanción, el relator establece la versión del Art. 19 del proyecto, en la que distingue entre delitos y crímenes, agregando para esta última categoría de infracciones el elemento punitivo (reparación más sanción).

En 1996, se amplió este proyecto (aprobado en primera lectura, gracias a la labor realizada por los dos nuevos relatores especiales que le sucedieron a Ago, Riphagen (1981/86) y Arangio Ruiz (1987/96), con una segunda parte referida al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional y una tercera dedicada a la solución de controversias. James Crawford, en 1998 asume, como Relator especial, la tarea de dirigir la segunda lectura del

²² Cfr: Ernesto J. Rey Caro. La Responsabilidad Internacional. Reflexiones sobre su evolución. En: Responsabilidad Internacional, Córdoba, 2008. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Proyecto. Su primer informe, presentado en 1998 revisa las cuestiones más discutidas del texto de 1996, tanto en la doctrina, como en las observaciones de Gobiernos, que habría que ir resolviendo en segunda lectura, tocando entre otros aspectos los relativos a: crimen internacional; normas primarias y secundarias, *lex specialis*; contramedidas; arreglo de controversias y la forma final del Proyecto. Dejando aparte la revisión de los primeros artículos, que quedan reordenados y mejorados en su redacción, el grueso del informe va dedicado al concepto de crimen de Estado.

Tres puntos fundamentales, fueron el resultado del proyecto de Crawford presentado en el 2000, que constituyen su aportación personal más importante en el largo trabajo de la CDI sobre la responsabilidad: el concepto de "Estado lesionado", la cuestión de las contramedidas y la solución de controversias²³

En la actualidad, se ha dejado de lado tal proyecto, sustituyéndolo por el aprobado en primera lectura en agosto del 2001, que consta de 59 artículos insertados en cuatro partes: El hecho internacionalmente ilícito del Estado; contenido de la responsabilidad internacional; modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional y disposiciones Generales, respectivamente.

2.2.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

Como ya se señaló, el proyecto de artículos está conformado por cuatro partes: en la primera parte, se establecen los principios generales, los cuales se enfocan en la noción de responsabilidad internacional como resultado de la ocurrencia de un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado. Así

²³ James Crawford. El "ius standi" de los Estados: una crítica del artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI. Revista Electrónica de Estudios Internacionales n.º m. 1, 2000 (www.reei.org).

mismo, se consagran los elementos del hecho ilícito generador de responsabilidad internacional.

De acuerdo con el contenido de esta primera parte, básicamente son dos los elementos que configuran el hecho ilícito, a saber, que el comportamiento del Estado (acción u omisión) sea atribuible al mismo, y en segundo lugar, que exista la violación de una obligación internacional por parte del Estado, lo cual, conforme al Artículo 4 se rige por el derecho internacional.

Posteriormente, el articulado pasa a delimitar cuándo se le puede atribuir a un Estado un hecho ilícito, estableciendo pautas relativas a personas que en el ejercicio de su autoridad, como parte del poder ejecutivo, legislativo o judicial, se entiende desde el punto de vista del derecho internacional, que es el Estado el que está actuando, como sujeto de derecho internacional.

Seguidamente se señala en qué consiste la violación de una obligación internacional, teniendo como principio general que toda obligación internacional debe estar en conformidad con lo que se le exige al Estado en el plano internacional, sea cual fuere el origen o naturaleza de esa obligación. Las obligaciones internacionales pueden ser establecidas por una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Esta debe estar vigente para el momento en que el Estado incurre en el comportamiento considerado como ilícito internacional.

Luego se pasa a regular la responsabilidad del Estado en relación con el hecho de otro Estado.

En el Capítulo V de la primera parte, se establecen cuáles son las circunstancias que excluyen la ilicitud, a saber, el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad.

En la segunda parte, se regula lo relativo al contenido de la responsabilidad, es decir, los principios generales encabezados por las consecuencias jurídicas que comporta el hecho internacionalmente ilícito, que al ser atribuido al los Estados dan lugar al nacimiento de la responsabilidad internacional.

Igualmente se establecen las formas de reparación del perjuicio ocasionado, que básicamente son tres: la restitución, la reparación y la satisfacción. Así mismo, señala la obligatoriedad del pago de intereses cuando se trate de sumas de dinero derivadas de la indemnización, para asegurar la reparación íntegra.

En la tercera parte, se alude a los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado. Se indica que el Estado lesionado debe notificar al Estado responsable, la reclamación debe ser presentada respetando las normas aplicables a la nacionalidad de las reclamaciones. Regula también la posibilidad de que existan varios Estados lesionados o varios Estados responsables.

Las contramedidas son acciones que toma el Estado lesionado con el objeto de inducir al Estado responsable a que cumpla con sus obligaciones, de acuerdo al caso. Se limitarán al incumplimiento temporal de las obligaciones que el Estado lesionado tiene con respecto al Estado responsable. Deben ser proporcionales y no podrán utilizarse como contramedidas las expresamente señaladas en el proyecto.

En la cuarta parte, se establecen disposiciones generales que atañen a la aplicabilidad del Proyecto de Artículos.

Básicamente, los principios generales son: la preferencia de la aplicación de la ley especial por encima de la aplicación del proyecto (el cual funge como ley general) y la aplicación del derecho internacional general sobre hechos que no estén previstos o regulados en el proyecto.

Seguidamente, se hace referencia a la responsabilidad de las organizaciones internacionales y a la responsabilidad individual. Por último se mantiene la vigencia de la Carta de las Naciones Unidas.

Roberto Ago considera que los artículos deben ser precisos, porque una cosa es definir una norma y el contenido de la obligación por ella impuesta y otra muy distinta es determinar si se ha infringido esa obligación y cuáles deben ser las consecuencias de tal infracción.

La condición para que un Estado incurra en responsabilidad internacional es que un hecho ilícito internacional le sea imputado, es decir que exista violación de una obligación impuesta por una norma jurídica internacional. Los Estados pueden contraer obligaciones internacionales mediante un acto unilateral, por ejemplo. Una obligación internacional puede emanar de las disposiciones previstas en un tratado (una decisión de un órgano de una organización internacional competente en la materia, la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia u otro tribunal para resolver un litigio entre dos Estados, etc.). La expresión "sea cual fuere el origen" de la obligación se refiere a todas las fuentes posibles de obligaciones internacionales.²⁴

²⁴ D, Álvarez Villar, Las represalias como circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho internacional cometido por el Estado, en: Contribuciones a las Ciencias Sociales, Abril 2012, www.eumed.net/rev/cccss/20/

Por otra parte, si la responsabilidad es subjetiva u objetiva, ello depende de las circunstancias y atiende al contenido de la obligación primaria, pero siempre debe ser atribuible al Estado, como persona jurídica con plena capacidad para actuar en derecho internacional y su comportamiento debe constituir una infracción, por parte de ese Estado, de una de sus obligaciones internacionales (abarca tanto las obligaciones convencionales como las que no dimanen de tratados).

2.3.- LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN. CARACTERÍSTICAS GENERALES. LAS CLÁUSULAS ESTÁNDARES. LA CLÁUSULA ARBITRAL.

Los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs) son convenios mediante los cuales dos Estados soberanos establecen mecanismos de derecho internacional para la protección de las inversiones. Como señala De Maekelt: Por cuanto ambas partes se benefician de las inversiones extranjeras, resulta lógico que también ambas tomen en cuenta el riesgo que esto puede suponer. Ante estos riesgos, el inversionista requiere y merece protección que consiste, especialmente, en la seguridad jurídica que le brindan los tratados²⁵.

Los TBIs consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confieren los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos. Sin lugar a dudas, la efectiva protección brindada por estos convenios al inversor extranjero se ve materializada en la consagración de los derechos y la instrumentación necesaria para hacerlos valer en el plano internacional, a través del arbitraje. La definición y el contenido de los derechos de un tratado dependerán de los términos del TBI en concreto del que procedan los derechos.

²⁵ Tatiana De Maekelt: Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las Cláusulas Arbitrales y su Aplicación” en “Arbitraje Comercial Interno e Internacional, Serie Eventos N° 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 334.

2.3.1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES.

Las modalidades de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) presentan algunas variantes, dependiendo de las diferentes prioridades, enfoques y posiciones de negociación de los Estados. A pesar de ello, los TBIs pretenden facilitar la inversión al tratar cuestiones relativas a leyes y políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. En consecuencia, aspectos como la admisión de inversiones, el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre transferencia de fondos y compensaciones de capital y beneficios, así como la compensación en caso de expropiación y la resolución de controversias, son siempre incluidos en los TBIs. Otras de las cláusulas que también suelen incluirse en esta categoría de tratados, son las referentes a requisitos de actuación, subrogación, transparencia de leyes nacionales, así como actividades y sectores reservados.²⁶

Los Acuerdos y Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se refieren tanto a Estados como a inversionistas. La normativa está dirigida a los Estados, pero los beneficiarios resultan ser los particulares, es decir, los inversionistas extranjeros, ya que el objeto principal de estos Acuerdos es el compromiso que asumen los Estados de garantizar al inversionista extranjero la protección de la inversión, dándole la posibilidad de recurrir a una instancia internacional, a un órgano arbitral, para plantear una controversia contra el Estado receptor de la inversión, sin que sea necesaria, como ocurría en el pasado con la institución de la protección diplomática, la intervención de su Estado de origen o de su nacionalidad.

²⁶ Sobre el contenido de los derechos derivados de un TBI en general, ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995), capítulos 3 y 4; para el desarrollo y contenido del modelo de texto TBI de Estados Unidos, ver KENNETH J. VANDEVELDE, *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave*, 14 *Michigan Journal of International Law* 621-704 (1993).

Como ya se mencionó, el contenido y alcance de los TBIs puede variar considerablemente, aún entre aquellos firmados por un mismo Estado. Sin embargo, existen aspectos que son normalmente cubiertos, tales como: (i) el ámbito de aplicación; (ii) la definición de “inversión”; (iii) el Derecho aplicable; (iv) provisiones de protección a las inversiones contra las expropiaciones; y (v) el acceso al arbitraje internacional y/u otras formas de resolución de controversias.

Los TBIs tienen un doble fin, en primer lugar proteger a las inversiones e inversionistas extranjeros que operan dentro de los Estados y por otro, crear un marco favorable amparado en la seguridad jurídica para atraer las inversiones al país. Los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

- a) Establecer el trato y protección debidos al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar. Su carácter convencional aleja cualquier duda sobre su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.
- b) Otorgar al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese modo las limitaciones que le impone el orden jurídico internacional, es decir, la necesidad de recurrir a la institución de la protección diplomática, como ocurría en otros tiempos.
- c) Por último, amparar los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor.²⁷

²⁷ Leonardo Granato: Protección del Inversor Extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión” Centro Argentino de Estudios Internacionales. 2005

Los contratos celebrados entre inversionistas y Estados, cuando no están protegidos por un tratado Bilateral de Inversión, comúnmente están sometidos al derecho interno, a través de las figuras de contratos administrativos o contratos de la Administración, que le permiten al Estado, mediante el ejercicio de sus potestades o prerrogativas, incorporar cláusulas exorbitantes que consagran la posibilidad de resolverlos unilateralmente por razones de “interés público”, con lo cual podría verse seriamente perjudicado al inversionista extranjero.

Siguiendo el mismo orden de ideas, no habiendo la protección del Tratado Bilateral de Inversión, puede el Estado, en el ejercicio de sus potestades públicas, bajo la aplicación de su derecho interno, modificar de forma unilateral e imprevisible su legislación administrativa sobre concesiones, o las normas de derecho laboral o de la seguridad social, nacionalizar ciertas empresas, expropiar sus bienes, alterar el régimen aduanero o establecer control de cambio de divisas, sin que el inversionista cuente con un asidero jurídico que le asegure una reclamación eficaz (por no existir una verdadera igualdad entre las partes), situación ésta que representa un riesgo sumamente elevado para el inversor, quien no estará dispuesto a asumir los perjuicios que ello implicaría, pudiendo ocasionarle la pérdida total de sus negocios.

Como resultado de lo antes expuesto, podemos afirmar que los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversionista extranjero se encuentran amparados por estos tratados internacionales, posibilitando su inserción en el orden jurídico internacional, otorgando la alternativa al inversionista extranjero para reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje, cara a la responsabilidad internacional asumida por el Estado receptor a través de los TBIs.

En términos de su contenido, los tratados bilaterales de inversión están conformados por: el preámbulo, el ámbito de aplicación, definición de inversión y de inversionista extranjero, estándares de trato (trato nacional y nación más favorecida), el derecho a la repatriación de los beneficios, protección contra la expropiación, así como un capítulo dedicado a los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias que puedan surgir en cuanto a la interpretación y aplicación del tratado; dichos mecanismos son importantes en la medida en que aseguran el cumplimiento y la implementación de las obligaciones de los Estados contempladas en el TBI. Con ello lo que se pretende es darle un piso sólido de seguridad jurídica a las inversiones extranjeras y minimizar los riesgos a los que normalmente están expuestos los inversionistas.

2.3.2.- LAS CLÁUSULAS ESTÁNDARES.

Se han diseñado unas cláusulas tipo, también llamadas cláusulas estándares, o cláusulas paraguas, que se encuentran en la mayoría de los TBIs, cuyo objetivo no es otro que el de establecer, en forma específica una protección desde el punto de vista jurídico, para salvaguardar los derechos de los inversionistas.

