

Camuzzi International S.A. c. La República Argentina

- Y -

Sempra Energy International c. La República Argentina

Causas CIADI Nos. ARB /02/16, ARB/03/2

DICTAMEN DE W. MICHAEL REISMAN

W. Michael Reisman
Profesor "Myres S. McDougal" de
Derecho Internacional
Facultad de Derecho de Yale
127 Wall Street
New Haven, CT 06511

ÍNDICE

I.	Introducción	1
II.	Resumen de las Conclusiones.....	2
III.	Resumen de los Hechos.....	5
A.	Cronología y Reclamos	5
B.	La Naturaleza de la Expropiación y las Reiteradas Violaciones a los TBIs..	13
IV.	Derecho Aplicable	18
A.	Los TBIs.....	19
1.	El TBI con la Unión	20
2.	El TBI con EE.UU.....	34
B.	La Convención de Washington	40
C.	La Elección del Derecho Aplicable por Voluntad de las Partes del Contrato	42
D.	Resolución de las Alternativas Planteadas por Diferentes Elecciones del Derecho Aplicable	48
V.	Obligaciones de la República Argentina para con Sempra y Camuzzi en virtud de los TBIs	51
A.	Introducción	51
B.	Obligaciones Legales Particulares de la República Argentina en virtud de los TBIs.....	54
1.	Trato Justo y Equitativo.....	54
2.	Entera Protección y Seguridad	57
3.	Deterioro Ocasionado por Medidas Arbitrarias o Discriminatorias	59
4.	<i>Pacta Sunt Servanda</i>	62
5.	Justicia y Equidad en la Administración de las Normas Tributarias	63
C.	Obligación de no Expropiar o Nacionalizar en forma Directa o Indirecta ...	74
1.	Criterios para una Expropiación Legítima	77
2.	Naturaleza Acumulativa de las Condiciones de Legitimidad de la Expropiación	79
3.	Diferentes Niveles de Compensación para las Expropiaciones Legítimas e Ilegítimas.....	80
4.	Expropiación “Progresiva”	82
5.	La Prueba del Nexo Causal es la Existencia de una “Consecuencia Normal y Natural”	94
VI.	Aplicación de la Lex Specialis de los TBIs a los Hechos	95
A.	Incumplimiento de la Obligación de Compensar a las Licenciatarias por los Subsidios autorizados por el ENARGAS.....	99
B.	Incumplimiento en cuanto al Ajuste de Tarifas según el PPI.....	102
C.	Desmedro de los Derechos de las Licenciatarias por la Sanción de la Ley de Emergencia Pública No. 25.561	106

D.	Determinación de Impuestos y Cargos Ilegítimos.....	108
E.	Fallos Judiciales en Detrimento de los Derechos de las Licenciatarias.....	110
F.	Expropiación Indirecta mediante Medidas Equivalentes a la Expropiación 111	
VII.	Quantum de la Indemnización por Expropiación.....	114
A.	Derecho a Indemnización (Daño Emergente o ‘Damnum Emergens’).....	114
B.	El Momento de la Expropiación a los Efectos de Determinar la Compensación	116
C.	Métodos de Valuación.....	125
D.	Compensación por Lucro Cesante (Lucrum Cessans)	126
VIII.	Conclusiones	127

I. INTRODUCCIÓN

1. Soy profesor de derecho internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, en la cual poseo la posición de Profesor "Myres S. McDougal". Integro el cuerpo docente de dicha universidad desde 1965. Publiqué dieciocho libros en este campo de estudio, cuatro de los cuales abordan específicamente el tema del arbitraje internacional. En un quinto libro, que yo mismo edité, analizo el tema de la jurisdicción en la órbita del derecho internacional. Entre otras actividades, junto a la docencia y la investigación, me desempeñé en la actualidad como Presidente del Tribunal Arbitral del Bank for International Settlements. También fui coeditor en jefe del *American Journal of International Law*, Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Vicepresidente de la *American Society of International Law*, así como miembro del *Institut de Droit International*. Asimismo, me he desempeñado como árbitro en numerosos procesos arbitrales internacionales relacionados con el derecho comercial y público y como asesor y perito en otros arbitrajes y en procesos, tanto ante la Corte Internacional de Justicia como en otras instituciones. Adjunto al presente dictamen un *curriculum vitae*.

2. Camuzzi International, S.A. (en adelante, "Camuzzi") y Sempra Energy International (en adelante, "Sempra") me solicitaron que analizara la documentación pertinente y expresara mi opinión sobre las supuestas expropiaciones y otras violaciones al Convenio entre la República Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones y Notas Reversales, (en

adelante, el "TBI con la Unión")¹ y el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, el "TBI con EE.UU.")², respectivamente. A continuación, presento un resumen de los hechos y luego paso a considerar las cuestiones legales que se plantean en torno a la controversia.

II. RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES

3. Sobre la base de las cuestiones analizadas, he arribado a las siguientes conclusiones:

- A. Las normas de fondo y de forma previstas en los TBIs celebrados con EE.UU. y la Unión resultan de aplicación al presente caso en su calidad de *lex specialis*. En algunos casos en los cuales los TBIs pudieran resultar demasiado sucintos en relación con algún aspecto sustancial, el derecho consuetudinario internacional opera como una fuente accesoria a la cual el Tribunal puede recurrir con el fin de complementar la *lex specialis* que constituyen los TBIs, pero nunca en su reemplazo.
- B. Debido a que el TBI con la Unión incluye una cláusula NMF incondicional y expresamente incorpora los estándares más favorables para el inversor extranjero que se hallan previstos en otros instrumentos pertinentes, el TBI con la Unión incorpora de

¹ Convenio entre la República Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones suscrito el 28 de junio de 1990, que entró en vigencia el 2 de septiembre de 1992.

² Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito el 14 de noviembre de 1991, que entró en vigencia el 20 de octubre de 1994.

manera automática los estándares de forma o de fondo consagrados en el TBI con EE.UU. que resulten más favorables para los inversores extranjeros.

- C. La *lex specialis* de los TBIs obliga al Estado receptor (en el presente caso, la República Argentina) a: (i) conferir un trato justo y equitativo a todas las inversiones, según lo establecido en los TBIs; (ii) garantizarles entera o plena protección y seguridad; (iii) abstenerse de perjudicarlas a través de medidas arbitrarias o discriminatorias; (iv) cumplir todos los compromisos asumidos en relación con las inversiones; (v) abstenerse de adoptar medidas impositivas que violen la normativa procesal, sustantiva o contractual del Estado receptor o del derecho consuetudinario internacional, ya que las mismas constituyen el conjunto de expectativas en materia normativa sobre las cuales el inversor depositó razonablemente su confianza; y, ante todo, (vi) abstenerse de adoptar medidas expropiatorias, ya sea en forma directa o indirecta, a menos que se funden en cuestiones de utilidad pública, no resulten discriminatorias, cumplan con las normas del debido proceso legal, y se prevea el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.
- D. En relación con los hechos alegados por Sempra y Camuzzi, la República Argentina violó cada una de las obligaciones mencionadas y, en su conjunto, los actos de la República Argentina

– que incluyen actos ilícitos, actos lícitos ejecutados en forma irregular y faltas de cumplimiento– se tradujeron en una progresiva expropiación de su inversión a través de medidas equivalentes a la expropiación. La República Argentina, mediante el accionar de varias de sus divisiones y dependencias por las cuales resulta plenamente responsable conforme al derecho internacional, privó a Sempra y a Camuzzi de su capacidad para administrar y sostener sus inversiones de una manera económicamente viable, y menos aún, en forma rentable.

E. Los TBIs prevén la obligación del Estado receptor de reparar íntegramente el daño causado por la expropiación, lo cual incluye tanto el daño emergente (*damnum emergens*) como el lucro cesante (*lucrum cessans*). En consonancia con el principio básico de derecho internacional consagrado en el caso *Chorzów Factory*, los TBIs establecen que “en la medida de lo posible, la reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto contrario a derecho y restablecer el *status quo* que, según las mayores probabilidades, habría existido si no se hubiera cometido dicho acto”³; por lo tanto, el momento de la expropiación a los efectos de determinar el valor real de mercado de las inversiones debe ser la fecha que posibilite al Tribunal poner en práctica dicho mandato.

³ Chorzów Factory (Alemania c. Polonia) 1928 PCIJ (ser. A) No. 13, pág. 47 (13 de septiembre).

- F. Según los hechos de este caso, el método de Flujo de Fondos Descontado parecería ser el más apropiado para el cálculo de la compensación integral. Atento a que la República expropió las inversiones de manera ilegítima, e independientemente del método que emplee el Tribunal para determinar el valor real de mercado, Sempra y Camuzzi deberían percibir, además del valor de mercado de sus inversiones, el monto correspondiente a las ganancias sobre las que habrían tenido una expectativa razonable de obtener durante el período de vigencia de las Licencias (*lucrum cessans*), ajustado a su valor actual.
- G. En virtud de los TBIs y el derecho consuetudinario internacional, el Gobierno Federal de la República Argentina resulta plenamente responsable por las medidas expropiatorias ilegales adoptadas u otras violaciones a las disposiciones de los TBIs cometidas por las provincias, los municipios y demás órganos, independientemente de la caracterización que les corresponda en virtud del derecho interno aplicable, y ya sea que, al así obrar, ejercieren la función legislativa, ejecutiva o judicial.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS

A. *Cronología y Reclamos*

4. En el mes de agosto de 1989, la República Argentina (en adelante, la “República Argentina”) sancionó la Ley de Reforma del Estado No. 23.696, mediante la cual se autorizó la privatización de varias empresas estatales, incluidas las de los sectores

de telecomunicaciones, energía y transporte. La República Argentina reconoció, como se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma, que se encontraba frente a la necesidad de atraer inversiones extranjeras con el fin de recomponer las empresas públicas que atravesaban una seria crisis económica como resultado de la mala administración, la ineficiencia, la falta de recursos y los enormes déficits existentes. La aprobación del TBI con la Unión y del TBI con EE.UU. en 1992 y 1994, respectivamente, ratificó el compromiso asumido por la República Argentina en cuanto a sentar las bases necesarias para atraer capitales extranjeros de inversión.

5. En el año 1992, la República Argentina sancionó la Ley de Gas Natural No. 24.076 y su Decreto Reglamentario No. 1738/92, mediante los cuales se dispuso la privatización de las empresas del sector del gas natural. La Ley reorganizó y dividió la empresa estatal Gas del Estado, que anteriormente había monopolizado el transporte y la distribución del gas natural en Argentina, en ocho empresas regionales de distribución⁴. Por otro lado, autorizó a los inversores extranjeros a presentar ofertas por la participación mayoritaria en cada una de estas nuevas empresas regionales sobre la base de sus méritos técnicos. Por último, creó el nuevo organismo regulador del servicio de gas, el Ente Nacional Regulador del Gas (en adelante, "ENARGAS"), al cual se encomendó el control de cumplimiento y la ejecución de la Ley, de las licencias otorgadas en virtud de sus disposiciones, y de las normas reglamentarias de aplicación⁵.

6. Camuzzi, una sociedad comercial constituida en Luxemburgo, y Semptra, una sociedad comercial constituida en los Estados Unidos de América, son titulares de Sodigas Sur S.A. y de Sodigas Pampeana S.A., las cuales poseen una participación del

⁴ Ley de Gas Natural 24.076, artículo 4.

⁵ Véase id., artículo 2.

90% y del 86,09%, respectivamente, del capital accionario de Camuzzi Gas del Sur S.A. (en adelante, “Camuzzi Sur”) y de Camuzzi Gas Pampeana S.A. (en adelante, “Camuzzi Pampeana”). Mediante estas empresas controladas, Camuzzi y Sempra, las partes Demandantes en los presentes procesos arbitrales que tramitan en forma conjunta, invirtieron en el sector del gas natural de la República Argentina. El 28 de diciembre de 1992, luego de una licitación pública, la República Argentina, mediante los Decretos 2451/92 y 2456/92 (en adelante, las “Licencias”), otorgó a Camuzzi Sur y a Camuzzi Pampeana (en adelante, las “Licenciatarías”) los derechos a suministrar y distribuir gas natural a los habitantes de siete provincias de la Argentina –La Pampa, Buenos Aires, Chubut, Neuquén, Santa Cruz, Río Negro y Tierra del Fuego– por un período de treinta y cinco años⁶. Sempra, mediante inversiones y préstamos directos, invirtió alrededor de US\$350 millones en las Licenciatarías, y Camuzzi, más de US\$327 millones.

7. Sempra y Camuzzi alegan que, entre los años 1994 y 2002, la República Argentina, mediante una serie de actos y omisiones violatorios de los derechos de las Licenciatarías, incumplió las disposiciones de fondo de los TBIs con la Unión y EE.UU. que resultan de aplicación a las inversiones extranjeras y expropió las inversiones de las Demandantes mediante la adopción de medidas equivalentes a la expropiación. Entre los actos de la República Argentina, que importaron *per se* violaciones a los TBIs y que, por su efecto acumulativo, constituyeron una expropiación indirecta, cabe mencionar las siguientes:

⁶ Id., Artículo 5; Decreto No. 2451/92, Artículo 1; Decreto No. 2456/92, Artículo 1.

8. *En primer lugar*, desde el comienzo, el ENARGAS, que tiene la función de fijar las tarifas en virtud de la Ley de Gas Natural⁷, estableció un régimen tarifario preferencial para los habitantes de las provincias patagónicas. En sí misma, dicha decisión regulatoria no violó los derechos de las Licenciatarias, quienes han aplicado el régimen tarifario según las indicaciones del ente regulador. No obstante ello, en virtud del artículo 48 del Decreto No. 1738/92 las Licenciatarias tienen derecho a un reembolso por parte de la República Argentina por los subsidios autorizados por el ENARGAS⁸. Desde el año 1994, la República Argentina solamente ha efectuado pagos parciales a las Licenciatarias por dichos conceptos.

9. Desde el 15 de noviembre de 2001, luego de varios años de negociaciones infructuosas tendientes a solucionar esta cuestión, las Licenciatarias ejercieron el derecho que les asiste en virtud del Artículo 20.2 de las Reglas Básicas y que consiste en aplicar las tarifas plenas en caso de que la República Argentina incumpla su obligación de compensar a las Licenciatarias por las pérdidas ocasionadas en razón de los subsidios⁹. A pesar de ello, casi en forma inmediata, los tribunales argentinos dictaron alrededor de treinta medidas cautelares que obligaban a las Licenciatarias a aplicar los subsidios. A partir de entonces, en un nuevo esfuerzo por resolver este conflicto, las Licenciatarias negociaron una solución con el Ministro de Economía de la República Argentina. El 12

⁷ Ley de Gas Natural No. 24.076, Artículo 2.

⁸ Decreto No. 1738/92, Artículo 48, establece el “principio de indiferencia”, mediante el cual los subsidios no podrán alterar los ingresos de las Licenciatarias ni imponer costos financieros a las mismas, quienes “tendrán derecho a ser compensada[s] por la reducción de ingresos o el incremento de los costos financieros que le ocasionen tales medidas [subsidios, privilegios o diferencias] durante el mismo ejercicio fiscal en que las mismas se produzcan”. Id.

⁹ Decreto 2255/92, las “Reglas Básicas”, establece las condiciones generales para cada licencia de distribución de gas natural. El Artículo 20.2 otorga a las Licenciatarias la facultad de cesar en la aplicación de las referidas reducciones tarifarias y regímenes tarifarios preferenciales, y a aplicar las Tarifas correspondientes, sin reducciones, en caso de mora mayor a 15 (quince) días corridos a contar desde las fechas en que... hubiera correspondido percibir en dinero el reembolso de tales diferencias o subsidios”.

de diciembre de 2001, las Licenciatarias celebraron un acuerdo con la República Argentina que establecía un cronograma de pago de las sumas adeudadas. A la fecha, la República Argentina no ha cumplido con dicho cronograma, y tampoco ha abonado ninguna de las deudas originadas en los subsidios no reembolsados, que ascienden a una suma aproximada de US\$147 millones.

10. *En segundo lugar*, la Ley de Gas Natural, el Decreto No. 1738/92 y el Artículo 9.3 de las Reglas Básicas establecen que la República Argentina debe efectuar ajustes periódicos y predeterminados en el cuadro tarifario sobre la base de los indicadores internacionales de mercado, el precio del gas natural adquirido, y el costo del transporte¹⁰. Las tarifas deben ajustarse semestralmente de conformidad con el Índice de Precios del Productor para Bienes Industriales publicado por el Servicio de Estadísticas Laborales de los Estados Unidos de América [*US Bureau of Labor Statistics*] (en adelante, el "PPI"). En el mes de enero de 2000, a pedido de la República Argentina, las Licenciatarias celebraron un acuerdo con el ENARGAS a los efectos de posponer el ajuste según el PPI programado para el período comprendido entre el 1º de enero de 2000 y el 1º de julio de 2000. Mediante las Resoluciones 1472/00 y 1473/00, el ENARGAS acordó compensar a las Licenciatarias por las pérdidas ocasionadas mediante una indemnización pagadera en cuotas durante el período comprendido entre el 1º de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001¹¹.

11. Sin embargo, en el mes de julio de 2000, nuevamente a pedido de la República Argentina, las Licenciatarias aceptaron suspender totalmente el ajuste según el PPI hasta el 30 de junio de 2002, y aceptaron también posponer el derecho a cobrar la

¹⁰ Ley de Gas Natural No. 24.076, artículo 37; Reglas Básicas, Artículo 9.3.

¹¹ Res. No. 1472/00 del ENARGAS; Res. No. 1473/00 del ENARGAS.

indemnización por las pérdidas resultantes, con los intereses correspondientes, por el período de dos años comprendido entre el 1° de julio de 2002 y el 30 de junio de 2004. El 4 de agosto de 2000, mediante el Decreto No. 669/00¹², la República Argentina formalizó este acuerdo y se comprometió a crear un fondo de estabilización que devengaría intereses y en el cual se acreditarían los montos correspondientes a las pérdidas por tarifas no ajustadas, así como los intereses sobre dichos montos¹³. Al día de la fecha, la República Argentina no ha creado dicho fondo. Por otro lado, el Defensor del Pueblo de la Nación, un funcionario público con características similares a las del *ombudsman*, logró que un Juzgado Federal de Primera Instancia dictara una medida cautelar en contra de la República Argentina, que luego fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones el día 5 de octubre de 2001. Los jueces no declararon la ilegalidad del mecanismo de ajuste según el PPI, sino solamente la del acuerdo específico contemplado en el Decreto 669/00, mediante el cual el Gobierno Federal reconoció los ajustes según el PPI como una condición básica de las Licencias y como un derecho adquirido. No obstante ello, en lo sucesivo el ENARGAS directamente se rehusó a aplicar los ajustes según el PPI. Por ello, los actos de la República Argentina, a través de sus divisiones y dependencias, impidieron a las Licenciatarias ajustar las tarifas desde el 1° de enero de 2000, lo cual les ocasionó pérdidas estimadas en \$25 millones al mes de enero de 2002.

¹² El Decreto Reglamentario No. 669/00 establece en sus considerandos un diferimiento de la aplicación del ajuste del régimen tarifario establecido en “las Reglas Básicas de las Licencias de Transporte y Distribución de Gas Natural, con el objetivo de mitigar el impacto económico generado por la aplicación de los indicadores internacionales de mercado en las tarifas de los usuarios de gas natural, [y evitar] un efecto económico excesivamente gravoso tanto para la población en general como para el sector industrial”.

¹³ Id., Anexo, párrafo 3 (“El recupero de tal postergación involucra la constitución de un Fondo de Estabilización del PPI (...), que forma parte integrante del presente. Los ingresos resultantes como consecuencia de la creación del Fondo, así como los impuestos devengados, serán reflejados en los Estados Contables de las Licenciatarias...”).

12. *En tercer lugar*, el 6 de enero de 2002, la República Argentina sancionó la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561. La Ley expresamente anula todo mecanismo de ajuste basado en índices de precios extranjeros, como el PPI, y establece un tipo de cambio artificial de US\$1 igual a 1 Peso Argentino¹⁴. En contraposición, el tipo de cambio del mercado libre durante el otoño del año 2002, al momento en que las Demandantes iniciaron este proceso arbitral, llegó a ser, aproximadamente, de US\$1 igual a 3,67 Pesos Argentinos. Mediante el artículo 10 del Capítulo II de dicha Ley, la República Argentina prohibió a las Licenciatarias suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones a pesar de las fluctuaciones mencionadas¹⁵. Asimismo, anuló todas las obligaciones denominadas en dólares estadounidenses asumidas mediante relaciones de naturaleza contractual.

13. *En cuarto lugar*, el Artículo 2(b) del Decreto Reglamentario 1570/01 restringió la libre transferencia de divisas al exterior.

14. *En quinto lugar*, en los años 1997, 1998, 1999, 2001 y 2002, ciertas autoridades provinciales y municipales de la República Argentina gravaron a las Licenciatarias con impuestos y cargos ilegítimos. El Decreto 1189/92 exime a las Licenciatarias del pago del impuesto de sellos en el ámbito nacional y, en virtud de los artículos 7.5.1 y 11.2 del contrato de transferencia aprobado por Resolución 1409/92 del Ministerio de Economía, la República Argentina se comprometió a asumir los costos de todo impuesto de sellos que no estuviera comprendido en la exención del Decreto

¹⁴ Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561, Div. III, Artículo 10; Div. IV, Artículo 6.

¹⁵ Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561, Div. IV, Artículo 10 (las disposiciones de la Ley en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones"). Asimismo, mediante el Artículo 16 de la Ley, reglamentado por el Decreto 264/02 del 8 de febrero de 2002, la República Argentina impuso restricciones indebidas y costos adicionales sobre el despido de los empleados.

1189/92. El artículo 12.2.1 de dicho contrato establece que las Licenciatarias tienen derecho a ser indemnizadas por las pérdidas en que hayan incurrido en razón del pago de reclamos de terceros. Las autoridades provinciales y municipales también han ordenado el pago de diversos impuestos a los ingresos brutos y a los bienes en violación a los derechos de las Licenciatarias. El ENARGAS, que como se ha dicho, es el ente responsable de velar por el cumplimiento de la Ley de Gas Natural, su reglamentación y disposiciones complementarias, se rehusó a permitir a las Licenciatarias el traspaso del costo de dichos impuestos a las tarifas cobradas a los consumidores a través de un aumento tarifario.

15. *Por último*, una serie de resoluciones judiciales han menoscabado los derechos de las Licenciatarias. El 9 de enero de 2002, a pedido del Defensor del Pueblo de la Nación, un juzgado federal dictó una medida cautelar que ordenaba a las Licenciatarias reprogramar las fechas de vencimiento de todas las facturas que vencían con posterioridad al 31 de diciembre de 2001 y de las facturas ya vencidas cuya falta de pago normalmente originaría una intimación bajo apercibimiento de interrupción del servicio. Por otro lado, en el mes de enero de 2002, un juez provincial prohibió a las Licenciatarias cobrar facturas a ciertos trabajadores municipales (y, al mismo tiempo, prohibió interrumpir los servicios por falta de pago de las facturas vencidas) en el marco de un proceso judicial iniciado por los trabajadores de la municipalidad del Partido de General Pueyrredón de la Provincia de Buenos Aires por el incumplimiento en el pago de sus remuneraciones.

16. El 4 de marzo de 2002 y el 29 de abril de 2002, respectivamente, Sempra y Camuzzi notificaron por escrito al Gobierno Federal de la República Argentina la

existencia de las controversias mencionadas, con el fin de llegar a una resolución mediante la consulta y la negociación entre las partes, e informaron que, en caso de no arribarse a dicha resolución, someterían tales controversias a un proceso arbitral de conformidad con las disposiciones pertinentes de los TBIs. Durante los seis meses siguientes, las Demandantes intentaron en vano resolver estas controversias mediante los mecanismos de negociación y consulta. El 5 de septiembre y el 30 de octubre de 2002, en virtud de los TBIs con la Unión y con E.E.UU., respectivamente¹⁶, Sempra y Camuzzi acordaron por escrito recurrir a la jurisdicción arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el "CIADI")¹⁷. El 10 de septiembre de 2002 y el 7 de noviembre de 2002, respectivamente, Sempra y Camuzzi presentaron sus solicitudes de arbitraje. Atento a la casi absoluta semejanza en los hechos y en el derecho entre los dos casos, ambos arbitrajes pasaron a tramitar en forma conjunta.

B. La Naturaleza de la Expropiación y las Reiteradas Violaciones a los TBIs

17. El trato que la República Argentina dispensó a las inversiones de Sempra y Camuzzi desafortunadamente no constituye un caso sin precedentes. Es el típico producto de los problemas que pueden surgir cuando un gobierno, por falta de una legítima voluntad política, desavenencias internas o la negativa a cumplir con sus compromisos conforme a políticas previamente adoptadas, no logra implementar en forma adecuada una supuesta privatización. Los Estados no suelen privatizar empresas

¹⁶ Véase TBI con la Unión, Artículo VII; TBI con E.E.UU., Artículo VII.

¹⁷ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, la "Convención de Washington"), 18 de marzo de 1965, 575 UNTS 160, 4 ILM 532 (1965).

estatales económicamente solventes y eficientes. Por el contrario, la privatización representa uno de los recursos, o tal vez el recurso más eficaz, con el que cuentan los Estados para mitigar las ineficiencias causadas por la expansión de los sectores públicos, que se ven diezmados por la combinación de un servicio empobrecido, la corrupción, y el deterioro de los bienes de capital. Para sostener la actividad en el largo plazo frente a dichas dificultades, los Estados necesitan un continuo flujo de subsidios, y ello a su vez demanda una inyección de capital que, eventualmente, los Estados mismos no pueden o no quieren afrontar. Las privatizaciones prometen corregir estas anomalías económicas. Sin embargo, para privatizar un sector de manera eficaz, un Estado debe primero atraer capitales privados y, para lograr este objetivo en países en vías de desarrollo que carecen de recursos económicos, se debe establecer un marco legal confiable para las inversiones extranjeras.

18. La República Argentina atravesó exactamente esta situación hacia fines de la década de los ochenta, cuando sancionó la Ley de Reforma del Estado No. 23.696/89 destinada a incentivar el proceso de privatizaciones; acorde con las declaraciones de Patricio Carlos Perkins, fue “una decisión de política nacional” “motivada por el virtual colapso [de las empresas de servicios públicos y otras empresas estatales] y por la necesidad de captar grandes inversiones y tecnología moderna que el Estado no estaba en condiciones de proveer”¹⁸. Como contrapartida de esta normativa nacional, la República Argentina, en el ámbito internacional, suscribió una serie de tratados bilaterales de inversión, entre los cuales se encuentran los TBIs con la Unión y EE.UU.

¹⁸ Declaración de Patricio Carlos Perkins 18(i).

19. Las acciones y omisiones en materia regulatoria por parte de la República Argentina en relación con las Licenciatarias, muchas de las cuales fueron violatorias de los TBIs, culminaron en lo que en derecho internacional se conoce como una expropiación regulatoria, *de facto*, indirecta o progresiva: el Estado se apropia de bienes, pero no lo hace mediante un decreto o una toma del control sobre los mismos, sino mediante la acumulación gradual de actos en ejercicio de su competencia reguladora, incluidos entre ellos, actos ilícitos, actos lícitos ejecutados en forma irregular, y faltas de cumplimiento. Estos actos, en su conjunto, destruyen o menoscaban en forma significativa el valor de una inversión. Cuando sus efectos alcanzan determinado nivel, el derecho internacional los equipara a una expropiación directa, con ciertas consecuencias legales, incluida la obligación de reparar los daños ocasionados. Tanto el TBI con EE.UU. como el TBI con la Unión consagran este principio mediante disposiciones que prohíben las “medidas equivalentes a la expropiación” y las “medidas de expropiación o nacionalización o cualquier otra medida con un efecto similar”, respectivamente¹⁹.

20. Las expropiaciones regulatorias plantean cuestiones intelectuales, legales y políticas de relevancia para los sistemas locales. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, la Quinta Enmienda de la Constitución Nacional prohíbe la expropiación de bienes privados “por causa de utilidad pública” sin el debido proceso legal y sin una “compensación justa”²⁰. El Gobierno Federal tiene la facultad y el deber de velar por el bienestar público pero, al mismo tiempo, debe garantizar el derecho a la propiedad privada. Para lograr este equilibrio, es necesario, en las palabras de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, “hacer un análisis esencialmente *ad hoc* de

¹⁹ TBI con los EE.UU, Artículo IV; TBI con la Unión, Artículo V.

²⁰ Constitución de EE.UU., Enmienda V.

los hechos del caso”, lo cual supone un examen, entre otros aspectos, de la magnitud “[d]el impacto económico de la reglamentación sobre la demandante y, en particular, el grado de interferencia de la reglamentación en las expectativas particulares respaldadas por la inversión en cuestión”.²¹ El ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, Oliver Wendell Holmes, logró sintetizar la naturaleza general de este imperioso análisis legal en los siguientes términos:

El gobierno apenas podría gobernar si los derechos inherentes a la propiedad no pudiesen desvalorizarse hasta cierto límite sin tener que pagar por cada cambio efectuado en la ley general. Mientras estén reconocidos, ciertos valores de los que se goza bajo una limitación implícita deben ceder al poder de policía. Sin embargo, es obvio que la limitación implícita debe tener ciertas restricciones para que las disposiciones del contrato y las normas que consagran el principio de legalidad [de la Constitución] mantengan su vigencia. Un hecho para tener en cuenta en la determinación de dichos límites es la medida de la disminución del valor. Cuando la misma alcanza cierta magnitud, en la mayoría de los casos –si no en todos– debe existir una indemnización que compense el acto... *La regla general es que, si bien los bienes pueden ser regulados hasta cierto punto, si la reglamentación va más allá de ese límite será considerada una regulación expropiatoria* [es decir, una expropiación por la que el Estado debe pagar una compensación justa]²².

Estados Unidos no es el único que debe lidiar con la fina línea entre lo que por un lado constituye una regulación gubernamental tendiente a velar por el interés público, y la regulación que se ejerce en una magnitud tal que “interfiere con las expectativas particulares respaldadas por la inversión”, que da lugar al derecho a la compensación. Cada sistema jurídico local debe establecer ciertos principios que permitan resolver los conflictos que en ciertas ocasiones se crean entre el poder de policía de reglamentar y los derechos de propiedad privada.

²¹ Penn. Cent. Transp. Co. c. Ciudad de Nueva York, 438 U.S. 104, 124 (1978).

²² Pennsylvania Coal Co. c. Mahon, 260 U.S. 393, 413, 415 (1922) (énfasis propio).

21. En el ámbito internacional, sin embargo, para facilitar un marco estable y previsible para las inversiones extranjeras (una condición *sine qua non* para atraer a inversores extranjeros), los Estados suelen suscribir tratados bilaterales de inversión con el fin de resolver estos conflictos a la luz de principios de derecho predeterminados y establecidos de común acuerdo. Los TBIs establecen un marco para la determinación de la legalidad de la reglamentación gubernamental aplicable a las inversiones extranjeras que, en la mayoría de los casos, facilita considerablemente la determinación del derecho de la demandante independientemente de la compensación que pudiera estipularse en virtud del derecho local. En particular, las inversiones de los inversores extranjeros sujetos a los TBIs, generalmente pueden ser reguladas o expropiadas pero únicamente bajo las condiciones expresamente establecidas en dichos tratados, entre las cuales se incluye el cumplimiento de los requisitos expuestos del debido proceso, y el pago de una compensación adecuada según los estándares contemplados para supuestos similares en el TBI pertinente. Se puede dar el caso, y en general sucede, que este principio proteja con más fuerza los derechos de los inversores extranjeros que la ley del Estado receptor respecto de sus propios inversores, debido a que ambas partes consideran que este estándar más proteccionista es una condición necesaria para atraer inversiones extranjeras dentro de un contexto de mayor riesgo. Por ello, los TBIs crean una *lex specialis*, especialmente diseñada para mediar en las relaciones entre los derechos de los inversores extranjeros y el poder regulatorio del Estado. En consecuencia, la conducta de la República Argentina en el presente caso debe ser evaluada a la luz de los estándares establecidos en el TBI con EE.UU. y el TBI con la Unión.

IV. DERECHO APLICABLE

22. Los reclamos de las Licenciatarias se fundan en un cúmulo de hechos conducentes. A los efectos de determinar la ley o las leyes de aplicación a dichos hechos, es necesario, *en primer lugar*, analizar los cuatro instrumentos que contienen disposiciones de elección del derecho aplicable que posiblemente resulten aplicables a nuestro caso: los TBIs con la Unión y EE.UU, la Convención de Washington y las Licencias; y *en segundo lugar*, determinar la jerarquía, si existiera, entre dichas piezas legales en el supuesto de conflicto o incompatibilidad de normas.

