

# El CIADI, los “inversores” y las medidas de emergencia por la pandemia

## Crónicas de un arbitraje anunciado



*Gonzalo Gastón Semeria\**

### Introducción

Que los Estados hayan adoptado medidas de emergencia en el marco de la pandemia del COVID-19 no resulta una anomalía. La historia de las pestes que azotaron a la humanidad, especialmente desde la emergencia del Estado moderno, son un ejemplo patente de cómo el poder administrador implementa acciones tendientes a contener, controlar y sofocar las epidemias.

La genealogía de las razones que han llevado a los Estados, en ocasión de las crisis sanitarias ocurridas, a emprender dispositivos de control sobre su territorio y población escapan a los objetivos de este trabajo. Ya sea que busquen sostener la dinámica de los factores de producción evitando que con la pérdida de vidas se desplome el trabajo o los guíara un imperativo moral, providencial o humanitario, lo cierto es que los Estados han actuado ante estos eventos. De modo que las medidas que nos ocupan en este trabajo no podrían resultar imprevisibles a un observador que preste atención a las regularidades en de la acción estatal.

Cabe recordar que los “poderes de regulación/ de policía” se han desarrollado en simultáneo con la problematización social de situaciones que afectan a la salubridad/salud pública, en la medida que estas escapan de los límites de la esfera individual. Es imposible obviar este lazo, en especial en nuestro país, donde ya desde el año 1887 la Corte Suprema instituyó que “Nadie puede tener un derecho

\* Docente de Introducción al Derecho (UNPAZ) y Teoría General del Derecho (UBA).

adquirido a comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o industria”.<sup>1</sup>

Tampoco es novedoso que los Estados adopten medidas especiales ante las emergencias sociales y económicas. En efecto, la Corte Suprema

en reiteradas oportunidades [sostuvo] que, el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que, atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (*Fallos*: 136:161; 313:1513 y 317:1462).<sup>2</sup>

Ahora bien, el problema que motiva nuestro trabajo emerge del choque entre esta regularidad de la acción estatal: “la intervención ante el estado de necesidad”; y la tendencia de los inversores extranjeros, refractarios a este tipo de medidas, de demandar a los Estados, en tanto entienden que se afectan directa o indirectamente sus intereses y/o derechos.

Este conflicto, por ahora “latente”, deviene trascendente atento a la proliferación de tratados bilaterales de inversión (TBI) firmados por la Argentina, que habilitan a los inversores extranjeros a recurrir a mecanismos internacionales de solución de controversias, siendo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (los arbitrajes CIADI) la vía más usual para demandar a nuestro país. En efecto, para el año 2019 Argentina encabezó la lista de Estados demandado ante el Centro, correspondiéndole 62 de las 282 demandas que han sido trabadas por inversores extranjeros contra países latinoamericanos, que a su vez, en conjunto, representan el 78% del total del CIADI.<sup>3</sup>

Es por ello que, dada esta regularidad en el accionar de los inversores, en este trabajo nos proponemos pensar qué podría suceder si alguno de ellos entiende que con el dictado del Decreto N° 297/2020 y siguientes, que regulan el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO), se afectaron ilegítimamente sus inversiones y, en consecuencia, plantea una demanda contra el país en el CIADI.<sup>4</sup>

Nuestra exploración tratará de señalar algunos puntos problemáticos del sistema, mostrando las tensiones y desventajas que este presupone para el Estado tomando como base la forma en la que se ha interpretado “estado de necesidad”.

1 CSJN, “Los Saladeristas Podestá y otros c/ PBA”.

2 CSJN, “Smith, Carlos Antonio c / PEN s / Sumarísimo”.

3 Fuente consultada: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/> Recuperada el 29/08/2020.

4 Cabe aclarar que los inversores también podrían plantear sus reclamos ante otro mecanismo internacional de solución de controversias, atento a que los TBI firmados por el país les permiten acudir indistintamente ante el CIADI o a un arbitraje de acuerdo con las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o ante cualquier otra institución arbitral con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia. Vale como ejemplo el punto 3 del artículo VII del TBI Argentina-EEUU. Ahora, siendo que la inmensa mayoría de los laudos contra la Argentina se entablaron en el marco del CIADI, nos ocuparemos de las vicisitudes de este sistema.