Entre otras, vale la pena destacar las siguientes: a) el tratamiento justo y equitativo, b) trato no discriminatorio c) la cláusula de la nación más favorecida, d) trato nacional, e) riesgos políticos o no comerciales (expropiación, nacionalización y eventos bélicos) y f) cláusula arbitral para solución de controversias. Explicamos brevemente el significado y alcance de cada una de ellas, como sigue:

a) Tratamiento justo y equitativo: Se refiere a la aplicación del principio de buena fe en el ámbito internacional, es decir que las partes asumen el compromiso de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo. Esta cláusula, además de servir de patrón de referencia para el tratamiento recíproco que deben tenerse las partes, sirve de auxiliar en la interpretación de otras normas contenidas en los tratados, e inclusive, suplir eventuales lagunas normativas en los ordenamientos internos.

b) Trato no discriminatorio: Consiste en la obligación de no perjudicar con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de la otra parte contratante. Para que un acto sea discriminatorio deben darse dos circunstancias: a) la medida debe redundar en un daño actual para el inversor; y b) el acto debe haber sido realizado con la intención de dañar al inversor, por lo que será discriminatoria toda medida dirigida contra un inversor extranjero o un grupo de ellos, en razón de su nacionalidad y que le haya ocasionado un perjuicio a sus intereses

c) Cláusula de la Nación más Favorecida (NMF): es un compromiso que asume el Estado receptor del capital frente a los restantes Estados de la comunidad internacional de tratar a los inversores del otro Estado de una forma no menos favorable que la que se le otorga en situaciones similares a inversores nacionales de terceros países. Mediante esta cláusula se le otorga derecho al beneficiario del tratamiento acordado con un tercer Estado, antes o después de que el tratado bilateral suyo entre en vigencia.

d) Trato nacional: El principio conocido como national treatment, exige que a los efectos del tratado, los inversores extranjeros sean objeto de igual tratamiento que los inversores nacionales, con lo cual lo que se prevé es evitar la discriminación entre inversores nacionales y extranjeros.

e) Riesgos políticos, no comerciales: los TBI también establecen reglas de protección que resguardan al inversor extranjero de los denominados “riesgos políticos” o “no comerciales”; es decir, aquellos que son ajenos a los términos comerciales normales de la operación económica.

Entre los riesgos más importantes se encuentran las restricciones a las transferencias, las expropiaciones o nacionalizaciones y los daños ocasionados por guerra o eventos similares. Así, se prevé la posibilidad de que el Estado receptor de capital interfiera en los derechos de propiedad del inversor extranjero, en cuyo caso se les permite a los inversores garantizar jurídicamente la estabilidad de su inversión.

Siguiendo la definición de Dromi, la expropiación es el instituto de Derecho Público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única²⁸.

Los TBIs, realmente no prohíben la expropiación, pero aseguran que sólo se podrá expropiar por razones de “utilidad pública”, sobre una base “no discriminatoria”, bajo el “debido proceso legal” y con el pago de una compensación “pronta, justa y efectiva”.

Es preciso señalar que también se ha venido manejando por la jurisprudencia arbitral del CIADI, el término de expropiación indirecta o progresiva, como ocurre en el caso Azurix Corp. C Argentina (Caso CIADI N°ARB 01/12), laudo dictado el 23 de junio de 2006 y Caso CIADI ARB/

²⁸ Roberto Dromi: Derecho Administrativo, 10ª edición. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004.

02/1LG&Ec Argentina, que serán objeto de análisis en el Capítulo III de este trabajo.

Este concepto alude a una especie de expropiación según la cual no existe propiamente transferencia de la propiedad a favor del Estado receptor, como ocurre en el caso de la expropiación directa, sino que este realiza una serie de actos, que en su conjunto afectan el derecho de propiedad del inversionista sobre sus inversiones, aún cuando este continúa conservando su título de propiedad.

La nacionalización, por su parte, se define como la “actuación de un Gobierno en pos de incorporar al acervo nacional bienes y medios económicos, haciéndose cargo de su administración y explotación; previa indemnización a los propietarios desposeídos”²⁹

En su mayoría, los TBIs contemplan obligaciones por parte de los Estados receptores de ofrecer a los inversionistas compensaciones e indemnizaciones específicas para los supuestos de expropiación, nacionalización y confiscaciones que no se ajusten a lo dispuesto en dichos tratados, así como previsiones puntuales, garantizando compensaciones por pérdidas relacionadas con conflictos armados o desórdenes internos (o “situaciones semejantes”).

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

²⁹ Rogelio Moreno Rodríguez: Diccionario Jurídico. Buenos Aires, La Ley, 1998.

En la práctica, la mayor parte de los TBIs prevén un pago pronto, pero no establecen el plazo exacto en el cual éste debe efectivizarse. Se ha interpretado que este “pago rápido” no en todos los casos significa pago inmediato, es más bien interpretado como pago oportuno.

f) Solución de controversias: Los TBIs se caracterizan por contener mecanismos de solución de controversias en virtud de los cuales el inversionista extranjero puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus diferendos con el Estado receptor de la inversión, lo cual por otra vía sería imposible para el inversionista, toda vez que los particulares (personas físicas o jurídicas) no tienen personalidad activa para demandar a un Estado en el plano internacional. En el sistema clásico, era el Estado de la nacionalidad del particular quien hacía suyo el reclamo a través de la institución de la protección diplomática.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965 que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington contempla una instancia arbitral independiente en la cual el particular inversionista puede accionar contra el Estado receptor de su capital.

2.3.3.-LA CLÁUSULA ARBITRAL

Los TBIs, en su gran mayoría, establecen mecanismos para solucionar las controversias derivadas de la inversión extranjera que puedan suscitarse en el país receptor, dichos mecanismos van desde la posibilidad de resolver de manera amistosa la controversia entre las partes, hasta acudir a los tribunales nacionales de los Estados receptores de la inversión o acudir al arbitraje internacional a través del Centro Internacional de Arreglo de

Diferencias relativas a Inversión (CIADI) o el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entre otros.

Cuando hablamos de la cláusula arbitral, necesariamente debemos referirnos a la naturaleza jurídica del arbitraje, en razón a que de allí se deriva su existencia. En este sentido, es preciso señalar que el arbitraje constituye una fórmula alterna de solución de controversias convenida por las partes, es decir que responde al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

El arbitraje puede definirse, como lo hace Hernando Díaz Candia, como una institución mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, con base esencial en la voluntad y consentimiento de las partes, en exclusión -al menos parcial- de la jurisdicción estatal, para resolver de manera vinculante una controversia a través de la aplicación de normas preexistentes, en uso de un procedimiento no rígido, para el cual la flexibilidad -que no arbitrariedad- inclusive en la valoración de las pruebas, es esencial.³⁰

De allí la importancia del consentimiento manifiesto de ambas partes en resolver las controversias a través de este mecanismo, quienes asumen el compromiso de acatar la decisión final.

En el arbitraje internacional se denominan laudos arbitrales a las decisiones dictadas por tribunales arbitrales y su fuerza vinculante entre las partes es lo que le permite su ejecución inmediata sin mayores trámites que

³⁰ Hernando Díaz-Candia: El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje (Teoría General del Arbitraje), 1era edición. Legislación Económica.C.A, 2011, p 10. Caracas, Venezuela

las exigencias del derecho interno relativas a la ejecución de sentencias con autoridad de cosa juzgada, como lo veremos más adelante.

De acuerdo con lo antes expuesto, podemos afirmar que la cláusula arbitral surge como la manifestación de la voluntad de las partes para acudir al mecanismo de solución de controversias denominado arbitraje.

El creciente número de casos de arbitraje internacional nos dice que dicho mecanismo de arreglo de diferencias se ha perfilado como el camino idóneo para dirimir las controversias. Sobre este último punto, el mecanismo de resolución de controversias comúnmente utilizado es el arbitraje administrado conforme a las reglas del CIADI, aunque no siempre es así.³¹

Si bien es cierto que los Tratados Bilaterales de Inversión tienen como propósito fundamental proteger y promover las inversiones y garantizar el buen desarrollo de las mismas, la complejidad que tiene el entramado de acuerdos y los temas que regulan, han creado el entorno propicio para el surgimiento de controversias, razón por la cual muchos TBIs establecen cláusulas arbitrales mediante las cuales las partes convienen en acudir a los mecanismos pautados por el CIADI para la solución de controversias, que a su vez les permiten utilizar los tribunales creados por ese Centro, los cuales, como ya se señaló, se han convertido en los organismos jurisdiccionales más utilizados por los inversionistas para solucionar disputas con los Estados.

La oferta de arbitraje realizada por el Estado mediante un Tratado Bilateral de Inversión, a un inversionista extranjero -actual o potencial- implica que para este último nace un derecho a la tutela jurídica internacional³². Así,

³¹ Dentro de los TBI celebrados por Venezuela, se pueden citar los casos de Cuba, Irán, Rusia y Vietnam, en los que no se fijó el CIADI como el centro para llevar a cabo el arbitraje.

³² José A. Muci Borjas: El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), Editorial Jurídica Venezolana, p. 202.

cuando en un TBI Venezuela ofrece la solución de controversias mediante la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en lo sucesivo “El Convenio CIADI”), para el inversionista surge el *derecho* de acudir al CIADI.

Como se estableció en el caso CIADI Nro. ARB/02/10, IBM World Trade Corp. c/ República de Ecuador, decisión del 22 de diciembre de 2003, un TBI implica la obligación del Estado de proveer al inversionista extranjero un marco jurídico confiable, lo que incluye la posibilidad de acudir al CIADI, cuando así se haya ofrecido en la cláusula arbitral.³³

Conforme al derecho internacional vigente, ningún Estado puede ser obligado a participar en un mecanismo de solución de controversias sin su consentimiento. No existe ninguna estructura de solución de controversias que prevea todos los tipos de discrepancias que puedan suscitarse. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico nacional, las disposiciones sobre controversias no forman parte del sistema que rige las relaciones internacionales.

El consentimiento del Estado es el elemento esencial para la atribución de la jurisdicción al CIADI, o “la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”.³⁴ Como señala De Maekelt: “El sistema arbitral consagrado en los tratados bilaterales está fundado en la autonomía de las partes. Por tanto la validez del acuerdo arbitral, la extensión de la competencia de los árbitros, en

³³ Richard Happ, y Noah Rubbins: Digest of ICSID Awards and Decisions. 2003-2007, Oxford University Press, p. 58.

³⁴ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, par. 23.

fin, el sistema íntegro reposa en el consentimiento de las partes involucradas”³⁵.

En ese sentido, el artículo 25 (1) del Convención CIADI establece: 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. Esto significa que la atribución de jurisdicción al CIADI puede ocurrir mediante el consentimiento del Estado, expresado en un TBI.

En atención a lo expuesto, señala Schreuer que “las cláusulas de consentimiento en estos tratados relativos al arbitraje del inversor y el Estado son meras ofertas. A fin de lograr el consentimiento mutuo necesario, la oferta requiere la aceptación por parte del inversor. Incluso cuando el consentimiento se basa en la legislación del Estado o en un tratado, sólo puede materializarse a través de un acuerdo entre las partes, es decir, entre el Estado y el inversionista.”³⁶

³⁵ Tatiana. De Maekelt, *Op. cit.*

³⁶ Christoph SCHREUER: Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration, in “The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010.

2.4.- EL ARBITRAJE DE INVERSIONES. EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI).

El escenario mundial donde nace el arbitraje de inversiones, coincide con el fenómeno de la globalización en su aspecto económico. En efecto, en las últimas tres décadas, el factor económico ha tomado cada vez más espacio, impregnando a las naciones de la necesidad de acoplar sus legislaciones a un lenguaje universal donde los Estados receptores de la inversión, con intereses propios como países individualmente considerados en el manejo de sus políticas públicas, así como en el manejo de su política exterior, se ven en la necesidad de insertarse en la comunidad internacional para lograr el desarrollo económico, permitiendo el flujo de las inversiones internacionales.

Para ello se hace imperioso buscar métodos que garanticen a los comerciantes la solidez jurídica de sus negocios, así como la estabilidad o sostenibilidad en el tiempo de grandes inversiones en diferentes campos.

Es así como surge la conveniencia para ambas partes (Estados desarrollados o exportadores de capital y Estados en desarrollo o receptores) de suscribir tratados internacionales que les permitan atraer a inversionistas extranjeros y que, de acuerdo con el principio de la reciprocidad, puedan ofrecerles protección jurídico-económica con el objeto de minimizar los riesgos que asumen, que más allá de los riesgos comerciales propios de la naturaleza de cada negocio en particular, no tengan que enfrentarse a legislaciones de países que les son extrañas a las de su país de origen, y por ser extranjeros se vean discriminados, a la hora de ejercer sus derechos.

Es en esta atmósfera en donde emerge la figura del arbitraje de inversiones, en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión, cuyo basamento jurídico se fundamenta en el principio de la autonomía de la

voluntad y su herramienta indispensable es el consentimiento de las partes, que se traduce en una manera de enlazar intereses distintos a través del hilo del mecanismo de solución de controversias, que en sus primeros tiempos fue diseñado para el ámbito comercial privado, y actualmente se ha extendido al ámbito internacional, con resultados tan importantes que muchos autores especialistas en el tema, lo han denominado derecho internacional de las inversiones extranjeras, categorizándolo como una vertiente del derecho internacional público.³⁷

Ahora bien, estos arbitrajes de inversiones, como mecanismos de solución de controversias, responden a una realidad, que no es otra que la existencia de intereses encontrados entre inversionistas y Estados. Los primeros buscan maximizar sus ganancias, con el ánimo de lucro que todo comerciante tiene en el manejo de sus negocios, la expansión de sus mercados, el mejoramiento de sus procesos productivos, en fin, sus intereses son de naturaleza empresarial, y como tales se comportan. Por otro lado, los Estados receptores de la inversión pretenden el desarrollo económico del país, preservando el control de la prestación de servicios públicos básicos, el manejo de recursos financieros necesarios para financiar sus proyectos, el mejoramiento de tecnologías avanzadas, y en definitiva pretenden utilizar las inversiones como instrumento de desarrollo económico, que les permitan, entre otros aspectos, bajar sus índices de pobreza.