23. Cuando en casos como el presente, los TBIs aplicables autorizan recurrir al arbitraje del CIADI como forma de resolución de controversias²³, determinar la ley de aplicación al mismo puede resultar complicado. Los redactores de la Convención de Washington no contemplaron la posibilidad de que los procesos arbitrales ante el CIADI serían utilizados como un conjunto de normas de arbitraje como las que se utilizan, por ejemplo, en la Cámara Internacional de Comercio, la Asociación Americana de Arbitraje o la Corte Londinense de Arbitraje Internacional. Sin embargo, debido a que la Convención contiene disposiciones en materia de elección del derecho aplicable, el tribunal que entiende en un caso originado en un TBI que a, pro vía de referencia, contempla el arbitraje ante el CIADI puede encontrarse con tres fuentes potenciales de derecho aplicable: *primero*, la *lex specialis* establecida por el tratado bilateral de inversión pertinente (o los tratados pertinentes, si hay más de uno, como en este caso); *segundo*, el sistema de elección del derecho aplicable establecido por la Convención, que somete la elección a la voluntad de las partes, cuando se ha previsto esta circunstancia, y

²³ TBI con los EE.UU, Artículo VII(3)(a); TBI con la Unión, Artículo 12(5).

establece un mecanismo de aplicación supletoria ante la falta de acuerdo de las partes²⁴; y *tercero*, la elección del derecho aplicable, si tal elección ha sido hecha por las partes en los instrumentos que dan lugar a la controversia, en este caso, las Licencias.

24. Paso a analizar cada una de las potenciales fuentes de derecho. Comienzo con los TBIs con el fin de anticipar una explicación, ya que considero que las Licencias y las erogaciones incurridas por las Demandantes deben ser consideradas inversiones que gozan de protección conforme a de dichos tratados. En este orden de ideas, entiendo que estas normas constituyen una *lex specialis* superior que se aplica a la presente controversia. Asimismo, la Convención de Washington es de aplicación en este caso en virtud de las disposiciones de los TBIs, que la han incorporado expresamente a sus textos, y no al revés. Por último, ya que las Licencias establecen la aplicación de la legislación argentina, a pesar de la vigencia de un tratado del tipo del TBI, dicha elección solamente será de aplicación en el ámbito de la legislación local y respecto de las operaciones de la empresa en particular y no puede, en forma expresa ni tácita, entenderse como una norma que impone la aplicación de la legislación argentina en la resolución de una controversia internacional originada en una inversión. Ésta es una diferencia crucial en la caracterización del problema, que ha quedado establecida en casos recientes y en la doctrina.

A. Los TBIs

25. El tratamiento conjunto de estos casos –uno de los cuales se rige por el TBI con EE.UU. y el otro por el TBI con la Unión– podría sugerir la existencia de un conflicto de normas a pesar de la congruencia absoluta en cuanto a los hechos entre los

²⁴ Convención de Washington, Artículo 42(1).

reclamos de las partes, Sempra y Camuzzi. Sin embargo, no existe tal conflicto. Dadas las características del TBI con la Unión, en particular, los Artículos 4 (“Nación Más Favorecida”) y 9 (“Normas Aplicables”), cualquier controversia potencial se resuelve por aplicación del propio TBI con la Unión, siempre que se hayan cumplido las pertinentes condiciones suspensivas. Por ello, comenzaré por analizar el TBI con la Unión.

1. El TBI con la Unión

26. La Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y la República Argentina suscribieron el TBI con la Unión el 28 de junio de 1990. Este tratado entró en vigencia el 2 de septiembre de 1992; este hecho es un factor temporal de suma relevancia, pues este tratado entró en vigencia mucho tiempo antes que las Licenciatarias ganasen las licitaciones y resultasen adjudicatarias de las licencias licitadas por la República Argentina. En consecuencia, este tratado ya era de aplicación a un momento en que entraron en vigor las relaciones jurídicas objeto del presente Dictamen. El Artículo 1 del TBI define a los “inversores” y a las “inversiones”. Los Artículos 2 a 10 establecen la *lex specialis* particular para el tratamiento de las inversiones y “los inversores de una de las Partes Contratantes, en el territorio de la otra Parte Contratante”²⁵. Los Artículos 11 y 12, por último, contemplan los procedimientos para la resolución de controversias. El primero, se refiere a las controversias sobre la “interpretación o aplicación” del TBI, mientras que el segundo se refiere a toda controversia “relativa a las inversiones que surjan entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante respecto de las materias regidas por el presente Convenio”²⁶.

²⁵ TBI con la Unión, preámbulo.

²⁶ Id., Artículo 12(1).

27. La variedad y la calidad de los procedimientos para la resolución de controversias con los que cuentan los inversores extranjeros representan un aspecto crucial en lo referente al “tratamiento” de sus inversiones; por tal motivo, el Artículo 12 debe ser interpretado de conformidad con los Artículos 4 y 9. Estos dos artículos establecen, respectivamente, que “[e]n todas las materias regidas por el presente Convenio, los inversores de cada Parte Contratante gozarán del tratamiento de la nación más favorecida en el territorio de la otra Parte”, y que, cuando alguna cuestión sujeta a las disposiciones del TBI con la Unión “se rija al mismo tiempo por el presente Convenio y por la legislación nacional de una de las Partes Contratantes, o por convenciones internacionales ya existentes o *que las Partes suscriban en el futuro*, los inversores de la otra Parte Contratante podrán invocar las disposiciones que les sean más favorables”²⁷.

28. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la cual la República Argentina, Luxemburgo y Bélgica son partes signatarias, expresa claramente que el Artículo 12 debe ser interpretado de conformidad con los Artículos 4 y 9²⁸.

29. *En primer lugar*, la Convención de Viena establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de los mismos y teniendo en cuenta su objeto y fin”²⁹. Debido a que el objetivo del TBI con la Unión, según se consagra en su preámbulo, es “crear condiciones favorables para las inversiones de los nacionales de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte”, y “condiciones adecuadas para fomentar las

²⁷ Id., Artículos 4, 9 (énfasis propio).

²⁸ Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 31(1), 1155 UNTS 331, que entró en vigencia el 27 de enero de 1988 (en adelante, el “CVDT”) (los tratados deben interpretarse de “buena fe” y “teniendo en cuenta su objetivo y fin”).

²⁹ CVDT, Artículo 31(1).

iniciativas de los inversores”, toda interpretación que favorezca el cumplimiento de este objetivo prevalecerá por sobre cualquier otra interpretación que pudiera resultar perjudicial.

30. *En segundo lugar*, a los efectos de la interpretación del TBI con la Unión se debe tomar en cuenta “todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento relativo al tratado”³⁰. Debido a que el Artículo 4 del TBI con la Unión confiere el estatus de nación más favorecida (en adelante, “NMF”) a los inversores extranjeros de cada una de las Partes Contratantes y, asimismo, el Artículo 9 expresamente permite a los inversores invocar las disposiciones más favorables que existen en virtud de “las convenciones internacionales ... que las Partes suscriban en el futuro”, el TBI con EE.UU. debe ser considerado un instrumento “relativo al” TBI con la Unión dentro del alcance de las disposiciones del Artículo 31(2)(b) de la Convención de Viena.

31. *En tercer lugar*, la Convención de Viena requiere que la interpretación tome en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”³¹. El TBI con la Unión establece el reconocimiento de ambas partes de la relevancia del derecho internacional como estándar básico de aplicación³². Dos “normas relevantes del derecho internacional” dan cuenta de la interpretación adecuada del TBI con la Unión: (i) “el principio de integración”, es decir, que las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas “en su conjunto”³³, y no en forma

³⁰ Id., Artículo 31(2)(b).

³¹ Id., Artículo 31 (3)(c).

³² Véase TBI con la Unión, Artículos 4(1), 5(5).

³³ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 634 (5ta. Edición, 1998); véase también I Oppenheim's *International Law* 1273 & n. 12 (Jennings & Watts ed. 1992) (el significado ordinario de los

aislada, y (ii) el principio de interpretación, *ut res magis valeat quam pereat*, que requiere una interpretación que otorgue vigor a cada disposición de un tratado, desalentando toda interpretación que pudiera dejar sin efecto o perjudicar la vigencia de alguna disposición en particular³⁴.

32. Estos principios establecen con claridad que el TBI con la Unión, mediante sus términos expresos y una interpretación de éstos que resulte congruente con el derecho consuetudinario internacional, incorpora aquellos estándares de forma y de fondo relativos al tratamiento de las inversiones que se consideren más favorables para el inversor extranjero, ya sea porque constituyen un aspecto del principio de la NMF establecido en el Artículo 4 del TBI con la Unión o porque constituyen los estándares contenidos en posteriores instrumentos internacionales relativos a las inversiones, en cuyo caso, en virtud del Artículo 9, el inversor extranjero “podrá invocar las disposiciones que le sean más favorables”³⁵.

33. El estándar de NMF es un concepto creado por el derecho internacional. Si bien todavía no ha sido codificado como tal en ningún tratado multilateral,³⁶ goza de un amplio reconocimiento. Una cláusula NMF dentro de un contexto comercial obliga

a las partes contratantes a extender todas las concesiones y los beneficios otorgados por cada una de ellas en el pasado, o que pudiera hacer en el futuro a ... cualquier otro Estado de forma tal que sus actividades comerciales recíprocas nunca se encuentren en una situación menos

términos determinado por el contexto, que importa el contexto “como un todo, no simplemente el sub-párrafo, artículo, o sección del tratado [en particular]”).

³⁴ 1 *Oppenheim's International Law* 1280 & n. 26.

³⁵ TBI con la Unión, Artículo 9; véase también id., Artículo 4.

³⁶ La Comisión de Derecho Internacional consideró una serie de proyectos de artículos sobre las cláusulas NMF, pero nunca adoptó una versión final ni transmitió los artículos para su consideración como parte de la versión final de un tratado multilateral. Véase 1 *Yearbook of the International Law Commission: Summary Records of the Thirtieth Session, 8 de mayo – 28 de Julio de 1978, pág. 40 y ss. (1978)* [“Proyecto de la CID”].

favorable respecto de la situación de los Estados cuyas relaciones comerciales gozan de las condiciones más favorables³⁷.

Debido a que la técnica NMF puede ser adoptada por las partes dentro del marco de cualquier régimen legal, el Artículo 5, del Proyecto de la Comisión Internacional de Derecho, define en general el tratamiento de NMF como:

Un tratamiento acordado por el Estado concedente al Estado beneficiario o a las personas o cosas en una determinada relación con dicho Estado, no menos favorable que el tratamiento otorgado por el Estado concedente a un tercer Estado o a las personas o cosas en la misma relación con un tercer Estado³⁸.

La condición de NMF puede operar en cualquier contexto, ya sea de naturaleza política o legal, y no simplemente en el campo de los negocios y las inversiones³⁹. El principio general sigue siendo el mismo: el Estado concedente debe otorgar derechos y privilegios al Estado beneficiado por la cláusula NMF que no sean menos favorables que aquellos que confirió a un tercer Estado. Los derechos y las obligaciones específicos garantizados por una disposición NMF contemplada en un tratado pueden, en consecuencia, cambiar en virtud de los tratados celebrados entre el Estado concedente y un tercer Estado con posterioridad a la celebración del tratado que consagra la cláusula NMF. Esta es la esencia de la cláusula NFM. Garantiza que ninguna parte se encuentre, en relación con un

³⁷ Richard C. Snyder, *The Most-Favored-Nation Clause: An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs* 10 (1948); véase también Di Jiang-Schuerger, *The Most Favored Nation Trade Status and China: The Debate Should Stop Here*, 31 J. Marshall L. Rev. 1321, 1325 (1998) (el estado de NMF obliga a los Estados contratantes a "extenderse mutuamente las concesiones comerciales más favorables que hayan otorgado o podrían otorgar a una tercera nación").

³⁸ Proyecto ILC, Artículo 5.

³⁹ Véase Marian Nash Leich, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Diplomatic Privileges and Immunities (U.S. Digest, Ch. 4, S2) Most-Favored-Nation Status*, 77 Am. J. Int'l L. 302, 302-303 (1983) (resume el convenio celebrado por los Estados Unidos, a pedido de Filipinas, para conceder a los funcionarios consulares de las Filipinas ciertos derechos consulares, privilegios, excepciones e inmunidades, que los Estados Unidos había concedido a Polonia en virtud de una convención consular bilateral suscripta con Polonia, sobre la base de una cláusula NMF en el marco de la Convención Consular de 1947 entre los Estados Unidos y Filipinas).

tercero sobre el mismo asunto, en una situación menos favorable o menos competitiva. El mecanismo NMF, en consecuencia, opera como un incentivo a los Estados para que suscriban acuerdos a largo plazo.

34. El derecho internacional hace una distinción entre las cláusulas NMF incondicionales y aquellas sujetas a condición:

Una cláusula NMF sujeta a condición limita el tratamiento de NMF del beneficiario a las concesiones comerciales existentes y, en el supuesto de que se otorguen condiciones más favorables a un tercer Estado, el beneficiario original debe hacer concesiones adicionales a los efectos de obtener las nuevas condiciones favorables. Por el contrario, una cláusula NMF no sujeta a condición alguna faculta al beneficiario a obtener las condiciones más favorables establecidas tanto en las concesiones existentes como en las futuras respecto de otros Estados, y en consecuencia, elimina la necesidad de renegociar las concesiones⁴⁰.

En general, salvo disposición en contrario, se considera que una cláusula NMF no se halla sujeta a condición. El Artículo 8 del Proyecto de la CID declara que “[una] cláusula de nación más favorecida contenida en un tratado no se halla sujeta a condición a menos que el tratado disponga lo contrario o que las partes acuerden lo contrario”.

35. El Artículo 4 del TBI con la Unión establece sin diferenciamentos que “en *todas* las cuestiones regidas por el presente Convenio, los inversores de cada Parte Contratante gozarán, en el territorio de la otra Parte, del tratamiento dispensable a la nación más favorecida.”⁴¹ Ello implica que se establece una obligación NMF no sujeta a condición alguna. Por otro lado, tampoco distingue entre cuestiones de fondo y cuestiones de forma. Su redacción es abarcativa ya que reza: “todas las cuestiones regidas por el presente Convenio”, y deja en claro que la cláusula NMF se aplica tanto a los

⁴⁰ Jiang-Schuerger, *The Most Favored Nation Trade Status and China*, 31 J. Marshall L. Rev. pág. 1325 (1998) (se omitieron las notas al pie).

⁴¹ Énfasis propio.

estándares “de fondo” relativos al tratamiento de las inversiones *como* a los derechos “de forma” otorgados a los inversores, en particular, al derecho a recurrir al sistema de arbitraje internacional ante el supuesto de una controversia. De hecho, si no proveyese tal equiparación, los derechos sustantivos consagrados en este tipo de tratados resultarían ineficaces. En consecuencia, en el supuesto de que el TBI con EE.UU. establezca principios más favorables a los inversores extranjeros que los consagrados en el TBI con la Unión, ya sean de fondo o de forma, se entiende que el TBI con la Unión incorpora dichos principios y los pone a disposición de todos sus beneficiarios. Por ello, si las condiciones necesarias para la aplicación del TBI con la Unión son aplicables –es decir, si surge una “controversia relativa a una inversión”– deberán aplicarse los estándares consagrados en el TBI con EE.UU. que resulten más favorables al inversor.

36. El Artículo 1(2) del TBI con la Unión define el término “inversión” como “todo elemento del activo y todo aporte directo o indirecto en dinero, en especie o en servicios, invertido o reinvertido en cualquier sector de la actividad económica, siempre y cuando la inversión se haya realizado conforme a las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio la misma esté situada”, en particular:

- a) los bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales, tales como hipotecas, privilegios, prendas, usufructos y derechos análogos;
- b) las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación, aun las minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;
- c) los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial (tales como las patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y diseños industriales), los procedimientos técnicos, la transferencia de conocimientos tecnológicos, los nombres registrados y los fondos de comercio;

- d) las concesiones de derecho público o contractuales, en particular las relativas a la prospección, cultivo, extracción y explotación de recursos naturales;
- e) Los títulos, obligaciones y acreencias relativos a los bienes y derechos mencionados y a las prestaciones correspondientes⁴².

La versión del texto en inglés dice:

- a) movables and real estate assets, as well as real assets, such as mortgages, privileges, pledges, usufruct and similar rights;
- b) shares, stocks and any other form of holding, including minority or indirect holdings, in the companies constituted in the territory of one of the Contracting Parties;
- c) copyright, industrial property rights (such as invention patents, licenses, registered trademarks, models and industrial designs), technical processes, the transfer of technical know-how, registered names and goodwill;
- d) public law or contractual concessions, especially those concerning the prospecting, cultivation, extraction and exploitation of natural resources;
- e) securities, bonds and credits related to said goods and rights and the respective services.

La versión del texto en francés dice:

- a) les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits réels tels que hypothèques, privilèges, gages, usufruit et droits analogues;
- b) les actions, parts sociales et toutes autres formes de participations, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes;
- c) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle, (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et le fonds de commerce;

⁴² *Id.*, Artículo 1(2).

- d) les concessions de droit public ou contractuelles, notamment celles relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles;
- e) Les titres, obligations et créances afférents aux biens et droits visés ci-dessus et aux prestations qui s'y rapportent.

La versión del texto en flamenco dice:

- a) de roerende en onroerende goederen alsook alle andere zakelijke rechten, zoals hypotheeken, voorrechten, panden, vruchtgebruik en gelijkaardige rechten;
- b) de aandelen, deelbewijzen en alle andere vormen van deelneming, zelfs minoritair of onrechtstreeks, in vennootschappen die zijn opgericht op het grondgebied van een Overeenkomstsluitende Partij;
- c) de auteursrechten, rechten van industriële eigendom (zoals octrooien, licenties, gedeponeerde merken, modellen en industriële maquettes), technische procédés, know-how, gedeponeerde namen en handelsfondsen;
- d) de publiekrechtelijke of contractuele concessies, waaronder die op het gebied van de prospectie, de teelt, de ontginning of winning van natuurlijke rijkdommen;
- e) de titels, obligaties en vorderingen met betrekking tot de bovenvermelde goederen en rechten en met betrekking tot prestaties die daarmee verband houden.

Las inversiones dinerarias de Camuzzi y los servicios prestados "conforme a las leyes y reglamentaciones de" la República Argentina, dentro de su territorio, conforman, sin lugar a dudas, inversiones en los términos de esta definición⁴³. Tampoco está en duda que existe una "controversia". La presente controversia es "relativa a las inversiones" y "surge entre un inversor de una de las Partes Contratantes [es decir, Camuzzi] y la otra

⁴³ Véase Fedax N.V. c. Venezuela, Causa CIADI No. ARB/96/3, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción, párrafos 25, 37 ILM 1378, 1383 (donde se observa que el término "inversión" ha sido utilizado en sentido amplio por el CIADI, tanto en la práctica como en sus decisiones).

Parte Contratante [es decir, la República Argentina] respecto de las materias regidas por el presente Convenio [es decir, el TBI con la Unión]”⁴⁴.

37. Si el TBI con la Unión fuera sólo un acuerdo privado de arbitraje que permite recurrir a la instancia de arbitraje ante el CIADI –sin contar con una cláusula expresa de elección de derecho aplicable– el régimen de elección de ley aplicable establecido en el Artículo 42 de la Convención de Washington tendría aplicación directa. Por lo tanto, el mismo determinaría la aplicabilidad de la cláusula de elección del derecho aplicable, si existiera, en un contrato de inversión en particular. Sin embargo, el régimen supletorio de elección del derecho aplicable establecido en la Convención de Washington no puede ser aplicado en forma directa cuando, como sucede en el presente caso, el propio TBI con la Unión establece un *lex specialis* de fondo con carácter preeminente que expresamente rige para todas las inversiones contempladas en sus disposiciones; como se destacó anteriormente, es el TBI con la Unión el que incorpora al CIADI, y no al revés. En otras palabras, los reclamos interpuestos en virtud del TBI con la Unión, como el presentado por Camuzzi, crean *tanto* un derecho de forma a favor de la Demandante de recurrir al arbitraje bajo uno de los regímenes estipulados en el Artículo 12(5) –es decir, el CIADI o un arbitraje *ad hoc* “establecido en virtud de las normas de arbitraje de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo”– *como* un derecho de fondo a obtener un resarcimiento en virtud de la *lex specialis* del TBI.

38. Debido a que el TBI con la Unión entró en vigencia el 2 de septiembre de 1992, el mismo establece el universo legal dentro del cual debe analizarse toda “controversia relativa a las inversiones” que surja con posterioridad, incluida la presente.

⁴⁴ TBI con la Unión, artículo 12(1); véase también TBI con EE.UU., artículo VII(1); Convención de Washington, artículo 25(1) (ambos definen el término inversión en forma similar).

En circunstancias similares, el Tribunal de Reclamos Iraní – Estadounidense sostuvo que “en su carácter de *lex specialis* en las relaciones entre dos naciones, el Tratado reemplaza toda *lex generalis*, como ser el derecho consuetudinario internacional”⁴⁵. En el presente caso, de igual manera, el TBI establece la ley superior que rige los reclamos formulados por Camuzzi –un nacional de una de las partes contratantes del TBI– contra la República Argentina –la otra parte contratante–, que surgen de los supuestos incumplimientos por parte de esta última en relación con la inversión de la primera.

39. No obstante ello, la *lex specialis* del TBI con la Unión no elimina la necesidad de recurrir al derecho consuetudinario internacional. En este sentido, el Tribunal de Reclamos Iraní – Estadounidense sostuvo que “las normas de derecho consuetudinario”, siempre que no hayan sido reemplazadas o modificadas por la *lex specialis* establecida en el TBI, “pueden resultar útiles a los efectos de llenar las lagunas del [TBI con la Unión], para determinar el significado de los términos definidos en el texto o, en términos generales, para contribuir a la interpretación e implementación de sus disposiciones”⁴⁶. De hecho, las disposiciones de fondo del TBI incorporan, en forma expresa y tácita, diversas normas clave del derecho consuetudinario internacional en varias de sus disposiciones, a saber:

- El Artículo 2 establece que cada una de las Partes Contratantes “promoverá las inversiones en su territorio” efectuadas por inversores extranjeros de la otra Parte Contratante⁴⁷.

⁴⁵ Amoco Int'l Fin. Corp. c. Irán, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 288, párrafo 112 (1987).

⁴⁶ Id.

⁴⁷ TBI con la Unión, Artículo 2.

- El Artículo 3 prescribe que cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar “un tratamiento justo y equitativo” a las inversiones que efectúen los nacionales o las empresas de la otra Parte Contratante, y les garantiza “una seguridad y protección permanentes, con exclusión de toda medida injustificada o discriminatoria que pudiera obstaculizar (...) [su] gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación”⁴⁸.
- El Artículo 4, que adquiere una relevancia singular para el presente caso, prevé, *en primer lugar*, que “[e]n todas las cuestiones regidas por el presente Convenio, los inversores de cada Parte Contratante gozarán, en el territorio de la otra Parte, el tratamiento de la nación más favorecida”, y, *en segundo lugar*, que dicho “tratamiento no será en ningún caso menos favorable que el reconocido por el derecho internacional”⁴⁹.
- El Artículo 5 prohíbe la expropiación, ya sea directa o indirecta, o cualquier “otra medida que tenga un efecto similar”, y nuevamente sentencia que el tratamiento a las inversiones “no será en ningún caso menos favorable que el reconocido por el derecho internacional”⁵⁰.
- El Artículo 6 garantiza la libre transferencia de los activos líquidos, y prohíbe a las Partes Contratantes adoptar cualquier medida tendiente a “denegar, suspender indefinidamente o desnaturalizar ese derecho”⁵¹.
- El Artículo 7 estipula que las transferencias contempladas en el TBI con la Unión “serán efectuadas de acuerdo con el tipo de cambio aplicable a

⁴⁸ Id., Artículo 3.

⁴⁹ Id., Artículo 4.

⁵⁰ Id., Artículo 5.

⁵¹ Id., Artículo 6.

la fecha en que las mismas se realicen y según la reglamentación cambiaria en vigencia en el Estado en cuyo territorio la inversión ha sido efectuada”, pero, se aclara una vez más, “[d]ichos tipos de cambio en ningún caso podrán ser menos favorables que los acordados a los inversores de la nación más favorecida, *particularmente en virtud de obligaciones específicas, previstas en convenios o arreglos celebrados en materia de protección de inversiones*”⁵².

- Finalmente, el Artículo 10 reitera el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el derecho internacional, que implica que las obligaciones se asumen para ser cumplidas de buena fe, al disponer que “[c]ada una de las Partes Contratantes respetará en todo momento los compromisos contraídos con los inversores de la otra Parte Contratante”⁵³.

En su conjunto, estos principios crean un marco legal abarcativo en lo referente al tratamiento de las inversiones. Dos de ellos, en particular, revisten singular importancia.

40. *En primer lugar*, el TBI con la Unión crea una *lex specialis* que establece un piso y un techo normativos. Otorga a las inversiones extranjeras en él contempladas un mayor grado de protección en comparación con el grado de protección que requiere el derecho consuetudinario internacional en vigencia, por ejemplo, en cuanto a la obligación de dispensar el tratamiento de nación más favorecida. Al mismo tiempo, el TBI deja en claro que a una inversión extranjera dentro de estas disposiciones “en ningún caso se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”⁵⁴. En otras

⁵² Id., Artículo 7 (énfasis propio).

⁵³ Id., Artículo 10(2).

⁵⁴ Véase el TBI de la Unión, Artículos 4(1) y 5.

palabras, el derecho consuetudinario internacional establece un piso, pero no un techo, para el tratamiento de las inversiones extranjeras a la luz del TBI con la Unión. El Tratado, por su parte, establece el techo, aunque en ciertas circunstancias, en virtud de la cláusula NMF, otro tratado que sea más favorable para el inversor lo puede hacer. En consecuencia, un Tribunal bien puede recurrir al derecho consuetudinario internacional para llenar las lagunas de la *lex specialis* establecida en el TBI con la Unión, pero nunca podrá reducir o menoscabar el alcance de la protección que establece el TBI en relación con las inversiones que reúnan los requisitos para merecer tal protección. Asimismo, es de suma importancia destacar, a los efectos del presente análisis, que el TBI con la Unión considera a los inversores extranjeros como NMF y estipula que sus inversiones deben recibir un tratamiento acorde con dicha condición⁵⁵.

41. *En segundo lugar*, el TBI con la Unión expresamente contempla la posibilidad de ajuste de sus normas legales de fondo, e incluso establece mecanismos internos para su implementación, fundamentalmente en dos casos: (i) cuando otro acuerdo anterior o posterior eleva el nivel de protección conferido a otros inversores extranjeros, y (ii) cuando cierta cuestión que se encuentre dentro de las previsiones del TBI “se rija al mismo tiempo por el presente Convenio [es decir, el TBI con la Unión] y por la legislación nacional de una de las Partes Contratantes, o por *convenciones internacionales ya existentes o que las Partes suscriban en el futuro*”; en el segundo supuesto, “los inversores de la otra Parte Contratante podrán invocar las disposiciones que les sean más favorables”⁵⁶. Este aspecto del régimen creado por las partes evita toda posibilidad de conflicto entre el TBI con EE.UU. y el TBI con la Unión. En la medida en

⁵⁵ Véase id., Artículos 4(1) y 7.

⁵⁶ Id., Artículo 9.

que el primero contenga normas más favorables, sus términos prevalecerán por aplicación de los Artículos 4 (“Nación Más Favorecida”) y 9 (“Normas Aplicables”) del TBI con la Unión.

2. El TBI con EE.UU.

42. La Argentina y los Estados Unidos de América celebraron el TBI con EE.UU. en Washington, D.C., el 14 de noviembre de 1991⁵⁷. Luego de su ratificación por los respectivos gobiernos federales⁵⁸, el tratado entró en vigencia el 20 de octubre de 1994. El TBI con EE.UU., así como el TBI con la Unión, creó una *lex specialis* uniforme y de carácter preeminente que es de aplicación a todas las “inversiones hechas por nacionales o empresas de una Parte en el territorio de la otra Parte que sean propiedad o estén bajo el control, en forma directa o indirecta, de nacionales o empresas de la otra Parte”⁵⁹. Al igual que el TBI con la Unión, establece mecanismos para la resolución de “controversias en materia de inversión” entre los nacionales de un Estado parte y los del otro Estado parte.

43. El TBI con EE.UU. define las controversias relativas a inversiones de la siguiente manera:

una controversia en materia de inversión es una controversia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgida de o relacionada con: a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión⁶⁰.

⁵⁷ Véase TBI con EE.UU., 31 ILM 124 (1992).

⁵⁸ Ley de la República Argentina No. 21.100, Boletín Oficial, 14 de julio de 1992; *U.S. S. Treaty Doc. No. 103-2*, 103d Cong., 1st Sess. (1993).

⁵⁹ TBI con EE.UU., Artículo I(1)(a).

⁶⁰ *Id.*, Artículo VII(1).

El Artículo VII(3) permite a un inversor extranjero, ante el cumplimiento de ciertas condiciones que resultan irrelevantes en este caso⁶¹, optar por cualquiera de los cuatro regímenes arbitrales, el primero de los cuales es el ofrecido por el CIADI. Por último, el Artículo VII(4) establece que cada parte debe estar de acuerdo en someter la controversia al mecanismo arbitral elegido. El día 6 de septiembre de 2002, Sempra ejerció la opción en favor de la jurisdicción del CIADI mediante una notificación por escrito cursada al Secretario General del CIADI. Por lo tanto, el TBI con EE.UU. establece claramente que el mecanismo del CIADI es el mecanismo arbitral aplicable como método de resolución de la presente controversia relativa a una inversión.

44. Asimismo, el ejercicio de esta opción confirma a los estándares normativos de fondo del TBI con EE.UU. como *lex specialis* aplicable a la presente controversia. En particular, el Artículo II(2) establece en este sentido:

a) Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.

b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones. A los fines de la solución de controversias de conformidad con los Artículos VII y VIII, una medida podrá ser arbitraria o discriminatoria, a pesar de la posibilidad de revisar tal medida en los tribunales judiciales o administrativos de una de las Partes.

⁶¹ El demandante debe abstenerse de presentar una controversia ante otra entidad, como un tribunal de justicia o un organismo administrativo de uno de los Estados parte, y deben transcurrir seis meses desde la fecha en la cual surgió la controversia. TBI, Artículo VII, (3)(a). La República Argentina no objeta, a mi entender, el cumplimiento de estas condiciones por parte de Sempra.

c) Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.

El Artículo IV(1), que consagra los principios para evaluar las supuestas expropiaciones en virtud de las normas del TBI, hace referencia al Artículo II(2). Su texto reza:

Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni *indirectamente* mediante la aplicación de *medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización* (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública; de manera no discriminatoria y mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y *los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II(2)*⁶².

Dos de estas disposiciones resultan particularmente relevantes: *en primer lugar*, los Artículos II(2)(a) y IV(1) del TBI con EE.UU. crean un régimen legal para el tratamiento de las inversiones prácticamente idéntico al consagrado en los Artículos 2, 3, 4 y 5 del TBI con la Unión. En la medida en que el Artículo IV(1) explicita más claramente la Fórmula Hull para la determinación de la legalidad de las expropiaciones directas e indirectas, dicho artículo deberá prevalecer por aplicación de los Artículos 4 y 9 del TBI con la Unión⁶³. *En segundo lugar*, el Artículo II(2)(a), así como las disposiciones del TBI con la Unión (Artículos 4 y 5), consagra al derecho consuetudinario internacional como un piso, no como un techo, para el tratamiento de las inversiones extranjeras a la luz del TBI con EE.UU. La *lex specialis* del TBI con EE.UU. otorga a las inversiones extranjeras un mayor grado de protección que el que puede requerir por sí el derecho consuetudinario internacional en vigencia. En consecuencia, y, al igual que en el TBI con la Unión, el

⁶² Énfasis propio.

⁶³ Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 97 & n. 262 (1995). La Fórmula Hull debe su nombre al ex Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, quien en el año 1938 afirmó al gobierno mexicano que “según toda norma de derecho y equidad, ningún gobierno tiene derecho a expropiar la propiedad privada, sin que medie el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva”. 3 G. Hackworth, *Digest of International Law* 657 (1943).

régimen creado por las partes permite a los jueces recurrir al derecho consuetudinario internacional para llenar las lagunas que pueda haber dejado la *lex specialis* establecida en el TBI con EE.UU. y les permite también complementar dichas normas legales, pero los jueces nunca podrán reducir ni desvirtuar el alcance de la protección establecida en ellas. Este punto requiere una breve explicación.