En primer lugar, abordaremos la cuestión del derecho aplicable por los Tribunales Arbitrales para luego pasar a cómo se ha interpretado el estado de necesidad y situaciones análogas en los casos recientes contra la Argentina, para así arribar a algunas conclusiones.

Siendo que —como algunos sospechábamos— la pandemia no modificó la desigualdad estructural que sostiene la hegemonía neoliberal, tanto al interior de los Estados como en el plano transnacional, más bien la agravó; debemos prepararnos para resistir y enfrentar las posibles batallas jurídico-políticas que, una vez se marchiten los arreglos florales de las mesas por la resiliencia, buscarán expoliar lo que quede de la riqueza de los pueblos.

## **El derecho aplicable: deferencia vs. sospecha**

No es la primera vez que el derecho administrativo encuentra desafiada su soberanía sobre esta dimensión de la juridicidad. Ya desde antes del desarrollo de esta trama internacional para la “solución” de controversias, el derecho administrativo enfrentó (y aun lo hace) los embates de la corriente iusprivatista, que pretende hacer de este derecho “común” la regla y tamiz por el cual debe pasar la actividad estatal en su relación con los particulares.

De alguna forma pareciera que esta pulsión contra las potestades de regulación de los Estados, ejercitada en el marco de la Constitución, encuentran una fuerte resistencia en ciertos grupos concentrados de poder económico, reacios a las medidas de armonización entre los derechos e intereses particulares y la salvaguarda del interés general, entendiendo a este como la realización de los principios de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

Así, en el ámbito interno, parte de la doctrina y de los profesionales del derecho se han ocupado de atacar las fronteras entre el derecho público y privado, incluso desconociendo la fuerza cardinal de la Carta Magna para el orden jurídico argentino. Puede sospecharse que detrás de esta disputa académica/ideológica operan intereses ligados a la actividad del litigio contra el Estado y a la necesidad de legitimar una posición ante el derecho que garantice a ciertos actores privados una garantía especial.

Transitivamente lo mismo ocurre en el ámbito del arbitraje internacional. No parecería ser una casualidad que los estudios jurídicos nacionales que militan esta posición ante el derecho en el ámbito interno patrocinen a inversores extranjeros en los laudos contra el país ante el CIADI.

Así, esta disputa entre derecho público y derecho privado, en los tiempos de explosión de los laudos arbitrales internacionales contra la Argentina, mutó o se resignificó en el binomio derecho nacional-derecho administrativo global, que podría resumirse en la interpretación del derecho, en la mayoría de las veces, de conformidad con los intereses del inversor extranjero.

Como bien precisa Endara Flores,

el principal instrumento aplicable al fondo de una controversia surgida entre el Estado receptor y el Inversionista será el Tratado de inversión, concretamente, las protecciones sustantivas contenidas en el texto del TI que los inversionistas alegan han sido vulneradas por el Estado receptor [...] Si bien el TI será la fuente principal a ser aplicada por el Tribunal para resolver la controversia, este no podría ser aplicado en solitario o de manera autónoma, ya que no define exhaustivamente todos los aspectos de la relación inversionista-Estado y contiene las obligaciones básicas del Estado”. De ahí que en ciertas ocasiones otras fuentes resultan relevantes en la disputa, como sería el caso del derecho local del Estado receptor (Flores, 2011: 104).

Este criterio se encuentra receptado en el artículo 42 del Convenio CIADI, que establece que

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 aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

De modo que, si bien cada TBI operaría como fuente primaria del laudo, no puede obviarse que este entra en juego con otras estructuras jurídicas que deberían ser armonizadas por el Tribunal: el derecho internacional privado y el derecho local. Así, en el caso LG & E contra Argentina, al resolver sobre el derecho aplicable al caso, el Tribunal entendió que la prelación normativa comprende

en primer lugar, el Tratado Bilateral, en segundo lugar, y a falta de regulaciones expresas de este último, aplicará el Derecho internacional general y, en tercer lugar, el Derecho interno argentino, especialmente el [...] dictado para el sector del gas natural. Este último se aplicará por la importancia que reviste para la determinación de la posible responsabilidad de la República Argentina.<sup>5</sup>