Como se puede apreciar, al quedar en evidencia las diferencias en los intereses de cada parte, es casi imposible que sobre la base de expectativas disímiles no surjan controversias o discrepancias en el manejo de esta categoría de negocios, donde generalmente lo que está en juego son grandes sumas de dinero. Suficientes razones para que las reglas sean puestas sobre la mesa, antes del inicio de la negociación. De allí la necesidad de establecer

³⁷ Omar E, García-Bolívar: Nociones Básicas del Arbitraje internacional de Inversiones.

en los TBI la cláusula arbitral, cuyo contenido, dependiendo de cada caso, puede incluir mecanismos de solución de controversias que van desde la negociación, hasta el arbitraje ad-hoc y el arbitraje institucional.

La distinción entre una y otra categoría de arbitraje depende de su regulación, en el arbitraje ad-hoc, también conocido como arbitraje libre o independiente, es el regulado procedimentalmente por las partes, sin intervención de los centros de arbitraje. La connotación de independiente hace ver que el mismo no se relaciona con un centro de arbitraje establecido, pero quizás no sea la más adecuada, según el autor que venimos siguiendo, porque inclusive en los arbitrajes institucionales, los tribunales arbitrales no tienen dependencia con el centro de arbitraje en el mérito de la causa, el tribunal debe sostener sus opiniones y posturas sin admitir intervención del Centro en el fondo del asunto controvertido³⁸.

También puede generar confusiones la denominación ad-hoc, puesto que los tribunales arbitrales son siempre ad-hoc, es decir, constituidos para resolver un caso específico, aún cuando se organicen en el seno de un centro de arbitraje como ocurre en el arbitraje institucional. Es por ello que a pesar de que la doctrina y el derecho comparado utilizan indistintamente las denominaciones ad-hoc, libre e independiente, el autor prefiere el uso de la denominación arbitraje libre, para distinguirlo del institucional.

La otra característica del arbitraje ad-hoc o libre, es que las partes tienen la libertad de acordar las reglas de procedimiento aplicables a la solución de sus controversias, sin perjuicio de la aplicación supletoria de normas positivas formales.

³⁸ Cfr. Hernando Díaz Candía, ob cit

El arbitraje institucional es aquél en el cual intermedia entre los árbitros y las partes, una entidad especializada, comúnmente denominada centro de arbitraje, que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia, normalmente contra el pago de una tarifa. Se rige por un reglamento al que se someten las partes y puede valerse de instrumentos cada más ágiles para adecuar las reglas a las necesidades de los usuarios. Se utiliza la denominación de institucional por relacionarse con un ente establecido u organismo que desempeña una función en beneficio del arbitraje, a saber: un centro de arbitraje. Los centros no deciden al arbitraje, ni dictan laudos, son los tribunales arbitrales los que tienen esta función.³⁹

La característica fundamental del arbitraje de inversiones consiste en que este es conducido por un particular contra un Estado, teniendo como basamento adjetivo un tratado internacional (TBI) u otra norma legal o contractual que le permite al nacional de un Estado accionar contra otro Estado.

La resolución de disputas de inversiones planteadas ante otros centros arbitrales o a través de arbitrajes ad-hoc solo requiere del consentimiento de las partes. Así sucede con litigios de inversiones entre Estados anfitriones e inversionistas presentados ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC, por sus siglas en inglés), la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA, por sus siglas en inglés), y el arbitraje ad-hoc entre inversionistas y Estados según las reglas del Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

³⁹ Hernando Díaz-Candia, ob. cit., p 19-20

El centro de arbitraje de inversiones más ilustrativo es el consagrado en el tratado multilateral denominado Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI).

2.4.1.- EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI).

En 1959 se suscribió el primer tratado de protección de inversiones extranjeras entre Alemania y Pakistán. Ese tratado era una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación y aunque no contenía muchas de las protecciones que hoy día se observan en los tratados de esa naturaleza, fue el preámbulo de lo que después se convertiría en un sistema integrado de protección al inversionista y a la inversión extranjera. Paralelamente y bajo los auspicios del Banco Mundial, el 18 de marzo de 1965, fue abierto a la firma con la ratificación de 20 países, el Convenio sobre Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, también conocido como la Convención de Washington, el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966. De acuerdo con sus normas, cumplidas ciertas condiciones, se pueden dilucidar las disputas legales de inversiones que se susciten entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión.

El CIADI es una institución internacional autónoma creada por la Convención de Washington, la cual establece su normativa, organización y funciones básicas. Su propósito principal es proporcionar instalaciones de conciliación y arbitraje de disputas de inversión internacional.

La Convención de Washington procura eliminar los principales obstáculos a la libre circulación internacional de inversión privada, es decir riesgos no comerciales y ausencia de métodos internacionales especializados

para solución de controversias de inversión. El CIADI fue creado por la Convención como un foro internacional imparcial, con el objeto de proporcionar instalaciones para la resolución de disputas legales entre inversores y Estados, a través de procedimientos de conciliación o arbitraje.

Debido a la cantidad de Estados Partes del Convenio CIADI, se evidencia un considerable número de casos, y por las múltiples referencias a las facilidades que presta para administrar y tramitar las controversias de arbitraje establecidas en las leyes y tratados sobre inversiones, desempeña un papel importante en el campo de las inversiones internacionales y en el desarrollo económico, a nivel mundial.

Actualmente el CIADI se considera la principal institución de arbitraje internacional dedicada a la solución de controversias entre inversionistas y Estados, cuyo tratado de creación cuenta con 158 Estados signatarios, de los cuales 148 han depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de la Convención.⁴⁰

El objetivo principal del Centro es el de mejorar la atmósfera de confianza mutua entre el inversionista y el Estado receptor y así fomentar las inversiones de países industrializados en los países en desarrollo. Con la creación del Centro se busca favorecer el incremento de la inversión extranjera en estos países, sobre la base de la necesidad de generar cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado.

El origen de este mecanismo obedeció al reconocimiento de las inevitables diferencias que surgen entre los Estados receptores de la inversión y los inversionistas, así como a la necesidad de contar con una herramienta

⁴⁰ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>, consultado el 18 de mayo de 2012.

adecuada para la solución de controversias derivadas de tales diferencias. En efecto, la mayor virtud del Convenio de Washington consiste en proporcionar dos medios de solución de controversias, la conciliación y el arbitraje, adecuados tanto para los intereses de los inversores privados extranjeros, como para los de los Estados receptores de las inversiones. A ello se suma el permitir que las controversias que surgen de inversiones queden al margen de cualquier tipo de politización, logrando eliminar las antiguas trabas que existían en materia de inversión internacional y, consecuentemente, obtener un acelerado crecimiento económico de los países en desarrollo.

Por lo que respecta a la estructura del Convenio, podemos brevemente hacer mención de su contenido en los siguientes términos: El Convenio está dividido en diez capítulos que comprenden las siguientes materias: El capítulo I se denomina Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y señala su sede. El Capítulo II se refiere a la jurisdicción del centro; el capítulo III a la conciliación, regulándose la constitución de la Comisión de Conciliación y el procedimiento de conciliación. El capítulo IV se refiere al arbitraje y se inicia con el régimen de solicitud de arbitraje; de seguidas se regula la constitución del tribunal; señalando las facultades y funciones del tribunal; determina la forma de conformación de los laudos, así como la aclaratoria, revisión y anulación de los mismos, el reconocimiento y su ejecución.

El capítulo V se refiere a la sustitución y recusación de los conciliadores y árbitros. El capítulo VI a las costas del procedimiento. El capítulo VII al lugar del procedimiento. El capítulo VIII alude a las diferencias entre Estados contratantes, señalando al efecto que toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación del Convenio y que no se resuelva mediante negociación, se remitirá, a instancia de una u otra parte involucrada en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que

dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo. El capítulo IX alude a las enmiendas. El capítulo X a las Disposiciones Finales.

El Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones está conformado por una serie de normas contenidas en un Reglamento especial, que se aplican a las disputas en las que alguno de los Estados involucrados no es parte de la Convención CIADI. El artículo 2 (a) del Reglamento del Mecanismo Complementario, establece dentro de su ámbito de aplicación aquellos “procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante”.

Cabe señalar que el CIADI ha sido objeto de objeciones por parte de la doctrina nacional. Así, autores como Hildegard Rondón de Sansó y Alvaro Ledo Nass formulan severas críticas al mecanismo de solución de controversias contemplado en el Convenio de Washington, haciendo referencia en primer término a que, desde sus inicios hubo una resistencia a su aprobación por parte de Venezuela.⁴¹

Los mencionados autores aluden a que la proliferación de TBIs donde se incluyen cláusulas arbitrales mediante las cuales se aceptan las reglas CIADI para la solución de controversias ha sido la causa de los numerosos casos presentados ante ese centro, señalando que el debilitamiento de la cláusula Calvo en Latinoamérica, durante la década de los 90, permitió el crecimiento del CIADI. Consideran que las demandas intentadas ante los tribunales CIADI

⁴¹ Hildegard Rondón de Sansó, Aspectos Jurídicos del Arbitraje Internacional de Inversión, Caracas, 2010. Editorial Exlibris.

atentan contra el principio de la soberanía y la inmunidad de jurisdicción, que garantizan al Estado el control estratégico de sus recursos, especialmente en los países latinoamericanos.

Otra de las argumentaciones hace énfasis en que el fin esencial del CIADI es que un Estado pueda ser demandado en un tribunal internacional por un inversionista privado, lo cual constituye un reconocimiento “*tácito*” de las grandes empresas trasnacionales, como “*sujetos de derecho internacional*”, otorgándoles la posibilidad de que lleven a los Estados –obviamente los países pobres de Latinoamérica son los más demandados-, de manera obligatoria, a un juicio, fuera de sus fronteras, y bajo principios propios de un sistema jurídico que le es ajeno, situación a todas luces irregular, desde la óptica del Derecho Internacional Público.⁴²

Adicionalmente, la Convención que dio origen al CIADI, según los mencionados autores, está basada casi exclusivamente en principios de “*protección al inversionista y la inversión*”, y sólo tangencialmente se menciona en el preámbulo y en el informe preparatorio de los Directores Ejecutivos que la inversión extranjera deberá estar orientada al “*desarrollo*” de los países.

Por otra parte, sostienen que no existen previsiones que establezcan potestades soberanas de los Estados, reconocidas con valor vinculante por la Carta de los Deberes y Derechos Económicos aprobada en la ONU, o que impongan en la interpretación y solución de las diferencias, límites racionales a ese “*proteccionismo*” descarado de los inversionistas que se ha desatado en las decisiones de los Tribunales CIADI, lo cual se origina por una desbalanceada configuración inicial de sus principios rectores, y por la

⁴² Álvaro Ledo Nass. Los Antecedentes y las Fuentes del Arbitraje Internacional. En: Ciclo de Conferencias El Otro Lado del Arbitraje Internacional de Inversiones, PDVSA La Tahona, Caracas, julio de 2009.

concentración de los nombramientos de árbitros en un cerrado “club” conformado por los propios abogados de las empresas trasnacionales.

En el mismo sentido, George Kahale sostiene que en materia petrolera los casos presentados ante los tribunales CIADI en contra de Venezuela, debido a su magnitud y a la importancia de los temas involucrados, constituyen una amenaza seria a los Estados en el ejercicio de su “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales.”⁴³

El CIADI, en palabras de Ledo Nass, no es la solución objetiva e imparcial para resolver las diferencias entre los Estados y los nacionales de otros Estados. En consecuencia, aunque debe existir una estrategia completa y profunda, que analice todas las circunstancias involucradas, el hecho de que los Estados Latinoamericanos terminen, a través de mecanismos de denuncia, el Convenio de Washington y dejen de estar obligados a cumplir el Convenio CIADI, o que limiten las controversias que se someten al mismo, luce como una acción obligatoria para los países en vías de desarrollo, que pretendan un control más estricto sobre sus economías, y un aprovechamiento racional de sus recursos, maximizando el beneficio que de ellos derive para sus pueblos.

Siguiendo esta posición, tres países latinoamericanos han perfeccionado la denuncia del Convenio de Washington, a saber, Bolivia, fue el primero el 01 de mayo de 2007, seguido por Ecuador, el 02 de julio de 2009 y más recientemente Venezuela, quien manifestó su voluntad de terminar ese tratado, mediante comunicación de fecha 24 de enero de 2012 dirigida por el Ministro de Relaciones Exteriores al Banco Mundial.

⁴³ George Kahale , III, Presidente de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, Tendencias en Contratos Aguas Arriba en la Industria Petrolera Internacional, en: Ciclo de Conferencias “El Otro Lado del Arbitraje Internacional de Inversiones”, PDVSA La Tahona, Caracas, julio de 2009.

En relación a este aspecto, el artículo 71 de la Convención CIADI establece que todo Estado contratante puede denunciar el tratado mediante notificación escrita dirigida al depositario (el Banco Mundial) la cual producirá efectos seis (6) meses después del recibo de la notificación. En virtud de esta denuncia, la salida de Venezuela del CIADI se materializará en un plazo de seis (6) meses, es decir, el 24 de julio de 2012.