45. Cuando dos Estados celebran un acuerdo internacional, en especial en forma de un tratado que debe ser ratificado de acuerdo con sus respectivos regímenes legales o constitucionales, establecen en forma intencional un régimen bilateral que desplaza a toda norma consuetudinaria de derecho internacional que entre en conflicto con lo dispuesto en el tratado, salvo en los rarísimos casos en los cuales el tratado pretende dejar de lado aquellas normas consuetudinarias de derecho internacional que tienen carácter de *jus cogens* o norma perentoria⁶⁴. El tratado también puede transformar ciertos acuerdos novedosos y que aún no han ingresado en la órbita del derecho consuetudinario internacional en normas bilaterales cuya observancia es obligatoria para las partes; esto se hace, por ejemplo, disponiendo en el tratado el carácter obligatorio de ciertas normas que, de lo contrario, sólo tendrían carácter supletorio. A la inversa, el tratado puede contener términos expresos o de los que claramente surja que los Estados parte desean *excluir* de su régimen bilateral ciertas normas que están aún en etapas

⁶⁴ CVDT, Artículo 53, (“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. . . . aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”); de acuerdo con *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* [Ley de Relaciones Extranjeras de los Estados Unidos], Artículo 102 cmt. k (“Algunas normas del derecho internacional son reconocidas por la comunidad internacional de los Estados como perentoria, proscribiendo su derogación. Estas normas invalidan y prevalecen sobre acuerdos internacionales y otras normas del derecho internacional que entran en conflicto con ellas. Dichas normas, por ser perentorias, están sujetas a modificaciones sólo por otra norma de derecho internacional con el mismo alcance”). Los “menos controvertidos” ejemplos de *jus cogens* son las normas que prohíben el genocidio, o los crímenes contra la humanidad, la esclavitud o la piratearía. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 515 (5th ed. 1998).

tempranas de implementación o que están en vías de incorporarse al derecho consuetudinario internacional.

46. El TBI representa, precisamente, un tratado de esta naturaleza. La República Argentina y los Estados Unidos de América celebraron el TBI, según se indica en el segundo párrafo de su preámbulo, para “promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a las inversiones hechas por nacionales y empresas de una Parte en el *territorio de la otra Parte*”. Las modalidades previstas para alcanzar este objetivo fueron, de conformidad con el tercer párrafo del preámbulo, “el acuerdo sobre el tratamiento a ser dispensado a estas inversiones”, porque, tal como se establece en el cuarto párrafo, “es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y utilizar los recursos económicos en la forma más provechosa posible”. Por ende, el TBI con EE.UU. crea un régimen legal bilateral especialmente diseñado para lograr dichos objetivos en el contexto de las impares circunstancias que se verifican dentro de los Estados Unidos y de la República Argentina, así como en la relación entre ambos países. El TBI con la Unión cumple este mismo objetivo, por analogía, para la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa y la República Argentina; sin embargo, e insisto con este punto, en la medida que el TBI con EE.UU. establezca condiciones de inversión y estándares de trato más favorables, dichas normas deberán prevalecer por aplicación de los Artículos 4 y 9 del TBI con la Unión.

47. Tanto el TBI con EE.UU. como el TBI con la Unión constituyen instrumentos complejos que, obviamente, fueron elaborados en forma minuciosa por cada Estado miembro, inicialmente en el plano internacional en el curso de las negociaciones y, luego, dentro de sus procesos legislativos internos a los efectos de su ratificación.

Dichos tratados constituyen la ley de aplicación superior entre los Estados parte en relación con el objeto que regulan (es decir, las inversiones de nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante). Por ello, si las intenciones y expectativas de las partes han de cobrar eficacia en la realidad, los TBIs deben prevalecer por sobre toda otra norma que potencialmente resulte aplicable. Todo conflicto o incompatibilidad que se advierta entre la *lex specialis* establecida en los TBIs y otro régimen normativo, sea éste de orden internacional o local, debe resolverse en favor de lo dispuesto en los TBIs.

48. Antes de adentrarme en el análisis de la Convención de Washington, creo necesario insistir en el hecho de que ambos TBIs en cuestión *pueden*, pero no necesariamente *deben*, ajustarse a los principios generales no perentorios del derecho consuetudinario internacional. Está en la naturaleza misma de un tratado bilateral de inversión que los Estados parte diseñen el contenido específico que desean para aquél, a menudo porque es su deseo modificar o apartarse de las normas internacionales que, de lo contrario, regirían sus relaciones. Por este motivo, la aplicación por parte de un tribunal arbitral de un tratado bilateral en materia de inversiones no es por sí misma prueba de que las normas particulares del tratado se han convertido en normas consuetudinarias de derecho internacional, aun cuando es cierto, naturalmente, que la decisión del tribunal – según su fuerza persuasiva– puede en ocasiones constituir un elemento de práctica para los Estados que en el futuro puede contribuir a la formación o consolidación de una norma consuetudinaria de derecho internacional.

49. En resumen, mientras que el derecho sustantivo consagrado en ambos TBIs se ajusta a los principios generales del derecho internacional en virtud del Artículo

42 de la Convención de Washington, que será objeto de análisis a continuación, dichos tratados deben ser interpretados en el sentido de que especifican las “normas de derecho... convenidas por las partes”⁶⁵, es decir, la *lex specialis* que rige la presente controversia relativa a inversiones. Sin perjuicio de ello, y en virtud de lo dispuesto por el Artículo II(2)(a) del TBI con EE.UU., los Artículos 4 y 5 del TBI con la Unión y el Artículo 42(1) de la Convención de Washington, los principios generales del derecho consuetudinario internacional complementan los principios legales de fondo prescritos por el TBI en la medida de que dichos principios resulten lacónicos en cuanto a ciertos aspectos relevantes para la resolución de una controversia en el marco de los TBIs.

B. La Convención de Washington

50. El Artículo 42 de la Convención de Washington establece:

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y a aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley⁶⁶.

El Artículo 42(1) establece distintas normas de elección del derecho aplicable para el caso de que las partes hayan acordado o no, antes de que surja la controversia, cuál será el derecho aplicable a ésta. Si así lo han hecho, se aplica el Artículo 42(1), el cual requiere acatamiento de lo convenido por las partes. La segunda de las normas sobre elección del derecho aplicable, que autoriza a recurrir al “derecho de la Parte Contratante

⁶⁵Convención de Washington, Artículo 42(1).

⁶⁶ Convención de Washington, Artículo 42.

involucrada en la controversia (incluidas sus normas sobre conflicto de leyes) y otras normas del derecho internacional que puedan ser de aplicación”, rige solamente en caso de “falta de acuerdo”.

51. Tanto el TBI con EE.UU. como el TBI con la Unión constituyen una norma expresa de elección del derecho aplicable, una *lex specialis* para las controversias en materia de inversión, según se establece en dichos tratados. En consecuencia, el primero de los dos supuestos, contemplado en el Artículo 42(1), resulta aplicable. Ambos TBIs, asimismo, disponen un reenvío (“*renvoi*”) al derecho consuetudinario internacional y la incorporación de sus normas solo en tanto y en cuanto cualquiera de sus disposiciones prohíban conductas que no se adecuen a los estándares establecidos por los principios generales del derecho internacional⁶⁷. Volviendo sobre el mismo concepto, tanto el TBI con EE.UU. como el TBI con la Unión permiten recurrir al derecho internacional únicamente para complementar, nunca para desplazar ni desvirtuar, la *lex specialis* que las disposiciones de aquellos constituyen. En resumen, el Artículo 42 de la Convención de Washington estipula que el tribunal del CIADI, constituido en virtud de dichos TBIs, debe apelar primero a su *lex specialis*, y sólo en segundo lugar, a los principios generales del derecho internacional público en la medida de que dicha *lex specialis* remita a ellos o resulte demasiado sucinta en ciertos aspectos relevantes. En el segundo supuesto, el derecho internacional público opera como un piso, un estándar básico de trato relativo a las inversiones en cuestión.

⁶⁷ TBI con la Unión, Artículo 4(1) (el tratamiento a las inversiones “no será en ningún caso menos favorable que el reconocido por el derecho internacional”); id., Artículo 5(5); TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a) (a las inversiones “en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”).

C. La Elección del Derecho Aplicable por Voluntad de Las Partes del Contrato

52. El Artículo 16.1 de las Reglas Básicas incorporadas a las Licencias establece que éstas “se registrarán y serán interpretadas de conformidad con las leyes de la República Argentina”. Asimismo, el Artículo 16.2 establece que a todos los efectos que se originen en esta Licencia en relación con el Licenciante, la Licenciataria se somete a la jurisdicción de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. A primera vista, el Artículo 16.1 de las Reglas Básicas puede parecer una estipulación contractual de elección del derecho aplicable, que en principio podría ser de aplicación en virtud del Artículo 42 de la Convención de Washington. El Artículo 16.2 de las Reglas Básicas, en el mismo sentido, puede parecer una estipulación contractual de elección de fuero y jurisdicción.

53. Para evaluar estas afirmaciones, sin embargo, es necesario tener en cuenta que Sempra y Camuzzi, como Licenciatarias, no son las Demandantes en este proceso arbitral, cuyo objeto no es la interpretación ni la aplicación de las Licencias. (Técnicamente hablando, Sempra y Camuzzi no son las Licenciatarias). Tampoco se puede afirmar que la controversia surge de las Licencias. Desde el punto de vista del derecho internacional, que es en definitiva la perspectiva decisiva en este caso, Sempra y Camuzzi, en su carácter de inversores extranjeros, son las Demandantes en una controversia internacional iniciada sobre la base de las violaciones a los TBIs celebrados con los Estados Unidos de América y la Unión, respectivamente, no contra el Licenciante, en su carácter de Licenciante, sino contra la República Argentina, en su calidad de Parte Contratante de dichos TBIs.

54. Si bien las cláusulas “contractuales” de elección del derecho aplicable y de elección de fuero y jurisdicción consagradas en las Reglas Básicas pueden, en consecuencia, aplicarse a la operación normal y cotidiana conforme a las Licencias, dichas cláusulas no importan, ni en forma expresa ni tácitamente, una elección del derecho aplicable a las controversias en materia de inversión que surgen del tratamiento que confiere la República Argentina a Sempra y Camuzzi o a sus inversiones. En este sentido, se puede afirmar que resultaría un hecho extraordinario que ciertas licencias otorgadas en virtud de la legislación local de un Estado para un objetivo en particular –en nuestro caso, el transporte y la distribución de gas natural– pudiesen conculcar derechos de orden internacional consagrados en tratados, especialmente cuando dichos tratados han sido expresamente concebidos para atraer tales inversiones. Es evidente que no es éste el resultado contemplado en las Reglas Básicas.

55. Por último, esta conclusión resulta congruente con la naturaleza de las Licencias otorgadas en favor de las subsidiarias de Sempra y Camuzzi. Ciertos laudos arbitrales emitidos en relación con casos similares se refieren a ellas como “contratos internacionales” o “acuerdos de desarrollo económico a largo plazo”⁶⁸. En el caso *Libyan American Oil Co. c. Libia*⁶⁹, por ejemplo, el tribunal explicó:

Un [“contrato de desarrollo internacional”] es un acuerdo semi-público entre un Estado y un particular [o una sociedad], cuyo objeto consiste en un proyecto de utilidad pública o la explotación de ciertos recursos naturales...

....

Dicho contrato posee características especiales, entre las cuales destacamos las siguientes: las partes contratantes no son partes privadas comunes, sino que una de ellas es un Estado o un organismo

⁶⁸ Véase, por ejemplo, el caso *Revere Copper & Brass, Inc. & OPIC*, Laudo del 24 de agosto de 1978, 56 I.L.R. 258, 271, 274 (1980) [“Laudo del caso *Revere Copper*”].

⁶⁹ Laudo del 12 de abril de 1977, 20 ILM 1 (1977) [“LIAMCO”].

gubernamental, mientras que la otra es, habitualmente, una empresa extranjera. El objeto del contrato es, generalmente, la explotación de recursos naturales a largo plazo, lo cual supone la utilización de plantas e instalaciones muy costosas⁷⁰.

Esta descripción se aplica, por analogía, a las Licencias en cuestión en este proceso arbitral, las cuales, entre otras cosas, contemplan una concesión por el plazo de treinta y cinco años.

56. En los contratos de desarrollo a largo plazo de esta naturaleza, los instrumentos contractuales, regidos por la ley local del Estado, no pueden aplicarse a las controversias en materia de inversión por las razones expuestas por el Profesor René-Jean Dupuy en el caso *Texas Overseas Petroleum c. Libia*⁷¹. En su carácter de árbitro único, el Profesor Dupuy observó que “si [únicamente] la ley de Libia fuera de aplicación a estos contratos, tendríamos como resultado que la naturaleza vinculante de los mismos se vería afectada *a priori* por las medidas legislativas o reglamentarias adoptadas dentro del ordenamiento jurídico del Estado de Libia”⁷². Reconoció que esta conclusión no sólo entraría en conflicto con la intención de las partes en el caso⁷³ si se la aplicara en forma general, sino que también desalentaría las inversiones mediante la inclusión en la ley aplicable a dichos contratos de desarrollo a largo plazo⁷⁴ de elementos de intolerable incertidumbre que, en general, dependen de vicisitudes políticas que escapan a la previsión y al control de los inversores extranjeros. El Profesor Dupuy, en consecuencia, hizo una distinción entre la “ley que se aplica al contrato y el ordenamiento jurídico del cual se desprende la naturaleza vinculante del contrato”; también concluyó que, a pesar

⁷⁰ Id., páginas 29-30.

⁷¹ Laudo del 19 de enero de 1977, 53 ILR 389 (1978) [“TOPCO”]. Las siguientes citas se refieren a los números de página del texto original.

⁷² Id., pág. 20.

⁷³ Id., pág. 26.

⁷⁴ Id., pág. 20.

de que los documentos relacionados con la concesión de Libia contemplaban la “ley que se aplica al contrato”, “el ordenamiento jurídico del cual se desprende la naturaleza vinculante del contrato es el propio derecho internacional”⁷⁵. El Laudo emitido en la causa *TOPCO* establece, en su parte pertinente, que:

[L]os documentos relativos a la Concesión en disputa no están regidos por la ley de Libia. Más precisamente, no están exclusivamente regidos por la ley de Libia. Es irrefutable que estos contratos nacieron como contratos internacionales, tanto desde el punto de vista económico, porque involucran derechos comerciales de índole internacional, como también porque incluyen factores que relacionan a diferentes Estados⁷⁶.

57. En el arbitraje de la causa *Revere Copper*, un tribunal constituido bajo las normas de la Asociación Americana de Arbitraje desarrolló con mayor detalle los principios enunciados por el Profesor Dupuy. El Tribunal interviniente en el caso *Revere Copper* debía determinar la ley aplicable a un contrato celebrado entre una empresa totalmente controlada por Revere Copper and Brass, Inc., una sociedad estadounidense, y el Gobierno de Jamaica, para la explotación a largo plazo de un planta de aluminio de bauxita en Jamaica. El Tribunal observó, en ese caso, que:

En los contratos de desarrollo económico a largo plazo, la cuestión del incumplimiento no puede ser librada a la suerte de un tribunal local que aplica la legislación interna [porque] [l]a verdadera razón de su existencia es que las partes privadas que celebraron dichos contratos y comprometieron grandes sumas de dinero por extensos períodos de tiempo necesitan garantías contractuales que aseguren su emprendimiento; por su parte, los gobiernos de los países en vías de desarrollo están dispuestos a suministrar dichas garantías para estimular un desarrollo económico que es muy necesario⁷⁷.

⁷⁵ Id. pág. 22.

⁷⁶ Id. pág. 20.

⁷⁷ Laudo del caso *Revere Copper*, 56 I.L.R. pág. 271-72 (énfasis propio).

Así, frente a un contrato que “guarda silencio en cuanto a la ley aplicable”, el Tribunal que decidió el caso *Revere Copper* determinó que resultaba adecuado “aceptar que la ley jamaicana sea de aplicación a los *efectos ordinarios* del contrato”; pero a los efectos de analizar las supuestas prácticas expropiatorias, se inclinó por los “principios del derecho internacional público que rigen la responsabilidad de los Estados por los daños causados a los extranjeros” ya que:

estos principios resultan particularmente aplicables cuando la cuestión consiste en decidir, como ocurre en este caso, si los actos realizados por el gobierno en contra y en perjuicio de los intereses económicos de los extranjeros entran en conflicto con los compromisos y garantías otorgados de buena fe a dichos extranjeros como *un incentivo para que realicen las inversiones que se vieron afectadas por dichos actos*⁷⁸.

58. Este principio fundamental elaborado en los laudos de los casos TOPCO y *Revere Copper* –según el cual la ley local que rige las operaciones ordinarias de un emprendimiento contractual desarrollado por un inversor extranjero no es de aplicación, *ipso facto*, a las controversias internacionales que surgen del contrato ni determina la legitimidad de un acto de expropiación de la inversión extranjera– se aplica, con mayor razón, al caso que nos ocupa, donde los TBIs establecen, en el ámbito internacional, una *lex specialis* como norma de aplicación a las controversias relativas a las inversiones efectuadas por los nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante. Parafraseando a Keith Highet, al disentir éste respecto de la negativa de aceptar la jurisdicción en el arbitraje deducido conforme al TLCAN [“NAFTA”] en el caso *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*⁷⁹, podemos decir que: “debe existir, y de hecho existe, una distinción en términos jurídicos entre las obligaciones

⁷⁸ Id. pág. 271.

⁷⁹ CIADI Causa No. ARB(AF)/98/2, Laudo del 2 de junio, 2000, 40 I.L.M. 56 (2000).

legales de [la República Argentina] en virtud de la ley [argentina] y las obligaciones legales de [la República Argentina] derivadas de las obligaciones impuestas por un tratado internacional [el TBI con EE.UU. y el TBI con la Unión]”⁸⁰.

59. La República Argentina hizo manifestaciones y promesas a Sempra y a Camuzzi con el objeto de inducirlas a realizar las inversiones en el marco de un proceso licitatorio que culminaría en el otorgamiento de las Licencias. Dichas manifestaciones y promesas adquirieron fuerza legal internacional en virtud del Artículo II (2)(c) del TBI con EE.UU. y los Artículos 2 y 3 del TBI con la Unión. Estas promesas y garantías proveen el grado de seguridad indispensable sin el cual muy pocos inversores extranjeros (por no decir ninguno) se comprometerían a invertir en proyectos de riesgo en el exterior. Sin embargo, se puede afirmar que la captación de inversiones extranjeras fue precisamente el objetivo que tuvo en mira la República Argentina al celebrar los TBIs. Habiendo asumido estas obligaciones para atraer capitales extranjeros de inversión, no se entiende cómo la República Argentina puede ahora insinuar que los TBIs no son aplicables.

60. En resumen, considerar la ley local de la República Argentina, en lugar de la *lex specialis* consagrada en los TBIs, como la ley “acordada por las partes” en virtud del Artículo 42 de la Convención de Washington implicaría desvirtuar completamente los objetivos centrales que los Estados parte de los TBIs tuvieron en mente, a saber: “crear las condiciones favorables para las inversiones hechas por nacionales de una Parte en el territorio de la otra Parte”; “promover y proteger las inversiones, sobre la base de la igualdad y el interés mutuo”; “crear las condiciones necesarias para estimular las

⁸⁰ Id., pág. 72 (voto en disidencia de Keith Highet).

iniciativas de los inversores”; consagrar el acuerdo uniforme alcanzado por los Estados Parte “acuerdo sobre el tratamiento a ser acordado a esas inversiones”; y asegurar “un trato justo y equitativo a las inversiones.... a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos”⁸¹. Si así no se entendiera, se estarían negando décadas de jurisprudencia internacional elaborada para abordar controversias exactamente de la misma índole que la de la cuestión aquí planteada.

D. Resolución de las Alternativas Planteadas por Diferentes Elecciones del Derecho Aplicable

61. Los jueces a menudo se encuentran frente a distintas normas aparentemente incompatibles entre sí. Ante esta disyuntiva, tratan de conciliar las diversas piezas legislativas partiendo de la premisa de que los legisladores no tuvieron la intención o el deseo de contradecirse. Sin embargo, cuando la compatibilización no es posible, y las normas más antiguas entran en conflicto con normas sancionadas con posterioridad, los jueces generalmente aplican la regla según la cual la norma posterior deroga a la anterior, “*lex posteriori priori derogat*”. Este principio se desprende de la presunción razonable de que, ante expresiones legales incongruentes y en ausencia de un orden jerárquico constitucional que resulte aplicable, la expresión del derecho que más recientemente haya efectuado el legislador será, probablemente, la que representa su intención actual, y por lo tanto, se entenderá que ostenta mayor vigor desde el punto de vista normativo.

⁸¹ TBI con la Unión, preámbulo; TBI con EE.UU., preámbulo.

62. Esta presunción es completamente razonable en un contexto legal local. No obstante ello, carece de relevancia y coherencia cuando, como en este caso, la cuestión planteada no se basa en la incompatibilidad legislativa, sino en la *posible* incongruencia entre las elecciones del derecho aplicable. (Enfatizo el término “posible” porque, según mi análisis, las tres posibles fuentes de derecho aplicable en realidad no entran en conflicto entre sí). Por ello, se incurriría en un grave error si se concluyera que la cláusula de elección de derecho aplicable establecida en los TBIs tiene preeminencia sobre el criterio adoptado en la Convención de Washington sólo porque los TBIs fueron celebrados con posterioridad a la aprobación de dicha Convención por parte de la República Argentina. A pesar de ello, el análisis precedente de cada una de las potenciales elecciones de derecho aplicable deja en claro que, necesariamente, existe una jerarquía entre los TBIs, la Convención de Washington y las Licencias en cuanto al derecho que debe resultar de aplicación a la presente *controversia relativa a inversiones*.

63. La Convención de Washington, como se puso de relieve anteriormente, es de aplicación a este caso por el simple hecho de que los TBIs la incorporan como un método posible de resolución de controversias. En consecuencia, en la medida en que existan conflictos entre dicha Convención y los TBIs, la *lex specialis* consagrada en los TBIs debe prevalecer sobre el criterio de selección del derecho aplicable establecido en la Convención de Washington. Esta conclusión se basa en dos razones fundamentales: *Primero*, una hipótesis contraria por la cual se sostuviera que debe aplicarse el Artículo 42 de la Convención de Washington implicaría que el derecho sustantivo a ser aplicado al fondo de una cuestión relativa a inversiones por parte de un tribunal arbitral en virtud del Artículo VII(1) del TBI con EE.UU. (que opera de igual modo en beneficio de los

inversores en virtud de los Artículos 4 y 9 del TBI con la Unión) variaría según el régimen arbitral que los nacionales de otro Estado o los inversores extranjeros hubieran elegido entre los cuatro regímenes especificados. Este supuesto de búsqueda de la jurisdicción arbitral internacional más conveniente resulta absurdo y manifiestamente contrario a los objetivos perseguidos por ambos TBIs: crear un marco uniforme y estable dentro de los Estados parte y entre éstos a los efectos de promover inversiones recíprocas. *En segundo lugar*, esta hipótesis resultaría contraria a una clara política del CIADI. El Artículo 42(1) de la Convención de Washington establece expresamente que deberá acatarse la voluntad de las partes en cuanto a la elección del derecho aplicable. Los TBIs, en su carácter de *lex specialis* respecto de las controversias relativas a inversiones que se susciten entre las partes de este proceso arbitral, *son* el derecho aplicable.

64. En resumen, entiendo que el criterio adecuado de selección del derecho aplicable que debe regir en este caso es el siguiente: *primero*, los TBIs, incluidos los principios de fondo y las opciones procedimentales consagradas en sus disposiciones en favor de los inversores extranjeros, constituyen una *lex specialis* que será de aplicación a la presente controversia en materia de inversiones, y dicha *lex specialis* debe prevalecer en caso de conflicto con la legislación local; *segundo*, el derecho consuetudinario internacional provee una fuente auxiliar de normas sustantivas que deben ser tenidas en cuenta a los efectos de complementar, pero nunca desplazar ni desvirtuar, la *lex specialis* consagrada en los TBIs; y, *por último*, las Licencias, las Reglas Básicas y las normas y reglamentaciones vigentes en la República Argentina establecen los términos generales aplicables a la operación comercial ordinaria durante los treinta y cinco años de vigencia

del acuerdo celebrado entre las empresas controladas de Sempra y Camuzzi, por una parte, y la República Argentina, por la otra.

V. OBLIGACIONES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA PARA CON SEMPRA Y CAMUZZI EN VIRTUD DE LOS TBIS

A. *Introducción*

65. Los reclamos de Sempra y Camuzzi, que se plantean en virtud de las disposiciones de los TBIs, encuadran en dos categorías principales: *en primer lugar*, violaciones de determinadas disposiciones de los TBIs (por ejemplo, el supuesto incumplimiento por parte de la República Argentina de la obligación de conferir un trato justo y equitativo a sus inversiones)⁸²; y *segundo*, una expropiación que, en estas circunstancias, supuestamente llevó a cabo la República Argentina en forma “indirecta mediante medidas e equivalentes a la expropiación”⁸³. La acumulación progresiva de un conjunto de medidas adversas que, casi invariablemente, también constituirían casos de claras violaciones dentro de la primera categoría, en cierto punto comprenden, en su conjunto, la segunda categoría, es decir, la correspondiente a las expropiaciones indirectas. La estructura del TBI con EE.UU. confirma esta relación. El Artículo IV establece:

Las inversiones no serán objeto de expropiación o nacionalización, ni directamente ni *indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación* o nacionalización (“expropiación”) salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido proceso legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II(2)⁸⁴.

⁸² TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a), TBI con la Unión, Artículo 3(1).

⁸³ TBI con EE.UU., Artículo IV(1), véase también el TBI con la Unión, Artículo 5(1).

⁸⁴ TBI con EE.UU., Artículo IV(1), (énfasis propio).

El Artículo II(2), por su lado, contiene tres incisos que detallan el tratamiento que cada Estado parte debe dar en su territorio a todas las inversiones de los nacionales o empresas del otro Estado parte:

- a) Se otorgará siempre *un trato justo y equitativo a las inversiones*, las que gozarán de *entera protección y seguridad* y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.
- b) Ninguna de las Partes *menoscabará*, en modo alguno, *mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias*, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones...
- c) Cada Parte *cumplirá los compromisos* que hubiera contraído con respecto a las inversiones⁸⁵.

66. El TBI con la Unión, como era de esperar, contiene casi los mismos principios, aunque con diferente redacción. El Artículo 3(1) garantiza un “tratamiento justo y equitativo”. El Artículo 3(2) confiere a las inversiones “seguridad y protección permanentes”; y así como lo hace el Artículo II(2)(b) del TBI con EE.UU., prohíbe, respecto de las inversiones, toda medida que pudiera “obstaculizar de hecho o de derecho su gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación”. El Artículo 10, al igual que el Artículo II(2)(c) del TBI con EE.UU., requiere que los Estados parte cumplan todos los compromisos asumidas en relación con las inversiones, una obligación que, de todas maneras, se considera asumida en virtud del principio de *pacta sunt servanda*⁸⁶ consagrado en el derecho consuetudinario internacional.

67. Por ello, aunque no estuviera incorporada la cláusula NFM del Artículo 4, el TBI con la Unión impondría esencialmente las mismas obligaciones a la República

⁸⁵ TBI con EE.UU., Artículo II(2) (énfasis propio).

⁸⁶ TBI con la Unión, Artículos 4(1), 5(5); véase la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, Artículo 26 (“*Pacta Sunt Servanda*”), 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969), I *Oppenheim’s International Law* 1272 (Jennings & Watts ed. 1992).

Argentina que el TBI con EE.UU. No obstante ello, debido a la inclusión de la cláusula NMF, no sería necesario en ninguna circunstancia recurrir a una interpretación restringida del texto del TBI con la Unión. Si planteamos la hipótesis de que las obligaciones que impone dicho tratado resultan en ciertos aspectos relevantes menos favorables para el inversor, el Artículo 4 que contiene la cláusula NMF incorporaría automáticamente los estándares más favorables conferidos a los nacionales de un tercer Estado –en nuestro caso, los Estados Unidos de América en virtud del TBI con EE.UU.– como si dichos estándares estuvieran expresamente consagrados en el TBI con la Unión. El Artículo 9, por último, estipula que cuando una cuestión se rija al mismo tiempo por el TBI con la Unión y por otro acuerdo internacional, los inversores “podrán invocar las disposiciones que les sean más favorables”.

68. Tanto el TBI con EE.UU. como el TBI con la Unión conforman un cuerpo normativo minuciosamente elaborado que permite caracterizar la conducta de la República Argentina en relación con las inversiones de Sempra y Camuzzi. A los efectos del presente análisis, es conveniente enumerar en primer lugar los elementos de este cuerpo normativo con el objeto de facilitar su aplicación a los hechos de la presente controversia. Procederé, en consecuencia, cuando sea pertinente, a analizar las disposiciones relevantes de ambos tratados. No obstante, es menester tener en cuenta en todo momento que los Artículos 4 y 9 del TBI con la Unión, por las razones expuestas anteriormente, incorporan expresamente las disposiciones del TBI con EE.UU. en tanto éstas resulten más favorables para los inversores en ciertos aspectos relevantes. Comenzaré enumerando las obligaciones de trato que se encuentran claramente impuestas a cada Parte Contratante de los TBIs. En los siguientes párrafos, me referiré a la manera

en que las violaciones de estas obligaciones, en su conjunto, conforman una expropiación indirecta que da lugar al derecho a obtener una compensación⁸⁷.

B. Obligaciones Legales Particulares de la República Argentina en virtud de los TBIs

1. Trato Justo y Equitativo

69. El TBI con EE.UU. estipula que “se otorgará un trato justo y equitativo a las inversiones”⁸⁸. El TBI con la Unión consagra la misma obligación de la siguiente manera: “Todas las inversiones... gozarán de un tratamiento justo y equitativo”⁸⁹. La frase “trato justo y equitativo”, a pesar de no estar definida en forma expresa en los TBIs, “debe interpretarse”, como cualquier otra disposición de un tratado, “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin”⁹⁰. En ambos TBIs, esta frase aparece entre los estándares establecidos en relación con el tratamiento de los inversores. Y en ambos, el texto estipula que “en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”⁹¹.

70. El derecho internacional incorpora el principio *ut res magis valeat quam pereat*: es inadmisibles toda interpretación que deja a una disposición desprovista de sentido o la torna inválida⁹². Por ello, en el caso *Anglo-Iranian Oil Co.*, la Corte Internacional de Justicia (en adelante la “CIJ”) sostuvo el principio general de que “un texto legal debe ser interpretado de tal manera que cada palabra del texto tenga una razón

⁸⁷ Véase el TBI con EE.UU., Artículo IV(1); TBI con la Unión, Artículo 5(2)-(3).

⁸⁸ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a).

⁸⁹ TBI con la Unión, Artículo 3(1).

⁹⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, Artículo 31, 1155 UNTS 331.

⁹¹ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a); TBI con la Unión, Artículo 4(1).

⁹² 1 *Oppenheim's International Law* 1280 (Jennings & Watts ed. 1992).

y un sentido” y “que este principio debe, en general, aplicarse a los efectos de la interpretación del texto de un tratado”⁹³. Si se aplica este principio a los TBIs, no queda lugar a dudas acerca del hecho que la frase “justo y equitativo” no es una mera reexpresión de la obligación que pesa sobre cada Estado parte de conferir a las inversiones de los nacionales de la otra un trato congruente con el derecho internacional. Dicha obligación existiría de todas maneras. El “objetivo y fin” de los TBIs es establecer un marco *más favorable* para las inversiones recíprocas entre los Estados parte, marco éste que no necesariamente existiría entre las partes en ausencia de tales inversiones. El preámbulo del TBI con EE.UU. ratifica este propósito. Expresa que las partes reconocen “que el acuerdo sobre el trato que se haya de conferir a las inversiones estimulará el flujo de capitales privados y el desarrollo económico de las partes”, y en consecuencia, acuerdan que “un trato justo y equitativo de las inversiones” es lo deseable en pos del mantenimiento de un marco estable para las inversiones y la utilización más provechosa posible de los recursos económicos⁹⁴.

71. Por estas razones, la frase trato “justo y equitativo” no solamente hace referencia a un trato que se ajusta a las normas del derecho consuetudinario internacional⁹⁵. No obstante ello, debido a su amplitud de concepto, el significado preciso

⁹³ *Ango-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, 1952 I.C.J. Rep. 93, 105 (22 de julio).