No obstante, bien advierte Barraguirre que

No basta con repetir el sonsonete de que un ilícito internacional tiene autonomía respecto la calificación del acto por el derecho doméstico. Si esto es aplicable a la generalidad de los tribunales internacionales, no es aplicable a los tribunales de inversión bajo el régimen del Convenio CIADI y de algunos TBIs pues

---

<sup>5</sup> LG&E v. Argentina, Decisión sobre Responsabilidad. Octubre 3, 2006.

tanto aquél como estos obligan a los tribunales arbitrales a aplicar, precisamente, derecho doméstico (Barraguirre, 2007: 112).

Esta crítica se funda en la actitud mayoritaria de los Tribunales frente al derecho local, como se condensa en el caso CMS c. Argentina, en el que el tribunal se rehusó a aplicar el derecho local. Ejemplo de “La visión que insulariza los derechos de los contratos de las obligaciones [que] concibe a los contratos como oportunidades para el beneficio unilateral y los aísla de la ley imperativa que los regula” (Barraguirre, 2007: 114). Razón por la cual el Profesor exhorta una postura deferente al derecho local.

En este sentido puede entenderse lo resuelto en El Paso C. Argentina, donde el tribunal sostuvo que

El hecho de que el TBI y el derecho internacional rijan la cuestión de la responsabilidad de la Argentina por la violación del tratado no implica que el derecho interno de la Argentina no tenga un papel que jugar también (punto 135).

Como puede apreciarse, la determinación del derecho aplicable resulta ser uno de los puntos más complejos y cuestionados. Especialmente a la luz de cláusulas como las contenidas en el TBI Argentina-Bélgica, que en su artículo 9 dispone que

Cuando una cuestión relativa a las inversiones 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.

Este tipo de convenciones difuminan la claridad y certeza abriendo de manera desmesurada la mutabilidad del régimen jurídico a la conveniencia del inversor.

De modo que, en cuanto al problema del derecho aplicable, podemos concluir que encontramos dos nudos problemáticos: primero, la falta de deferencia al derecho local y, en segundo lugar, las fórmulas amplísimas de algunos TBIs que impiden fijar certeza sobre el régimen jurídico a aplicar.

## **El estado de necesidad, el sostenimiento del orden, la seguridad y los arbitrajes CIADI**

Como bien recoge González Napolitano, la falta de uniformidad respecto del tratamiento dado a las mismas materias se configura como un problema de importante trascendencia para analizar, como la acción de los tribunales arbitrales en el ámbito del CIADI, que constituirían una amenaza para la unidad del derecho internacional (González Napolitano, 2007).

Antes de analizar cómo este instituto es abordado por la CDI y los tribunales CIADI en los casos CMS c. Argentina (2005) y LG&E c. Argentina (2006), daremos algunas precisiones sobre su carácter en el derecho público local, que, como sabemos, es conocido por el inversionista extranjero (o debería serlo, puesto que nadie puede alegar su propia torpeza o ir contra el principio/ficción de la presunción de conocimiento del derecho por todos).

Si bien sabemos que la configuración de la responsabilidad internacional es independiente de la calificación que merezca la acción u omisión estatal en el orden jurídico nacional, no resulta coherente prescindir absolutamente del análisis de su contenido.

Nuestra ley de responsabilidad del Estado contempla, en el ámbito extracontractual, la responsabilidad por actividad ilegítima, caracterizada por la configuración de una falta de servicio (conf. art. 3, inc. d “que consiste en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”); o la responsabilidad por actividad legítima (de carácter excepcional), que requiere de la presencia de un sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido (conf. art. 5, inc. e).

A este resultado normativo se ha llegado luego del desarrollo y evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad del Estado, especialmente por su actividad legítima. Nótese que el estado de necesidad no aparece en la ley como un instituto para excluir “la ilicitud” de la actividad estatal, como así tampoco para evitar la reparación de la actividad estatal legítima.