Desde el punto de vista procesal, esto significa que aquellos arbitrajes actualmente en curso contra Venezuela deberán seguir su curso quedando la República, obligada a acatar las normas de procedimiento y ejecución establecidas en la Convención, aun si dichos arbitrajes fueran decididos vencido el plazo de seis (6) meses que deben transcurrir para que la denuncia produzca sus efectos o se materialice. La misma solución sería aplicable al caso de cualquier arbitraje que fuese iniciado dentro de los seis (6) meses posteriores a la recepción de la denuncia por parte del Banco Mundial.

Vale la pena señalar en relación con este punto, que en el derecho internacional de inversiones extranjeras no existe ningún precedente sobre la interpretación del artículo 72 de la Convención CIADI, y la subsistencia de una cláusula arbitral pactada en un TBI, luego de que uno de los Estados contratantes haya denunciado la Convención. Por lo que respecta a Bolivia y Ecuador, contra ambos países se han interpuesto solicitudes de arbitraje luego de denunciada la Convención (y una vez expirada la prórroga de seis meses); sin embargo no existe ninguna decisión de los tribunales arbitrales correspondientes, que resuelvan sobre la jurisdicción del CIADI en esos casos. Así, en el caso CIADI Nro. ARB/09/23, Corporación Quiport S.A. c/ República de Ecuador, las partes llegaron a un arreglo, mientras que en CIADI Nro. ARB/10/8, Pan American Energy LLC c/ Estado Plurinacional de Bolivia, aun no se ha dictado ninguna decisión sobre este aspecto.

2.5. LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS CIADI

La eficacia del laudo arbitral de un tribunal constituido bajo las reglas del CIADI está plasmada en el propio Convenio de Washington, el cual indica que el laudo tiene fuerza ejecutiva en el territorio de todos los Estados que sean parte de dicho Convenio. Así, los laudos arbitrales quedan fuera del procedimiento de exequátur previsto en la legislación interna de los Estados, limitándose los requisitos de ejecución a un trámite de verificación de la autenticidad del laudo y a seguir el procedimiento de ejecución de la sentencia ante los órganos administrativos respectivos fijados por cada Estado.

Además, no solo se pueden ejecutar en el Estado receptor de la inversión, sino en el resto de los Estados Partes del Convenio, ya que el instrumento internacional prevé la posibilidad de la elección del foro para la ejecución del laudo, conforme lo establece el Art. 53(1) del Convenio.

Un laudo arbitral del CIADI constituye un título válido, equiparable a una sentencia definitivamente firme, de carácter local, aunque sujeta a las restricciones que pudieran existir en materia de ejecución forzosa de sentencias judiciales contra el Estado (Art. 55 del Convenio).

Ahora bien, los Estados gozan de inmunidad de ejecución, y por lo tanto podrían impedir, limitar o diferir en el tiempo la ejecución forzosa de sentencias judiciales obtenidas contra el propio Estado o contra ciertos bienes de éste.

El Convenio expresa que para aquellos supuestos en donde la parte vencida en el litigio decida no cumplir con lo resuelto en el laudo arbitral, tal incumplimiento produce como efecto inmediato el renacimiento de la protección diplomática (Art. 27), dejando abierta la posibilidad para que el Estado contratante del que es nacional el inversor favorecido en el litigio

aplique sanciones u otras medidas contra el Estado infractor o efectúe una presentación ante la Corte Internacional de Justicia por un eventual caso de responsabilidad internacional del Estado (Art 64 del Convenio), siempre y cuando se cumplan las condiciones para ello de acuerdo con el derecho internacional.

Otras medidas llevadas a cabo podrían implicar la aplicación de sanciones de índole económica o financiera, derivadas de la posición que ocupa el CIADI dentro del Grupo del Banco Mundial.⁴⁴

De acuerdo con el profesor Christopher Schreuer, el reconocimiento de un laudo es la confirmación formal de que dicho laudo es autentico y que tiene los efectos legales previstos en la ley. El reconocimiento tiene dos efectos posibles, uno es la confirmación del carácter vinculante del laudo, es decir su carácter de cosa juzgada, el otro es un paso previo a la ejecución. Puede decirse que ambos efectos pueden darse simultáneamente, sin embargo, en la mayoría de los casos el reconocimiento se toma como un primer paso hacia la ejecución del laudo.

Como consecuencia del reconocimiento el laudo se convierte en un titulo válido que ha de constituir la base para la ejecución. De manera tal que el reconocimiento debe estar sometido únicamente a la verificación de los requisitos establecidos en el Convenio CIADI, y no puede ser negado con fundamento en razones de derecho interno.⁴⁵

Las leyes de los Estados Partes que regulan la ejecución de los laudos CIADI son de naturaleza procedimental únicamente, siendo así no podrán estas servir como estándar para la revisión de los laudos, en otras

⁴⁴ Claudia Fernanda Rodríguez Orrego, Análisis de las Facultades Jurisdiccionales del CIADI. Caso Argentino. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009

³⁹ Christoph H. Schreuer: The ICSID Convention Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2001

palabras, el artículo 54(3) del Convenio no afecta el carácter definitivo de los laudos y la inapelabilidad de los mismos.⁴⁶

⁴⁶ Victorino J, Tejera Pérez: "La Ejecución de Laudos Arbitrales CIADI en contra de la República: Referencia a la sentencia 1.942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia". Temas de Derecho Procesal, Colección de Estudios Jurídicos N° 15, Tribunal Supremo de Justicia, 2005

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES, A LA LUZ DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO (Casos Argentina).

3.1.- LAUDO DICTADO EN EL CASO LG&E ENERGY CORP. LG&E CAPITAL CORP. LG&E INTERNATIONAL, INC. CONTRA LA REPÚBLICA ARGENTINA (CASO CIADI NO. ARB/02/1) DEL 09 DE JULIO DE 2007.

El objeto de la controversia, básicamente, se centró en la determinación del pago de daños y perjuicios, incluidos los intereses y las costas que debe resarcir la República de Argentina, después de haber sido declarada su responsabilidad como Estado, ante la reclamación efectuada por las demandantes.

Cabe destacar la participación de la doctora Tatiana B. de Maekelt, en su carácter de presidenta del tribunal arbitral constituido para la resolución de esta controversia.

Para tener el detalle más preciso del punto de partida de la situación, nos permitimos citar textualmente parte del contenido del laudo objeto de este análisis relativo a los antecedentes procesales, en los siguientes términos:

El 3 de octubre de 2006, el Tribunal emitió una Decisión sobre Responsabilidad (la “Decisión sobre Responsabilidad”), en la que determinó que la República Argentina (la “Demandada” o “Argentina”) incumplía las obligaciones contraídas en virtud del Tratado Bilateral entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “TBI”, el “Tratado Bilateral” o el “Tratado”) con respecto a: i) el

trato justo y equitativo y la prohibición de dar un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, de conformidad con el Artículo II(2)(a); ii) la prohibición de medidas discriminatorias, de conformidad con el Artículo II(2)(b), y iii) las obligaciones estipuladas por la “cláusula paraguas”, de conformidad con el Artículo II(2)(c).⁴⁷

No obstante, en esa oportunidad, el tribunal concluyó que la conducta de la demandada se justificaba en virtud del estado de necesidad, previsto en el Artículo XI del tratado y en el derecho internacional en general. (Por lo tanto, se eximió de responsabilidad a la demandada por el período durante el cual tuvo lugar esta situación, es decir, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003).

En consecuencia, el tribunal estableció que Argentina era responsable por daños y perjuicios causados a LG&E Energy Corp. y LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. (las “Demandantes” o “LG&E”) “por los incumplimientos del Tratado, excepto durante el período durante el cual se produjo el Estado de Necesidad, y retuvo su jurisdicción para determinar los daños y perjuicios en una etapa posterior del arbitraje”.⁴⁸

Hasta este punto, se presentan dos aspectos importantes a destacar para este análisis, el primero se refiere a la declaratoria de la responsabilidad internacional del Estado argentino, derivada de su incumplimiento en las obligaciones contraídas con ocasión del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) suscrito con los Estados Unidos, relativas a: a) trato justo y equitativo, b)

⁴⁷ Caso CIADI N° ARB/02/1/ del 09 de julio de 2007, p. 1.

⁴⁸ Laudo dictado en el caso CIADI N° ARB/02/1 del 09 de julio de 2007, núm. 3. p 1.

prohibición de medidas discriminatorias, y c) obligaciones estipuladas por la cláusula paraguas.

Es preciso señalar al respecto, que las obligaciones fueron convenidas en un Tratado Bilateral, pero la contravención a las mismas fue alegada por el inversionista como persona jurídica, no por el Estado como sujeto de derecho internacional, es decir que se configura perfectamente el supuesto relativo a la posibilidad que tiene un particular de acudir a la jurisdicción del CIADI con el objeto de solicitar la determinación de la responsabilidad por hecho ilícito internacional, derivada de la violación al TBI.

El inversor extranjero se encuentra facultado para reclamar la protección que le ofrece el tratado, consagrada en las denominadas cláusulas paraguas y los estándares de protección frente otro Estado (*ius standi*), lo cual era imposible de imaginar en otros tiempos, es decir, antes del surgimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión, donde lo que se manejaba en estos casos era la institución de la protección diplomática, como ya se señaló.

El tribunal, una vez estudiados los alegatos y pruebas presentados por las partes determinó la responsabilidad del Estado en la decisión de responsabilidad, y como consecuencia de ello en este laudo señalará la forma de reparación del daño ocasionado, ciñéndose a las pautas estipuladas en el Proyecto de Artículos Sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

Es importante destacar nuevamente, que el título jurídico que invocan las demandantes es el Tratado Bilateral de Inversiones, no el contrato que pudieron haber celebrado con el Estado receptor. Por lo tanto, habiéndose configurado todos los elementos para que el Estado asuma una obligación derivada de un TBI, y su incumplimiento, debidamente demostrado, opera la

responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito, y como consecuencia de ello queda el Estado infractor obligado a subsanar el perjuicio ocasionado.

El segundo aspecto es el relativo al eximente de responsabilidad consagrado en el artículo XI del Tratado y en las normas de derecho internacional general, que consagra las causas por las cuales puede excluirse la responsabilidad del Estado, como lo es el estado de necesidad.

Se considera importante destacar, que el grado de responsabilidad que puede asumir un Estado en cada caso admite algunas causas por las cuales puede quedar exceptuado de dicha responsabilidad, como lo es el estado de necesidad, supuesto este que se encuentra regulado en el Art. 25 del Proyecto de Artículos.⁴⁹

Esta causal eximente de responsabilidad, tiene un tratamiento particular, ya que para considerar que existe un estado de necesidad deben cumplirse unas condiciones especiales y de interpretación restrictiva por parte del Tribunal, de acuerdo con cada caso concreto.

Así, el tribunal está en el deber de examinar si efectivamente se han cumplido los extremos previstos en la norma, para que opere el estado de necesidad y evitar que los Estados traten de ampararse con esta causal para

⁴⁹ Art. 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos:
"Estado de necesidad: 1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:
a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.
2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:
a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad".

evadir su responsabilidad, cuando las circunstancias del caso realmente no lo justifiquen.

Uno de los aspectos más importantes a considerar a la hora de declarar el estado de necesidad es el cumplimiento por parte del Estado de una obligación internacional que hace peligrar de modo grave e inminente un interés esencial del mismo. En este orden de ideas, de acuerdo con el literal a) del numeral 1, del citado Art. 25, el estado de necesidad sólo podrá invocarse para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente.

La medida en que un interés sea esencial, dependerá de todas las circunstancias que rodean el caso, debiendo evaluarse igualmente la gravedad del peligro y establecerse objetivamente, para lo cual no basta considerarlo como posible. Además, las medidas adoptadas deben ser el único modo posible para salvaguardar el interés. Esto significa, por argumento en contrario, que si el Tribunal considera que el Estado tenía otro modo de salvaguardar el interés, la eximente no aplicaría.

A pesar de que puede ser engorroso para un Estado demostrar esta causal de eximente de responsabilidad, en este caso Argentina lo logró, convirtiéndose de esta manera, el laudo dictado en el caso LG&E contra la República Argentina, en un antecedente importante en el que se admite la existencia, durante un año y cuatro meses, es decir durante el tiempo en el que efectivamente se verificó el estado de necesidad, y en consecuencia se declaró eximida la responsabilidad de Argentina por los perjuicios causados al inversor, sólo durante dicho lapso.

El laudo del 03 de octubre de 2006, que determinó la responsabilidad hace un análisis exhaustivo de los requisitos, cumplidos en este caso por

Argentina, para que se configurara la eximente de responsabilidad, haciendo énfasis en que la crisis por la cual atravesó ese país durante el lapso de tiempo en el que operó la causal, no fue ocasionada por ese Estado, conforme a la interpretación de las circunstancias que rodearon el caso, por parte del Tribunal, tal como lo estipula el literal b) del numeral 2, del artículo comentado, entre otros aspectos.

Si se observa la naturaleza de esta eximente de responsabilidad y el espíritu que tuvieron los proyectistas para elaborar esa norma, podríamos destacar, especialmente en este laudo, que la obligación eximida de responsabilidad para el Estado, por haberse configurado los requisitos exigidos, realmente subyace cuando cesa el estado de necesidad, es decir que la obligación internacional asumida por el Estado permanece válida en su esencia, por cuanto de no ser así el Tribunal no hubiese considerado en este caso que el pago de la indemnización a las demandantes por los daños ocasionados, sólo fue suspendido por el lapso de tiempo durante el cual operó el estado de necesidad, reanudándose su obligación, una vez concluido ese lapso, y en consecuencia se le atribuyó la responsabilidad, por los daños ocasionados, posteriormente.