⁹⁴ TBI con EE.UU., preámbulo. Comparar TBI con la Unión, preámbulo (“convencidos” de que la ejecución del TBI “promoverá y protegerá las inversiones” mediante, *entre otras cosas*, la creación de condiciones adecuadas “para estimular las iniciativas de los inversores”). Resulta difícil creer que los Estados parte del TBI con la Unión tuvieron la intención de celebrar un tratado para crear condiciones adecuadas para la inversión si creían que el derecho internacional ya establecía dichas condiciones de manera suficiente.

⁹⁵ Véase Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* 60 (1995). En el TLCAN y otros TBIs, los Estados Unidos de América adoptaron una postura contraria. Véase, por ejemplo, el caso *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, Laudo del 31 de mayo de 2002, párrafo 10, 41 ILM 1347, 1349 (2002) (donde se hace referencia que de acuerdo con la Comisión de Libre Comercio del TLCAN “los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ no requieren un tratamiento adicional o complementario respecto de los estándares mínimos de trato a extranjeros consagrados por el derecho consuetudinario internacional”); Tratado de

y la aplicación de la frase “trato justo y equitativo” deberán determinarse, necesariamente, de acuerdo con los hechos de cada caso en particular. En el caso *Mondev International Ltd. c. Los Estados Unidos de América*, un tribunal del CIADI constituido en virtud del TLCAN observó que “es imposible determinar el alcance del concepto ‘justo y equitativo’ en abstracto, ya que su apreciación depende de los hechos de cada caso en particular”⁹⁶.

72. Por otro lado, es imposible afirmar que el concepto de “trato justo y equitativo” sea estático. En el caso *Mondev* el Tribunal sostuvo que

resulta poco convincente reducir el significado de “trato justo y equitativo” y de “entera protección y seguridad” aplicado a las inversiones extranjeras al sentido que estas frases podrían haber tenido en la década del 20 –si hubieran tenido vigencia entonces– en su aplicación a la seguridad física de los extranjeros. En la actualidad, el concepto de injusto o inequitativo no necesariamente se refiere a conductas ultrajantes o atroces. En particular, un Estado puede conferir un trato injusto e

Libre Comercio entre EE.UU. y Chile, del 6 de junio de 2003, Artículo 10.4(1) (que establece que “Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, *incluido* el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”, y aclara que “el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas [y por ello,] [l]os conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales”) (énfasis propio). No obstante ello, la correcta interpretación de cada TBI depende de la intención de las partes signatarias. En mi opinión, como regla general, interpretar la frase “trato justo y equitativo” en el sentido de que no exige más de lo que el derecho consuetudinario internacional ya exige implicaría vaciar la disposición de sentido o tornarla redundante, lo cual infringiría el principio *ut res magis valeat quam pereat*. Asimismo, tanto el TLCAN como el Tratado de Libre Comercio suscrito entre los Estados Unidos de América y Chile se refieren al “trato justo y equitativo” como un concepto *incluido* en el estándar mínimo consagrado por el derecho consuetudinario internacional. Véase TLCAN, Artículo 1105 (“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversores de la otra Parte un trato acorde con el derecho internacional, *incluido* un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”) (Énfasis propio). Ninguno de los textos de los TBIs consagra el requisito de “trato justo y equitativo” de esta manera. Por el contrario, ambos establecen el requisito de trato justo y equitativo en una manera que *prima facie* sugiere una obligación independiente, por encima de los imperativos que puedan tener origen en el derecho consuetudinario internacional. Véase el TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a) (deberá otorgarse un trato justo y equitativo a las todas las inversiones y “en ningún caso” dicho trato podrá ser “menos favorable que el que exige el derecho internacional”); TBI con la Unión, Artículo 3(1) (establece el requisito de trato justo y equitativo en forma independiente y sin hacer referencia alguna al hecho de que este requisito se subsuma en las normas del derecho consuetudinario internacional o sea una simple reexpresión de tales normas).

⁹⁶ *Mondev Int’l Ltd. c. Estados Unidos de América*, Causa CIADI No. ARB (AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002, párrafo 118, 42 ILM 85, 108 (2003).

inequitativo a una inversión extranjera sin incurrir necesariamente en mala fe⁹⁷.

73. En general, un Estado viola el requisito de trato “justo y equitativo” cuando confiere a una inversión un trato que resulta contrario a la letra o el espíritu de las condiciones o los compromisos gubernamentales que se tomaron en cuenta para realizar la inversión y que conforman el marco de expectativas en materia normativa sobre la base de las cuales se realizó la inversión. Hace poco tiempo se resolvió un caso en torno a un TBI suscripto entre la República Checa y los Países Bajos. En ese caso, el Tribunal sostuvo que “[e]l estándar de trato justo y equitativo para las acciones objeto de análisis no debe ser evaluado por la autoridad actuante en relación con el estándar utilizado para sus propios nacionales. Los estándares aceptables en virtud del derecho internacional son de aplicación... La [República Checa] violó su obligación de conferir un trato justo y equitativo mediante la desnaturalización de los compromisos en los que el inversor extranjero depositó su confianza para efectuar su inversión”⁹⁸. El requisito de trato justo y equitativo forma parte de las expectativas normativas recíprocas de cada Estado parte. El cuarto párrafo del preámbulo del TBI con EE.UU. establece que “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más provechosa posible de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”⁹⁹.

2. Entera Protección y Seguridad

74. Asimismo, ambos TBIs establecen que el Estado receptor debe garantizar a las inversiones extranjeras “entera protección y seguridad” o “seguridad y protección

⁹⁷ Id., párrafo 116, 42 ILM página 107; véase también id., párrafo 123, 42 ILM página 109.

⁹⁸ CMF. Czech Republic B.V. c. República Checa, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párrafo 611.

⁹⁹ TBI con EE.UU., preámbulo.

permanentes”¹⁰⁰. En el caso *Barcelona Traction*¹⁰¹, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que en virtud del derecho consuetudinario internacional “[c]uando un Estado admite en su territorio inversiones extranjeras o nacionales de otros Estados, ya sean personas físicas o jurídicas, queda obligado a conferirles la protección de derecho y asume las obligaciones relativas al tratamiento que debe conferirles”¹⁰². Sin embargo, el TBI impone una obligación más extensa. Su objetivo es crear un marco estable para la protección y la promoción recíproca de las inversiones. En el caso *American Manufacturing and Trading, Inc. c. República del Zaire*¹⁰³, el Tribunal explicó con acierto que la obligación de conferir “protección y seguridad” es:

una obligación de garantía para la protección y la seguridad de las inversiones efectuadas por los nacionales y las empresas de una u otra Parte... La obligación del Zaire es una obligación de vigilancia, en el sentido de que Zaire, en su condición de Estado receptor de las inversiones efectuadas por AMT, una empresa de origen estadounidense, deberá adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el total goce de la protección y la seguridad de sus inversiones y no debería tener derecho a invocar su propia legislación a los efectos de eximirse de dicha obligación. El Zaire debe probar que adoptó todas las medidas de precaución tendientes a proteger las inversiones de AMT dentro de su territorio. No es prueba suficiente de ello el reconocimiento de la real existencia de los daños causados al designar a SINZA como la víctima de los mismos y al sostener que su legislación nacional exonera al Zaire de todas las

¹⁰⁰ TBI con EE.UU., artículo II(2)(a); TBI con la Unión, artículo 3(2).

¹⁰¹ *The Barcelona Traction, Light, and Power Co., Ltd.*, 1970 I.C.J. Rep. 3 (5 de febrero).

¹⁰² *Id.*, página 32, párrafo 33. la Corte luego puso de relieve que “estas obligaciones, sin embargo, no son absolutas ni incondicionales”, es decir, introdujo dicho calificativo a los efectos de distinguir entre las obligaciones *erga omnes*, aquellas que se asumen frente a toda la comunidad internacional, y las obligaciones asumidas con un Estado en particular o con sus nacionales. Véase *id.* página 32, párrafos 33-36. En el Segundo supuesto, la Corte dijo que deben reunirse dos condiciones: “la primera es que el Estado demandado haya incumplido su obligación hacia el Estado nacional en relación con sus nacionales. La segunda es que solo la parte a la que se debe la obligación internacional puede presentar un reclamo en razón de dicho incumplimiento”. *Id.* Página 32, párrafo 35 (cita *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949 I.C.J. Rep. Páginas 181-82). Sempra y Camuzzi, en su carácter de legítimas demandantes conforme a sus respectivos TBIs, satisfacen claramente estas condiciones.

¹⁰³ *Am. Mfg. & Trading, Inc. c. República del Zaire*, Laudo del 21 de febrero de 1997, 36 ILM 1531 (1997).

obligaciones de reparar los perjuicios ocasionados dentro de su territorio en las circunstancias que originaron la presente controversia¹⁰⁴.

75. La obligación de conferir entera protección y seguridad, por ende, requiere que el Estado no sólo se abstenga de restringir ostensiblemente las obligaciones asumidas en virtud del TBI, sino que también debe asegurar positivamente que sus dependencias administrativas y entes reguladores no deterioren de hecho la entera protección y seguridad de la que gozarían las inversiones en otro contexto. Como sostuvo el Tribunal que intervino en el caso CME: “El Estado receptor está obligado a asegurar que ni por medio de reformas a su legislación ni por medio de actos de sus órganos administrativos, se eliminen o deterioren la seguridad y la protección que por acuerdo de partes se debe conferir a las inversiones extranjeras”¹⁰⁵.

3. Deterioro Ocasionado por Medidas Arbitrarias o Discriminatorias

76. El TBI con EE.UU. prohíbe toda medida “arbitraria o discriminatoria”; el TBI con la Unión se refiere a “toda medida injustificada o discriminatoria”¹⁰⁶. En general, ambas frases denotan todo trato que discrimina a los inversores extranjeros, ya sea de hecho o de derecho. Se puede decir que “arbitrario” significa “basado en una decisión azarosa o un impulso” o “despótico, desenfrenado”¹⁰⁷. No obstante ello, la disposición típica de los TBIs, como observa un estudio de las Naciones Unidas, es aún más abarcativa ya que “prohíbe toda expropiación que implique un trato diferencial a los

¹⁰⁴ Id., párrafo 6.05, 36 ILM páginas 1548-49.

¹⁰⁵ CME Czech Republic B.V c. República Checa, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001 (CNUDMI), párrafo 613.

¹⁰⁶ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(b).

¹⁰⁷ Oxford American Dictionary 41 (1980) [N. del T.: el original reza: “based on random choice or impulse”; “despotic, unrestrained”].

inversores sin justificación legítima”¹⁰⁸. Asimismo, en el derecho internacional, el término “arbitrario” con frecuencia adquiere una connotación política expresa. En el caso *Asylum*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que una “acción arbitraria” denota toda acción “contaminada por medidas claramente inducidas por motivaciones políticas” o “[toda acción] de naturaleza manifiestamente extrajudicial que adopta o intenta adoptar un gobierno contra sus opositores políticos”¹⁰⁹. En el caso *Elettronica Sicula S.p.A.*, la Corte sostuvo que en el caso *Asylum* se equiparó a las “acciones arbitrarias” con conductas que “sustituyen el estado de derecho”¹¹⁰. A este respecto, “la arbitrariedad no es sólo una manifestación contraria a una norma de derecho, sino una manifestación contraria al estado de derecho ... una inobservancia deliberada del debido proceso legal, un acto que socava, o al menos perturba, la noción de lo que es jurídicamente correcto”¹¹¹.

77. El concepto de “arbitrariedad”, así como el de “trato justo y equitativo”, no es un concepto estático, ya que se fue transformando con el transcurso del tiempo y refleja la evolución de la legislación internacional en relación con los estándares que definen el trato que ha de dispensarse a las inversiones extranjeras. En el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*¹¹², el Tribunal rechazó lo que calificó como la afirmación de Canadá en el sentido de que el estándar relevante había quedado “inalterablemente establecido en la resolución del caso *Neer*”¹¹³. En el caso *Neer*, donde se analizó la

¹⁰⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* 66 (1998).

¹⁰⁹ *Asylum* (Colombia c. Perú), 1950 I.C.J. Rep. 266, 284 (20 de noviembre).

¹¹⁰ *Elettronica Sicula S.p.A.* (Estados Unidos de América c. Italia), 1989 I.C.J. Rep. 15, 76, párrafo 129 (20 de Julio).

¹¹¹ *Id.* (énfasis propio).

¹¹² *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, Laudo del 10 de abril de 2001 (CNUDMI), 41 ILM 1347 (2002).

¹¹³ *Id.*, párrafo 57, 41 ILM página 1357.

protección física de extranjeros y no la protección de inversiones extranjeras, se estableció que:

el trato dispensado a un extranjero constituye una infracción internacional cuando consiste en una acción desmesurada, de mala fe, intencionalmente violatoria de una obligación o carente de suficiente respaldo institucional y que, como tal, se encuentra tan lejos de cumplir con los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial podría advertir esa carencia de respaldo¹¹⁴.

El Tribunal que decidió el caso *Pope & Talbot* rechazó este estándar al observar que la Corte Internacional de Justicia se había “apartado del principio consagrado en el caso *Neer*” y que el derecho internacional contemporáneo deja de lado todo requisito que implique que una persona razonable e imparcial se vea insatisfecha y tal vez permite un daño aún menos perceptible para el observador, ya que no es necesario que la conducta le provoque rechazo, sino que alcanza con que las acciones de gobierno despierten su sorpresa. Asimismo, por supuesto, al reemplazar el concepto neutral de “acción gubernamental” por el concepto de “debido proceso”, se hace más dinámica la formulación permitiendo su evolución en el marco de los rigurosos estándares de evaluación de las acciones gubernamentales en relación con las personas físicas y jurídicas¹¹⁵.

78. Una medida reglamentaria que perjudica una inversión dentro del alcance de los TBIs, no necesita ser desmesurada, de mala fe o intencionalmente violatoria de una obligación para ser “arbitraria”. Resulta obvio que, como medida preliminar, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados requiere que se le otorgue el

¹¹⁴ Estados Unidos de América (L.F. Neer) c. Estados Unidos Mexicanos, 15 de octubre de 1926 (U.S. – Mex General Claims Commission), párrafo 4, 21 Am. J. Int'l L. 555, 556 (1927).

¹¹⁵ *Pope & Talbot Inc.*, párrafos 63-64, 41 ILM página 1358.

“sentido ordinario”¹¹⁶ al término ‘arbitrario’, y el sentido ordinario de ‘arbitrario’ no necesariamente debe denotar mala fe o conductas intencionalmente violatorias. Basta con que el acto en cuestión (o la omisión, según sea el caso) sea contrario al debido proceso o al estado de derecho.

79. Una medida es “discriminatoria” dentro del alcance de los TBIs aún cuando no cumple con el estándar mínimo de trato debido a los nacionales del Estado receptor, ya que los TBIs garantizan a los inversores extranjeros ese nivel mínimo de igualdad de trato en cualquier circunstancia¹¹⁷. La discriminación que puede ser normalmente tolerada como un efecto propio de las legítimas reglamentaciones internas de un Estado se torna, sin embargo, insostenible si, de hecho o de derecho, trae aparejada la discriminación de una inversión protegida por los TBIs. La Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo esta postura, por analogía, en el contexto del trato conferido a los nacionales polacos en Danzig:

La prohibición de prácticas discriminatorias, para que sea efectiva, debe asegurar la ausencia de toda práctica de discriminación de hecho y de derecho. Una medida que según sus disposiciones es de aplicación general, pero que de hecho está dirigida a los nacionales de Polonia y otras personas de origen y lengua polacos, constituye una violación a esta prohibición.... Si una medida se encuentra o no dirigida de hecho contra estas personas es una cuestión que debe decidirse de acuerdo con los méritos de cada caso en particular. No se puede establecer de antemano ninguna regla de aplicación general¹¹⁸.

4. *Pacta Sunt Servanda*

¹¹⁶ CVDT, Artículo 31(I).

¹¹⁷ Véase TBI con EE.UU., Artículo II(1); comparar con TBI con la Unión, Artículo VI(1) (cláusula NMF).

¹¹⁸ Trato de Nacionales de Polonia y otras Personas de Origen o Lengua Polacos en el Territorio de Danzig, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 44, página 28 (Feb. 4); véase también Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. Estados Unidos), 1952 I.C.J. Rep. 11, 173 (27 de agosto) (donde se decidió que “el trato diferencial... no se compadece con la Ley de Algeciras, en virtud de la cual los Estados Unidos pueden reclamar un trato tan favorable como el otorgado a Francia, en relación con las actividades económicas desarrolladas en Marruecos”).

80. El último de los estándares básicos comunes a ambos TBIs establece que cada Estado parte “cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones” o “respetará en todo momento los compromisos contraídos con los inversores de la otra Parte Contratante”¹¹⁹. Esta cláusula, conocida como “cláusula rectora general” [“umbrella clause”]¹²⁰ cumple una función crucial: prohíbe expresamente el desconocimiento de las obligaciones asumidas por el Estado receptor en relación con una inversión extranjera en los términos de los TBIs. Si no existiera esta garantía, la inversión extranjera se vería drásticamente desalentada. Pocos inversores arriesgarían capitales en emprendimientos extranjeros si sus derechos subjetivos quedaran sujetos a los caprichos políticos del Estado receptor, quien tendría facultades para modificar la naturaleza y el alcance de dichos derechos mediante la reforma de su legislación local. La cláusula rectora general, en consecuencia, prescribe que los derechos conferidos a los inversores por parte del Estado receptor y protegidos por los TBIs, así como las obligaciones asumidas por el Estado receptor en relación con dichas inversiones, no pueden, en ningún caso, quedar subordinados o verse conculcados por reforma alguna de la legislación interna del Estado receptor. Este compromiso es una condición *sine qua non* de las inversiones extranjeras en los países en vías de desarrollo.

5. Justicia y Equidad en la Administración de las Normas Tributarias

81. El TBI con EE.UU. hace expresa referencia a la cuestión tributaria. En su Artículo XII dispone:

¹¹⁹ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(c); TBI con la Unión, Artículo 10.

¹²⁰ Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* 81-82 (1995).

1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar con justicia y equidad en el trato a las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.

2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente sus Artículos VII y VIII, se aplicarán a las cuestiones tributarias solamente con respecto a lo siguiente:

- (a) La expropiación, de conformidad con el Artículo IV;
- (b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo V; o
- (c) La observancia y el cumplimiento imperativo de los términos de un acuerdo o autorización en material de inversiones, tal como se menciona en los apartados a) o b) del párrafo 1 del Artículo VII,

en la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre solución de controversias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre ambas Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto dentro de un plazo razonable¹²¹.

El Artículo XII, en consecuencia, confirma que, independientemente de la naturaleza de la imposición tributaria como una forma de expropiación en virtud del derecho consuetudinario internacional, la *lex specialis* del TBI expresamente concibe a las prácticas impositivas como posibles medidas equivalentes a la expropiación dentro del alcance de las disposiciones del Artículo IV. Ya que el régimen consagrado en un tratado que expresamente protege a las inversiones extranjeras contra la doble imposición tributaria injusta e inequitativa indudablemente constituye un régimen más favorable respecto de otro que no contempla dicha protección, el TBI con la Unión, en virtud del Artículo 4, hace extensivos estos mismos beneficios, que se analizan a continuación, a los inversores que quedan comprendidos en sus disposiciones, como es el caso de Camuzzi.

¹²¹ TBI con EE.UU., Artículo XII.

82. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exhorta a leer cada una de las disposiciones de un tratado dentro del contexto general del documento¹²². En este sentido, el Artículo XII(1) del TBI con EE.UU. debe leerse en función del resto del tratado, no en forma aislada. El Artículo II(2)(a), analizado con mayor detalle en párrafos anteriores, establece que “se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones”¹²³. El Artículo II(2) es imperativo, no exhortativo, y crea un derecho absoluto al trato justo y equitativo en cabeza del titular de la inversión. El desconocimiento de este derecho como consecuencia de un acto dañoso sentaría legítimamente las bases para la existencia de una “controversia en materia de inversiones” en los términos del Artículo VII. En esta instancia, la controversia se origina en la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por este Tratado con respecto a una inversión¹²⁴.

83. Al mismo tiempo, de la redacción del Artículo XII(1) surge claramente que las *normas* tributarias del Estado receptor¹²⁵ quedan excluidas de la obligación imperativa –y del derecho correlativo– a un “trato justo y equitativo”, y que pasan a regirse por un estándar más atenuado. En relación con estas políticas especiales del Estado receptor, la obligación del TBI con EE.UU. establecida en el texto en castellano con especial vigor mediante la expresión “se otorgará siempre”¹²⁶ que se incluye en el Artículo II se ve sustancialmente atenuada y reducida a la expresión menos admonitoria, pero no meramente exhortativa, del Artículo XII, que dice “deberá esforzarse por actuar”.

¹²² CVDT, Artículo 31.

¹²³ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a).

¹²⁴ Id., Artículo VII(1)(c).

¹²⁵ Id., Artículo XII(1) (énfasis propio).

¹²⁶ Id., Artículo II(2)(a).

Obviamente, el Artículo XII no autoriza a los Estados parte del TBI con EE.UU. a violar los derechos de los inversores extranjeros en el campo de las normas tributarias, ya que ello no se compadecería con el objetivo fundamental del tratado o su razón de ser. Sin embargo, está claro que el Artículo XII establece un estándar diferente y atenuado.

84. La razón de dicha exclusión en relación con las normas tributarias no es en modo alguno abstrusa. Las medidas impositivas modernas constituyen una herramienta política que persigue varios objetivos, que van más allá de la mera recaudación de fondos para el fisco. Estos objetivos incluyen el fomento de ciertas actividades individuales y sociales y la distribución del ingreso y la riqueza dentro de un Estado. Estas cuestiones son inherentes a la autodeterminación económica de cada Estado, y presentan diferencias cuando se analizan las distintas culturas políticas y jurídicas existentes. Ni el Congreso de la Argentina ni el de los Estados Unidos podría haber aprobado un tratado que sujetara sus respectivas atribuciones en materia de *normas* tributarias al mismo grado invasivo de revisión por parte de una jurisdicción externa que el que resultaría procedente en el caso de una expropiación directa o indirecta. En tal sentido, el Artículo XII(1) excluye en forma expresa a las *normas* tributarias de un Estado del requisito imperativo de actuar con justicia y equidad.

85. Sin embargo, una vez excluidas las normas impositivas, el Artículo XII(2) inmediatamente procede a reafirmar que, aparte de la ahora atenuada obligación en relación con dichas normas impositivas, las disposiciones de los TBIs *sí* son de aplicación a las cuestiones impositivas vinculadas a casos de expropiación, según lo establecido en el Artículo VI¹²⁷. En este sentido, la imposición tributaria se concibe expresamente como

¹²⁷ Id., Artículo XII(2)(a).

una de las formas potenciales de expropiación indirecta, mediante “medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización”¹²⁸. El TBI con EE.UU. se compadece, en este aspecto, con la tendencia general marcada por los tratados bilaterales de inversión. Un informe del Banco Mundial del año 1992 establece que

[l]as disposiciones de los tratados de promoción y protección de las inversiones bilaterales y multilaterales con frecuencia contemplan en forma expresa no sólo las formas directas de expropiación sino otras medidas, como el establecimiento de medidas impositivas o reglamentarias en forma excesiva o reiterada, que tienen un efecto confiscatorio *de facto* y que, en su conjunto, traen como consecuencia que el inversor se vea privado de sus derechos a la propiedad, al control y a los beneficios económicos derivados de su emprendimiento. . . .¹²⁹

Es evidente que las partes signatarias del TBI con Estados Unidos siguieron esta tendencia general en cuanto a que explícitamente decidieron reconocer que la imposición tributaria podría constituir una medida equivalente a la expropiación.

86. Por definición, la imposición tributaria implica la toma de la riqueza de un ente jurídico y su transferencia a las arcas del Estado. A esta altura resulta claro, debido a la función que cumplen los impuestos modernos, que ninguno de los Estados parte del TBI tuvo la intención de estipular que todos los actos impositivos serían considerados una forma de expropiación. El Artículo XII por cierto, no tiene como objetivo privar a la Argentina de sus facultades fiscales en relación con los inversores extranjeros. También está claro que el objetivo explícito del Artículo XII(2)(a) es establecer que ciertos actos realizados en ejercicio de las facultades tributarias podrían ser equivalentes a la

¹²⁸ Id., Artículo IV(1).

¹²⁹ Banco Mundial, Informe a la Comisión de Desarrollo y Normas sobre Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directas, 31 ILM 1363 (1992).

expropiación, dentro del significado asignado a este término en el Artículo IV, y darían lugar a una indemnización.

87. Por ello, la cuestión no es si el Artículo I del TBI con EE.UU. considera a la determinación impositiva respecto de una inversión como una medida equivalente, *per se*, a la expropiación en virtud del Artículo IV. Esta proposición sería absurda, aun suponiendo que el texto del tratado pueda interpretarse en este sentido y, por lo tanto, resultaría inadmisibles en los términos del Artículo 32(b) de la Convención de Viena¹³⁰. A menos que un Estado haya tenido la intención de renunciar a sus facultades fiscales en relación con un inversor extranjero (por ejemplo, en virtud de una suerte de “exención impositiva” temporaria), la determinación impositiva sigue siendo una actividad lícita. Aun aquel inversor extranjero que goza del beneficio de una *lex specialis* consagrada en un tratado de inversión debe ser considerado, ante la falta de una disposición expresa en contrario, como quien hizo su inversión sabiendo que sus actividades quedarían sometidas al ejercicio habitual y apropiado del poder tributario por parte del Estado receptor. El siguiente planteo, por otro lado, sí resulta relevante: ¿cuándo, en virtud del TBI con EE.UU., un impuesto aplicado a un extranjero constituye, en este contexto, una medida equivalente a la expropiación o nacionalización?

88. Para dar respuesta a este interrogante, propongo examinar con mayor detalle la lógica interna del TBI con EE.UU. desde el punto de vista de la licitud de un impuesto en particular que grava las actividades de un inversor extranjero. El TBI con EE.UU. plantea dos criterios independientes para determinar si un tributo innovador cuyo pago se impone a un extranjero debe considerarse como una medida equivalente a la

¹³⁰ CVDT, Artículo 32(b) (que prohíbe la interpretación de un tratado que “conduce a [] un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable”).

expropiación. La primera cuestión que se plantea es si el impuesto se establece en violación a las expectativas sobre la base de las cuales el inversor extranjero pudo haber razonablemente proyectado su inversión. Dichas expectativas pueden derivar tanto del derecho constitucional como de las normas de fondo y de forma del Estado receptor o de entendimientos específicos previos a la inversión del extranjero que operaron como un factor determinante de su decisión. La segunda cuestión es si el impuesto resulta, en consecuencia, confiscatorio. Cada una de estas cuestiones, que se desprenden directamente del texto expreso del TBI con EE.UU., requiere una explicación más detallada.

89. El Estado receptor no tiene, generalmente, el deber de abstenerse de modificar su legislación en relación con los extranjeros, como ocurriría en la circunstancia especial de que una cláusula de estabilización se hubiera incorporado en el contrato o acuerdo de concesión¹³¹. Sin embargo, aun ante la ausencia de una obligación tal en un tratado, cuando el Estado receptor modifica su legislación en relación con un inversor extranjero, se espera que lo realice de manera tal que se respeten los principios internacionales del debido proceso y los principios locales de legalidad, ya que, junto con el acuerdo, forman parte del conjunto de expectativas en materia normativa sobre las cuales el inversor depositó su confianza al decidir realizar su inversión en el Estado extranjero. Este principio general se encuentra incorporado explícitamente en el Artículo II(2) del TBI con EE.UU. y es de cumplimiento legal obligatorio para las partes ya que estipula que “[s]e otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que

¹³¹ Una cláusula de estabilización no impide que el Estado que la acordó modifique su legislación interna, sino que impide que aplique dichas modificaciones al inversor que resulta beneficiado por dicha cláusula.

gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el Derecho Internacional”¹³².

90. Nótese que el Artículo II(2) se refiere tanto al derecho local (o interno) como al internacional. Por ello, aun en el supuesto de que una modificación en el derecho tributario en relación con los inversores extranjeros no resulte confiscatoria, en el sentido de que no extingue ni reduce drásticamente la inversión del inversor extranjero, puede resultar igualmente expropiatoria, dentro del marco especial del Artículo IV(1), si esa modificación reduce el control de gestión del inversor extranjero o los beneficios económicos a los que éste tendría derecho, mediante prácticas legislativas contrarias al propio derecho constitucional del Estado receptor, o a sus normas de fondo y de forma, o a los principios generales de derecho consuetudinario internacional, frente a un inversor extranjero que tenía derecho a depositar su confianza en tales normas y principios. El hecho de que la privación podría haber sido cuantitativamente menor a una confiscación terminal no la exime de la prohibición expuesta en el Artículo IV; solamente disminuye la cuantía de la indemnización que deberá abonarse por los daños y perjuicios causados por la violación a esa prohibición de expropiación consagrada en el TBI.

91. En este sentido, una aplicación innovadora de cierto impuesto local podría ser equivalente a una expropiación en virtud de las disposiciones del Artículo IV del TBI con EE.UU. en tres supuestos diferentes. Cada uno de ellos supone una violación a un estándar normativo que el TBI exige al Estado receptor; (i) cuando la tributación viola un compromiso expreso del Estado receptor frente al inversor extranjero; (ii) cuando la tributación viola las normas de naturaleza constitucional o la legislación de forma o de

¹³² TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a).

fondo del Estado receptor, sobre las cuales el inversor extranjero tenía derecho a confiar en virtud del Artículo II(2)(a); o (iii) cuando la tributación implica dispensar al inversor extranjero y su inversión un trato que no se compecede con las normas del derecho consuetudinario internacional o un trato menos favorable que el previsto en tales normas.

92. Cada uno de estos supuestos se basa en el reconocimiento de que las expectativas de un inversor extranjero en materia normativa constituyen un factor determinante de su decisión de invertir en un Estado extranjero. Como sostuvo el Tribunal Arbitral en el caso *Revere Copper*:

estos principios resultan particularmente aplicables cuando la cuestión consiste en decidir, como ocurre en este caso, si los actos realizados por el gobierno en contra y en perjuicio de los intereses económicos de los extranjeros entran en conflicto con los compromisos y garantías otorgados de buena fe a dichos extranjeros como un incentivo para que realicen las inversiones que se vieron afectadas por dichos actos¹³³

Un Estado receptor no es responsable por las pérdidas que son consecuencia de los riesgos normales del mercado; sin embargo, sí es responsable por los daños que se derivan de la revisión impropia del conjunto de expectativas normativas comunes que el Estado receptor creó y que, en gran medida, indujeron la inversión. Por ello, si bien la aplicación de nuevas normas impositivas o la aplicación innovadora de una norma tributaria a inversores extranjeros puede resultar lícita (es decir, congruente con los compromisos asumidos frente al inversor, con la ley local del Estado receptor y con el derecho internacional), la aplicación de otras normas impositivas o la determinación de otros impuestos puede violar los tres criterios antes mencionados en forma conjunta o sólo uno o dos de ellos.

¹³³ Caso *Revere Copper & Brass, Inc. & OPIC*, Laudo del 24 de agosto de 1978, 56 ILR 258, 271 (1980).

93. Nótese que, debido a que el TBI con Estados Unidos adoptó un sistema mediante el cual la imposición tributaria puede ser considerada una medida equivalente a la expropiación, la jurisprudencia internacional relativa a la determinación de la naturaleza expropiatoria de una medida gubernamental no resulta directamente relevante. En cuanto a la imposición tributaria como una medida potencialmente equivalente a la expropiación, las partes del tratado optaron por utilizar un método procedimental más que cuantitativo, es decir, un nuevo impuesto resulta violatorio del TBI con EE.UU. en tanto quebrante las expectativas del inversor extranjero en materia normativa y sobre las cuales dicho inversor depositó su confianza razonablemente. El Artículo II(2) es claro en este sentido.