De tal forma que, en el orden jurídico nacional, quien viera afectado sus derechos de manera cierta y actual por una causa directa, inmediata y exclusiva del accionar estatal en el ejercicio legítimo de sus funciones como autoridad pública podrá solicitar la reparación del daño que esta ocasione siempre que se pruebe la ausencia del deber de soportar el daño y el sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Cabe entonces aclarar que, en el ámbito interno, en nuestro derecho el Estado no debe recurrir a figuras como el estado de necesidad para fundar una defensa contra la posible afectación de los derechos de los particulares en el marco del ejercicio legítimo de sus atribuciones. Ahora bien, en el ámbito de los TBI la cuestión es diferente, concretamente porque aquí lo que se discute es si el Estado violó o no el TBI con su acción “legítima” (o no) a la luz de su derecho interno.

En este sentido se torna relevante la cuestión del estado de necesidad, no porque sea receptado en el derecho interno, sino por su utilización en el derecho internacional, especialmente en el ámbito del derecho que circula en torno a los tratados de inversión.

Recordemos que el estado de necesidad, en esta dimensión jurídica, puede ser entendido como la defensa disponible a los Estado para repeler la ilicitud internacional de un acto realizado en el ámbito nacional. La Comisión de Derecho Internacional de la ONU –CDI– ha proyectado los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, los cuales fueron presentados en la 85a sesión plenaria del 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de la ONU.

El artículo 25 del proyecto de la CDI establece que

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

Bien señala González Napolitano, si bien esta norma elaborada por la CDI no fue aprobada, la Corte Internacional de Justicia reconoció su existencia consuetudinaria en el caso *Gabčíkovo* y en la Opinión Consultiva sobre la construcción del muro en territorio palestino ocupado, aunque no llegó a aplicarla en casos concretos.

Podemos decir, entonces, que siguiendo este criterio se desprenden cuatro requisitos acumulativos para la configuración del estado de necesidad: 1) que exista un peligro grave e inminente; 2) que pueda afectar un interés esencial del Estado; 3) que la medida se tome como único modo de salvaguardia; 4) que no se afecte gravemente a un interés esencial de otro Estado o de la comunidad internacional. A su vez, no se puede invocar estado de necesidad respecto de una obligación internacional que excluya la posibilidad de invocar dicha causal; y el Estado no debe haber contribuido a que se produzca el estado de necesidad (González Napolitano, 2007).

Ahora sí estamos en condiciones de abordar las decisiones de dos tribunales arbitrales respecto de la aplicación de la figura del estado de necesidad en los casos *CMS c. Argentina* (2005) y *LG&E c. Argentina*.

La solución dada por ambos tribunales fue diametralmente opuesta, teniendo en cuenta que los dos se ocuparon –en parte– de la misma cuestión, es decir, de decidir si las medidas de emergencia dictadas por la Argentina podían ampararse en la defensa de necesidad. En los dos casos también estaba en

juego la aplicación del mismo tratado bilateral de inversiones celebrado entre Argentina y los EE.UU (González Napolitano, 2007).

En ambos casos, en los que se debatió en torno a las medidas de emergencia tomadas por el país en el marco de la crisis de 2001, la Argentina apostó su defensa recurriendo al artículo XI del TBI Argentina-EE.UU., que establece que el tratado no impedirá la aplicación de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad; ello en conjunto con en el instituto del estado de necesidad que, como hemos señalado más arriba, reviste el carácter de costumbre internacional, lo cual ha sido reconocido por ambos tribunales.

En el caso CMS, al referirse a las medidas de emergencia que tomó la Argentina, el Tribunal avanzó sobre la oportunidad y mérito de dichas medidas a tal punto que señala que

Este aspecto es, sin duda, discutible. Las opiniones de las partes y de destacados economistas tienen diferencias cruciales en esta materia, que van desde el apoyo a esas medidas hasta el análisis de una amplia gama de alternativas, entre ellas dolarizar la economía, otorgar subsidios directos a la población o las industrias afectadas y muchas otras. Establecer cuál de esas políticas hubiera sido la mejor es una decisión que excede de las atribuciones del Tribunal, cuya labor se limita a establecer si existía uno solo o varios modos para esa salvaguardia y, en consecuencia, si se han cumplido o no los requisitos que permiten excluir la ilicitud (Caso CMS, par. 323).