Este elemento es sumamente importante, ya que esto implica que las circunstancias que excluyen la ilicitud no afectan en sí la obligación contraída, de manera que si éstas dejan de existir, la obligación recupera su fuerza y efecto jurídico, por lo cual el reclamo sobre su incumplimiento continuaría teniendo plena validez, suficiente para que una vez declarada la responsabilidad, se produzca la reparación del daño causado, bien sea a través de la compensación, la indemnización o la restitución, tal como ocurrió en ese caso.

Ahora bien, una vez establecidos los aspectos más importantes acerca de la determinación de responsabilidad del Estado infractor, pasemos al análisis del objeto del laudo relativo a la determinación de la indemnización, del 09 de julio de 2007, cuyo tema central es el establecimiento por parte del tribunal, del parámetro o la medida de la indemnización y el método para cuantificarla aplicables al caso, para lo cual recurre a los principios que rigen la indemnización en el derecho internacional así como a los precedentes en materia de arbitraje sobre tratados de inversión.

Al respecto, considera el tribunal que el parámetro apropiado, según el derecho internacional es la indemnización integral, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Fábrica Chorzów y codificado en el Art 31 del Proyecto de Artículos, es decir, la compensación.

Este es un antecedente muy significativo, que marcó criterio en materia de la determinación de la reparación del daño, donde entre otras cosas, expresamente se señaló:

Es un principio de derecho internacional que la reparación de un hecho ilícito puede consistir en una indemnización en correspondencia al daño que los nacionales del Estado lesionado han sufrido como resultado del acto contrario al derecho internacional. Es incluso la forma de reparación más usual; es la forma elegida por Alemania en este caso y su admisibilidad no ha sido rebatida. Pero la reparación debida a un Estado por otro no cambia de carácter por el hecho de adoptar la forma de una indemnización, para cuyo cálculo se toma en consideración la cuantía del daño sufrido por un particular (...) Se plantean tres aspectos fundamentales:

- 1º) La existencia de la obligación de reparar.
- 2º) La existencia de daños que han de servir de base para la evaluación del importe de la indemnización
- 3º) El alcance de esos daños.⁵⁰

El principio esencial que deriva de la propia noción de hecho ilícito y que parece desprenderse de la práctica internacional, particularmente de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, en la medida de lo posible, suprimir todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el estado que razonablemente hubiera existido si dicho acto no se hubiera cometido. Restitución en especie, o si ello no es posible, pago de una suma correspondiente al valor atribuido a la restitución en especie, asignación, si procede, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas no cubiertas por la restitución en especie o por el pago sustitutorio; estos son los principios en los que debe inspirarse la determinación de la cuantía de la indemnización debida por un acto contrario al Derecho Internacional

En el caso objeto de análisis, el tribunal, luego de hacer algunas consideraciones acerca de la indemnización como consecuencia de un acto jurídico de expropiación, los daños y perjuicios como consecuencia de un hecho ilícito, llegó a la conclusión de que al existir una ausencia del tratamiento de esta figura en el tratado, recientemente algunos tribunales optaron por aplicar el valor justo de mercado, no obstante en este caso concreto, no puede tomar esta forma de indemnización por cuanto en el laudo de responsabilidad, después de un análisis bien detallado de la figura de la expropiación indirecta alegada por las demandantes, concluyó el tribunal que esta no se configuró.

⁵⁰ ASUNTO DE LA FÁBRICA CHORZOW. (Alemania c. Polonia), CPJI Sentencia de 13 de septiembre de 1928

La forma de indemnizar a la parte por un hecho ilícito, difiere, según el tribunal, de la forma de indemnizar en el caso de la expropiación, en el primer caso se trata del resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la ilicitud en la incurrió el Estado, en el cual la idea es resarcir a la parte afectada por las pérdidas efectivas sufridas, lo cual no guarda equivalencia con la indemnización pagada por motivo de una expropiación, siendo estos dos conceptos jurídicamente distintos, aunque en el Proyecto tengan igual tratamiento.⁵¹

El razonamiento que se hace, se basa en la premisa de que en el caso de la expropiación, hay una necesidad de utilidad pública para el Estado, que priva sobre los intereses particulares, por lo tanto el Estado tiene la potestad de hacer uso de la propiedad de un particular, por vía expropiatoria y a cambio de ello debe ofrecerle una indemnización, previo avalúo del bien a expropiar.

El supuesto es distinto cuando se trata de la valoración de los daños causados por el Estado, al incurrir en un hecho ilícito internacional, apartándose con su conducta de sus obligaciones contraídas, bien sea de acuerdo con normas consuetudinarias de derecho internacional o de un tratado, en cuyo caso debe asumir su responsabilidad, y el tribunal valorará los daños ocasionados, los cuales deben ser cuantificados, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

En este sentido, es preciso destacar la manera que han venido utilizando los tribunales arbitrales para establecer o cuantificar el daño causado y como consecuencia de ello determinar el modo de reparación del mismo. De allí surgen los conceptos de los denominados por la doctrina

⁵¹ Laudo dictado en el caso CIADI N° ARB/02/1 del 09 de julio de 2007, núm. 31. p 9.

“estándares de reparación”⁵² y “estándares de indemnización”, los primeros tienen su basamento en normas de derecho consuetudinario internacional, mientras que los segundos forman parte igualmente del Derecho Internacional, por haber sido incorporados con frecuencia en los Tratados Bilaterales de Inversión, así como en el empleo frecuente de los mismos estándares por los tribunales de arbitraje y en su eventual admisibilidad teórica como principios generales de derecho ⁵³.

Los criterios para determinar tanto el mecanismo para el cálculo de la reparación como de la determinación de la indemnización que corresponda, dependerán de cada caso concreto y de lo que disponga el tratado en ese punto, sólo que si no existe disposición expresa al respecto, el tribunal tiene cierto margen de apreciación, para la valoración del objeto dañado o suprimido a causa del acto del responsable, considerando como dicho objeto dañado una empresa o el capital social de un empresa (un activo), el cual ha perdido valor (ha sido dañado) por uno o varios actos imputables al Estado receptor.

También puede tratarse del lucro cesante o la pérdida de ingresos futuros (y suficientemente probables). Ambos objetos pueden ser evaluados tanto conjunta como separadamente, la valoración conjunta consiste en estimar la pérdida de valor sufrida por un activo (empresa, o acciones de una

⁵² En general, los TBI solo explicitan los estándares de indemnización en materia de expropiación, dejando abierta la cuestión de los estándares aplicables en caso de violaciones de estándares de comportamiento como el trato justo y equitativo, el tratamiento nacional, etc. En estos casos, los tribunales de arbitraje han considerado, generalmente, que disponen de un poder de discreción razonable con respecto a la identificación de los estándares de indemnización aplicables. Véase, por ejemplo, el artículo 1110 (2-3) del Acuerdo NAFTA, cap. 11. Int. Law: Véase Jorge Viñales, Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11: 225-238, mayo de 2008 233 Reflexiones sobre la Reparación de Daños en el Derecho de las Inversiones.

⁵³ Ver los laudos siguientes: *Sempra Energy v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16 (United States/Argentina BIT), Laudo 28 de septiembre de 2007 (en adelante *Sempra*); *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1 (United States/Argentina BIT), Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (en adelante *LG&E Responsabilidad*), Decisión sobre Daños, 25 de julio de 2007 (en adelante *LG&E Daños*); *Enron and Ponderosa Assets v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3 (United States/Argentina BIT), Laudo 22 de mayo de 2007 (en adelante *Enron*); *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12 (United States/Argentina BIT), Laudo 14 de julio de 2006 (en adelante *Azurix*); *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08 (United States/Argentina BIT), Laudo 12 de mayo de 2005 (en adelante *CMS laudo*), Decisión sobre Anulación, 25 de septiembre de 2007 (en adelante *CMS Anulación*)

empresa), entre otras razones, a causa de la pérdida de ciertos ingresos futuros.

Sin embargo, la pérdida de ingresos futuros es un concepto vago, ya que puede tratarse tanto de ciertos ingresos específicos (relativos a un producto, a un sector y/o a un período particulares) como de todos los ingresos futuros derivados de la existencia y de las operaciones de una empresa (lo que suele denominarse “*going concern*”), por ende, la valoración de ingresos futuros puede ser efectuada separadamente cuando dichos ingresos han sido suficientemente especificados. La especificación de los ingresos futuros depende de varios factores, entre los cuales se encuentran naturalmente las pretensiones de las partes, el vínculo de causalidad entre el acto del Estado y el daño alegado, y el tipo de interferencia ejercida por el Estado.

Sobre la base de los conceptos establecidos precedentemente, y aplicándolos al caso objeto de este análisis, podemos afirmar lo siguiente:

El tribunal, en el caso que venimos analizando, decidió adoptar un método de cálculo que consideró los principios por él establecidos y, al mismo tiempo, garantizó que las demandantes recibieran una indemnización “integral” por los daños y perjuicios sufridos como resultado de los actos ilícitos de Argentina.

En el caso LG& E, el valor justo de mercado, no fue adoptado por el tribunal, puesto que las acciones se conservaron en cabeza de sus titulares, es decir, el Tribunal partió de considerar los daños efectivamente causados por el hecho ilícito en el que incurrió Argentina, y para ello estimó necesario irse al laudo de responsabilidad donde se especificó cuál fue el ilícito en el que incurrió Argentina, y así saber cual fue efectivamente la pérdida sufrida derivada de ese incumplimiento.

El tribunal, después de ese análisis concluyó que los daños efectivos sufridos a causa de las medidas aplicadas por el Gobierno argentino es el monto de los dividendos que podrían haberse percibido si no se hubiesen adoptado las medidas relativas al régimen tarifario, que motivaron el daño ocasionado a las demandantes. El objetivo es colocar a las demandantes en la posición en la que habrían estado si no se hubieran adoptado tales medidas.

En el razonamiento que hace el tribunal, se puede identificar que no actuó en este caso ceñido a los estándares de indemnización, apartándose del uso del valor de mercado, así como del DCF (*discounted cash flow*), que quizás en otras circunstancias hubiese funcionado, pero que en este caso en particular, consideró que no se ajustaron suficientemente para el logro de una verdadera y justa indemnización, ya que las demandantes continuaron en el ejercicio de sus negocios y podrían continuar percibiendo los beneficios derivados del mismo, puesto que sus licencias no fueron rescindidas.

Lo interesante de este caso, es precisamente que nos permite examinar la potestad que tiene el tribunal, dentro de los límites del derecho internacional en general y los extremos de las peticiones de las partes, de establecer tanto la modalidad de indemnización como el mecanismo para calcularla, de acuerdo con los motivos que ocasionaron el daño sufrido, logrando así una justa reparación del mismo.

Especialmente cuando el tribunal concluye que el daño no es el equivalente al ocasionado por una expropiación indirecta, tiene abierta la posibilidad para entonces ubicar un parámetro apropiado de indemnización que se ajuste al concepto de compensación integral, haciendo el razonamiento lógico, de retrotraerse al análisis del escenario hipotético de qué hubiese pasado desde el punto de vista económico con la inversión, de no haber existido el incumplimiento del tratado por parte del Estado infractor. Esta es la

esencia de la potestad discrecional que ostenta el tribunal, bien concebida, actuando siempre dentro de los límites estipulados por el derecho internacional.

Partiendo de esa premisa, el tribunal procede a determinar el método de cálculo de la indemnización de los daños causados.

En otros laudos, como por ejemplo, en el caso Azurix c Argentina, el tribunal decidió que la indemnización basada en el valor justo de mercado de la concesión sería apropiada, en especial debido a que la Provincia tomó el control de los activos de la empresa, ocasionándole un daño de mayor envergadura a la demandante, lo cual avala la afirmación señalada anteriormente relativa a la discrecionalidad con la que cuenta el tribunal, siempre y cuando se trate de que el estándar de indemnización no se encuentre expresamente estipulado en el tratado infringido.

El tribunal del caso CMS c Argentina señaló que “Aunque este estándar tiene una relación principal con las expropiaciones, no se excluye la posibilidad de que también sea apropiado en el caso de otros incumplimientos si tienen el efecto de generar pérdidas importantes en el largo plazo”. Lo cual coincide con lo que se analizó más arriba en cuanto a la discrecionalidad que tiene el tribunal de acuerdo con el caso planteado, los extremos marcados por las partes como limite externo de las conclusiones del tribunal, así como las actuaciones de los peritos.

El tribunal considera que la situación en Azurix es distinta a la de LG&E porque en éste las licencias, activo principal de las licenciatarias, continúan vigentes.

Con respecto a CMS el tribunal sostuvo que, en las circunstancias de ese caso, las “pérdidas importantes a largo plazo”, son demasiado inciertas y no han sido debidamente probadas, como para acordar el valor de mercado a futuro.

El silencio de un tratado en lo que concierne al tema de la indemnización se interpreta como un indicio de la intención de las partes “de dejar en manos de los tribunales la elección de una medida de la indemnización adecuada para las circunstancias específicas del caso teniendo en cuenta los principios del derecho internacional y lo estipulado por el TLCAN.”⁵⁴

La cuestión a tratar por el tribunal es la identificación de los “daños efectivamente” sufridos por el inversionista como resultado de la conducta de Argentina. La pregunta gira en torno a la causalidad, ¿qué perdió el inversionista a causa de los actos ilícitos?