94. Me abocaré ahora al análisis de la segunda cuestión planteada en cuanto a la valoración de la legalidad de una nueva medida impositiva a tenor de lo dispuesto en los Artículos IV(1) y XII(2)(a) del TBI con EE.UU.: es decir, si el impuesto resulta ser confiscatorio. Por un lado, la primera cuestión, ya analizada con anterioridad, se plantea en torno a la posible violación por parte del Estado receptor de las expectativas normativas del inversor; por el otro lado, la segunda cuestión se plantea en torno a las *consecuencias* económicas de los actos del Estado receptor. El Artículo IV(1) establece que “[l]as inversiones no serán objeto de expropiación o nacionalización, ni directamente ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización...”¹³⁴. En contraposición con el primero de los criterios enunciados, aquí la única cuestión que se plantea es saber si la consecuencia de una imposición tributaria es “equivalente a la expropiación” *aun cuando* la determinación impositiva particular

¹³⁴ TBI con EE.UU., Artículo VI(1).

resulta, *desde otro punto de vista*, congruente con el derecho constitucional, las normas de fondo o de forma del Estado receptor o los principios generales del derecho internacional.

95. En este sentido, el TBI con EE.UU. incorpora un compromiso del Estado receptor de abstenerse de imponer un tributo que en otras circunstancias sería lícito establecer cuando la consecuencia puede ser que esa imposición resulte equivalente a la expropiación. Este compromiso resulta congruente, y de hecho parece favorecer, las políticas establecidas en el segundo párrafo del preámbulo del TBI con EE.UU., que estipula que la “inversión estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes”¹³⁵. Una inversión extranjera normalmente puede contribuir a cumplir este objetivo; en cambio, una inversión extranjera que está destinada a la quiebra por los efectos de ciertas prácticas impositivas de las autoridades centrales o provinciales, no.

96. El primer criterio sigue la línea de las normas consuetudinarias de derecho internacional y aparece consagrado en numerosos tratados bilaterales sobre inversiones, en tanto el segundo debe considerarse parte integrante de la *lex specialis* creada por el TBI con EE.UU. En éste se expresa el compromiso de las partes de abstenerse de gravar con impuestos las inversiones que cada una de ellas haga en el territorio de la otra parte en la medida que dicha imposición se convierta en una medida confiscatoria. A través de estipulaciones como ésta, entre otras, cada Estado procuró reafirmar el objetivo común de fomentar y mantener un ambiente propicio para la inversión directa extranjera. De igual forma, el TBI con la Unión, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 4, incorpora esta *lex specialis* establecida en el TBI con EE.UU.

¹³⁵ TBI con EE.UU., Preámbulo.

C. Obligación de no Expropiar o Nacionalizar en forma Directa o Indirecta

97. Tanto el TBI con EE.UU. como el TBI con la Unión prohíben la expropiación ilegítima, ya sea en forma directa o indirecta, y establecen mecanismos compensatorios para las expropiaciones, ya sean legítimas o ilegítimas. El TBI con EE.UU. establece en este sentido:

Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán *directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización* ("expropiación"), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II¹³⁶.

El Artículo 5 del TBI con la Unión, en el mismo sentido, prescribe en su parte pertinente:

1. Cada una de las Partes Contratantes se compromete a no tomar *directa o indirectamente ninguna medida de expropiación o nacionalización o ninguna otra medida que tenga un efecto similar* con relación a las inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante.
2. En caso de que imperativos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional justifiquen una derogación de lo indicado en el párrafo 1, deberán cumplirse las siguientes condiciones:
 - (a) que las medidas sean tomadas según el respectivo procedimiento legal;
 - (b) que ellas no sean discriminatorias, ni contrarias a un compromiso específico;
 - (c) que las mismas estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada y efectiva.

La versión del texto en inglés dice:

1. Each of the Contracting Parties undertakes not to take, directly or indirectly, any measure of expropriation or nationalization or any other

¹³⁶ TBI con EE.UU., Artículo IV(1) (énfasis propio).

measure with similar effect in connection with the investments found in its territory and belonging to investors of the other Contracting Party.

2. If Public utility, safety or national interest imperatives justify a derogation to the provisions set forth in paragraph 1, the following conditions must be met:
 - (a) The measures must be taken according to the respective legal procedure;
 - (b) They must not be discriminatory or limited to a specific commitment;
 - (c) They must be accompanied by provisions ordering the payment of adequate and effective indemnities.

La versión del texto en francés dice:

1. Chacune des Parties contractantes s'engage à ne prendre directement ou indirectement aucune mesure d'expropriation ou de nationalisation ni aucune autre mesure ayant un effet similaire à l'égard des investissements appartenant sur son territoire à des investisseurs de l'autre Partie contractante.
2. Si des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national justifient une dérogation au paragraphe 1, les conditions suivantes doivent être remplies:
 - a) les mesures sont prises selon une procédure légale;
 - b) elles ne sont ni discriminatoires, ni contraires à un engagement spécifique;
 - c) elles sont assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective.

La versión del texto en flamenco dice:

1. Elke Overeenkomstsluitende Partij verbindt zich ertoe geen enkele rechtstreekse of onrechtstreekse maatregel tot onteigening of nationalisatie, noch enige andere maatregel met een gelijkaardige uitwerking te treffen ten aanzien van de investeringen op haar grondgebied die toebehoren aan investeerders van de andere Overeenkomstsluitende Partij.
2. Wanneer een afwijking van lid 1 wordt gerechtvaardigd door het openbaar nut, de veiligheid of het nationaal belang, dan moeten de volgende voorwaarden vervuld worden:
 - a) de maatregelen worden genomen volgens wettelijke procedures;

- b) ze zijn noch discriminatoir, noch strijdig met bijzondere verbintenissen;
- c) ze gaan vergezeld van maatregelen die voorzien in de betaling van een aangepaste en reële schadeloosstelling.

Las frases en cursiva en cada una de las respectivas disposiciones, que en sus redacciones prohíben las expropiaciones indirectas o progresivas, son vitales para los efectos y los objetivos de los TBIs. Esto es así porque, en la actualidad, rara vez los Estados expropián inversiones extranjeras en forma directa. Salvo en circunstancias extraordinarias, una expropiación lisa y llana que no se encontrara acompañada de la correspondiente indemnización destruiría la imagen internacional de cualquier Estado como un espacio estable y propicio para las inversiones, lo cual constituye la condición *sine qua non* para atraer capitales extranjeros de inversión. Sin embargo, la expropiación bien puede llevarse a cabo mediante “medidas equivalentes a la expropiación”.

98. Las medidas de seguridad contra las expropiaciones indirectas, en consecuencia, siguen siendo un factor importante para los inversores extranjeros; de hecho, tal vez son más que eso: en el caso de una expropiación lisa y llana, los derechos de los inversores a percibir una compensación resultan, con frecuencia, indiscutibles; por el contrario, las expropiaciones indirectas o progresivas, por lo general encubren la privación de los derechos de propiedad con un manto de legitimidad o con argumentos acerca de la necesidad de adoptar medidas urgentes en el marco de las facultades reguladoras que el Estado puede ejercer en pos del bien general. El presente caso, como veremos, es un ejemplo de estas prácticas. La República Argentina no manifestó formalmente su intención de expropiar las inversiones de Sempra y Camuzzi o de nacionalizar de manera ostensible sus empresas totalmente controladas, las Licenciatarias. Sin embargo, mediante una serie de actos regulatorios y del ejercici-

aparentemente legítimo de sus atribuciones gubernamentales, la República Argentina despojó a la inversión de su valor mediante medidas “equivalentes a” una expropiación o que tuvieron “efectos similares” a los de una expropiación.

99. Los TBIs, en el marco de los principios generales del derecho internacional público, proveen los estándares necesarios para evaluar la conducta del gobierno que supuestamente configura una expropiación. A los efectos de facilitar el análisis de los hechos particulares del presente caso procederé, en primer lugar, a formular y explicar dichos estándares con detalle, y luego describiré la forma en que, a mi juicio, son de aplicación al caso.

1. Criterios para una Expropiación Legítima

100. En consonancia con el derecho consuetudinario internacional, ninguno de los TBIs prohíbe la expropiación en forma absoluta; por el contrario, como regla general, “la expropiación de la propiedad es legítima si se contempla una compensación pronta, adecuada y efectiva”¹³⁷. En el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica*, por ejemplo, el tribunal concluyó que “el derecho internacional autoriza al Gobierno de Costa Rica a expropiar bienes de propiedad de inversores extranjeros dentro del territorio por causas de utilidad pública y contra el pago inmediato de una indemnización adecuada y efectiva”¹³⁸. Por ello, no es extraño que el TLCAN también consagre este mismo principio¹³⁹. Con el mismo criterio, el TBI con EE.UU. prohíbe las

¹³⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 535 (5ta. Ed. 1998); de acuerdo con *Fourth Report of F.V. Garcia-Amador, Special Rapporteur of the International Law Commission*, UN GAOR, 11th Sess., UN Doc. A/CN.4/119, página 11 (1959) (“Salvo en circunstancias excepcionales... un acto de expropiación, simplemente, constituye un acto legítimo de un Estado y, en consecuencia, no da lugar *per se* a responsabilidad legal internacional alguna”).

¹³⁸ CIADI Causa No. ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000, párrafo 71, 39 ILM 1317, 1329 (2000).

¹³⁹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”), del 17 de diciembre de 1992, Artículo 1110(1), 32 ILM 605, 641 (1993).

prácticas expropiatorias “salvo mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva”¹⁴⁰. El TBI con la Unión, en el mismo orden de ideas, permite la “derogación” de su prohibición general sobre expropiaciones sólo si el Estado asegura “el pago de una indemnización adecuada y efectiva”¹⁴¹. Ambos TBIs, en consecuencia, resultan congruentes con el derecho consuetudinario internacional en tanto consideran a las expropiaciones legítimas como condicionales; es decir, son legítimas si cumplen con el “principio de la compensación”, que generalmente se expresa en palabras sobre la base de los términos de la fórmula Hull¹⁴².

101. Ambos TBIs también son congruentes con el derecho consuetudinario internacional en tanto estipulan, con espíritu restrictivo, las condiciones para que una expropiación sea legítima. Dichas condiciones son: (i) la utilidad pública; (ii) la no discriminación y el apego al debido proceso legal; y (iii) el pago de una compensación “pronta, adecuada y efectiva”¹⁴³. Retomo las palabras del Juez Brower del Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense, quien toma estos conceptos por la negativa: “La privación resulta ilegítima en virtud del derecho consuetudinario internacional cuando se produce en un contexto discriminatorio, no tiene como fundamento la utilidad pública, o constituye un incumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado que procede a la

¹⁴⁰ TBI con EE.UU., Artículo IV(1).

¹⁴¹ TBI con la Unión, Artículo 5(2)(c).

¹⁴² Brownlie, *supra*, pág. 535-38 (al explicar el principio de compensación); *ver también* Id., pág. 547 (“Un número considerable de Estados receptores de capital extranjero están dispuestos a celebrar tratados de protección de las inversiones que en general contengan una disposición que prescriba el pago de una ‘compensación pronta, adecuada y efectiva’ en caso de expropiación. Si bien estos acuerdos son el producto de una negociación previa, el patrón sobre el cual tales acuerdos se establecen seguramente refleja un estándar internacional basado en el principio de compensación”) (cita el ICC, *Bilateral Treaties for International Investment* (1983).; *cf.* *Trs. of the Late Duke of Westminster's Estate c. Reino Unido*, 5 Eur. Ct. H.R. 440, 448 (1983) (“Está ampliamente reconocido [y] los jueces han sostenido en reiteradas oportunidades que el principio que establece que la expropiación debe estar sujeta a una compensación adecuada es una norma que se considera implícita ante la ausencia de una disposición expresa en tal sentido”).

¹⁴³ Véase TBI con los EE.UU., Artículo IV(1); TBI con la Unión, Artículo 5(2).

nacionalización de los bienes en cuestión, por ejemplo, porque viola los términos de un contrato entre el Estado y un extranjero”¹⁴⁴. Nuevamente, resulta claro que el TLCAN sigue estos principios de manera casi literal¹⁴⁵.

102. En el mismo sentido, si la República Argentina hubiera expropiado la inversión de Sempra y Camuzzi por causas de utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y con apego al debido proceso de ley, y si hubiera otorgado a Sempra y Camuzzi una compensación “pronta, adecuada y efectiva” por los perjuicios causados, la expropiación de la República Argentina habría sido legítima a la luz de los TBIs así como también de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional. Pero no fue así.

2. Naturaleza Acumulativa de las Condiciones de Legitimidad de la Expropiación

103. Cabe destacar, sin embargo, que deben cumplirse *todas* las condiciones de legitimidad de las expropiaciones mencionadas en los párrafos precedentes; una o dos de ellas sin las otras no alcanzarían para que la expropiación sea legítima. Por ello, a modo de ejemplo, una expropiación que se realiza por causas de utilidad pública pero en forma discriminatoria o en violación al principio del debido proceso legal, seguiría siendo ilegítima. En consecuencia, se puede afirmar que el TBI con E.E.UU., en cuanto a las condiciones de legitimidad de una expropiación, sienta un principio acumulativo, es decir, no disyuntivo. Una expropiación será legítima si se lleva a cabo “por razones de utilidad pública; de manera no discriminatoria y mediante el pago de una compensación

¹⁴⁴ Sedco Inc. c. Nat'l Iranian Oil Co., Laudo del 27 de mayo de 1986, 25 ILM 629, 647-48 (Voto en concurrencia del Juez Charles N. Brower).

¹⁴⁵ TLCAN, Artículo 1110(1)(a)-(d), 32 ILM página 641 (expropiación ilegítima “salvo (a) por utilidad pública; (b) sobre una base no discriminatoria; (c) con apego al debido proceso legal . . . ; y (c) pago de una compensación”).

pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II¹⁴⁶.

104. El TBI con la Unión, por su lado, parece ser aún más restrictivo. Caracteriza a las expropiaciones legítimas como “derogaciones” de la prohibición general de expropiación, y limita dichas derogaciones al caso en que concurran condiciones más estrictas, es decir, “[e]n caso de [...] imperativos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional”¹⁴⁷. Pero una vez cumplidas todas estas condiciones, el Estado sólo podrá proceder a una expropiación si lo hace sobre una base no discriminatoria, con apego al debido proceso legal y mediante el pago de una compensación adecuada¹⁴⁸.

3. Diferentes Niveles de Compensación para las Expropiaciones Legítimas e Ilegítimas

105. Debido a que toda expropiación, ya sea legítima o ilegítima, origina la obligación de pagar una compensación, las consecuencias prácticas de la caracterización legal de una expropiación radican, principalmente, en el nivel de compensación debida por el Estado. La mayoría de los doctrinarios y juristas consideran que en casos de expropiaciones ilegítimas debe pagarse una compensación más elevada. En el caso *Amoco International Finance Corp. c. Irán*¹⁴⁹, el Tribunal de Reclamos Iraní-estadounidense describió la norma general que permite distinguir entre las expropiaciones legítimas y las ilegítimas y que obliga a los Estados, en el segundo supuesto, a pagar una compensación superior al nacional o la empresa que ha sido

¹⁴⁶ TBI con EE.UU., Artículo IV(1).

¹⁴⁷ TBI con la Unión, Artículo 5(2).

¹⁴⁸ Véase id.

¹⁴⁹ 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 189 (1987).

privada de sus derechos¹⁵⁰. A pesar de que el Tribunal del caso *Amoco* determinó que la expropiación era legítima, en el análisis de los hechos examinó en detalle el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional dictado en el caso *Chorzów Factory*¹⁵¹, y llegó a la conclusión de que la obligación de reparar los daños sufridos por el titular de los bienes expropiados tiene su origen en una expropiación ilegal. Las normas de derecho internacional en relación con la responsabilidad internacional de los Estados resultan aplicables en dichos supuestos. Estas normas establecen el principio de la *restitutio in integrum*: restitución en especie, o si esto no fuera posible, su equivalente en dinero

La diferencia radica en que, si la privación es legítima, el valor de los bienes expropiados al momento de dicha privación es la medida y el límite de la compensación, *mientras que si la expropiación es ilegítima, este valor es, o puede ser, sólo una parte de la compensación debida*¹⁵².

106. En los Artículos recientemente publicados sobre Responsabilidad Estatal por Actos Dañosos Intencionales, que fueron redactados por la Comisión de Derecho Internacional, se sostiene este mismo criterio, es decir, que la reparación no puede quedar limitada al valor neto de los activos¹⁵³. La indemnización agravada en el caso de expropiaciones ilegítimas cumple un objetivo crítico de política: si las consecuencias de las expropiaciones legítimas e ilegítimas fueran iguales, “la parte damnificada no recibiría compensación adicional por el hecho dañoso agravado, y el Estado, por su parte, no sufriría menoscabo alguno que pudiera desalentar la reiteración de dichas prácticas

¹⁵⁰ Véase *id.*, párrafos 189-206.

¹⁵¹ (Alemania c. Polonia), 1928 PCIJ (ser. A) No. 13 (13 de septiembre).

¹⁵² *Amoco Int'l Fin. Corp.*, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 189, párrafos 193, 197 (1987) (énfasis propio).

¹⁵³ Véase Artículos sobre Responsabilidad del Estado por sus Hechos Internacionalmente Ilícitos, Artículos 33-39 en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 53º período de sesiones, N.U. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, página 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001), anexo de G.A.Res. 56/83 (12 de diciembre de 2001).

ilegítimas”¹⁵⁴. Debido a que el TBI con EE.UU. y el TBI con la Unión reconocen al derecho internacional como el estándar básico de trato a ser conferido a todas las inversiones comprendidas dentro de sus disposiciones, contemplan este principio resarcitorio entre las partes del presente arbitraje.

4. Expropiación “Progresiva”

107. El TBI con EE.UU. y el TBI con la Unión no dan lugar a diferentes análisis ni asignan consecuencias diferentes a las expropiaciones directas e indirectas. Por el contrario, ambos estipulan que los actos de expropiación deben analizarse desde el punto de vista de sus consecuencias, no sobre la base de sus formalidades; lo que realmente importa son los *efectos* de la privación o la injerencia de un Estado respecto del derecho de propiedad, y no si el gobierno emite una declaración formal sobre sus intenciones de expropiar o nacionalizar los bienes. El TBI con EE.UU. prohíbe todas las expropiaciones, incluidas aquellas llevadas a cabo “indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización”, las cuales, según lo confirman los criterios que inmediatamente enunciaremos, deben recibir el mismo tratamiento que las expropiaciones simples¹⁵⁵. En el TBI con la Unión se establece el mismo principio, pero en términos diferentes. Dicha norma prohíbe no sólo las expropiaciones, sino cualquier “*otra medida de expropiación*” que un Estado pueda “tomar directa o indirectamente”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ *Sedco Inc.*, 25 ILM página 648 & n.35 (Voto del Juez Charles N. Brower en adhesión al expuesto).

¹⁵⁵ TBI con EE.UU., Artículo IV(1).

¹⁵⁶ TBI con la Unión, Artículo 5(1) (énfasis propio).

108. El TBI con los Estados Unidos de América es un tratado típico en su género. Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, en sus autorizados estudios en materia de tratados bilaterales de inversión, sostienen que:

un Estado receptor de inversiones, como es sabido, puede adoptar un número de medidas con efectos similares a los de una expropiación o nacionalización, aunque dichas medidas no constituyan *de jure* actos de expropiación; a dichas medidas se las suele denominar expropiaciones "indirectas", "progresivas" o "*de facto*". Por ello, la cláusula de expropiación de la mayoría de los TBI normalmente contempla la expropiación o nacionalización y también contiene una referencia a las medidas indirectas, *y acuerda a todas ellas el mismo tratamiento legal*¹⁵⁷.

En este caso, el principio fundamental, que ha sido destacado en reiteradas oportunidades por el Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense (entre otros tribunales internacionales), es que "[l]a intención del gobierno reviste menor importancia frente a los *efectos de las medidas* sobre el titular de los derechos, y las formalidades inherentes a las medidas de control o injerencia revisten menor importancia frente a la *realidad de su impacto*"¹⁵⁸. En el mismo sentido, en el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena*, el tribunal destacó que "la mayor parte de la doctrina respalda la postura que sostiene que la propiedad ha sido expropiada cuando el efecto de las medidas adoptadas por el Estado ha sido el de privar al titular de sus derechos de propiedad, o de la posesión, o del acceso a la utilidad y el beneficio económico de sus bienes"¹⁵⁹. Las referencias que hacen ambos

¹⁵⁷ Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* 99 (1995) (énfasis propio); de acuerdo con Nueva Exposición (Tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de América Artículo 712 nn.6-7 (1987).

¹⁵⁸ *Tippets c. Tams-Affa Consulting Eng'rs*, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 225-26 (1984) (énfasis propio); de acuerdo con *Starrett Hous. Corp. c. Irán*, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 122, 23 ILM página 1124 (1983) (Voto en concurrencia del Juez Howard M. Holtzmann); véase también *Int'l Sys. & Control Operations c. Indus. Dev. and Renovation Org.*, 12 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 239, párrafo 97 (1986); *Payne c. Irán*, 12 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3, párrafo 22 (1986); *Phelps Dodge Corp. c. Irán*, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 121, párrafo 22 (1986); *Sedco Inc. c. Irán*, 9 Iran U.S. Cl. Trib. Rep. 248 (1985).

¹⁵⁹ 39 ILM página 1330, párrafo 77 (que cita al caso *Tippets*). En el contexto de la regulación tarifaria de servicios públicos, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dejó en claro que la legislación local

TBIs a la expropiación indirecta y a las medidas equivalentes a la expropiación no dejan margen alguno de duda en cuanto a que este principio general es un componente esencial de la *lex specialis*.

109. Debido a que las expropiaciones deben ser evaluadas desde el punto de vista de sus consecuencias, y no en función de la formalidad de sus términos, hay una gran variedad de medidas, analizadas en términos de sus efectos acumulativos, que pueden dar origen a “medidas equivalentes a la expropiación” o a “medidas con un efecto similar”, aun cuando algunas medidas resultarían relativamente inocuas si se adoptaran en forma individual, sin estar precedidas o seguidas por otras¹⁶⁰. Dolzer y Stevens sostienen que

Está generalmente aceptado que una gran variedad de medidas puede dar origen a casos de expropiación indirecta y es muy probable que cada caso deba, en consecuencia, ser resuelto sobre la base de sus circunstancias contextuales. Para establecer que una medida de privación constituye una “expropiación indirecta” resulta particularmente importante examinar los efectos que dicha privación puede generar en los derechos del inversor. Cuando los efectos son similares a aquellos que se habrían producido ante una expropiación directa, lo más probable es que las disposiciones de la mayoría de los tratados bilaterales de inversión protejan sus intereses¹⁶¹.

Los textos de ambos TBIs expresamente consagran este principio en sus respectivas cláusulas sobre expropiación. No obstante ello, y aunque así no lo hicieren, la República Argentina seguiría siendo responsable debido a que dicha fuente de responsabilidad está

de los Estados Unidos se ajusta al derecho internacional en este aspecto, y observó que “[n]o es la teoría, sino el impacto de la decisión sobre las tarifas lo que cuenta. . . la justicia o razonabilidad de las tarifas depende, en gran medida, de la tasa justa de rentabilidad en función de los riesgos asumidos en el marco de un sistema tarifario en particular, y depende también del monto de capital sobre el cual los inversores tienen derecho a obtener esa rentabilidad”. *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299, 310 (1989); véase también *Covington & Lexington Turnpike Road Co. c. Sandford*, 164 U.S. 578, 597 (1896) (las tarifas extremadamente bajas pueden ser “tan injustas que acaben por destruir el valor de los bienes a todos los efectos para los cuales eran necesarias esas tarifas”, al punto de que “el titular de los bienes queda despojado de ellos sin el debido proceso legal”).

¹⁶⁰ TBI con EE.UU., Artículo IV(1); TBI con la Unión, Artículo 5(1).

¹⁶¹ Dolzer & Stevens, *supra*, pág. 100.

ampliamente reconocida en el derecho consuetudinario internacional. Como lo destacó Keith Highet en su voto en disidencia en la resolución que deniega la jurisdicción del tribunal en el caso *Waste Management*, que hemos analizado en párrafos anteriores en otro contexto: “Una expropiación ‘progresiva’ consta de una serie de elementos, ninguno de los cuales puede en forma separada constituir un hecho internacionalmente ilícito. Estos elementos constitutivos incluyen falta de pago, falta de restitución, rescisión, negación de acceso a la justicia, actos tendientes a la exclusión, tratamiento no adecuado, impedimentos legales dispares, etc.”¹⁶²; en suma, muchas de las medidas que expresa o implícitamente están prohibidas por las disposiciones del Artículo II(2) del TBI con EE.UU. y los Artículos 2 y 3 del TBI de la Unión. Por otro lado, como se vuelca en un estudio realizado por las Naciones Unidas que hemos citado anteriormente con motivo de la definición del término “arbitrario”:

[u]na expropiación indirecta ocurre cuando un país toma una medida que deteriora significativamente el valor de una inversión aunque no asuma, como consecuencia, la titularidad de dicha inversión. Por ello, la expropiación indirecta se puede dar incluso en el supuesto de que el Estado receptor niegue que exista intención alguna de expropiar la inversión. . . .¹⁶³

110. En el *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (Nueva Exposición (Tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de América), que consagra que el derecho constitucional estadounidense y la ley local coinciden con “el derecho internacional” en esta cuestión, se establece que:

un Estado es responsable, no sólo por las “expropiaciones admitidas” por el propio Estado, mediante las cuales el gobierno formalmente asume la

¹⁶² *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Causa No. ARB(AF)/98/2, Laudo del 2 de junio de 2000, 40 ILM 56, 73 (2000) (Voto en disidencia de Keith Highet).

¹⁶³ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* 66 (1998).

titularidad de los derechos de propiedad, sino por todos los demás actos del gobierno tendientes a 'privar' del derecho de propiedad, en forma total o en gran medida, de manera directa o en etapas (expropiación "progresiva"). Un Estado es responsable por una expropiación de bienes . . . cuando somete los bienes de extranjeros a medidas tributarias, reglamentarias o, en general, confiscatorias, o que impiden, dificultan irrazonablemente o demoran indebidamente el goce efectivo de los bienes de propiedad de un extranjero o el derecho de retirarlos del territorio del Estado¹⁶⁴.

Asimismo, el *Restatement* establece que una expropiación indirecta o "progresiva" puede ocurrir ante la decisión de un gobierno de "hacer imposible que [el inversor extranjero] desarrolle sus actividades en forma rentable" porque "un Estado puede perseguir este mismo objetivo [es decir, la expropiación] a través de medidas impositivas o reglamentarias dirigidas a tornar improductiva la continuidad de una empresa con el resultado de que ésta es finalmente abandonada"¹⁶⁵.

111. Este enfoque analítico, que pone énfasis en las consecuencias y no en la denominación formal de las decisiones del gobierno, encuentra un amplio respaldo en el derecho consuetudinario internacional. En el conocido caso *Starrett Housing Corp. c. Irán*, por ejemplo, el Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense sostuvo que:

Es un hecho que el Gobierno de Irán no emitió ninguna ley o decreto que dispusiera en forma expresa la nacionalización o expropiación del Proyecto Zomorod o Shah Goli. No obstante ello, en el derecho internacional se ha reconocido que las medidas adoptadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad privados hasta un punto tal que dichos derechos pierden toda razón de ser y deben considerarse como expropiados aun cuando el Estado no haya tenido la intención de expropiarlos y la titularidad de dominio sobre los bienes formalmente permanezca en cabeza del titular original¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Nueva Exposición (Tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de América, Artículo 712 n. 6 & cmt. (g) (1987).

¹⁶⁵ Id., Artículo 712 nn.6-7. La jurisprudencia de los Estados Unidos adopta los mismos principios. Véase, por ejemplo, *Duquesne Light Co. c. Barach*, 488 U.S. 299, 310 (1989); *Covington & Lexington Turnpike Road Co. c. Sandford*, 164 U.S. 578, 597 (1896). [?]

¹⁶⁶ *Starret Hous. Corp. v. Iran*, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 123 (1993), 23 ILM 1090, página 1115 (1984); *accord Harza Engineering Co. v. Iran*, 1 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 499 (1982) ("En virtud de las normas de

No se puede afirmar que este principio sea nuevo. En el año 1963, el Profesor G.C. Christie, al analizar las decisiones tomadas en los casos *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*¹⁶⁷ y *Norwegian Shipowners*¹⁶⁸ de la década del 20, concluyó que

estos casos revelan que un Estado puede estar incurriendo en un acto expropiatorio respecto de ciertos bienes cuando interfiere con ellos, aun cuando el Estado expresamente niegue estar actuando con esa intención. Aún más, los dos casos tomados en conjunto ilustran que aunque un Estado no tenga la intención de interferir en los derechos de propiedad, puede, mediante sus actos, esterilizar esos derechos al punto de que no puedan considerarse sino como derechos expropiados¹⁶⁹.

En general, los tribunales internacionales han sostenido que existe una gran variedad de medidas de naturaleza regulatoria que pueden implicar una expropiación indirecta o “progresiva” cuando la prueba da cuenta de una progresión “constante e inexorable” de acciones y omisiones arbitrarias y discriminatorias que deprecian o desestabilizan un emprendimiento, privando al inversor de su capacidad para administrar y sostener la viabilidad económica de sus inversiones y, desde ya, de la posibilidad de obtener alguna rentabilidad sobre ellas¹⁷⁰. El Tribunal del caso *Revere Copper*, por ejemplo, sostuvo que

[l]os efectos de las medidas adoptadas por el Gobierno de Jamaica en repudio de los compromisos a largo plazo hacia RJA tuvieron, en esencia, el mismo impacto en el control efectivo sobre el uso y la operación como si los bienes hubieran sido en sí mismos concedidos por un contrato de concesión que hubiera sido desconocido . . . O PIC argumenta que RJA

derecho internacional, puede darse el supuesto de expropiación aun en ausencia de un tipo formal de nacionalización o expropiación, cuando un gobierno interfiere indebidamente en los derechos de propiedad.”).

¹⁶⁷ (Alemania c. Polonia) 1926 P.C.I.J. (ser. A) No. 7 (25 de mayo).

¹⁶⁸ (Noruega c. Estados Unidos de América), 1 R.I.A.A. 307 (1922).

¹⁶⁹ G.C. Christie, *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?*, 38 Brit. Y.B. Int'l L. 307, 311 (1963); ver también Martin Domke, *Foreign Nationalizations: Some Aspects of Contemporary International Law*, 55 Am J. Int'l L. 585, 589 (1961) (“Una transferencia directa de título puede no constituir un tipo de ‘expropiación’ de propiedad en los términos modernos de la nacionalización. Existen varios tipos de nacionalización ‘escalonada’ o ‘disfrazada’ mediante regulaciones de gobiernos extranjeros”); Burns H. Weston, “*Constructive Takings*” *Under International Law: A Modest Foray in the Problem of “Creeping Expropriation”*, 16 Va. J. Int'l L. 103 (1975).

¹⁷⁰ *Starrett Housing Corp.*, 23 ILM. página 1124 (Voto en concurrencia del juez Howard M. Holtzmann).

todavía conserva todos los derechos y los bienes que tenía antes de los actos [de expropiación] de 1974: se encuentra en posesión de la planta y otras instalaciones; es titular de su Concesión Minera; puede operar como lo hacía anteriormente. Esto puede ser cierto en un sentido formal, pero . . . no consideramos que el "control" sobre el uso y la operación de los bienes de RJA esté "vigente" a la luz de los efectos destructivos de las medidas del Gobierno sobre sus derechos contractuales¹⁷¹.

Una expropiación realizada bajo esta modalidad sería, de todas maneras, ilegítima, "porque la ausencia de una intención declarada de expropiar implica casi con seguridad que no se ha previsto el pago de compensación alguna. De hecho, la jurisprudencia internacional en este sentido no cuenta con precedentes que hayan consagrado la legitimidad de este tipo de expropiaciones"¹⁷². Procederé a citar algunos casos que son ampliamente conocidos y resultan muy ilustrativos:

112. En el caso *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*¹⁷³, un tribunal del CIADI resolvió un reclamo basado en el Capítulo XI del TLCAN sobre una supuesta expropiación regulatoria efectuada por México sobre la compra, la construcción y el desarrollo de un confinamiento para residuos peligrosos por parte de la empresa Metalclad. El Tribunal sostuvo que la sumatoria de las medidas adoptadas por la Municipalidad de Guadalcazar, que interfirieron con las expectativas razonables de Metalclad, "analizadas junto con otras manifestaciones del gobierno federal de México, en quien Metalclad había confiado, y ante la falta de un fundamento oportuno, ordenado o sustantivo de la negativa de la Municipalidad a otorgar los permisos de construcción

¹⁷¹ Caso *Revere Copper & Brass, Inc. & OPIC*, Laudo del 24 de agosto de 1978, 56 ILR 258, 292 (1980).

¹⁷² *Sedco Inc.*, 25 ILM página 648 (Voto en concurrencia del Juez Charles N. Brower).