De este modo el Tribunal evaluó cómo el Estado ejerció la potestad que le concede el artículo XI del TBI, avanzando sobre un punto nodal para la cuestión de la soberanía: cómo los Estados deciden autónomamente proteger su orden ante situaciones de emergencia que ponen en jaque su propia perdurabilidad.

Distinta fue la postura tomada por el Tribunal del caso LG&E, que reconoció que había múltiples soluciones al problema de cómo proteger el orden y la seguridad ante la crisis del 2001, siendo suficiente para el Tribunal que la medida tomada haya sido legítima para proteger el sistema económico y social.

El punto central, como puede verse, radica en el reconocimiento de la naturaleza autojuzgable del artículo XI del TBI, es decir, si se considera discrecional y hasta qué punto, la potestad del Estado para tomar medidas de emergencia en defensa de la seguridad y el orden. En el caso CMS, se optó por entender que no asiste razón al Estado en tanto esta cláusula no es autojuzgable. A tal punto que no solo cabe al Tribunal analizar si el Estado obró de buena fe, como se determina en LG&E, sino que además se debe avanzar sobre un criterio estricto de las condiciones de la medida.

A su vez, cabe dar cuenta del alcance de los efectos asignados por cada tribunal al estado de necesidad. En el caso de LG&E quedó claro, siguiendo el criterio del proyecto de la CDI, que la configuración

de este supuesto se erige como un eximente de la responsabilidad estatal (y del deber de reparar). Por su parte, en CMS el tribunal se apartó de esta costumbre y sostuvo que, si bien se excluía de ilicitud, cabía el deber de indemnizar.

## **¿Qué podría suceder si los inversores inician reclamos ante el CIADI contra la Argentina por las medidas de emergencia dictadas en el marco de la pandemia del COVID-19?**

Responder a esta pregunta de manera unívoca resulta a todas luces poco sensato, dada la falta de homogeneidad en los criterios de los tribunales que se conforman hoy en el marco del CIADI. No obstante, con todo lo dicho, hagamos el ejercicio a fin de tener un panorama posible.

De modo que supongamos que en el marco del TBI Argentina-EE.UU. un inversor estadounidense entiende que el aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo atenta contra el TBI en la medida que arbitrariamente le impide el desarrollo de su inversión, ocasionándole pérdidas económicas. Recordemos que el artículo II, punto b del TBI establece que

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.

Conforme es habitual en la defensa de nuestro país ante estos posibles planteos, es probable que se esgrima el artículo XI del TBI y el estado de necesidad como en CMS y LG&E. En este sentido, se podría decir que estas medidas se han adoptado en el marco de la preservación del orden y la seguridad, entendiendo al control de la epidemia y la política sanitaria como una dimensión de este acápite del TBI.

Probablemente el Tribunal entenderá que estas situaciones se encuentran dentro de los alcances del artículo XI, más aún en el marco de la pandemia. Ahora bien, el problema estará en qué estándar de juicio aplicará para analizar la conducta estatal. Replicando los casos mencionados, podemos decir que el Tribunal podría avanzar, como en el caso CMS, y juzgar si la medida de aislamiento social preventivo y obligatorio era la medida adecuada para la emergencia. Incluso, emulando los argumentos de aquel Tribunal, podrá argüir que otros países han tomado otras medidas “menos restrictivas” para enfrentar la emergencia, lo que la tornaría arbitraria, en el marco de la cláusula 2, punto b del TBI.

Por otro lado, podríamos “tener suerte” y que el tribunal que se conforme para tratar el caso realice el mismo recorrido hermenéutico que el tribunal del caso LG&E, y que, de este modo, entienda que el Estado actuó de buena fe en la adopción de las medidas de emergencia. A favor de esta postura podría-

mos esgrimir que las medidas adoptadas no violan la cláusula IV del TBI, en la medida que el Estado, en materia de restricciones y beneficios en el marco de la emergencia les otorga “un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas”.

## Colofón

Quien escribe estas páginas confiesa que no guarda la mayor de las simpatías por el sistema CIADI y otros arbitrajes en el marco de los TBI. Posición que no parte del prejuicio sino, por el contrario, del reconocimiento del proyecto político al que apunta el CIADI y su fragmentación del derecho internacional a medida de los inversores.