Vale la pena destacar que el método del Tribunal para cuantificar la indemnización en este caso se concreta en calcular los dividendos que habrían percibido las demandantes de no haber sido por los incumplimientos de Argentina y les resta aquellos dividendos que efectivamente percibieron las Demandantes. Luego, se restan las pérdidas sufridas durante el período del estado de necesidad.

Estos otros aspectos aquí señalados, relativos a la determinación de los daños y perjuicios y a la forma de reparación que utilizó el tribunal en este caso, efectivamente son producto de un análisis exhaustivo de los alegatos y pruebas aportadas por las partes del mismo, aún cuando el tribunal para ello mantuvo los parámetros establecidos en el Proyecto de Artículos.

⁵⁴ Laudo dictado en el caso CIADI N° ARB/02/1 del 09 de julio de 2007, núm. 40. p 12.

Asimismo, es importante señalar el aspecto relativo al riesgo país, alegado por la demandada, el cual es objeto de análisis por parte del tribunal, llegando a la conclusión de que ello no excusa a Argentina por la revocación del régimen tarifario, ya que este era un elemento esencial para atraer inversores extranjeros al sector del gas y un compromiso expreso del gobierno de Argentina. En este sentido, el tribunal niega el argumento sostenido por la demandada y declara su responsabilidad internacional por haber incurrido en la violación de su compromiso contraído en el Tratado Bilateral de Inversiones invocado por la demandante.

3.2.- AZÚRIX CORP. CONTRA ARGENTINA (CASO CIADI N° ARB/01/12) DEL 23 DE JUNIO DE 2006.

El objeto de la controversia en este caso, fue la reclamación por parte de la demandante, empresa constituida en Delaware, U.S.A, de la violación por parte de Argentina, de sus obligaciones contraídas en el Tratado Bilateral de Inversión celebrado en 1991 con Estados Unidos, sobre promoción y protección recíproca de inversiones, el derecho internacional y la legislación argentina en relación con las inversiones de Azurix en una sociedad de servicios públicos que distribuía agua potable y realizaba el tratamiento y eliminación de las aguas residuales en la Provincia de Buenos Aires.

En el Memorial sobre el fondo del asunto, Azurix alegó que Argentina incumplió con el TBI al expropiar la inversión, mediante aplicación de medidas que equivalen a una expropiación (expropiación indirecta), sin otorgar pronta, adecuada y efectiva indemnización. Sostuvo además, que la demandada violó las obligaciones contraídas en el TBI de aplicar un trato justo y equitativo, no discriminación y otorgar protección y seguridad plenas a la inversión, de concederle el trato exigido por el derecho internacional, al adoptar medidas arbitrarias que menoscabaron el uso y goce de la inversión por parte de Azurix y al no cumplir las obligaciones que Argentina había contraído en relación con la inversión de Azurix.⁵⁵

Dichas medidas estuvieron constituidas por una serie de acciones y omisiones por parte de la Provincia o sus instituciones, que resultaron en la no aplicación del régimen tarifario de la concesión por razones políticas, que la Provincia no terminó ciertas obras que habrían puesto remedio a problemas

⁵⁵ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm. 339, p153

históricos y que debían ser transferidas a la concesionaria, una vez terminadas, entre otras.⁵⁶

Asimismo, reclamó que Argentina no actuó con transparencia respecto de los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos que afectan a la inversión de Azurix. Además, solicitó que se ordenara el pago de una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos, y que Argentina adoptara todas las medidas necesarias para evitar futuros perjuicios para su inversión.

La demandada alegó que la controversia era de carácter contractual y las dificultades con las que tropezó la concesionaria en la Provincia eran de su propia creación. Planteó que el caso presentado por la demandante está íntimamente ligado a las prácticas comerciales de ENRON y a la quiebra de esa empresa, que el precio pagado por la concesión era excesivo y oportunista y guardaba relación con la oferta pública de acciones que Azurix iba a hacer en el momento de presentarse a la licitación de la concesión, a través de AAS y OBA; y que la concesionaria no cumplió con el contrato de concesión, en particular sus obligaciones de inversión, y las acciones de la Provincia, entre ellas la rescisión del contrato de concesión, estaban justificadas.

El tribunal hizo un resumen preliminar sobre las consideraciones expuestas por las partes, en los siguientes términos:

La demandante se refiere a la responsabilidad del Estado por las acciones de sus órganos en virtud del derecho internacional consuetudinario y cita, como mejor prueba de ello, los Artículos 4 y 7 del Proyecto de Artículos

⁵⁶ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.85, p30.

sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI).⁵⁷

Argentina fundamentó su defensa en el hecho de que los argumentos de la demandante se basan en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Provincia, por lo tanto no es necesario que el tribunal determine si el TBI impone una responsabilidad absoluta al gobierno central por las acciones de una subdivisión política, porque la demandante no ha alegado hechos que puedan atribuirse a la República Argentina en virtud del TBI.

El argumento central de la demandada en este punto, consistió en que la demandante da por sentado que el incumplimiento contractual resultaba en una violación del TBI, lo cual, a su juicio es el altamente discutible. Aludió en su defensa, jurisprudencia arbitral dictada por el tribunal en la decisión de anulación del caso Vivendi II, donde se señaló que no en todos los casos el incumplimiento de un contrato deviene en un incumplimiento del TBI por parte del Estado, para que ello sea así dicho incumplimiento debe estar imbuido de mala fe u otras circunstancias agravantes, en el actuar del Estado receptor de la inversión.⁵⁸

Al respecto, la demandada expresamente señaló que “quien demanda en casos similares no puede invocar como causas o hechos que generan responsabilidad internacional los mismos hechos que constituyen violación al contrato... las normas internacionales son ‘normas independientes’. Por lo tanto,

⁵⁷ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.46, p14.

⁵⁸ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.49, p15.

no puede fundarse la responsabilidad internacional de un Estado disfrazando meras violaciones contractuales”⁵⁹

El tribunal pasa a hacer el análisis de los puntos aludidos por las partes, de la siguiente manera:

En primer lugar, dejó sentado que la responsabilidad internacional de los Estados por los actos de sus órganos y subdivisiones políticas está aceptada en el derecho internacional, conforme lo establece el Proyecto de Artículos invocado por la demandante, por lo tanto este aspecto no constituye un punto controvertido por las partes.⁶⁰

Lo que se trata de resolver es el argumento alegado por Azurix relativo a si los actos en los que ha basado su reclamación pueden atribuirse a la demandada, quien sostiene que tal atribución no es factible porque todos los actos constituyen incumplimientos contractuales por parte de la Provincia, este es el punto de la controversia.

El tribunal pasa a analizar si procede o no el alegato de la demandante, sobre la base de las siguientes consideraciones:

De acuerdo con la decisión del mismo caso planteado relativo a la jurisdicción del Centro, ya el tribunal se había pronunciado sobre la demostración efectiva por parte de la demandante que la controversia propuesta por la misma deriva del TBI y no de la relación contractual, aún cuando ciertas obligaciones contraídas por Argentina guardan relación con lo

⁵⁹ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.49, p15 y 16.

⁶⁰ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.50, p. 16.

establecido en el contrato de concesión, Azurix invocó el cumplimiento del TBI, convirtiéndose así en una pretensión distinta a la derivada del contrato.

En este punto es importante destacar que la tarea del tribunal al declarar su jurisdicción, primeramente, para luego en la decisión, objeto de este análisis, pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido, es determinar si las actuaciones u omisiones de las que se pretende responsabilizar a la República de Argentina, y que le ocasionaron daños a la inversión de Azurix, se desprenden de las obligaciones contraídas en el TBI celebrado con Estados Unidos, del cual es nacional la demandante.

Allí podemos apreciar cómo se configura perfectamente la relación triangular que le permite al inversor ostentar el *ius standi* para acudir a la jurisdicción del CIADI con el objeto de plantear la solución de una controversia derivada de una inversión extranjera, en su carácter de nacional de un Estado que ha celebrado un TBI con el Estado anfitrión de su inversión.

En este caso, cuando el tribunal declaró su jurisdicción, efectivamente consideró que lo que se está ventilando en este procedimiento son obligaciones contraídas por Argentina derivadas del TBI, aún cuando las mismas coinciden con las obligaciones contenidas en el contrato de concesión, en virtud de que las partes de la relación contractual no son las mismas que las del procedimiento de arbitraje, pues el contrato de concesión, alegado en la defensa de la demandada, fue celebrado por ABA y la Provincia, mientras que Azurix (quien tenía participación en ABA a través de un holding), fundamentó su pretensión ante el CIADI invocando obligaciones contraídas por Argentina en el Tratado Bilateral de Inversión, instrumento que como inversionista extranjero le ofrece la protección jurídica derivada de los estándares o cláusulas paraguas consagradas en el TBI.

De allí que el tribunal determinó que tiene jurisdicción sobre la controversia, la cual se centra en dilucidar si las acciones u omisiones de Argentina o de alguna de sus subdivisiones políticas, frente a Azurix en su carácter de inversionista extranjero, constituyen o no violaciones al TBI.

Además, el tribunal por considerar que dichas obligaciones también están contenidas en el contrato de concesión, estima necesario determinar si las violaciones alegadas fueron realizadas por Argentina en el ejercicio de sus potestades soberanas, debido a la naturaleza de este tipo de contratos (contratos administrativos), cuyo objeto usualmente está constituido por la prestación de un servicio público, como en el caso de autos, donde el objeto del mismo efectivamente es la prestación del servicio de agua potable.

En efecto, la naturaleza jurídica de los contratos administrativos la encontramos en el derecho administrativo interno, donde se conceptualiza esta categoría de contratos como aquéllos celebrados típicamente por la Administración Pública, con el objeto de satisfacer una finalidad de orden público, de allí sus características muy particulares que los diferencian de los contratos de derecho privado, entre otras, la posibilidad de rescindirlos unilateralmente por parte del Estado por razones de interés público, así como una serie de cláusulas exorbitantes, que los excluyen del cumplimiento de una cantidad de parámetros que fuesen naturalmente exigibles si estuviesen en el ámbito del derecho civil privado, como los privilegios procesales que ostenta la Administración Pública, a quien no se le considera en igualdad de condiciones que las del contratista, sobre la base de que su propósito es siempre el de salvaguardar el servicio público y el interés general o colectivo.

Según el criterio del tribunal, este ejercicio soberano de sus potestades podría constituirse para Argentina en una excepción para no asumir responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, derivadas del

contrato de concesión, siempre que dicho ejercicio no represente una extralimitación de las funciones propias de una entidad soberana. Sin embargo, luego de hacer un exhaustivo análisis del punto, el tribunal consideró que las actuaciones de Argentina en su conjunto, constituyen un incumplimiento del TBI, aún cuando haya coincidencia con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, por cuanto la demandante invocó el incumplimiento del TBI y la responsabilidad internacional derivada del mismo que debe asumir la demandada, esta constituye un vía procesal distinta a la establecida para el reclamo de la relación contractual, donde, como ya se señaló, Azurix no es parte de ella.⁶¹

Resulta interesante, destacar la sutileza con la que el tribunal traza una línea divisoria entre las obligaciones internacionales asumidas por Argentina en el TBI y las obligaciones derivadas del contrato de concesión, cuya naturaleza por ser de derecho público, como ya se señaló, le permite, con ciertos límites, el ejercicio de potestades soberanas, considerando que hay una coincidencia de las obligaciones, no obstante encontrarse jurídicamente en dos planos diferentes, el contractual y el internacional. El tribunal estima que, efectivamente en el plano internacional resulta válido invocar el incumplimiento del TBI, por haberse cumplido los requisitos previstos en el Convenio CIADI.

Los otros dos aspectos que revisten importancia a los efectos del análisis desde la perspectiva del objeto central de este trabajo, es decir, el de la responsabilidad internacional de los Estados derivada del incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión, los encontramos en las alegaciones de la demandante relativas a la ocurrencia de una expropiación progresiva por parte

⁶¹ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI Nº. ARB/01/12. Núm.315, p. 126.

de la demandada, sin pago de indemnización alguna, mediante actuaciones realizadas con ocasión de la ejecución del contrato de concesión, que le afectó considerablemente en la recuperación y rentabilidad económica de sus inversiones contenidas en la concesión, por una parte, y por la otra la invocación por Azurix del incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo que debió dispensarle Argentina, de conformidad con lo establecido en el TBI, como fundamento de su reclamación.

Por lo que respecta a la figura de la expropiación progresiva, también denominada expropiación indirecta, la demandante la define como “la existencia de una interferencia irrazonable o incidental que priva sustancialmente a un propietario del control, uso, beneficios, goce o los beneficios económicos que fuera razonable obtener de los bienes o derechos o el acceso a ellos, siempre que tal privación no sea manifiestamente transitoria”. Así, Azurix sostiene que la Provincia la despojó de los derechos de que gozaba en virtud del régimen tarifario de la concesión, comprometió la capacidad de ABA de obtener financiamiento e hizo cargar a ABA con gastos imprevistos, entre otros.⁶²

La demandante fundamenta su alegato en que su inversión, contenida en el contrato de concesión ha sido expropiada como resultado de la aplicación de medidas equivalentes a una expropiación, es decir, dicha expropiación es consecuencia de una serie de actos que por sí solos tal vez no sean suficientes para constituir expropiación, pero que en su conjunto constituyen una expropiación progresiva.

⁶² Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.276, p. 108.