¹⁷³ CIADI Causa No. ARB/96/3, Laudo del 30 de agosto de 2000, *reimpresión* 40 I.L.M. 36 (2001).

locales, conforman un acto de expropiación”¹⁷⁴. El Tribunal del caso *Metalclad* se expresó de la siguiente manera:

[L]a expropiación a tenor de lo dispuesto en el TLCAN incluye no sólo la expropiación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como ocurre en el caso de una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de la titularidad de dominio en favor del Estado receptor, sino también toda interferencia encubierta o incidental con el uso de la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, totalmente o en forma significativa, del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad. . . . Dado que México permitió o toleró la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, [y] por lo tanto, admitió o participó en la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, a pesar de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, no cabe interpretar sino que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN¹⁷⁵.

113. El caso *Benvenuti et Bonfant c. República Popular del Congo*¹⁷⁶ giró en torno a la creación de una sociedad comercial (“PLASCO”) por parte de un *joint venture* celebrado entre la empresa italiana Benvenuti et Bonfant y el Congo, con el objeto de fabricar botellas de plástico para envasar agua mineral. El Tribunal sostuvo que las acciones del Congo, violatorias de los compromisos asumidos por este país en el contrato con Benvenuti —entre ellas (1) la falta de garantías en relación con la financiación de PLASCO, (2) la omisión de un régimen tributario especial para PLASCO, (3) la omisión de medidas proteccionistas tendientes a limitar la importación de agua mineral y (4) la fijación de precios extremadamente bajos para la venta de cierta agua mineral— operaron,

¹⁷⁴ Id., párrafo 107.

¹⁷⁵ Id., párrafos 103-04.

¹⁷⁶ Laudo del 8 de agosto de 1980, *reimpresión* 21 I.L.M. 740 (1982).

por acumulación, como una “expropiación *de facto*” de “la participación accionaria de la cual [Benvenuti] era titular en la empresa PLASCO”¹⁷⁷.

114. El caso *Liberian Eastern Timber Corp. (LETCO) c. Liberia*¹⁷⁸ se relaciona con la celebración de un contrato de concesión entre la República de Liberia y la demandante LETCO, una empresa de capitales enteramente franceses. La concesión otorgada a LETCO incluía “el derecho exclusivo de cosechar, procesar, transportar y comercializar madera y otros productos forestales y llevar a cabo todo otro tipo de actividad forestal dentro de la Zona de Explotación”, que cubría una extensión de 350.000 a 400.000 acres de bosque, por un período de veinte años¹⁷⁹. Con posterioridad, luego de un período de varios años, Liberia retiró terrenos de la zona de explotación, exigió la renegociación del contrato de concesión, incumplió con ciertas disposiciones del acuerdo en materia de notificaciones y, terminó recuperando la posesión de esos terrenos de la Zona de Explotación, para luego transferirlos a “empresas extranjeras . . . conducidas por personas que eran ‘buenos amigos’ de las autoridades liberianas”¹⁸⁰. La República de Liberia no expropió formalmente los derechos de propiedad de LETCO; sin embargo, el Tribunal del caso *LETCO* no tuvo dificultades para concluir que, en estas circunstancias, “la expropiación de los bienes de LETCO no se realizó por una razón de utilidad pública basada en la buena fe, sino que fue discriminatoria y, además, no se llevó a cabo junto con una oferta de compensación adecuada”¹⁸¹.

¹⁷⁷ Id., página 758, párrafo 4.61.

¹⁷⁸ Laudo del 31 de marzo de 1986 (rectificado el 14 de mayo de 1986), *reimpresión* 26 I.L.M. 647 (1987).

¹⁷⁹ Id., página 658.

¹⁸⁰ Id., página 665. Véase también, id., páginas 660-62 (donde se analizan medidas equivalentes a la expropiación).

¹⁸¹ Id., página 665; véase también *CME Czech Republic B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, párrafos 604-05 (“Las expropiaciones *de facto* o indirectas, es decir, las medidas que no importan una expropiación manifiesta sino una privación que acaba por neutralizar los

115. En el caso *Sporrong c. Reino de Suecia*¹⁸², la Corte Europea de Derechos Humanos consideró expropiatorios los efectos acumulativos a largo plazo de los permisos de expropiación y las restricciones al uso de terrenos impuestas sobre los bienes del recurrente. La Corte sostuvo que

[l]os permisos de expropiación no alteraban, desde el punto de vista jurídico, los derechos de uso y disposición del titular de los bienes; sin embargo, en la práctica, reducían el ámbito de su ejercicio . . . Los derechos de propiedad del recurrente se volvieron precarios y virtuales. Las prohibiciones de construcción, por su lado, restringieron sin duda el derecho del recurrente a hacer uso de sus bienes. Asimismo, la Corte consideró que *los permisos y las prohibiciones deberían ser analizados en forma conjunta [y que] las consecuencias de [su] alcance son indudablemente más graves cuando se combinan*¹⁸³.

En concordancia con el fallo de la Corte Europea en el caso *Sporrong*, en varias decisiones del Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense encontramos el mismo principio analizado más arriba: que “ante la ausencia de una expropiación formal, es decir de una transferencia de titularidad, la Corte . . . debe ir más allá de las apariencias e investigar la realidad de la situación en cuestión [porque] la Convención [Europea sobre Derechos Humanos] tiene por objeto garantizar derechos que sean ‘prácticos y efectivos’

184

beneficios que un bien puede arrojar para el propietario extranjero, pueden ser objeto de procesos sobre expropiación. Este principio está consagrado en el derecho internacional. . . . Por lo demás, es indistinto si el despojo es el resultado de acciones u omisiones”).

¹⁸² 52 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 26 (1982).

¹⁸³ Id., párrafo 60 (énfasis propio).

¹⁸⁴ Id., párrafo 63 (énfasis propio); *comparar De la Grange c. Italia*, 19 Eur. Ct. H.R. 368, párrafo 26(d) (1995) (este fallo resolvió que los hechos no revelaban la existencia de una expropiación; sin embargo, se observó que “[c]uando, luego de una decisión administrativa en relación con un bien en particular, el titular retiene la titularidad con sujeción a restricciones que destruyen prácticamente el valor económico de uso o de cambio de los bienes, se da lo que se denomina ‘expropiación del valor’ (*espropriazione di valore*) y genera el derecho a reclamar una indemnización”); *comparar también Argotexim c. Grecia*, 21 Eur. Ct. H.R. 250, 270 (1996) (donde la Corte manifiesta que no tiene competencia en la causa por razones de legitimación, pero advierte la conclusión a que ha arribado la Comisión Europea en el sentido de que la Municipalidad de Atenas, mediante “reiteradas declaraciones de funcionarios [en las que se amenaza] con adquirir la tierra de la empresa . . . la colocación de carteles que indican que la zona sería expropiada, aun

116. En suma, los tribunales internacionales han considerado en forma sistemática que un Estado puede llevar a cabo una expropiación en formas diversas, que no se limitan a una declaración oficial; de hecho, a menudo lo hace de tal forma que otorga a la expropiación un cierto color de legitimidad, al justificar actos equivalentes a la expropiación haciendo referencia al interés público. Sin embargo, la consecuencia ineludible de dichas acciones es que se priva a una inversión de su valor, e incluso en algunos casos, se transforma a la inversión en un pasivo financiero. Si esto ocurre, el simple hecho de que el Estado concrete una expropiación en forma indirecta y gradual, mediante una inexorable progresión de actos ilícitos, actos lícitos ejecutados irregularmente, y faltas de cumplimiento, no hace que dichos actos y omisiones dejen de ser expropiatorios. Por el contrario, a los efectos de determinar la responsabilidad del Estado por un acto ilícito, ni los TBIs ni el derecho consuetudinario internacional distinguen entre las expropiaciones indirectas o "progresivas" y las expropiaciones directas.

117. Por las razones expuestas, las expropiaciones indirectas, *de facto*, o "progresivas" no son necesariamente el resultado de un solo acto; de hecho, rara vez ocurren bajo esta modalidad. En otras palabras, no suelen ser la consecuencia de un acto único cuyo resultado es equivalente a la expropiación, como lo fue el decreto del Gobierno de Mossadegh de Irán que ordenaba el desalojo de las autoridades de la Empresa Petrolera Anglo-Iraní de las oficinas de la empresa y la instalación de la nueva

cuando los derechos de propiedad de la empresa permanecerían inalterados desde el punto de vista jurídico", había creado una situación por la cual la empresa se veía imposibilitada de operar en forma efectiva y de atraer potenciales inversores).

administración¹⁸⁵, o la expulsión y posterior reemplazo por parte de la policía militar de Indonesia de la administración del hotel Amco Asia en Yakarta¹⁸⁶. Con mayor frecuencia, los Estados concretan las expropiaciones de este tipo mediante una acumulación gradual de acciones y omisiones. Los textos del Artículo IV(1) del TBI con los EE.UU. y del Artículo 5 del TBI con la Unión establecen claramente este concepto, que es la razón de ser de dichas normas. El Artículo IV(1) no se refiere a una sola medida “equivalente a la expropiación”. Utiliza el plural “medidas”. Con esta redacción, los autores dejaron en claro que la protección a las inversiones del TBI con EE.UU. alcanza a las expropiaciones realizadas mediante una serie de acciones que tal vez son aparentemente inocuas pero cuyas consecuencias, tomadas en conjunto, prueban su naturaleza expropiatoria. En cuanto al TBI con la Unión, que prohíbe “cualquier otra medida (...) que tenga un efecto similar” a la expropiación, debe entenderse que, con mayor razón, prohíbe toda pluralidad de medidas que produzcan ese efecto.

118. Por último, una interpretación teleológica de los TBIs ratifica este punto. El propósito para el cual los Estados crean regímenes especiales a partir de un tratado, como ocurre con los TBIs, es precisamente promover las inversiones de nacionales de una parte en el territorio de la otra. Los preámbulos de ambos TBIs consagran este objetivo en forma expresa. La promoción de las inversiones quedaría sustancialmente, por no decir catastróficamente, desalentada si se admitiera que la garantía del Tratado contra la expropiación puede violentarse mediante la obtención de ese mismo efecto mediante acciones “aisladas”.

¹⁸⁵ Caso *Starrett Hous. Corp.*, *supra*, 23 I.L.M. 1090 (1984).

¹⁸⁶ Caso *Amco Asia Corp. c. República de Indonesia*, CIADI Laudo del 21 de noviembre de 1984, *reimpresión* 24 I.L.M. 1022 (1985).

5. La Prueba del Nexo Causal es la Existencia de una “Consecuencia Normal y Natural”

119. Las medidas “equivalentes” a la expropiación o “con efectos similares” a ella se clasifican, en general, en dos grandes categorías: *primero*, encontramos aquellas medidas, entre las cuales se incluyen los actos ilícitos y las faltas de cumplimiento, que se adoptan con el claro objetivo de confiscar bienes o aplicar medidas de control sobre la inversión y adjudicar dicho control a un tercero (por ejemplo, el caso *Amco Asia Corp.*); y, *segundo*, aquellas medidas, entre las cuales también se incluyen los actos ilícitos y las faltas de cumplimiento, que, si bien no se manifiestan como medidas expropiatorias, de hecho importan una transferencia forzosa de bienes, privan al inversor de cierto grado de control, reducen el valor de la inversión o constituyen una injerencia indebida, por alguna otra vía, en los derechos del inversor y sus facultades de administración. Debemos insistir en que una sola medida, adoptada en forma aislada, puede no parecer expropiatoria; de hecho, tal vez ni siquiera parezca ilegítima. Sin embargo, cuando por su efecto acumulativo, las medidas interfieren indebidamente en el control de administración del inversor o comprometen su capacidad para llevar adelante un emprendimiento en forma económicamente viable y rentable, dichas medidas se pueden considerar equivalentes a la expropiación.

120. En este caso, el tribunal debe determinar si era razonable suponer que la expropiación se produciría como resultado de los actos (u omisiones) del Estado, independientemente de la intención del Estado de expropiar. Este criterio fue expuesto, *mutatis mutandis*, en el Informe del Consejo de Gobierno de la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas del 20 de junio de 2002:

una gran parte de la doctrina de derecho internacional, incluidos los informes de otros paneles, sostiene que, una “pérdida directo” en estas

circunstancias [la invasión de Irak a Kuwait] es aquella que, desde un punto de vista objetivo, podría haberse esperado como las *consecuencia normal y natural* de la invasión de Irak a Kuwait y su posterior ocupación. Este es el razonamiento que el Panel ha utilizado para determinar el nexo causal en todos los reclamos "F3"¹⁸⁷.

El Informe se refiere a las pérdidas "directas"; por lo tanto, el criterio enunciado resultaría aplicable, con mayor razón, a los efectos de identificar el nexo causal en el caso de una expropiación indirecta conforme a lo dispuesto en el TBI. Los actos regulatorios de un Estado constituyen una expropiación indirecta si, analizados en forma objetiva y considerados "como una consecuencia normal y natural", tales actos reducen sustancialmente el control de gestión del inversor, traen aparejada una transferencia de bienes o impiden la obtención de una rentabilidad sobre la inversión. Para determinar si determinados actos y omisiones regulatorios han tenido el efecto de una expropiación indirecta en el presente caso, es necesario hacer un análisis exhaustivo de los hechos. Expongo ese análisis a continuación.

VI. Aplicación de la *Lex Specialis* de los TBIs a los Hechos

121. Si se aplica la *lex specialis* de los TBIs, complementada por los principios de derecho internacional, considero que la República Argentina (i) violó las disposiciones de los TBIs en varios aspectos y (ii) expropió las inversiones de Sempra y Camuzzi mediante la adopción de "medidas equivalentes a la expropiación."¹⁸⁸ Desde el comienzo, la República Argentina, a través del ente regulador –el ENARGAS–, el Defensor del Pueblo de la Nación y otras autoridades federales, provinciales y municipales, incluidas

¹⁸⁷ U.N. Claims Commission Governing Council, *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning Part Two of the Third Installment of "F3" Claims*, S/AC.26/2002/19, 20 de junio de 2002, párrafo 24. La referencia hecha a los informes de otros paneles en el pie de página 8 se refiere a S/AC.26/1994/3, Parte II, Sección D.

¹⁸⁸ TBI con EE.UU., Artículo VI(1).

aquellas que ejercen facultades legislativas, ejecutivas y judiciales, confirió un trato inequitativo a las inversiones de Sempra y Camuzzi, las perjudicó mediante medidas arbitrarias, no les confirió plena o entera protección y seguridad, e incurrió en incumplimiento de las obligaciones asumidas en relación con dichas inversiones. Esta serie de actos, que resultan en sí mismos violatorios de los TBIs, dieron lugar a una expropiación *de facto* de la inversión de las Demandantes: la República Argentina nunca declaró su intención de expropiar; expropió la inversión mediante una progresión “constante e inexorable” de “medidas equivalentes a la expropiación”¹⁸⁹, a través de actos ilícitos, actos lícitos ejecutados en forma irregular y faltas de cumplimiento que, en su conjunto, hicieron que para Sempra y Camuzzi fuera imposible administrar sus inversiones de manera efectiva y económicamente viable y, menos aún, obtener una “tasa de retorno razonable”¹⁹⁰. Antes de adentrarme en el análisis de dichas medidas, creo oportuno hacer hincapié en dos cuestiones preliminares:

122. *En primer lugar*, la imposibilidad financiera de Sempra y Camuzzi de continuar desarrollando sus actividades conforme a las Licencias de manera económicamente viable no pueden atribuirse al riesgo ordinario del negocio. Naturalmente, Sempra y Camuzzi sabían que la inversión podía fracasar por una serie de razones que escaparían a su control. Ellas asumieron tal riesgo¹⁹¹. Sin embargo, lo

¹⁸⁹ Id.; TBI con la Unión, Artículo 5(1); véase *Starret Hous. Corp. c. Irán*, 4 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 123 (1993), 23 ILM 1090, 1124 (1984) (Voto en concurrencia del Juez Howard M. Holtzmann).

¹⁹⁰ Véase la Ley No. 24.076, artículos 38-39 (prevé que las tarifas proveerán “a los transportistas y distribuidores que operen en forma económica y prudente la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable”, que deberán ser “similares a las de otras actividades de riesgo equiparables o comparables” y guardar “relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios”).

¹⁹¹ Véanse las Reglas Básicas, artículo 24 (“Riesgo Operacional: la Licenciataria operará el Servicio bajo Licencia a su propia cuenta y riesgo. El Licenciante no garantiza ni asegura la rentabilidad de la operación”).

hicieron sobre la base de: (i) la Ley No. 24.076 (Ley de Gas Natural); (ii) el Decreto Reglamentario No. 1738/92 (normas de implementación de la Ley); (iii) las disposiciones de las Licencias, que incorporan las Reglas Básicas; y sobre todo, (iv) las obligaciones de naturaleza internacional asumidas por la República Argentina en virtud de los TBIs. Dada la situación en Argentina en el año 1992, sin este marco legal, ningún inversor habría presentado ofertas por las Licencias. La República Argentina, en consecuencia, adoptó este marco regulatorio precisamente para atraer inversiones del tipo de las efectuadas por Sempra y Camuzzi. Si bien el marco regulatorio no garantiza la rentabilidad de las inversiones, da lugar a una expectativa razonable de que en el lapso de treinta y cinco años, plazo de vigencia de las Licencias, las Licenciatarias podrían no solamente recuperar sus inversiones iniciales, sino también obtener una "tasa de retorno razonable"¹⁹². No es necesario aclarar que las tarifas constituían el principal mecanismo mediante el cual las Licenciatarias concretarían dichas expectativas. El incumplimiento de las obligaciones asumidas para con Sempra y Camuzzi en virtud de las Licencias y de los TBIs, así como los actos y las omisiones de la República Argentina, condenaron las inversiones al fracaso.

123. *En segundo lugar*, las vicisitudes comerciales acaecidas durante el periodo en que las Licenciatarias efectuaron sus inversiones no pueden alegarse como la causa por la cual aquellas no pudieron obtener una tasa de retorno razonable en lugar de advertir que dicha causa radica en las violaciones a los TBIs y las medidas equivalentes a la expropiación adoptadas por la República Argentina. Todo emprendimiento comercial

¹⁹² Véase Ley No. 24.076, Artículos 38-39; Reglas Básicas, Artículo 1.2.1 (prevé la obligación de interpretar las disposiciones de las Licencias de acuerdo con las obligaciones estipuladas en los pliegos de licitación y las disposiciones de la Ley [es decir, la Ley de Gas Natural] y su Decreto Reglamentario [es decir, Decreto Reglamentario No. 1738/92]).

está expuesto a problemas. No obstante ello, las acciones y omisiones ilegítimas de la República Argentina en violación a los TBIs generaron un contexto dentro del cual, a pesar de la buena fe de las Licenciatarias de la que dan cuenta los hechos, no se podrían haber solucionado los problemas que aquellas debieron afrontar. Las Licenciatarias, por ejemplo, acordaron aplazar en forma temporaria el ajuste de tarifas según el PPI en el mes de enero de 2000 a los efectos de satisfacer los pedidos de la República Argentina, lo cual se reiteró en el mes de julio de 2000. Pero por su parte, la República Argentina se negó a crear el fondo de estabilización con intereses que se había comprometido a establecer a cambio de dicho acuerdo, y además, se negó en forma arbitraria a aplicar cualquier ajuste según el PPI a partir de entonces sobre la base de una interpretación altamente dudosa de una resolución judicial local. En lugar de cooperar con las Licenciatarias en la resolución de los problemas con que se enfrentaba una empresa incipiente dedicada a la provisión de un servicio público esencial, en un marco de complejas circunstancias a cuya generación las Licenciatarias no habían concurrido, la República Argentina y sus organismos impidieron potenciales soluciones mediante la creación de insuperables obstáculos legales y regulatorios.

124. La *lex specialis* de los TBIs deja claramente fuera de debate a la cuestión de los riesgos inherentes al negocio y el criterio comercial. Las Licencias, que deben ser consideradas inversiones en los términos de los TBIs, establecían que las Licenciatarias, las empresas controladas de Sempra y Camuzzi, suministrarían y distribuirían gas natural en siete provincias de la Argentina durante un plazo de treinta y cinco años. La única cuestión a analizar en esta controversia es si la República Argentina confirió un trato adecuado a dichas inversiones de conformidad con las disposiciones de los TBIs, ya que

dichos tratados constituyen el principal contexto legal en virtud del cual las Demandantes tomaron la decisión de invertir.

125. Teniendo en cuenta estas observaciones preliminares, pasaré a considerar los supuestos más relevantes que, a mi juicio, no solamente constituyen violaciones *per se* de las disposiciones de los TBIs sino que, en su conjunto, conforman “medidas equivalentes a la expropiación”¹⁹³.

A. Incumplimiento de la Obligación de Compensar a las Licenciatarias por los Subsidios autorizados por el ENARGAS

126. El Decreto No. 1738/92 consagra el “principio de indiferencia”. La República Argentina, a través del ente regulador ENARGAS, se reserva el derecho de otorgar subsidios. La Licenciataria, sin embargo, tiene derecho a una compensación por cualquier pérdida de ingresos que pudiera sufrir durante el ejercicio fiscal en el cual dichos subsidios se implementan:

Al otorgar subsidios, privilegios o preferencias, o al decidir continuar con los subsidios vigentes a la fecha de la sanción de la Ley [es decir, la Ley de Gas Natural No. 24.076], deberá observarse el principio de indiferencia respecto del Distribuidor o Transportista [es decir, la Licenciataria], en forma tal que no resulten alterados sus ingresos, ni deba soportar costos financieros, ni vea modificado el flujo regular de sus cobranzas por dicha causa.

[La Licenciataria] tendrá derecho a ser compensad[a] por la reducción de ingresos o el incremento de costos financieros que le ocasionen tales medidas durante el mismo ejercicio fiscal en que aquellos se produzcan¹⁹⁴.

Desde el comienzo, la República Argentina optó por establecer o mantener la vigencia de algunos subsidios. El ENARGAS determinó tarifas preferenciales para los habitantes de las provincias patagónicas. Sin embargo, desde el año 1994, la República Argentina

¹⁹³ TBI con EE.UU., Artículo IV(1).

¹⁹⁴ Decreto No. 1738/92, Artículo 48.

solamente ha efectuado pagos parciales a las Licenciatarias a los efectos de indemnizarlas por las pérdidas correspondientes. La República Argentina, en consecuencia, violó su obligación de cumplir todos los compromisos asumidos en relación con una inversión efectuada dentro del marco de los TBIs¹⁹⁵.

127. Aun así, las Licenciatarias intentaron resolver esta cuestión mediante negociaciones periódicas que se llevaron a cabo durante un largo período de tiempo. Sin embargo, ante el evidente fracaso de las negociaciones, desde el 15 de noviembre de 2001 las Licenciatarias ejercieron su derecho a aplicar la tarifa plena ante el incumplimiento de la República Argentina de su obligación de compensar las pérdidas ocasionadas como resultado de los subsidios¹⁹⁶. Poco tiempo después, la justicia argentina dictó cerca de treinta medidas cautelares que impedían a las Licenciatarias ajustar las tarifas con el fin de eliminar los subsidios. La República Argentina, en consecuencia, “violó su obligación de conferir un trato justo y equitativo destruyendo uno a uno los compromisos que el inversor extranjero tomó en cuenta al momento de efectuar su inversión”¹⁹⁷. Asimismo, perjudicó las inversiones de las Demandantes mediante la adopción de medidas arbitrarias o injustificadas¹⁹⁸.

¹⁹⁵ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(c); TBI con la Unión, Artículo 10.

¹⁹⁶ Véase Reglas Básicas, Artículo 20.2 (faculta a la licenciataria a suspender la aplicación de las reducciones tarifarias y de los regímenes tarifarios especiales y a aplicar las tarifas sin deducciones, en el supuesto de mora en el pago por más de 15 (quince) días a partir de la fecha en la cual tendrían derecho a recuperar en efectivo las diferencias o subsidios aplicados).

¹⁹⁷ CME Czech Republic B.V. c. República Checa, CNUDMI, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, párrafo 611.

¹⁹⁸ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(b); TBI con la Unión, Artículo 3(2).

128. El hecho de que haya sido el Poder Judicial de la Nación, y no las ramas políticas del gobierno, quien diera lugar a este incumplimiento¹⁹⁹ no tiene relevancia en este contexto, como tampoco la tiene la validez legal de las medidas cautelares de conformidad con la legislación vigente en la Argentina. La única cuestión relevante en este caso es el incumplimiento por parte de la República Argentina de sus obligaciones internacionales, en relación con las cuales resulta indiscutible que “[l]a conducta de todo organismo estatal deberá ser considerada un acto del Estado en virtud del derecho internacional, independientemente de las funciones de dicho organismo –legislativas, judiciales o ejecutivas–, de la posición que ocupa dentro de la organización del Estado, y de que dependa de la administración central o de alguna subdivisión territorial del Estado”²⁰⁰. De igual modo, “[l]a caracterización de un acto del Estado como internacionalmente dañoso se rige por el derecho internacional. Dicha caracterización no podrá verse afectada por la caracterización del mismo acto como legítimo a la luz del derecho interno”²⁰¹.

129. No obstante, las Licenciatarias persistieron en sus intentos de resolver la cuestión de buena fe. El 12 de diciembre de 2001, las Licenciatarias celebraron un

¹⁹⁹ Véase TBI con EE.UU., Artículo II(2)(b) (que establece que “una medida podrá ser arbitraria o discriminatoria, a pesar de la posibilidad de que tal medida sea objeto de revisión en los tribunales judiciales o administrativos de una de las Partes”).

²⁰⁰ Artículos sobre Responsabilidad del Estado por sus Hechos Internacionalmente Ilícitos, Artículos 33-39 en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 53º período de sesiones, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, página 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001), anexo de G.A.Res. 56/83 (12 de diciembre de 2001).

²⁰¹ Id., Artículo 3. Si se desea remitir a decisiones internacionales que sostienen estos principios axiomáticos, véase, por ejemplo, *Compensación de Perjuicios Ocasionados en el Servicio de las Naciones Unidas*, 1949 I.C.J. Rep. 174, 180 (11 de abril); *Tratamiento de los Nacionales Polacos y otras Personas de Origen e Idioma Polacos en el Territorio de Danzig*, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 44, página 4; *Zonas Libres de Upper Savoy y el Distrito de Gex (Fr. c. Switz.)*, 1930 P.C.I.J. (ser. A) No. 24, página 12; véase, en general, James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* 81-90 (2002) (comentario de los Artículos 3 y 4, que incluye una colección de decisiones internacionales).

acuerdo con la República Argentina, a través de su Ministro de Economía, mediante el cual se estableció un cronograma de pago de todas las deudas que se originaron en el incumplimiento por parte de la República Argentina del “principio de indiferencia” al no compensar a las Licenciatarias por las pérdidas ocasionadas en razón de los subsidios. A la fecha, la República Argentina no ha cumplido con dicho cronograma, ni de manera alguna ha abonado lo adeudado, incurriendo nuevamente en el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de los compromisos celebrados en relación con una inversión efectuada en el marco de los TBIs. En el mismo orden de ideas, al impedir el cobro de aproximadamente \$125 millones en concepto de ingresos por tarifas de conformidad con las Licencias, la República Argentina violó “los compromisos que el inversor extranjero tomó en cuenta al momento de efectuar su inversión”²⁰², así como su obligación de conferir un trato justo y equitativo a las inversiones²⁰³. Si la República Argentina hubiera informado a las potenciales licenciatarias que se reservaría el derecho de imponer subsidios sin compensación por las pérdidas ocasionadas en virtud de los mismos, ningún inversor razonable se habría presentado a la licitación.

B. Incumplimiento en cuanto al Ajuste de Tarifas según el PPI

130. Como ya se explicó en el resumen de los hechos, la Ley de Gas Natural, el Decreto No. 1738/92 y el Artículo 9.3 de las Reglas Básicas obligan a la República Argentina a efectuar ajustes periódicos y predeterminados de las tarifas según indicadores internacionales de mercado, el precio del gas adquirido, y su costo de transporte²⁰⁴. Las tarifas deben ajustarse semestralmente según el PPI. No obstante ello, a requerimiento de

²⁰² CME Czech Republic B.V. c. República Checa, CNUDMI, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párrafo 611.

²⁰³ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(a); TBI con la Unión, Artículo 3(1).

²⁰⁴ Ley de Gas Natural No. 24.076, Artículo 37; Reglas Básicas, Artículo 9.3.

la República Argentina, las Licenciatarias celebraron en enero de 2000 un acuerdo con el ENARGAS mediante el cual se aplazó el ajuste según el PPI, que debería haber estado en vigencia durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2000 y el 1° de julio de 2000. Mediante las Resoluciones 1472/00 y 1473/00, el ENARGAS se comprometió a reembolsar a las Licenciatarias las pérdidas ocasionadas en cuotas pagaderas desde el 1° de julio de 2000 hasta el 30 de abril de 2001²⁰⁵. Pero en el mes de julio de 2000, y una vez más a requerimiento de la República Argentina, las Licenciatarias acordaron suspender el ajuste según el PPI hasta el 30 de junio de 2002 y a aplazar sus derechos a recuperar las pérdidas correspondientes, con intereses, por un período de dos años contado a partir del 1° de julio de 2002 hasta el 30 de junio de 2004.

131. El 4 agosto de 2000, mediante el Decreto No. 669/00²⁰⁶, la República Argentina formalizó este acuerdo y se comprometió a crear un fondo de estabilización que devengaría intereses y al cual se acreditarían los montos correspondientes a las pérdidas por tarifas no ajustadas así como los intereses sobre dichos montos²⁰⁷. Al día de la fecha, la República Argentina no ha creado dicho fondo. Por otro lado, el Defensor del Pueblo de la Nación, un funcionario público con características similares a las del *ombudsman*, logró que un Juzgado Federal de Primera Instancia dictara una medida cautelar en contra de la República Argentina, que luego fue confirmada por la Cámara

²⁰⁵ Resolución ENARGAS No. 1472/00; Resolución ENARGAS No. 1473/00.

²⁰⁶ Decreto Reglamentario No. 669/00, preámbulo (prevé un diferimiento de la aplicación del ajuste sobre régimen tarifario respectivo establecido en “las Reglas Básicas de las Licencias de Transporte y Distribución, con el ... objetivo de mitigar el impacto económico generado por la aplicación de los indicadores de mercado internacionales en las tarifas de los usuarios de gas natural, ... un efecto económico excesivamente gravoso tanto para la población en general como para el sector industrial”).

²⁰⁷ Id., Anexo, párrafo 3 (“La recuperación de dicho diferimiento implica la constitución de un Fondo de Estabilización del Índice de Precios del Productor”, que forma parte del Decreto. El ingreso resultante de la constitución de dicho Fondo, así como los impuestos devengados, deberán estar reflejados en los Estados Contables de las Licenciatarias...).

Federal de Apelaciones el día 5 de octubre de 2001. Los jueces no declararon la ilegalidad del mecanismo de ajuste según el PPI, sino solamente la del acuerdo específico contemplado en el Decreto 669/00. No obstante ello, en lo sucesivo el ENARGAS directamente se rehusó a aplicar los ajustes según el PPI. Por ello, los actos de la República Argentina impidieron a las Licenciatarias ajustar las tarifas desde el 1º de enero de 2000, lo cual les ocasionó pérdidas estimadas en \$25 millones al mes de enero de 2002.

132. Una vez más, es posible afirmar que las medidas adoptadas por la República Argentina a este respecto equivalen al incumplimiento de al menos tres obligaciones establecidas en los TBIs: (i) conferir un trato justo y equitativo a las inversiones; (ii) abstenerse de adoptar medidas arbitrarias que pudieren resultar en detrimento de las mismas; y (iii) cumplir toda obligación asumida respecto de tales inversiones. Las Licenciatarias invirtieron en la República Argentina con la expectativa de recuperar una parte sustancial de los gastos mediante las tarifas acordadas y de obtener una tasa razonable de retorno mediante la implementación de las mismas. Luego de inducir a las Licenciatarias a invertir millones de dólares estadounidenses dentro de este marco, no se puede considerar justo ni equitativo el hecho de que la República Argentina se haya rehusado luego a ajustar las tarifas en la medida de lo acordado y, evidentemente, al hacerlo, la República Argentina incumplió su obligación de respetar los compromisos asumidos en relación con las inversiones. Por último, la decisión del Gobierno de desconocer el régimen tarifario y obligar a las Licenciatarias a cargar con las consecuencias económicas de esa decisión, debe considerarse una conducta "arbitraria" y

“contraria al estado de derecho”.²⁰⁸ La República Argentina abusó de sus facultades soberanas en materia legislativa y reglamentaria en “desmedro intencional del debido proceso legal [mediante] “un acto que socava, o al menos perturba, la noción de lo que es jurídicamente correcto”²⁰⁹.