Por su parte, la demandada arguye que no se configuró expropiación indirecta, ya que su actuación se ciñó a lo previsto en el contrato de concesión, en el ejercicio de su potestad soberana de regulación de la misma, y que en todo caso las actuaciones de ambas partes no fueron sino el resultado de su comportamiento de acuerdo con lo previsto en el contrato de concesión, considera que lo que alega la demandante como medidas expropiatorias no son más que actuaciones derivadas del contrato, y que el incumplimiento del contrato de concesión, si lo hubiere, no puede traducirse en medidas de carácter expropiatorio.⁶³

En este sentido, el tribunal estimó que es de amplia aceptación en la jurisprudencia y la doctrina que los derechos contractuales puedan ser expropiados. La discusión entre las partes se refiere más a la cuestión de si, en las circunstancias del caso de autos, los supuestos incumplimientos de la Provincia pueden considerarse como tales. Como lo afirmó reiteradamente la demandada, con sus actuaciones la Provincia no hizo más que cumplir con el contrato de concesión y el marco reglamentario. Por lo tanto, de acuerdo con la demandada, ABA no tenía los supuestos derechos que presuntamente la Provincia ignoró.

Después de realizar un análisis profundo de los aspectos alegados por cada una de las partes, así como de la jurisprudencia arbitral igualmente esgrimida por cada una de ellas, que sirven de punto de referencia por tratarse de casos similares y de planteamientos relativos a la ocurrencia o no de la figura de la expropiación indirecta o progresiva sin pago de indemnización por parte de Argentina, el tribunal consideró que el elemento clave para determinar si en el caso de autos puede considerarse que hubo expropiación indirecta

⁶³ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI Nº. ARB/01/12. Núm.278, p. 109.

está en la pérdida o no de la propiedad de las acciones por parte de Axurix, que pudiese haber sido ocasionada por las actuaciones de Argentina.

En este sentido, el tribunal estableció que los efectos en la inversión atribuibles a las medidas de la Provincia no permiten concluir que, en su conjunto, esas medidas representaran una expropiación. Azurix no perdió los atributos de la propiedad, continuó controlando a ABA en todo momento y retuvo la propiedad del 90% de las acciones. Sin duda la gerencia de ABA se vio afectada por las medidas adoptadas por la Provincia, pero no en grado suficiente como para que el Tribunal concluya que se expropió la inversión de Azurix.⁶⁴

Vale la pena señalar en relación a este punto, que la jurisprudencia arbitral ha ido delineando los elementos constitutivos de esta figura de expropiación indirecta, para ello ha considerado tomar en cuenta principalmente el relativo a si las actuaciones del Estado consideradas en su conjunto constituyen un despojo de la propiedad del inversionista, por una parte, por la otra en qué medida el inversionista ha dejado de ejercer control de sus derechos de propiedad sobre su inversión y por último, establecer la línea divisoria entre las facultades del poder soberano de regulación que tiene todo Estado, especialmente si se trata de una inversión que toque servicios públicos, sobre los cuales las facultades del Estado le están dadas por la naturaleza de la actividad, pero que puede llegar a confundirse con la finalidad de utilidad pública que caracteriza en general a la figura de la expropiación.

Pareciera no ser tarea fácil ni para los litigantes ni para los tribunales arbitrales tener parámetros cien por ciento claros, cuando se trata de

⁶⁴ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.322, p. 130.

determinar si procede o no la alegación de expropiación indirecta o progresiva sin pago de indemnización por parte del Estado, como incumplimiento de las cláusulas consagradas en los Tratados Bilaterales de Inversión, ello dependerá del análisis efectuado en cada caso en particular. Sin embargo, es posible que sean considerados estos elementos aportados por las decisiones de tribunales arbitrales a la hora de diseñar nuevas cláusulas en los TBIs que contribuyan al esclarecimiento del tópico y su aplicabilidad en casos puntuales.

Por lo que respecta al argumento esgrimido por la demandante, relativa a la violación del estándar de trato justo y equitativo, señalamos lo siguiente:

La demandante alega que Argentina infringió el estándar de trato justo y equitativo consagrado en el TBI que protege su inversión, en los siguientes términos:

La inversión de Azurix quedó sujeta a las acciones de la Provincia, en particular, a la negativa de suministrar la información necesaria (DPCT Records), las demoras indefinidas en la verificación de la información y la toma de decisiones (Resolución 7/00, recategorización de inmuebles y propuesta de ABA de métodos alternativos a la Valuación 1958), las razones fundadas en políticas inexistentes y los pedidos de información innecesaria (estudio de costos por ajuste RPI), la manipulación de la letra del Contrato ignorando garantías expresas (Resolución 1/99 y Comunicación de Información No. 12), los cambios de posición (Canon), la difamación pública y las multas administrativas por acciones que recaían en última instancia bajo la órbita de responsabilidad de la Provincia (Obras de la Circular

31(A)), y las amenazas de iniciar acciones penales en contra de los directivos de ABA.⁶⁵

Según la demandante, estas actuaciones ocurrieron debido a que la Provincia necesitaba dinero para contrarrestar el déficit presupuestario y no estaba dispuesta a permitir un incremento en las tarifas del servicio de agua porque implicaría un problema político para el nuevo gobierno provincial.

Argentina en el Memorial de Contestación está en desacuerdo con el significado de la expresión “justo y equitativo”, a la que considera indisolublemente ligada al estándar mínimo internacional, con la apreciación discutible de los hechos, que no constituyen una violación del estándar, y en la tipificación autónoma del estándar.⁶⁶

Igualmente, argumentó la demandada que el concepto de trato justo y equitativo, a diferencia de lo que sostiene la demandante, no puede considerarse en un nivel superior al trato mínimo establecido en el derecho internacional. Además sostiene que las mismas argumentaciones hechas por Azurix para considerar las actuaciones de la Provincia como equivalentes a una expropiación progresiva, mal puede invocarlas para esgrimir violación al estándar de trato justo y equitativo, ya que ello resulta incompatible.⁶⁷

Después de un análisis de las alegaciones de las partes en cuanto al significado que le ha dado la doctrina y jurisprudencia arbitral al estándar de

⁶⁵ Laudo dictado el 23 de junio de 2006, Caso CIADI ARB/01/12, Numeral 330, p133.

⁶⁶ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.332, p. 133.

⁶⁷ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.339, p. 136.

trato justo y equitativo, el tribunal estableció que debe dársele la interpretación que deriva del TBI, en concordancia con las disposiciones de la Convención de Viena sobre los Tratados, relativas a las formas de interpretar el contenido de los mismos.

Asimismo, en cuanto a la posibilidad de que dicho estándar represente un trato adicional al contemplado como mínimo en el derecho internacional consuetudinario para el tratamiento de extranjeros, el tribunal se sujeta al contenido del preámbulo del Tratado Bilateral de Inversiones, donde expresamente las partes convinieron en su deseo de promover una mayor cooperación económica con respecto a las inversiones, reconocen que “el acuerdo sobre el tratamiento a ser acordado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes”, y convienen en que “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”. Del significado corriente de los términos “justo” y “equitativo” y del propósito y objetivo del TBI se desprende que por tratamiento “justo y equitativo” debería entenderse el tratamiento “parejo” y “arreglado a justicia y razón”.

En ese sentido el tribunal estimó que el significado del estándar, en este caso debe interpretarse de acuerdo al contenido y redacción de la cláusula del TBI. Por su redacción, la cláusula permite interpretar las expresiones “trato justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional. Las exigencias mínimas para cumplir este estándar han evolucionado, y el tribunal entiende que su contenido es sustancialmente similar, sea que los términos se interpreten según su significado corriente,

como lo requiere la Convención de Viena, o conforme al derecho internacional consuetudinario.⁶⁸

En todo caso, lo que interesa dilucidar en este caso es el contenido del estándar y si Argentina efectivamente incumplió o no con el mismo, de acuerdo con sus actuaciones respecto de la Inversión de Azurix. A este respecto el tribunal señala que efectivamente el comportamiento de la Provincia alegado por el demandante consistente en las medidas que tomó Argentina con relación a la inversión de Azurix, consideradas en conjunto, muestran una arraigada conducta de incumplimiento generalizado del estándar de tratamiento justo y equitativo.⁶⁹

Sin embargo, el tribunal procedió al análisis de cada actuación alegada por Azurix para determinar si constituyó o no violación al estándar de trato justo y equitativo. En tal sentido, consideró que la negativa de la Provincia de aceptar la notificación de rescisión y su insistencia en rescindirla por sí misma por abandono de la concesión es claramente un caso de incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. Es evidente, a juzgar por los hechos presentados al tribunal, que la concesión no fue abandonada.

El tribunal destacó que el régimen tarifario estaba politizado por cuestiones vinculadas a las próximas elecciones o por el hecho de que la concesión había sido adjudicada por el gobierno anterior. Las cuestiones de los coeficientes de homogenización y las variaciones constructivas son ejemplo de ello. Resulta significativo que, una vez transferido el servicio, se

⁶⁸ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.360, p. 146.

⁶⁹ Cfr: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.377, p. 153.

permitió al nuevo proveedor del servicio aumentar las tarifas para tener en cuenta las variaciones constructivas.

En cuanto a la falta de publicación del reglamento por parte de Argentina aludida por la demandante, el tribunal determinó que la politización de la concesión es uno de los elementos que ha tomado en consideración para determinar la falta de trato justo y equitativo.

Finalmente, las reiteradas exhortaciones, dirigidas a los clientes por el Gobernador provincial y otros funcionarios, a no pagar las facturas, son elementos considerados por el tribunal que hacen ver la mala fe en el caso del incidente de Bahía Blanca, cuando la propia Provincia no había concluido las obras que habrían ayudado a evitar el problema.⁷⁰

Ahora bien, cuando analizamos el estándar de trato justo y equitativo, vale la pena destacar que el mismo debe ser interpretado en primer lugar de acuerdo al contenido del TBI que lo prevea, por ser la ley especial, como se afirmó en este caso donde el tribunal hizo énfasis en la intención de las partes plasmada tanto en el preámbulo del TBI como en las cláusulas que consagran el estándar, para así darle contenido al mismo.

Por otra parte, es preciso señalar que se ha identificado la protección de expectativas legítimas como uno de los elementos determinantes del estándar de trato justo y equitativo, para darle contenido por parte del tribunal, ya que en este caso, el tribunal consideró que efectivamente el inversionista no llenó sus expectativas legítimas derivadas de su inversión, motivado a conductas que recaen sobre el Estado receptor, las cuales no cumplieron con el principio

⁷⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI N°. ARB/01/12. Núm.393, p. 159.

general de la creación de un marco jurídico estable y predecible, el cual debe incluir principios de transparencia y consistencia en la toma de decisiones.

Igualmente, podemos verificar que en este caso el tribunal estudió y analizó en forma pormenorizada la conducta desplegada por Argentina y alegada por la demandante como constitutiva de violación del estándar al que venimos haciendo referencia, para arribar a la conclusión, de acuerdo con lo estipulado en el TBI, que efectivamente hubo violación por parte de Argentina del tratamiento justo y equitativo. Se observa que la determinación de si ocurrió o no tal incumplimiento, en primer lugar dependerá de lo establecido en el TBI, respecto del contenido del estándar, y en segundo término del análisis por parte del tribunal del caso en concreto, de acuerdo con las alegaciones y probanzas de las partes.

Es también relevante el elemento relacionado con la determinación de daños y perjuicios y su diferenciación del concepto de enriquecimiento sin causa. Textualmente señala el laudo Azurix c Argentina en este aspecto que:

El Tribunal observa asimismo que los daños y perjuicios y el enriquecimiento sin causa presentan diferencias conceptuales marcadas en cuanto a los principios de la responsabilidad y la medida de la restitución. La indemnización por un acto ilícito se funda en el daño sufrido, mientras que en el enriquecimiento sin causa se basa en la restitución; por ejemplo, lo que puede reclamarse en algunos órdenes jurídicos de derecho civil es la restitución del monto que contribuyó el empobrecido, o si es inferior, el monto de la ganancia de la otra parte⁷¹

⁷¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI Nº. ARB/01/12. Núm.436, p. 176.

Finalmente, el tribunal concluyó que Argentina incurrió en incumplimiento del Tratado, lo que representa un acto ilícito bajo el derecho internacional. La demandante eligió el recurso que le brinda el Tratado y el tribunal decidió que la medida de la indemnización a ser aplicada, que en este caso no consiste en la restitución de la inversión de la demandante respecto de la cual un incumplimiento ha sido determinado, sino la indemnización de acuerdo con el valor justo de mercado que tenía antes del incumplimiento.

El Tribunal consideró apropiada una indemnización basada en el valor real de la Concesión, particularmente porque la Provincia la tomó a su cargo. El valor real de mercado ha sido definido como “el precio, expresado en efectivo, al que una propiedad cambiaría de manos entre un comprador hipotético dispuesto a comprar y con capacidad de hacerlo y un vendedor hipotético con capacidad de vender, actuando como partes independientes en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno tiene la obligación de comprar o vender y cuando ambos tiene un conocimiento razonable de los hechos pertinentes”⁷²

El cálculo de la indemnización, como ya se indicó, se hizo de acuerdo con el valor justo del mercado, lo cual no ocurrió en el caso de LG&E, en el cual el tribunal estableció la compensación como manera de resarcir los daños ocasionados.

Por último es preciso destacar que en fecha 13 de noviembre de 2006, Argentina procedió a formular un recurso de anulación del laudo del 23 de junio de 2006, conforme a las reglas del convenio CIADI, invocando cuatro de

⁷² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Washington, D.C. Laudo dictado el 26 de junio de 2006, en el procedimiento entre Azurix Corp. y la República Argentina. Caso CIADI Nº. ARB/01/12. Núm.424, p. 171.

las cinco causales establecidas en el Artículo 52(1) del Convenio del CIADI, argumentando específicamente: (a) que, con respecto al Artículo 52(1)(a), el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que, con respecto al Artículo 52(1) (b), el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que, con respecto al Artículo 52(1) (d), hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y (d) que, con respecto al Artículo 52(1) (e), no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.⁷³

El resultado de esta decisión fue la de rechazar en su totalidad la solicitud de anulación presentada por la República Argentina, y, de conformidad con el Artículo 52(5) del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 54(3) del CIADI, se dio por finalizada la suspensión de la ejecución del Laudo ordenada por el Comité en su decisión del 28 de diciembre de 2007.