133. La decisión del Defensor del Pueblo de solicitar el dictado de una medida cautelar contra la aplicación del Decreto 669/00, que fue objeto de las negociaciones realizadas de buena fe por las Licenciatarias en un intento por adaptarse a los problemas económicos de la República Argentina, y la subsiguiente decisión del ENARGAS que interpreta al fallo de la justicia argentina en el sentido de que éste prohíbe lisa y llanamente la implementación del PPI, constituyen medidas arbitrarias y discriminatorias. Los diferentes poderes de la República Argentina trasladaron a otras ramas u organismos del gobierno su propia responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en relación con las inversiones de las Licenciatarias. Sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, ni la naturaleza de los organismos estatales responsables, ni la caracterización local o la fuente de la legalidad de la suspensión del ajuste por el PPI, ni el dictado del Decreto 669/00 pueden afectar la responsabilidad internacional que le cabe a la República Argentina por dichos actos²¹⁰. De hecho, los TBIs generan obligaciones legales que trascienden la caracterización legal del derecho local o la fuente de los actos regulatorios precisamente con el fin de proteger a los inversores contra cualquier abuso

²⁰⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (Estados Unidos c. Italia)*, 1989 I.C.J. Rep. 15, 76, párrafo 129 (20 de julio).

²⁰⁹ *Id.* (énfasis propio).

²¹⁰ Véase “Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por sus Hechos Internacionalmente Ilícitos”, Artículos 3-4 en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 53º período de sesiones, N.U. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, página 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001), anexo de G.A.Res. 56/83 (12 de diciembre de 2001).

arbitrario por parte de un Estado de sus poderes soberanos que pudiera socavar el marco legal estable con el cual deben contar los inversores.

134. Es por ello que resulta innecesario e irrelevante especular sobre la “intención” del Defensor del Pueblo o del ENARGAS al solicitar la medida cautelar o al rehusarse a implementar el ajuste según el PPI, respectivamente. Lo que realmente importa en relación con estas medidas es el *efecto* sobre el derecho internacional de las Demandantes a la “utilidad y el beneficio económico de sus bienes”²¹¹. Dicho efecto, en términos simples, fue el de “destruir el valor de los bienes de [Sempra y Camuzzi] para... los fines para los cuales fueron adquiridos” privando a sus empresas controladas del derecho a aplicar el régimen tarifario previsto en las Licencias²¹². Parafraseando lo expresado por el Tribunal en el caso *Metalclad*, los actos y las omisiones de naturaleza legislativa, reglamentaria y judicial en relación con las tarifas adeudadas a las Licenciatarias privaron a Sempra y a Camuzzi “en todo o en gran parte, del derecho de utilizar sus bienes o de gozar del beneficio económico que era razonable esperar que pudiera obtenerse de sus bienes”²¹³.

C. Desmedro de los Derechos de las Licenciatarias por la Sanción de la Ley de Emergencia Pública No. 25.561

135. El 6 de enero de 2002, la República Argentina sancionó la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561. Entre otras cosas, la Ley anuló el derecho a calcular las tarifas en dólares estadounidenses y el derecho a

²¹¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena*, 39 ILM página 1330, párrafo 77; véase también caso *Tippets*, 6 Iran U.S. Cl. Tr. Rep. páginas 225-26; Dolzer & Stevens, *supra*, página 100; Nueva Exposición (Tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de América, Artículo 712 cmt. g. and nn.6-7 (1987).

²¹² *Covington & Lexington Turnpike Road Co. c. Sandford*, 164 U.S. 578, 597 (1896).

²¹³ *Metalclad*, 40 I.L.M. 36, párrafo 104.

implementar cualquier mecanismo de ajuste vinculado con índices de precios extranjeros, como lo es el PPI, y estableció un tipo de cambio artificial de US\$1 igual a 1 Peso Argentino²¹⁴. En contraposición, el tipo de cambio del mercado libre durante el otoño de 2002, al momento en que las Demandantes iniciaron este proceso arbitral, llegó a ser, aproximadamente, de US\$1 igual a 3,67 Pesos Argentinos. Mediante el artículo 10 del Capítulo II de dicha Ley, la República Argentina prohibió a las Licenciatarias suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones, a pesar de las fluctuaciones mencionadas²¹⁵.

136. Esta Ley, junto con el posterior mandato emanado de la República Argentina que disponía que las Licenciatarias debían continuar cumpliendo sus obligaciones, constituyeron una violación manifiesta de los TBIs, ya que importaron el incumplimiento de las obligaciones asumidas para con las Licenciatarias, bloquearon la principal fuente de beneficio económico que indujo inicialmente a los inversores a invertir en la industria, y perjudicaron seriamente “la gestión, la administración, la explotación, el mantenimiento, el uso [y] el goce” de las Licencias²¹⁶. La Ley sin duda desestabilizó la viabilidad económica de las Licenciatarias al privarlas de su fuente principal de ingresos y establecer un tipo de cambio que era artificialmente bajo²¹⁷. Si bien “desde el punto de vista jurídico no alteró” el derecho de propiedad de las Licenciatarias adquirido en virtud de las Licencias, “en la práctica redujo

²¹⁴ Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, No. 25.561, Div. III, Artículo 10; Div. IV, Artículo 6.

²¹⁵ Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario No. 25.561, Div. IV, artículo 10 (las disposiciones de la Ley en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”). Asimismo, mediante el artículo 16 de la Ley, reglamentado por el Decreto 264/02 del 8 de febrero de 2002, la República Argentina impuso restricciones indebidas y costos adicionales sobre el despido sin causa de los empleados.

²¹⁶ Véase TBI con EE.UU., Artículo II(2)(b); TBI con la Unión, Artículo 3(2).

²¹⁷ Comparar TBI con la Unión, Artículo 7(1); TBI con EE.UU., Artículo V(2).

significativamente la posibilidad de ejercer [tales derechos]" ya que efectivamente alteró unilateralmente dichos derechos en forma tal que los devaluó hasta llegar al punto de expropiarlos²¹⁸. Asimismo, en el año 2001, la República Argentina dictó el Decreto No. 1570/01, cuyo artículo 2(b) restringió la transferencia de divisas al exterior, lo cual comportó, una vez más, una violación directa de otra disposición de los TBIs²¹⁹.

D. Determinación de Impuestos y Cargos Ilegítimos

137. En los años 1997, 1998, 1999, 2001 y 2002 ciertas autoridades provinciales y municipales de la República Argentina gravaron a las Licenciatarias con impuestos y cargos ilegítimos. El Decreto 1189/92 exime a las Licenciatarias del pago del impuesto de sellos en el ámbito nacional y, en virtud de los artículos 7.5.1 y 11.2 del contrato de transferencia aprobado por Resolución 1409/92 del Ministerio de Economía, la República Argentina se comprometió a asumir los costos de todo impuesto de sellos que no estuviera comprendido en la exención del Decreto 1189/92. El artículo 12.2.1 de dicho contrato establece que las Licenciatarias deben ser indemnizadas por las pérdidas en que hayan incurrido en razón del pago de reclamos de terceros. Las autoridades provinciales y municipales también han ordenado el pago de diversos impuestos a los ingresos brutos y a los bienes en violación a los derechos de las Licenciatarias. El ENARGAS, ente responsable de hacer cumplir la Ley de Gas Natural, su reglamentación y disposiciones complementarias, se rehusó a permitir a las Licenciatarias el traspaso de los costos de dichos impuestos a las tarifas cobradas a los consumidores a través de un aumento tarifario.

²¹⁸ *Sporring c. Reino de Suecia*, 52 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 26, párrafo 60 (1982).

²¹⁹ TBI con la Unión, Artículo 6(1); TBI con EE.UU., Artículo V(1).

138. Como se explicó anteriormente, el TBI con EE.UU. prohíbe ciertas medidas impositivas en dos supuestos fundamentales: *primero*, si el impuesto viola las expectativas en materia normativa que llevaron razonablemente al inversor a realizar su inversión; y, *segundo*, cuando el impuesto, en consecuencia, resulta ser expropiatorio. El primer supuesto, a su vez, abarca tres fuentes principales de dichas expectativas normativas que el Estado receptor debe respetar. En otras palabras, un impuesto es ilegítimo en virtud del Artículo XII del TBI con EE.UU. *(i)* cuando viola un compromiso expreso del Estado receptor respecto del inversor extranjero; *(ii)* cuando viola las normas constitucionales o la legislación de forma o de fondo del Estado receptor, en las cuales el inversor extranjero razonablemente depositó su confianza en virtud del Artículo II(2)(a); o *(iii)* cuando confiere un trato a las inversiones contrario a los estándares establecidos en el derecho internacional consuetudinario.

139. No cuento con suficiente información para expedirme sobre esta última determinación, es decir, si los impuestos provinciales y municipales resultaban ser, en términos cuantitativos, expropiatorios. No obstante ello, los hechos demuestran, sin lugar a dudas, que la República Argentina violó en forma explícita los compromisos en los cuales Sempra y Camuzzi razonablemente confiaron al momento de decidir la realización de sus inversiones. El Decreto 1189/92 y los Artículos 7.5.1 y 11.2 del contrato de transferencia aprobado por Resolución 1409/92 del Ministerio de Economía, analizados con anterioridad, resultaron cruciales desde un punto de vista económico y constituyeron el factor clave que indujo a Sempra y Camuzzi a invertir en la industria. Estos compromisos asumidos por el Estado receptor forman parte de la serie de expectativas normativas en las cuales Sempra y Camuzzi depositaron su confianza. Al incumplirlos, la

República Argentina no solamente violó de manera manifiesta su deber de cumplir con los compromisos asumidos en relación con la inversión²²⁰, sino que también violó expresamente el Artículo XII del TBI con EE.UU., que se incorpora al TBI con la Unión en virtud de su Artículo 4 por resultar más favorable para los inversores extranjeros (lo cual también se verifica respecto de la determinación de impuestos como medida expropiatoria). En virtud del derecho internacional, resulta totalmente irrelevante que las medidas impositivas expropiatorias hayan sido establecidas por las autoridades provinciales y municipales y no por el Gobierno Federal. La República Argentina es plenamente responsable por todo acto de sus divisiones políticas, independientemente de su caracterización en virtud del derecho local y ya sea que ejerzan facultades legislativas, ejecutivas o judiciales²²¹.

E. Fallos Judiciales en Detrimento de los Derechos de las Licenciatarias

140. Varias resoluciones de la justicia argentina perjudicaron los derechos de las Licenciatarias. El 9 de enero de 2002, a pedido del Defensor del Pueblo de la Nación, un juzgado federal dictó una medida cautelar que ordenaba a las Licenciatarias a reprogramar las fechas de vencimiento de todas las facturas que vencían con posterioridad al 31 de diciembre de 2001 y de las facturas ya vencidas cuyo incumplimiento originaría una intimación bajo apercibimiento de interrupción del servicio. En el mes de enero de 2002, un juez provincial prohibió a las Licenciatarias cobrar facturas a ciertos trabajadores municipales (mientras que otras medidas cautelares

²²⁰ TBI con EE.UU., Artículo II(2)(c); TBI con la Unión, Artículo 10.

²²¹ Véase Artículos sobre Responsabilidad del Estado por sus Hechos Internacionalmente Ilícitos, Artículos 33-39 en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 53º período de sesiones, N.U. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, página 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001), anexo de G.A.Res. 56/83 (12 de diciembre de 2001).

de la justicia prohibían incrementar las tarifas correspondientes a los años 2002 y 2003 durante el período de negociación) y, al mismo tiempo, prohibió a las Licenciatarias interrumpir la prestación del servicio por falta de pago en el marco de un proceso judicial iniciado por los trabajadores de la municipalidad del Partido de General Pueyrredón de la Provincia de Buenos Aires por el incumplimiento en el pago de sus remuneraciones. Una vez más, independientemente de la legalidad de dichas decisiones en virtud de la legislación argentina, las mismas constituyeron violaciones de los TBIs, ya que perjudicaron los derechos de las Licenciatarias amparados por las disposiciones de los TBIs.

F. Expropiación Indirecta mediante Medidas Equivalentes a la Expropiación

141. Los TBIs, complementados por los principios del derecho consuetudinario internacional, prohíben toda forma de expropiación ilegítima (es decir, la expropiación que no se lleva a cabo por razones de “utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido proceso legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II²²²), ya sea en forma directa o “indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación”²²³. Como se observó en relación con el caso *Santa Elena*, “la propiedad [puede considerarse] expropiada cuando el efecto de las medidas adoptadas por el Estado ha sido el de privar al titular de sus derechos de propiedad, de posesión, o de acceso a la utilidad y beneficio económico de sus bienes”²²⁴.

²²² TBI con EE.UU., Artículo IV, sección 1; véase también el TBI con la Unión, Artículo 5(1)-(2).

²²³ Véase id.

²²⁴ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena*, 39 ILM página 1330, párrafo 77 (cita el caso *Tippets*).

142. A mi juicio, el efecto acumulativo de las medidas analizadas con anterioridad –así como otras medidas que constituyen actos ilícitos, actos lícitos ejecutados en forma irregular, o faltas de cumplimiento que no se desarrollan en detalle en este Dictamen– conforman una expropiación indirecta. No queda del todo claro si la República Argentina tuvo la intención de expropiar las inversiones de Sempra y Camuzzi. Pero el TBI, que se ajusta a las normas del derecho consuetudinario internacional en este aspecto, considera la “intención” del Estado como un factor de “menor importancia frente a los efectos de la medida [y] la realidad de su impacto”²²⁵. Dolzer y Stevens sostienen que “[c]uando el efecto [de las medidas] es similar a las consecuencias que se habrían producido en el supuesto de una expropiación directa, el inversor se encontraría amparado, muy probablemente, por la mayoría de las disposiciones del TBI”²²⁶. Asimismo, el efecto de cada medida no debe analizarse en forma aislada, sino en su conjunto, ya que “las consecuencias de la interferencia [son] indudablemente más gravosas cuando se combinan entre sí”²²⁷. Una expropiación indirecta o “progresiva”, por definición, “está integrada por una cantidad de elementos, ninguno de los cuales constituye por separado un hecho internacionalmente ilícito”²²⁸. (En esta cita, el “hecho internacionalmente ilícito” se refiere a la expropiación indirecta, aunque por supuesto, en sentido general, no todo hecho internacionalmente ilícito necesariamente comporta una expropiación o un acto expropiatorio aunque dé lugar a una vía de reparación). No obstante ello, siguiendo el criterio acumulativo, una expropiación

²²⁵ *Tippets*, 6 Iran U.S. Cl. Tr. Rep. página 226; de acuerdo con *Compañía del Desarrollo de Santa Elena*, 39 ILM página 1330, 77; *Starrett Hous. Corp.*, 4 Iran U.S. Cl. Trib. Rep. 123, 23 ILM página 1124 (Voto en concurrencia de Howard M. Holtzmann).

²²⁶ Dolzer & Stevens, *supra*, pág. 100.

²²⁷ *Sporrong*, 52 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 26, párrafo 60.

²²⁸ *Waste Mgmt., Inc.*, 40 I.L.M. Pág. 73 (Voto en disidencia del juez Keith Highet).

de hecho no se convierte en legítima simplemente porque un Estado pase por alto o decida no declarar su naturaleza expropiatoria; por el contrario, “resulta difícil encontrar un caso en que se reconozca la legitimidad de una expropiación *de facto* o ‘progresiva’ ya que la falta de intención declarada de expropiar casi siempre importa no haber previsto el pago de la compensación correspondiente²²⁹ .

143. En este caso, el efecto acumulativo de las medidas adoptadas por la República Argentina fue el de inducir y luego aceptar las ofertas presentadas por Sempra y Camuzzi en el proceso licitatorio y su inversión de millones de dólares estadounidenses para cumplir sus obligaciones en virtud de las Licencias, para más adelante sabotear gradualmente la viabilidad económica y, desde ya, la rentabilidad de las Licencias a través del ejercicio abusivo de las facultades reglamentarias del Estado y de los incumplimientos de las Licencias mediante actos ilícitos, actos lícitos ejecutados en forma irregular, y faltas de cumplimiento. En última instancia, parafraseando lo expresado en el fallo del caso *Starret Housing Corp.*, la República Argentina “interf[irió] en los derechos de propiedad de [Sempra y Camuzzi] a un punto tal que dichos derechos perdieron toda razón de ser y deben ser considerados expropiados aun cuando el Estado [es decir, la República Argentina] no tuvo la intención de expropiarlos y el derecho de propiedad sigue en manos del titular original”²³⁰. La República Argentina, en consecuencia, violó el Artículo IV(1) y 5(1) del TBI con EE.UU. y del TBI con la Unión, respectivamente. Esta violación genera el derecho de las Demandantes a reclamar una compensación justa, y es este aspecto jurídico el que procedo ahora a analizar.

²²⁹ *Sedco, Inc.*, 25 I.L.M. página 649 (Voto en concurrencia del juez Charles N. Brower).

²³⁰ *Starrett Hous. Corp.*, 23 ILM página 1115.

VII. Quantum de la Indemnización por Expropiación

144. Debido a que, a mi criterio, Sempra y Camuzzi sufrieron una expropiación, es necesario determinar el quantum de la indemnización debida. Procederé a abordar la resolución de las cuestiones legales planteadas en este caso, mas no a calcular el quantum específico, ya que no me fue solicitado hacerlo.

A. *Derecho a Indemnización (Daño Emergente o 'Damnum Emergens')*

145. El segundo enunciado del Artículo IV(1) del TBI con EE.UU. establece:

La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o antes de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación²³¹.

El Artículo 5(3) del TBI con la Unión establece, en el mismo sentido, lo siguiente:

El monto de la indemnización corresponderá al valor real que las inversiones pertinentes tenían en las vísperas del día en que las medidas fueron adoptadas o publicadas.

Las indemnizaciones serán abonadas en la moneda del Estado al cual pertenezca el inversor. Producirán intereses de acuerdo con la tasa comercial normal a partir de la fecha en que sean fijadas hasta la de su pago, serán abonadas sin demora y libremente transferibles, cualquiera fuese el lugar de la residencia o sede del derechohabiente²³².

La versión del texto en inglés dice:

The amount of the indemnity [for an expropriation] shall correspond to the real value of the pertinent investments the day before the measures were adopted or published.

The indemnities shall be paid in the currency of the state to whom the investor belongs. They shall produce interest at the normal commercial

²³¹ TBI con EE.UU., Artículo IV(1).

²³² TBI con la Unión, Artículo 5(3).

rate from the date they are established to the date of their payment, they shall be paid without delay and [be] freely transferable, regardless of the place and residence of the beneficiary.

La versión del texto en francés dice:

Le montant des indemnités correspondra à la valeur réelle des investissements concernés à la veille du jour où les mesures ont été prises ou rendues publiques.

Les indemnités sont réglées dans la monnaie de l'Etat auquel appartient l'investisseur. Elles porteront intérêt au taux commercial normal depuis la date de leur fixation jusqu'à celle de leur paiement, elles seront versées sans délai et librement transférables, quel que soit le lieu de la résidence ou du siège de l'ayant droit.

La versión del texto en flamenco dice:

Het bedrag van de schadeloosstelling moet overeenstemmen met de werkelijke waarde van de betrokken investeringen op de dag vóór de datum waarop de maatregelen worden getroffen of bekendgemaakt.

De schadeloosstelling wordt betaald in de munt van de Staat waartoe de Investeerder behoort. Ze levert rente op tegen het normale handeistarief vanaf de datum van vaststelling tot de datum van uitbetaling. Ze wordt onverwijld uitgekeerd en kan vrij worden overgemaakt, ongeacht de verblijfplaats of zetel van de rechthebbende.

Del texto de los TBIs surge claramente que, al haber sufrido una expropiación, Sempra y Camuzzi tienen derecho a percibir una compensación (o indemnización) que debe ser (i) pronta, (ii) totalmente realizable, (iii) transferible; y (iv) que debe incluir un interés a una tasa comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación. Sin embargo, si bien el texto de los TBIs sustenta los reclamos de Sempra y Camuzzi, no contiene un criterio acabado sobre las cuestiones que conciernen a esta clase de expropiación. La República Argentina llevó a cabo la expropiación de la inversión de Sempra y Camuzzi "de manera indirecta mediante medidas equivalentes a la expropiación"²³³. Este planteo lleva al

²³³ Id.

análisis del momento en el cual se debe considerar que la expropiación tuvo lugar a los efectos de determinar el monto de la compensación.

B. El Momento de la Expropiación a los Efectos de Determinar la Compensación

146. El Artículo IV(1) establece el “momento de la expropiación” haciendo referencia al “valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad”. El Artículo 5(3) del TBI con la Unión se refiere a “las vísperas del día en que las medidas [“con un efecto similar” a la expropiación] fueron adoptadas o publicadas”. Debido al hecho de que la expropiación puede “hacerse conocer” mediante otros medios distintos de su publicación, se debe entender que el TBI con la Unión incorpora el criterio temporal más abarcativo consagrado en el TBI con EE.UU. Los momentos relevantes a los efectos de la determinación de la compensación, en consecuencia, son (i) el día anterior a la expropiación o (ii) el día en que la expropiación se da a conocer.

147. En el supuesto de una expropiación directa, ambos momentos pueden ser casi invariablemente identificados y señalados con exactitud. Una expropiación “progresiva”, por el contrario, importa una suma de acciones y omisiones, a veces poco claras, durante un período de tiempo. Por esta razón, las “medidas equivalentes a la expropiación” o “con un efecto similar” muy pocas veces se dan en forma manifiesta, en un tiempo específico, ni tampoco se detecta el momento exacto en el que se pueda considerar que se llevó a cabo la expropiación. Por lo tanto, las controversias en torno a las expropiaciones llevadas a cabo “indirectamente mediante medidas equivalentes a la

expropiación”²³⁴ requieren un análisis pormenorizado de los hechos a fin de determinar el momento de la expropiación. No existe un único criterio que resulte adecuado para todos los casos. A mi juicio, independientemente del método que adopte el tribunal para determinar el “momento de la expropiación” en los casos de expropiaciones progresivas, la determinación debe respetar el principio consagrado en el caso *Chorzów Factory’s*: “en la medida de lo posible, la reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el *status quo* a la situación que existiría si no se hubiera cometido dicho acto”²³⁵.

148. En el caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*²³⁶, un Tribunal del CIADI concluyó en el mismo sentido que “la propiedad expropiada debe ser considerada desde el día en el cual la ‘interferencia’ del gobierno privó al titular de sus derechos o tornó dichos derechos prácticamente inútiles²³⁷. El caso *Santa Elena* giró en torno a la fecha en la cual ciertos bienes fueron expropiados a los efectos de determinar su “valor real de mercado”.²³⁸ Sin embargo, no nos sirve como referencia, ya que en el caso *Santa Elena*, Costa Rica había expropiado los bienes de la demandante *en forma directa y legítima*, mediante un decreto formal, de manera no discriminatoria y por razones de utilidad pública (la preservación del medio ambiente). Costa Rica no objetó el derecho a compensación de la demandante. De hecho, sostuvo que “el Estado expropiador [tiene] la obligación legal, tanto en virtud de la legislación costarricense como a la luz del derecho internacional, de pagar una compensación aun en el supuesto

²³⁴ TBI con EE.UU., Artículo IV(1).

²³⁵ (Alemania c. Polonia) 1928 P.C.I.J. (Ser. A) No. 13, página 47 (13 de septiembre).

²³⁶ CIADI Causa No. ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000, *reimpresión* 39 I.L.M. 1317 (2000).

²³⁷ Id., página 1330, párrafo 78 (énfasis propio).

²³⁸ Véase id. página 1329, párrafo 74.

de una expropiación legítima” y “que la compensación debe ser calculada sobre la base del valor real de mercado de los bienes”²³⁹.

149. La única controversia en el caso *Santa Elena* era si la fecha del decreto oficial de expropiación del Gobierno de Costa Rica era, como éste argumentaba, el “momento de la expropiación” a los efectos de determinar el valor real de mercado. El Tribunal se pronunció de manera afirmativa debido a que “desde dicha fecha, el valor económico y práctico de los bienes de la Demandante se perdió de manera irreversible, sin perjuicio de que [la Demandante] conservó la tenencia de los mismos”²⁴⁰. En nuestro caso, por el contrario, la República Argentina expropió la inversión de Sempra y Camuzzi en forma *indirecta e ilegítima*, lo cual dificulta aún más, *primero*, determinar el momento preciso en el cual el valor de la inversión “se perdió de manera irreversible” y, por la misma razón, *en segundo lugar*, establecer el “momento [adecuado] de la expropiación” a los efectos de determinar el “valor real de mercado” de la inversión de Sempra y Camuzzi conforme al Artículo IV(1) del TBI con EE.UU.²⁴¹.

150. En el supuesto de una expropiación directa llevada a cabo mediante un decreto oficial, como en el caso *Santa Elena*, el Estado expropiador, por definición, determina en primera instancia el momento de la expropiación. Si el inversor objeta dicha determinación, como en el caso *Santa Elena*, la cuestión deberá someterse a la evaluación del órgano jurisdiccional correspondiente acordado por las partes. En cambio, entiendo que debería ser el inversor extranjero el encargado de determinar, en primera instancia, el

²³⁹ Id. páginas 1328-29, párrafos 68, 70.

²⁴⁰ Id. página 1330, párrafo 81.

²⁴¹ El TBI con la Unión se refiere al “valor real” en lugar de al “valor justo de mercado”. El Artículo 5(3). Debido a que el valor justo de mercado suele ser superior al valor real, los Artículos 4 y 9 del TBI con la Unión deben aplicarse al caso.

momento de la expropiación cuando, como sucede en nuestro caso, el Estado expropia una inversión “indirectamente mediante una medida equivalente a la expropiación”. Si dicha determinación fuera objetada, naturalmente deberá sometérsela a la evaluación del órgano jurisdiccional que las partes hayan acordado para la resolución de sus controversias. Sin embargo, debido a la naturaleza de una expropiación indirecta, debería tenerse la consideración de concederle al inversor al menos la posibilidad de determinar inicialmente el momento en el cual la expropiación “se lleg[ó] a conocer”²⁴². Existen varios fundamentos que respaldan esta postura.

151. La República Argentina celebró el TBI con los Estados Unidos de América y el TBI con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa a los efectos de fomentar inversiones recíprocas. El propósito de los tratados se vería obviamente desvirtuado si se respaldaran políticas que avalen las expropiaciones indirectas o progresivas. En términos generales, es natural que los inversores comunes se resistan a aceptar que sus inversiones hayan sido expropiadas indirectamente, tanto por motivos de sentido común como por razones de índole legal. En general, intentarán por todos los medios rescatar sus inversiones. Los funcionarios de gobierno pueden garantizarles que una “medida [aislada] equivalente a la expropiación” representa una excepción que será subsanada o indemnizada, ya sea en forma directa o mediante alguna concesión o compensación. (De hecho, es exactamente lo que ocurrió en el presente caso: la República Argentina negoció varios acuerdos a fin de aplazar su obligación de indemnizar a las Licenciatarias por los subsidios y los ajustes según el PPI adeudados, pero luego desconoció también dichos compromisos). Los inversores, en un intento por

²⁴² TBI con EE.UU., Artículo IV(1).

rescatar su inversión, terminan invirtiendo más capital en sus emprendimientos para compensar los efectos de las medidas equivalentes a la expropiación. (Nuevamente, esta hipótesis se verifica en el presente caso: Sempra y Camuzzi efectuaron inversiones adicionales luego de la primera medida equivalente a la expropiación). En particular, cuando un inversor tiene razones para entender que el gobierno no le concederá una adecuada compensación, la decisión de invertir capital suele reflejar un intento desesperado por salvar la inversión y, dadas las circunstancias, es probable que sea la única decisión sensata que se pueda tomar.

152. Este tipo de decisiones de inversión rara vez responde meramente a las vicisitudes del riesgo usual del negocio; en realidad, son reacciones lógicas ante las medidas equivalentes a la expropiación. Es probable que la víctima de una expropiación reconozca una conducta expropiatoria desde sus inicios, pero se resiste a resignarse durante el mayor tiempo posible, esperando poder revertir la situación. También podría darse el caso de que la víctima advirtiera, con un enfoque retrospectivo, que las medidas adoptadas por el gobierno, en el pasado o el presente, o no adoptadas (como en el caso de la falta de cumplimiento) tendrían como ineludible consecuencia la expropiación indirecta. Alentar a los inversores, ante las primeras señales de una "medida equivalente a la expropiación", a alegar que se ha cometido una expropiación y recurrir directamente a un proceso obligatorio de resolución de conflictos desvirtuaría el propósito mismo del BIT.

153. Por estos motivos, si se considerara que el momento de la expropiación es la fecha de la *última* de las medidas equivalentes a la expropiación, que, en los términos del Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense "originó la privación casi irreversible de

la [inversión]", su "valor real de mercado" podría llegar a ser sustancialmente menor que si se tomara como momento de la expropiación la fecha de una medida anterior equivalente a la expropiación. Lo irónico y perverso de esta teoría sería recompensar a la República Argentina tanto por llevar a cabo una expropiación paso a paso en lugar de hacerlo en un solo acto como por contribuir a la debacle de su propia economía mediante el incumplimiento de los compromisos asumidos en relación con las reformas económicas. Por el contrario, siguiendo esta teoría, se castigaría a Sempra y Camuzzi por intentar de buena fe evitar la expropiación y mantener sus inversiones mediante, entre otros actos, el impulso de negociaciones y nuevos acuerdos contractuales con la República Argentina a fin de evitar el impacto de la acumulación de medidas equivalentes a la expropiación.

154. Este supuesto constituiría un precedente calamitoso, entre otros motivos porque infringiría el honorable principio de ley general que rige tanto en el derecho interno como en el internacional según el cual el infractor no puede beneficiarse de su propio delito. Otro resultado perverso de esta teoría sería alentar a los inversores extranjeros a recurrir a un sistema obligatorio de resolución de conflictos en virtud del TBI al comienzo de la controversia en lugar de intentar resolver el problema a través de negociaciones con el gobierno a fin de evitar que el inversor pierda el derecho a la compensación potencial ante la posibilidad de que se deprecie el "valor real de mercado" a medida que se adoptan más "medidas equivalentes a la expropiación".

155. La intención de los creadores de los TBIs con EE.UU. y con la Unión seguramente no guarda relación con esta postura. Tampoco sería congruente con el propósito establecido en el Artículo II(2)(a) del TBI con EE.UU. y el Artículo 3(1) del

TBI con la Unión, que prevén que los Estados parte deben conferir “un trato justo y equitativo” a los inversores. Tampoco resultaría compatible con los principios generales de derecho internacional relativos a la compensación que, como señalé anteriormente en este dictamen, establecen un estándar mínimo de trato que debe ser conferido a todos los inversores en virtud de las disposiciones de los TBIs. El clásico precedente del derecho internacional en materia de indemnización sigue siendo el fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów Factory*²⁴³:

El principio elemental incluido en la noción actual de acto ilícito... sostiene que, en la medida de lo posible, la reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el *status quo* a la situación que existiría si no se hubiera cometido dicho acto. Los principios que deben aplicarse en la determinación del monto de una indemnización adecuada por el acto contrario al derecho internacional incluyen la restitución en especie, o si esto no fuera posible, su equivalente en dinero correspondiente al valor que habría tenido la restitución en especie; y la indemnización, si fuera necesaria, por los daños sufridos que no queden cubiertos por la restitución en especie o por el pago de su equivalente en dinero.²⁴⁴

La Corte confirmó la naturaleza consuetudinaria de esta obligación, que se establece en otros párrafos de la sentencia, al observar que “la reparación constituye la contraparte indispensable por la omisión en la aplicación de una convención, y no hay necesidad de que esté expresamente consagrada en las disposiciones propias de la convención”²⁴⁵. En el caso *Corfu Channel*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que el mismo principio se aplica a las violaciones al derecho consuetudinario internacional²⁴⁶.

156. En resumen, una expropiación “progresiva”, por su propia naturaleza, no puede ser definida mediante un solo acto expropiatorio, fácilmente identificable; por lo

²⁴³ (Alemania c. Polonia) 1928 P.C.I.J. (ser.A) No. 13 (13 de septiembre).

²⁴⁴ Id. página 47.

²⁴⁵ Id. página 21.