⁷³ Laudo de Procedimiento de Anulación, caso Azurix c. Argentina, (Caso ARB/01/12 enviado a las partes el 01 de septiembre de 2009)

CONCLUSIONES

El Estado, como sujeto de derecho internacional público por excelencia, está obligado frente a la comunidad internacional a responder de sus actos u omisiones, en la medida en que su comportamiento sea considerado contrario a lo establecido en una obligación internacional (que puede estar establecida en principios de carácter consuetudinario o en una norma de naturaleza convencional). Esta asunción de responsabilidad conlleva a la reparación de los daños, si los hubiere y puede ir desde la reparación integral, la restitución hasta la indemnización, inclusive pecuniaria y la satisfacción.

Las circunstancias excluyentes de responsabilidad, son causas que eximen de responsabilidad al Estado. En virtud de la ocurrencia estos motivos se considera que no hubo propiamente una ilicitud, es decir su comportamiento, excepcionalmente, no se califica como ilícito y por lo tanto no opera la responsabilidad, ya que bajo estas circunstancias específicas, el Estado no está obligado a obrar en otra forma, no hay otra manera de darle cumplimiento a la obligación internacional. Conforme a lo establecido en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad por Hechos Internacionalmente Ilícitos, las causas excluyentes de ilicitud son: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad.

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito, conforme lo establece el Proyecto de Artículos, devienen en la responsabilidad internacional que asumen los Estados, derivada de sus actuaciones u omisiones, y en caso de que hubiesen ocasionado daños, quedan obligados a la reparación de estos.

El incumplimiento de los estándares previstos en los Tratados Bilaterales de Inversiones, por parte de los Estados implica a su vez el incumplimiento de una obligación internacional contenida en dichos tratados, y como consecuencia, quedan compelidos a reparar conforme a lo establecido en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos. De acuerdo a cada caso, las formas de reparación serán decididas por los tribunales arbitrales, quienes pueden establecer reparaciones de distintas categorías, tales como: a) de tipo pecuniario, es decir en sumas de dinero, b) restitución a las situaciones previas a la ocurrencia del ilícito, o c) por la vía de la satisfacción, si el daño es de carácter moral. La indemnización constituye la forma de reparación generalmente utilizada por los tribunales arbitrales como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento de los Tratados Bilaterales de Inversión.

Cuando el Estado incumple con sus obligaciones internacionales, conforme a lo establecido en el Proyecto de Artículos, queda sujeto a la reparación de los daños, si los hubiere. En consecuencia, puede ser demandado ante los tribunales internacionales competentes, de acuerdo con la naturaleza del incumplimiento.

De acuerdo con la jurisprudencia arbitral CIADI, los casos LG&E contra Argentina, del 03 de octubre de 2006 (laudo de responsabilidad), y laudo de determinación de indemnización del 09 de julio de 2007, Azurix contra Argentina del 23 de junio de 2006 y CMS contra Argentina del 24 de abril de 2005, presentan entre sí semejanzas y diferencias a la luz de los conceptos establecidos en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, en los siguientes aspectos:

a) En cuanto a las circunstancias bajo las cuales se encontraba Argentina para la época en que se produjeron los incumplimientos alegados (crisis económica severa ocurrida entre los años 1999 y 2003, aproximadamente), los tres casos plantean hechos que ocurrieron en fechas cercanas y en circunstancias similares en el contexto histórico por el que atravesaba Argentina, como Estado receptor de sus inversiones.

b) Sólo en el caso LG&E c Argentina se declaró el estado de necesidad alegado por Argentina como eximente de responsabilidad, durante el lapso de tiempo que duró dicha causal, luego de un análisis exhaustivo de las alegaciones y pruebas aportadas por la demandada, lo cual marcó la pauta en esta materia y constituyó un éxito para la demandada.

c) En ambos casos fue alegada la expropiación indirecta por parte de las demandantes, pero el Tribunal consideró que en lugar de ello lo que hubo fue un incumplimiento al trato justo y equitativo contemplado en el TBI como una obligación por parte del Estado receptor. El análisis de la figura de la expropiación progresiva en los casos estudiados sostiene criterios importantes a considerar para una futura codificación del tema.

d) La jurisdicción del CIADI es aplicable cuando la reclamación de las demandantes se hace conforme a violaciones del tratado, a pesar de que en uno de los casos (Azurix) hubo una coincidencia entre violaciones al contrato de concesión y violaciones al tratado, pero es importante destacar que para que tenga éxito una demanda ante el CIADI en casos similares a los analizados, debe tenerse muy en cuenta la formulación de la reclamación, puesto que la jurisdicción del CIADI será reconocida siempre que se trate de la violación del TBI, y la misma sea debidamente invocada.

e) Los tribunales tienen un poder discrecional en la determinación de los daños ocasionados, para lo cual no siempre acuden a los llamados estándares de indemnización y estándares de reparación, sino que actúan de acuerdo con cada caso, respetando los límites impuestos por las normas de derecho internacional, siempre que no se establezca expresamente en el tratado el método de calcular o determinar la indemnización, para la establecer los mecanismos de reparación de los daños ocasionados. En este sentido, se presentaron diferencias entre el caso LG&E donde se aplicó la compensación integral para indemnizar a las demandantes, apartándose del método del valor de mercado, mientras que en el caso de Azurix el Tribunal utilizó la fórmula del valor justo de mercado.

Dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, la fórmula a utilizar por el tribunal para establecer el mecanismo de reparación de los daños ocasionados. Asimismo, en el caso LG&E el tribunal negó la petición de reparar los daños futuros al valor de las acciones, por considerar que no había una certeza necesaria, o certidumbre para su cálculo.

En cuanto a la fórmula para decidir si operó o no el estado de necesidad como eximente de responsabilidad, igualmente dependerá del estudio pormenorizado de las alegaciones y probanzas de las partes en cada caso por parte de los tribunales, así como de los criterios ya plasmados en la jurisprudencia CIADI sobre este punto, respetando siempre las estipulaciones que al respecto consagra el Proyecto de Artículos.

El incumplimiento de los Estados de los laudos dictados por los tribunales CIADI puede tener consecuencias políticas y repercusiones internacionales. Desde el ejercicio de la protección diplomática, a través de la cual el inversionista favorecido con el laudo puede acudir a su Estado de origen a los fines de que este ejerza una demanda de Estado a Estado,

inclusive, si es procedente, ante la Corte Internacional de Justicia, hasta las sanciones de tipo moral, en el ámbito de la comunidad internacional, considerando que el CIADI es una organización miembro del Banco Mundial.

Desde el punto de vista del derecho internacional, si un Estado incumple con lo dispuesto en un laudo dictado por los tribunales CIADI estaría violando sus obligaciones frente a otro Estado soberano, lo cual comporta su responsabilidad internacional. En tal sentido, de conformidad con lo establecido en el Convenio CIADI, el inversionista favorecido por el laudo arbitral, queda facultado para ejecutar bienes propiedad del Estado receptor de la inversión, ubicados en cualquiera de los Estados que sean parte del Convenio CIADI.

BIBLIOGRAFIA.

ÁLVAREZ Villar, D. "Las represalias como circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho internacional cometido por el Estado ", en: Contribuciones a las Ciencias Sociales, Abril 2012, www.eumed.net/rev/cccss/20/

CRAWFORD, James, "El "ius standi" de los Estados: una crítica del artículo 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados de la CDI". Revista Electrónica de Estudios Internacionales n.º m. 1, 2000 (www.reei.org).

CRAWFORD, James. "Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado". Universidad de Cambridge, 2004.

CREMADES, Bernardo M y **CAIRNS**, David J.A. "La seguridad Jurídica de las Inversiones Extranjeras: La protección contractual y de los Tratados". Real Instituto Elcano, de Estudios Internacionales y Estratégicos.

CONFORTI, Benedetto. "Derecho Internacional Público", Ed. Zavalía, 1995.

DE MAEKELT, Tatiana. "Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las Cláusulas Arbitrales y su Aplicación" en Arbitraje Comercial Interno e Internacional, Serie Eventos N° 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

DEL TORO Huerta, Mauricio Iván, "La Responsabilidad del Estado en el Marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/32.pdf

DÍAZ-Candia, Hernando. "El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje". Primera Edición, Editorial Legis. Caracas, Venezuela, 2011.

DIEZ de Velazco, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". Décima Sexta Edición, Madrid, 2007.

DOLZER and Stevens, "Bilateral Investment Treaties". La Haya, 1995.

DOLZER Rudolf and Chistoph Schreuer. "Principles of International Law". Oxford University Press , 2008.

DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo". Décima Edición. Buenos Aires, Argentina, 2004.

GARCÍA Bolívar, Omar Enrique. "La Jurisdicción del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (CIADI)". Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR. Buenos Aires, Argentina, Año 8, Nº 1, 2004.

GARCÍA Bolívar, Omar Enrique. "El Arbitraje en el Marco de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: las Posibles Interpretaciones". Revista de Derecho Nº 26. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2008.

GRANATO, Leonardo. "Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión. Aportes para la Protección y Defensa del Inversor Extranjero en el MERCOSUR" Centro Argentino de Estudios Internacionales. 2005. Disponible en: www.cael.com.ar.

HAPP, Richard y Noah Rubbins. "Digest of ICSID Awards and Decisions". 2003-2007, Oxford University Press.

JIMÉNEZ de Aréchaga, Eduardo. "Responsabilidad Internacional". En: Max Sorensen. Manual de Derecho Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

KAHALE, George. "Tendencias en Contratos Aguas Arriba en la Historia Petrolera Internacional". Ciclo de Conferencias El Otro Lado del Arbitraje Internacional. PDVSA La Tahona, Caracas, 2009.

KENNETH J. Vandevelde, U.S. "Bilateral Investment Treaties: The Second Wave", 14 Michigan Journal of International Law 621-704 (1993).

LEDO Nass, Álvaro. "Los Antecedentes y las Fuentes del Arbitraje Internacional". Ciclo de Conferencias El Otro Lado del Arbitraje Internacional. PDVSA La Tahona, Caracas, 2009.

MORENO Rodríguez, Rogelio. "Diccionario Jurídico". Buenos Aires, La Ley, 1998.

MUCI BORJAS, José A. "El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)", Editorial Jurídica Venezolana.

PAGLIARI, Arturo Santiago. "Responsabilidad Internacional y Protección Diplomática". Universidad de Córdoba, Argentina, 2010.

PASTOR Ridruejo, J.A., "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", 9na Edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2003

PODESTA Costa, L.A., "Derecho Internacional Público" I. 4º Edición, Tea, Buenos Aires, 1960.

REY Caro, Ernesto "Responsabilidad Internacional". Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración. Academia Nacional de

Derecho y Ciencias Sociales. Volumen II. Primera Edición, 2009, Córdoba, Argentina.

RODRÍGUEZ, Orrego, Claudia Fernanda. "Análisis sobre las Facultades Jurisdiccionales del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones. Caso Argentino". Trabajo de Grado. Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2009.

RONDÓN de Sansó, Hildegard. "Aspectos Jurídicos Fundamentales del Arbitraje Internacional de Inversión". Editorial Exlibris. Caracas, Venezuela, 2010.

SALACUSE, Jeswald. "Treatification of International Trade Law". The Oxford International Law Library, 2007.

SOMMER G, Christian. "El Reconocimiento y Ejecución en los Laudos Arbitrales del CIADI. Ejecución Directa o Aplicación del Exequátur". Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Vol II, Nº 1, 2009.

SCHREUER. Christoph. "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration", in The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, Kluwer Law International, 2010.

SCHREUER, Christoph H. "The ICSID Convention Commentary", Cambridge University Press, Cambridge, 2001

SORNARAJAH, M. "The International Law on Foreign Investment". Second edition. Cambridge University Press.

TAWIL, Guido Santiago, ob. cit. En: Podesta Costa, L.A., "Derecho Internacional Público", I, pág. 419, 4º Edición, Tea, Buenos Aires, 1960.

TEJERA Pérez, Victorino. “La Ejecución de Laudos Arbitrales CIADI en contra de la Republica: Referencia a la Sentencia N° 1.942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. En Parra A. Temas de Derecho Procesal, Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Colección de Estudios Jurídicos N° 15, Caracas, Venezuela, 2005

VIÑALES, Jorge. “Reflexiones Sobre la Reparación de Daños en el Derecho de las Inversiones Internacionales”. Revista Colombiana de Derecho Internacional, ISSN. 1692-8156, N° 11, 2008.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 12 de diciembre de 2001.

Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), 1965. Reglas Procesales.

Laudo dictado el 23 de junio de 2006 por el Tribunal Arbitral del CIADI, LG&E Corp. c. la República de Argentina. Caso CIADI N° ARB/01/12.

Laudo dictado por el Tribunal Arbitral del CIADI, el 09 de julio de 2007. Azurix c. la República de Argentina. Caso CIADI N° ARB/01/1.

CONSULTA A PÁGINAS EN INTERNET.

Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Disponible en:
<http://www.reei.org>

Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/>

<http://www.worldbank.org/icsid>

[www://juridicasunam.mx/proxy](http://www.juridicasunam.mx/proxy).