²⁴⁶ (Reino Unido c. Albania) (Merits) 1949 I.C.J. Rep. 4, 23 (9 de abril).

tanto, siempre resultará difícil para un tribunal internacional determinar el preciso “momento de la expropiación”, es decir, “la fecha en que la ‘interferencia’ gubernamental produjo la privación de los derechos de propiedad o tornó los mismos prácticamente inútiles”²⁴⁷. La postura del Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense, que sostiene que cuando “las supuestas expropiaciones se llevan a cabo a través de una serie de interferencias en los derechos de propiedad”, el momento de la expropiación es “el día en que la interferencia originó la privación casi irreversible de los derechos de propiedad en lugar de la fecha en la cual comenzaron los acontecimientos”²⁴⁸ podría resultar procedente en determinadas circunstancias, pero no debe ser tomada como una norma aplicable a todos los casos. Calcular el “valor real de mercado” a partir de la fecha de la *última* “medida equivalente a la expropiación” implicaría –de acuerdo con algunos métodos de valuación (por ejemplo, el valor en libros)– determinar el valor de la inversión en el preciso “momento” en que la acumulación de actos ilegítimos del Estado receptor haya *devaluado tan drásticamente* la inversión que se la considere expropiada en virtud del TBI. El “valor económico y práctico de la inversión” para entonces ya se habría “perdido irreversiblemente”²⁴⁹. Esta teoría, en efecto, puede alentar a los Estados a llevar a cabo expropiaciones de manera furtiva e indirecta, mediante una progresión “escalonada” de “medidas equivalentes a la expropiación”, ninguna de las cuales, sin embargo, pueda ser fácilmente identificable como el “momento de la expropiación”.

²⁴⁷ Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica, CIADI Causa No. ARB/96/1, Laudo del 17 de febrero de 2000, *reimpresión* 39 I.L.M. 1317, 1330 (2000).

²⁴⁸ Malek c. Irán, Laudo 534-193-3, párrafo 114 (1992) (cita el caso Int'l Technical Prods. Corp. c. Irán, Laudo No. 196-302-3, pág. 49, *reimpresión* 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 206, 240-241 (1985)).

²⁴⁹ Id. página. 1330, párrafo 81.

157. La cuestión principal en la que deseo hacer hincapié en este momento es que la postura del Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense no es necesariamente “incorrecta”²⁵⁰. Bien podría sentar un estándar adecuado para determinar el momento de la expropiación en la mayoría de los casos de expropiaciones indirectas. Sin embargo, no es una regla automática, y debe ser aplicada con precaución cuando se trata de determinar el “valor real de mercado” de una inversión a los fines de fijar la indemnización estipulada tanto en el TBI con EE.UU. como en el TBI con la Unión. Los TBIs deben disuadir, no fomentar, las expropiaciones ilegítimas. Si se aplicara el estándar del Tribunal de Reclamos Iraní-Estadounidense, en la práctica se reduciría el monto indemnizatorio adeudado a las víctimas de expropiaciones indirectas en virtud de los TBIs, es decir, el “momento de la expropiación” a tales efectos debería fijarse en una fecha mucho más temprana en la progresión de las “medidas equivalentes a la expropiación” adoptadas por el Estado receptor; y es en este sentido que, a mi juicio, la determinación en primera instancia por parte del inversor amerita cierto reconocimiento. No obstante ello, en todos los casos, cualquiera sea el método aplicado por un tribunal en la determinación del preciso “momento de la expropiación” en casos de expropiaciones “progresivas”, la determinación debe permitir al tribunal otorgarle plena vigencia al imperativo consagrado en el caso *Chorzów Factory*: “en la medida de lo posible, la

²⁵⁰ De hecho, en muchas decisiones del Tribunal queda implícito que el Tribunal retiene facultades discrecionales para determinar que el momento de la expropiación corresponde a una fecha determinada a los efectos de la evaluación. Véase, por ejemplo, *Sedco Inc. c. Nat'l Iranian Oil Co.*, Laudo del 27 de mayo de 1986, 25 ILM 629, 631-32 (1986); *Phillips Petro. Co. c. Irán*, 21 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. páginas 122-23.

reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer el *status quo* a la situación que existiría si no se hubiera cometido dicho acto²⁵¹.

C. *Métodos de Valuación*

158. El Artículo IV(1) del TBI con EE.UU., que resulta de aplicación a este caso en virtud de los Artículos 4 y 9 del TBI con la Unión²⁵², establece que “[l]a compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada.” “El valor real de mercado” es una institución del derecho internacional. Su modo de aplicación depende de la naturaleza de los bienes y del contexto. En el Comentario al Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Estatal se expone lo siguiente:

La indemnización por el valor del capital del bien confiscado o destruido como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito generalmente se calcula con arreglo al “valor justo de mercado” del bien perdido. El método empleado para calcular el “valor justo de mercado” depende, sin embargo, de la naturaleza del bien de que se trate²⁵³.

Tanto los tasadores como los jueces suelen utilizar cuatro métodos diferentes para determinar el valor real de mercado, tomando en cuenta en cada caso la naturaleza de los bienes y su contexto. Dichos métodos son (i) el valor en libros, (ii) el valor de reposición, (iii) el valor de liquidación y (iv) el flujo de fondos descontado (en adelante “FFFD”).

159. El método de aplicación natural al presente caso en virtud de los hechos es el FFD. El método FFD suele ser el más apropiado cuando, como en este caso, la

²⁵¹ (Alemania c. Polonia) 1928 P.C.I.J. (Ser. A) No. 13, pág. 47 (13 de septiembre).

²⁵² El TBI con la Unión se refiere al “valor real” en lugar de al “valor justo de mercado”. El Artículo 5(3). Debido a que el valor justo de mercado suele ser superior al valor real, los Artículos 4 y 9 del TBI con la Unión deben aplicarse al caso.

²⁵³ Véase Artículos sobre Responsabilidad del Estado por sus Actos Internacionalmente Ilícitos, Artículos 33-39 en el Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 53º período de sesiones, N.U. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, página 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001), anexo de G.A.Res. 56/83 (12 de diciembre de 2001).

empresa expropiada es una “empresa en marcha”, es decir, “un establecimiento comercial que consiste de activos de producción, que ha llevado a cabo el giro de sus actividades durante el tiempo suficiente como para generar la información necesaria para calcular la proyección de futuros ingresos, y de la que se podría haber esperado con certeza razonable que continuaría produciendo ingresos legítimos a lo largo de su vida económica, si la expropiación no se hubiera efectuado ...”²⁵⁴. Para las empresas en marcha, el valor real de mercado incluye, además del valor neto de los bienes tangibles de la empresa a la fecha de la expropiación, “una estimación de futuras ganancias sujetas a un análisis de flujo de fondos descontado”²⁵⁵. Los economistas emplean el método de empresa en marcha sujeto al análisis de FFD a los efectos de justificar una posible pérdida en el valor del dinero proyectado en el tiempo y los riesgos potenciales del negocio²⁵⁶. El método FFD, cuando resulta de aplicación práctica como en el presente caso, funciona mejor en conjunción con el principio consagrado en el caso *Chorzów Factory* y su evolución jurisprudencial²⁵⁷.

D. *Compensación por Lucro Cesante (Lucrum Cessans)*

160. El derecho internacional, como se ha explicado anteriormente, distingue entre las expropiaciones legítimas, por las cuales debe abonarse una “compensación pronta, adecuada y efectiva”²⁵⁸, y las expropiaciones ilegítimas, por las cuales se debe

²⁵⁴ Banco Mundial, Informe a la Comisión de Desarrollo y Normas sobre Tratamiento de Inversiones Extranjeras Directas, 31 ILM 1363 (1992).

²⁵⁵ Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos, CIADI Causa No. ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto de 2000, 40 ILM 36, 52 (2001).

²⁵⁶ Brice M. Clagett, *Just Compensation in International Law: The Issues Before the Iran-United States Claims Tribunal*, in IV *The Valuation of Nationalized Property in International Law* 31, 49 (Richard B. Lillich ed., 1987).

²⁵⁷ Véase id., páginas 60-67.

²⁵⁸ Brownlie, *supra*, pág. 535 (notas al pie omitidas).

compensar también por el lucro cesante.²⁵⁹ “Deben distinguirse claramente los conceptos de expropiaciones legítimas e ilegítimas, ya que las normas aplicables a la compensación que debe pagar el Estado expropiador difieren en razón de la caracterización legal de la expropiación”²⁶⁰. Ante la falta de esta distinción y según la opinión del Juez Brower, “la parte damnificada no recibiría compensación adicional por el hecho dañoso agravado y el Estado, por su parte, no sufriría menoscabo alguno que pudiera desalentar la reiteración de dichas prácticas ilegítimas”²⁶¹. Los TBIs, que reconocen al derecho internacional como estándar básico, consagran este principio, el cual resulta aplicable a las partes de este caso. Las medidas equivalentes a la expropiación adoptadas por la Provincia en violación a los TBIs constituyeron una expropiación ilegítima; por lo tanto, Sempra y Camuzzi resultan acreedoras a una indemnización por el lucro cesante (*lucrum cessans*). Independientemente del método que emplee el Tribunal para determinar el valor real de mercado, Sempra y Camuzzi deberían percibir, además de dicho valor, el monto correspondiente a las ganancias que razonablemente habrían tenido derecho a esperar obtener durante el período de vigencia de las Licencias, ajustadas a su valor actual.

VIII. Conclusiones

161. Sobre la base de las cuestiones analizadas, resumo mi opinión en las siguientes conclusiones:

- A. Las normas de fondo y de forma previstas en los TBIs celebrados con EE.UU. y la Unión resultan de aplicación al presente caso en su calidad de *lex specialis*. En algunos casos en los cuales los TBIs

²⁵⁹ Id., página 541 (las notas al pie y las citas fueron omitidas); ver también *Amoco Int'l Fin. Corp. c. Irán*, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 189, párrafos 189-206.

²⁶⁰ *Amoco Int'l Fin. Corp.*, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 189, párrafo 192.

²⁶¹ *Sedco, Inc.*, 25 I.L.M. pág. 648 & n.35 (Voto en concurrencia del juez Charles N. Brower).

podieran resultar demasiado sucintos en relación con algún aspecto sustancial, el derecho consuetudinario internacional opera como una fuente accesoria a la cual el Tribunal puede recurrir con el fin de complementar la *lex specialis* que constituyen los TBIs, pero nunca en su reemplazo.

- B. Debido a que el TBI con la Unión incluye una cláusula NMF incondicional y expresamente incorpora los estándares más favorables para el inversor extranjero que se hallan previstos en otros instrumentos pertinentes, el TBI con la Unión incorpora de manera automática los estándares de forma o de fondo consagrados en el TBI con EE.UU. que resulten más favorables para los inversores extranjeros.
- C. La *lex specialis* de los TBIs obliga al Estado receptor (en el presente caso, la República Argentina) a: (i) conferir un trato justo y equitativo a todas las inversiones, según lo establecido en los TBIs; (ii) garantizarles entera o plena protección y seguridad; (iii) abstenerse de perjudicarlas a través de medidas arbitrarias o discriminatorias; (iv) cumplir todos los compromisos asumidos en relación con las inversiones; (v) abstenerse de adoptar medidas impositivas que violen la normativa procesal, sustantiva o contractual del Estado receptor o del derecho consuetudinario internacional, ya que las mismas constituyen el conjunto de expectativas en materia normativa sobre las cuales el inversor

depositó razonablemente su confianza; y, ante todo, (vi) abstenerse de adoptar medidas expropiatorias, ya sea en forma directa o indirecta, a menos que se funden en cuestiones de utilidad pública, no resulten discriminatorias, cumplan con las normas del debido proceso legal, y se prevea el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.

D. En relación con los hechos alegados por Sempra y Camuzzi, la República Argentina violó cada una de las obligaciones mencionadas y, en su conjunto, los actos de la República Argentina – que incluyen actos ilícitos, actos lícitos ejecutados en forma irregular y faltas de cumplimiento– se tradujeron en una progresiva expropiación de su inversión a través de medidas equivalentes a la expropiación. La República Argentina, mediante el accionar de varias de sus divisiones y dependencias por las cuales resulta plenamente responsable conforme al derecho internacional, privó a Sempra y a Camuzzi de su capacidad para administrar y sostener sus inversiones de una manera económicamente viable, y menos aún, en forma rentable.

E. Los TBIs prevén la obligación del Estado receptor de reparar íntegramente el daño causado por la expropiación, lo cual incluye tanto el daño emergente (*damnum emergens*) como el lucro cesante (*lucrum cessans*). En consonancia con el principio básico de derecho internacional consagrado en el caso *Chorzów Factory*, los

TBIs establecen que “en la medida de lo posible, la reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto contrario a derecho y restablecer el *status quo* que, según las mayores probabilidades, habría existido si no se hubiera cometido dicho acto”²⁶²; por lo tanto, el momento de la expropiación a los efectos de determinar el valor real de mercado de las inversiones debe ser la fecha que posibilite al Tribunal poner en práctica dicho mandato.

- F. Según los hechos de este caso, el método de Flujo de Fondos Descontado parecería ser el más apropiado para el cálculo de la compensación integral. Atento a que la República expropió las inversiones de manera ilegítima, e independientemente del método que emplee el Tribunal para determinar el valor real de mercado, Sempra y Camuzzi deberían percibir, además del valor de mercado de sus inversiones, el monto correspondiente a las ganancias que habrían tenido la expectativa razonable de obtener durante el período de vigencia de las Licencias (*lucrum cessans*), ajustado a su valor actual.
- G. En virtud de los TBIs y el derecho consuetudinario internacional, el Gobierno Federal de la República Argentina resulta plenamente responsable por las medidas expropiatorias ilegales adoptadas u otras violaciones a las disposiciones de los TBIs cometidas por las provincias, los municipios y demás órganos, independientemente

²⁶² Chorzów Factory (Alemania c. Polonia) 1928 PCIJ (ser. A) No. 13, pág. 47 (13 de septiembre).

de la caracterización que les corresponda en virtud del derecho interno aplicable, y ya sea que, al así obrar, ejercieren la función legislativa, ejecutiva o judicial.

Respetuosamente presentado,

W. Michael Reisman

Lugar y fecha: New Haven, CT
25 de julio de 2003

CV Resumido

W. Michael Reisman es Profesor de Derecho en Myres S. McDougal, en la Facultad de Derecho de Yale, de cuyo plantel académico ha formado parte desde 1965. Se ha desempeñado como profesor invitado en Tokio, Hong Kong, Berlín, Basilea, París y Ginebra. Es becario de *The World Academy of Art and Science* y ex miembro de su Consejo Ejecutivo. Asimismo, es presidente del Tribunal Arbitral de *Bank for International Settlements*, miembro de la Comisión Asesora sobre Derecho Internacional del Departamento de Estado, co-editor en jefe de *American Journal of International Law*, vicepresidente de *Policy Sciences Center, Inc.*, miembro del Directorio de *The Foreign Policy Association*, miembro del Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Cámara de Comercio Internacional, y ha sido designado para integrar el *Institut de Droit International*. Se desempeñó como árbitro y abogado en diversos casos internacionales y fue vicepresidente, y luego presidente, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, así como vicepresidente y presidente honorario de *American Society of International Law*.

Curriculum Vitae

Nacido el 23 de abril de 1939, en Filadelfia, Estado de Filadelfia; cursó sus estudios en instituciones públicas de Filadelfia; colegio *Central High School*, 1956; B.A. (título universitario en Artes y Ciencias), *Johns Hopkins University*, 1960: LL. B. (primer título universitario en Derecho), *summa cum laude*, Facultad de Derecho, *Hebrew University*, Jerusalén, Israel, 1963; *Diplome en Droit Comparé* (Primer Ciclo), *Faculté Internationale pour l'enseignement de droit comparé* (Strasbourg), 1963; LL. M. (segundo título universitario en Derecho), Facultad de Derecho, Yale, 1964; matriculado en Connecticut, 1964; J.S.D. (doctorado en Ciencias Jurídicas), Facultad de Derecho, Yale, 1965; adjunto de investigaciones, Facultad de Derecho, Yale, 1965; becado de Fulbright, La Haya, Holanda, 1966-67; profesor asociado, Facultad de Derecho, Yale, 1969; profesor titular, Facultad de Derecho, Yale, 1972-82; profesor de Jurisprudencia en Wesley Newcomb Hohfeld, Facultad de Derecho, Yale, 1982-98; profesor de Derecho Internacional en Myres S. McDougal, 1998-; Junta de Editores, *American Journal of International Law*, 1971-1983; Junta de Editores, *American Journal of Comparative Law*, 1971-1977; vicepresidente, *American Society of International Law*, 1984-86; vicepresidente honorario, *American Society of International Law*, 1996; Junta de Editores, *Journal of Conflict Resolution*, 1972-1987; Junta de Editores, *Policy Sciences*, 1984-88; Junta de Revisión y Desarrollo, *American Society of International Law (ASIL)*, 1972-1975; Consejo Ejecutivo, ASIL, 1972-1974, 1983-1984, 1996-; Comité de Desarrollo Estudiantil y Profesional, ASIL, 1971-1974; Panel de Derecho Humanitario, ASIL, 1971-1974; Junta Asesora, *Aviation Consumer Action Project*, 1971-1974; Miembro, *Consortium for Inter-University World Order Studies*, Fondo por la Paz, 1970-1975; Directorio, *Policy Sciences, Inc.*, 1979-; Directorio, Comité Estadounidense de Ayuda a los Refugiados de Somalia, 1980-1986; Junta Asesora, *Urban Morgan Institute for Human Rights*, 1984-; Consejo sobre Relaciones Exteriores, 1975-; *International Law Association*; 1975-; Comité Ejecutivo, Delegación Estadounidense, *International Law Association*, 1981-; becario, *World Academy of Art and Science*, 1981-; Consejo Ejecutivo, *World Academy of Art and Science*, 1983-93; Comisión Asesora sobre

Derecho Internacional, Departamento de Estado de Estados Unidos, 1987-92; Miembro, *Institute for Advanced Studies*, Berlín, 1990; Miembro, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, 1990-95; vicepresidente segundo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, 1992-93; vicepresidente primero, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos; 1993-94; presidente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, 1994-95; vicepresidente honorario, *American Society of International Law*, 1997; miembro del directorio, *Foreign Policy Association*, 1997-; miembro del Institute of World Business Law de la Cámara de Comercio Internacional, 1998-; designado como *associé* del *Institut de Droit International*, 1999; Junta de Asesoramiento Académico para Transnational Publisher's.

Premios y Distinciones: Premio Gherini, Facultad de Derecho, Yale, 1964; Premio de la Organización Internacional (Ginn Foundation), 1965; Becado de Fullbright, 1966-1967; Titular de O'Connell, *University of Florida*, Centro de Derecho, primavera de 1980; *World Academy of Art and Science*, Premio Harold Dwight Lasswell en comunicación en un Mundo Dividido, abril de 1981; Certificado de Mérito, *American Society of International Law*, 1994; *Order of Bahrain*, Primera Clase, 2001.

Conferencias

Conferencia sobre Política y Derecho Internacional de Myres S. McDougal, University of Denver, 1982.

Conferencia como Visitante Destacado, Facultad de Derecho de Cumberland, Samford University, 1986.

Conferencia de Beam, University of Iowa, Facultad de Derecho, 1986.

Conferencia de Dunbar, University of Mississippi, Facultad de Derecho, 1988.

Conferencia de Brainerd Currie, Duke University, Facultad de Derecho, 1989.

Conferencia de Freiwillige Akademische Gesellschaft, University of Basel, 1991.

Conferencia de Sloan, Facultad de Derecho de Pace University, 1992.

Conferencia de Siebenthaler, Facultad de Derecho de Salmon P. Chase, Northern Kentucky University, 1995.

Hague Academy of International Law, 1996.

Conferencia de Lauterpacht, Cambridge University, 1996.

Conferencia de Eberhardt Deutsch, Tulane University, 1997.

Order of the Coif Lecture, 1999.

Conferencia de Hugo L. Black, University of Alabama School of Law, primavera de 2001.

Conferencia de Jonhson, Vanderbilt Law School, enero de 2002.

Conferencia de Adda B. Bozeman, Sarah Lawrence College, abril de 2002.

Misiones de Derechos Humanos

1. Miembro, Consejo Independiente sobre Derechos Humanos Internacionales, Peshawar, Pakistán, 1987.
2. Miembro, Grupo de Observación de la OEA para las Elecciones en Surinam, noviembre de 1987.
3. Miembro, Grupo de la Comisión Internacional de Juristas, Budapest, Hungría, febrero de 1990.
4. Observador, elecciones en Taiwán, Liga Internacional por los Derechos Humanos, diciembre de 1991.
5. Visita a Haití, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990, 1994.
6. Visita a Perú, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990, 1992, 1994.
7. Visita a Colombia, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1991, 1993.
8. Visita a Guatemala, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994.
9. Visita a Bahamas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994.
10. Visita a Ecuador, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1994.
11. Visita a Jamaica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995.
12. Informe ante la Comisión de Revisión Constitucional, Fiji, 1997.

13. Informe ante la Comisión Greenland sobre Autonomía (con Chiméne Keitne),
diciembre de 2001.

Publicaciones

Libros

1. Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards (Yale University Press, 1971).
2. The Art of the Possible: Diplomatic Alternatives in the Middle East (Princeton University Press, 1970).
3. Puerto Rico and the International Process: New Roles in Association (American Society of International Law, West Publishing Company, 1974). Reprinted in 11 Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico (1977).
4. Toward World Order and Human Dignity: Essays in Honor of Myres S. McDougal (co-edited with Burns Weston, Free Press, 1976).
5. Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms (Free Press, 1979).
 - A. Traducción al español, Remedios Contra la Corrupción? (Cohecho, cruzadas y reformas), Fondo de Cultura Económica", México, 1981; vuelto a publicar en sus Series "Biblioteca Jóven", 1984.
 - B. Traducción al japonés, Iwanami Shoten, Tokyo, 1983.
 - C. Traducción al ruso, Moscú, 1988.
6. International Law in Contemporary Perspective: The Public Order of the World Community (co-edited with Myers S. McDougal, Foundation Press, 1981).

7. International Law Essays (co-edited with Myers S. McDougal, Foundation Press, 1981).
8. Power and Policy in Quest of Law: Essays in Honor of Eugene Victor Rostow (with Myers S. McDougal, Martinus Nijhoff, 1985).
9. Jurisprudence: Understanding and Shaping Law (with Aaron M. Schreiber, New Haven Press, 1986).
10. International Incidents: The Law that Counts in World Politics (co-edited with Andrew R. Willard, Princeton University Press, 1988).
11. Regulating Covert Action: Practices, Contexts and Policies of Covert Coercion Abroad in International and American Law (with James E. Baker, Yale University Press, 1992) (traducción al japonés a publicarse en el año 2000).
12. Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair (Duke University Press, 1992).
13. Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation (with Gayl Westerman, St. Martin's Press, 1992).
14. The Laws of War: Basic Documents on the Law of International Armed Conflicts (with Christos T. Antoniou, Vintage Press, 1994).
15. International Commercial Arbitration (with Laurence Craig, William Park and Jan Paulsson, Foundation Press, 1997).
16. The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication (Hague Academy, 1997).

17. Law in Brief Encounters (Yale University Press, 1999).

18. Jurisdiction in International Law (Ashgate, 1999).

Obras en curso

1. Fraudulent Evidence in International Litigation (Lauterpacht Lecture) (Cambridge University Press, 2001).
2. International Law in Contemporary Perspective (2nd ed.) (with Mahnoush Arsanjani and Siegfried Wiessner) (2001).
3. The World Constitutive Process: Structures of Decision in International Law and Politics (with Andrew R. Willard). Fecha de finalización no estimada.
4. International Commercial Arbitration (con Laurence Craig, William Park y Jan Paulsson, Foundation Press, 2004).
5. The World Constitutive Process: Structures of Decision in International Law and Politics (con Andrew R. Willard). Sin fecha estimada de finalización.

Artículos

1. "The Changing Structure of International Law: Unchanging Structure for Inquiry", 65 Columbia Law Review 810 (with Myres S. McDougal, 1965).
2. "The Role of the Economic Agencies in the Enforcement of International Judgments and Awards: A Functional Approach", 19 International Organization 929 (1965).
3. Discurso en De Zaak Zuid- West Afrika: Het Vonnis Van Het Internationaal Gerechtshof Critisch Bezein (1966), pp. 52-59, 61.
4. "Revision of the South West Africa Cases", 7 Virginia Journal of International Law 1 (1966).
5. "The World Constitutive Process of Authoritative Decision", 19 Journal of Legal Education 253 (with Myres S. McDougal y Harold D. Lasswell, 1967); reprinted in McDougal & Reisman, International Law Essays (1981).
6. "Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern", 62 American Journal of International Law 1 (with Myres S. McDougal, 1968); reprinted in 2 International Lawyer 721 (1968).
7. "Theories about International Law: Prologue to a configurative Jurisprudence", 8 Virginia Journal of International Law (with Myres S. McDougal and Harold D. Lasswell, 1968); reprinted in McDougal & Reisman, International Law Essays (1981).
8. "Judgment Enforcement", Proceedings of the American Society of International Law 13 (1968)

9. "The Enforcement of International Judgments and Awards", 63 American Journal of International Law 1 (1969).
10. "The Collection and Distribution of Current Materials for Teaching International Law", 21 Journal of Legal Education 80 (1968).
11. "Facets of International Arbitration", 20 Syracuse Law Review 166 (1968); reprinted as "The Multifaceted Phenomenon of International Arbitration" 24 Arbitration Journal 69 (1969).
12. Memorandum upon Humanitarian Intervention (with Myres S. McDougal, 1968), circulated privately and as a United Nations Petition Document; republished in Lillich, Humanitarian Interventions (1973).
13. "The Continuing Validity of Humanitarian Intervention", 3 International Lawyer 435 (with Myres S. McDougal, 1969).
14. "Ratification of the Genocide Convention", Proceedings of the Association of American Law Schools (1969).
15. "Sanctions and Enforcement", Volume 3, Black & Falk, The Future of the International Legal Order (1970); reprinted in McDougal & Reisman, International Law Essays (1981).
16. "International Non-Liquet: Recrudescence and Transformation", 3 International Lawyer 770 (1969).
17. "Procedures for Controlling Unilateral Treaty Termination", 63 American Journal of International Law 544 (1969).

18. "Responses to Genocide and Discrimination", East African Journal of Law and Development 1971; republished in 1 Denver Journal of International Law 29 (1971).
19. Rapporteur's Report, Working Group on Scientific Knowledge, Education and Communication, Environment and Society, International Joint Conference of the American Geographical Society and the American Division of the World Academy of Art and Science, 1970, published in 184 Annals of the New York Academy of Sciences 594 (1971).
20. "Polaroid Power: Taxing Business for Human Rights", Foreign Policy, verano de 1971.
21. "Diplomatic alternatives in the Middle East: From Obsolescent Goals to a New Program", Testimony in Hearings Before the Subcommittee on the Near East of the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, 92nd Cong., 2nd Session, 22 de febrero de 1972, p. 8.
22. "Who Owns Taiwan", 166 New Republic 21 (2 de abril de 1972).
23. "Who Owns Taiwan: A Search for International title", 81 Yale Law Journal 599 (with Lung-chu Chen, 1972); reprinted in Yung-Hwah Jo, Taiwan's Future (1974).
24. "Theory of Federal Preemption -- Legal Grounding and Application", Anti-Boycott Bulletin (julio de 1977).
25. "The Status of Taiwan: International Law and International Implications", Testimony in Hearings Before the Subcommittee on Asian and Pacific Affairs of the Subcommittee on Foreign Affairs, House of Representatives,

92nd Congress, 2nd Session, 3 de mayo de 1972, on "The New China Policy: Its Impact on the United States and Asia".

26. "The Intelligence Function and World Public Order", 46 Temple Law Quarterly 365 (with Myres S. McDougal and Harold D. Lasswell, 1973); reprinted in McDougal & Reisman, International Law Essays (1981).
27. "Private Armies in a Global War System: Prologue for Decision", 14 Virginia Journal of International Law 1 (1973); reprinted in J.N. Moore, International Law and Civil War (Johns Hopkins Press, 1973); reprinted in McDougal & Reisman, International Law Essays (1981).
28. "Making International Humanitarian Law Effective: The Case for Civic Initiatives", (Paxman & Boggs, eds.) The United Nations: A Reassessment, p. 31 (University of Virginia Press, 1973).
29. "Miselection: Responses to an Insider Coup", The Nation, 13 de agosto de 1973.
30. "Middle East Disengagement: More Substitutes for Peace", The Nation, 9 de marzo de 1974.
31. "Compacts: A Study of Interstate Agreements in the American Federal System", 27 Rutgers Law Review 70 (with Gary Simson, 1973); reprinted in Hazard & Wagner, Law in the United States of America in Social and Technological Revolution 459 (1974).
32. "Accelerating Advisory Opinions: Critique and Proposal", 68 American Journal of International Law 648 (1974).
33. "Living with the Majority", The Nation, 1 de febrero de 1975.

34. "Trade Helps the Traders", The Nation, 12 de junio de 1976.
35. "A Theory about Law from the Policy Perspective", in Weisstub (ed.), Law and Policy (1976).
36. "Recognition and Social Change" in Toward World Order and Human Dignity: Essays in Honor of Myres S. McDougal (with Eisuke Suzuki, co-edited with Burns Weston, 1976).
37. "Big Sticks and Big Mouths", The Nation, 19 de junio de 1976, p. 472.
38. "The Danger of Abandoning Taiwan", New York Times, 28 de agosto de 1976.
39. "Why We Can't Cry Foul", The Nation, 8 de enero de 1977.
40. "African Imperialism", Editorial, 70 American Journal of International Law 801 (1976).
41. "Myth System and Operational Code", 3 Yale Studies in World Public Order 230 (1977).
42. "Foreign Affairs and the Several States", discurso pronunciado en la Reunión Anual de American Society of International Law, 22 de abril de 1977. Proceedings of the 71st Annual Meeting, p. 182.
43. "The Pragmatism of Human Rights", The Nation, 7 de mayo de 1977, p. 554, reprinted in Yale Law Reports (otoño de 1977).
44. "Theory of Federal Preemption – Legal Grounding and Application", Anti-Boycott Bulletin, julio de 1977, p. 121.

45. "On Playing Chinacard", Wall Street Journal, 25 de agosto de 1978.
46. "The Case of Western Somaliland", 1 Horn of Africa 13 (1978).
47. "Playing Chinacard", 13 Yale Law Report (invierno, 1978-79).
48. "Campaigns Against Bribery", Yale Alumni Magazine, p. 17 (febrero de 1979).
49. "Views on Recognizing the Peoples Republic of China", Yale Alumni Magazine and Journal, p. 16 (marzo de 1979).
50. "Treaty Termination in American Constitutional Law", Testimony to the Senate Committee on Foreign Relations, in Treaty Termination, Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate, 96th Congress, 1st Session, 11 de abril de 1979, p. 387.
51. "Who can Terminate Mutual Defense Treaties" (with Myres S. McDougal), Part I, National Law Journal, vol. I., No. 36, 21 de mayo de 1979; Part II, idem., Vol, I, No. 37, 28 de mayo de 1979.
52. In Memoriam "Harold D. Lasswell" 4 Yale Studies in World Public Order 154 (1978).
53. "Harold D. Lasswell", 73 American Journal of International Law 55 (with Myres S. McDougal, 1979).
54. Motion and Brief Amici Curiae in support of petition for certiorari in Goldwater v. Carter, 6 de diciembre de 1979 (with Myres S. McDougal).
55. "The Regime of Straits and National Security", 74 American Journal of International Law 48 (1980).

56. "Termination of the U.S.S.R.'s Treaty Right of Intervention in Iran", 74 American Journal of International Law 144 (1980).
57. "Myres S. McDougal", Biographical Essay in 18 International Encyclopedia of the Social Sciences 479 (1980).
58. "The Legal Effect of Vetoed Resolutions", 74 American Journal of International Law 904 (1980).
59. "The Case of the Non-Permanent Vacancy, 74 American Journal of International Law 907 (1980).
60. "Humanitarian Intervention", The Nation, 24 de mayo de 1980, p. 612.
61. "National Development as International Development", Forward to Lateef, Crisis in the Sahel: A Case Study in Development Cooperation (1980).
62. "The Prescribing Function in World Constitutive Process: How International Law is Made", (with Myres S. McDougal), 6 Yale Studies in World Public Order 249 (1981).
63. "International Law-making: A Process of Communication", Lasswell Memorial Lecture, American Society of International Law, 24 de abril de 1981, Proceedings of the American Society of International Law 101 (1981).
64. "Inadequacies of the Straits' Passage Regime in the LOS Draft", Marine Policy, p. 276 (julio de 1981).