El artículo del ex Procurador del Tesoro de la Nación, Osvaldo Guglielmino, “Los contratos administrativos y el arbitraje”, en el que narra sus vivencias y las vicisitudes de su gestión en la defensa del país en arbitrajes CIADI, permite confirmar las sospechas sobre las trampas del sistema, en el que los tribunales llamativamente ignoran las irregularidades cometidas por las empresas en los contratos que reclaman, como en el caso Siemens en el que el tribunal condenó a nuestro país por 217 millones de dólares, pese a la trama de corrupción que incluía a la empresa y fue luego investigada por la justicia alemana. La falta de imparcialidad de los/as árbitros es otro tema, llegando al extremo de la señora árbitro en el caso Vivendi, que era directora del banco accionista de la firma que demandaba a la Argentina, o hasta situaciones menos groseras, pero no por ello menos nocivas y peligrosas. Pues la gran mayoría de los/as árbitros son miembros de los estudios jurídicos que representan, asesoran y en algunos casos administran a las firmas que demandan. La sospecha de colusión es más que fundada. Sorprende que los/as árbitros enfatizen tanto en el derecho de los/as inversores y se olviden de uno de los objetos del convenio CIADI, el desarrollo económico de los Estados. Así, como señala Turyn,

El derecho Internacional de las inversiones tiene como objeto la protección que reciben las inversiones en el territorio del Estado receptor de tales inversiones, pero también tiene como objeto el desarrollo económico que tal protección tienen como fin. Esto consiste y consta en los preámbulos de vastas mayorías de los TBIs, ya sean antiguos o contemporáneos, como en el Convenio CIADI (Turyn, 2012: 191).

Algo habría que hacer, entonces, para dejar en claro que los TBI no deberían ser “una declaración de derechos de los inversionistas”. Las opciones parecerían todas muy arriesgadas. Modificar la función y los dispositivos de revisión de los laudos, que pareciera la vía más rápida, como señala Barraguirre, tienen bastantes detractores internos. En efecto, “Las actuales propuestas para transformar los comités de anulación del CIADI en tribunales de apelación son resistidas por la comunidad de inversores y árbitros” (Barraguirre, 2007: 118). Otra opción sería avanzar en la salida regional y conjunta del sistema CIADI, como Bolivia, Ecuador y Venezuela, y así, junto con Brasil que nunca ingresó, potenciar y

relanzar el proyecto de crear en el ámbito de la UNASUR, una vez reflatada esa experiencia regional, un centro de resolución de controversias que no reproduzca los vicios neoliberales del modelo CIADI.

Me inclino por esta última salida, más ante un mundo donde las consecuencias de la actividad de las empresas en la salud, el medioambiente y el desarrollo económico y social se vuelve cada vez más relevante.

Que los Gobiernos, a la hora de tomar medidas restrictivas en pos de la salud, la seguridad y el orden público, deban preocuparse por la catarata de reclamos y laudos arbitrales, en los que seguramente se imponga una mirada pro-capital, resulta un grave problema para la institucionalidad de la región. Como bien sintetiza Kodelia “El tándem TBI-CIADI, como guardián internacional de las inversiones, es uno de los componentes principales de lo que se intenta posicionar como derecho administrativo global, que es el disciplinamiento a escala planetaria de las economías nacionales de estructura dependiente” (Kodelia, 2017: 54).

Debemos pensar estrategias en dos tiempos que permitan repeler en lo inmediato la mayor parte de los efectos nocivos derivados directa e indirectamente desde este tándem; mientras avanzamos en una nueva articulación regional que permita entablar un marco institucional para la resolución de controversias entre los Estados y el capital transnacional, dejando atrás el desmadre actual, que groseramente desconoce los derechos de los pueblos.

## Bibliografía

- Díez-Hochleitner, J. (2003). *La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras*. Trabajo presentado en el seminario “La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El caso argentino”. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, vol. 9, 1-9.
- Endara Flores, F. (2011). Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión aplicable. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 3(1).
- Barraguirre, J. (2007). Los tratados bilaterales de inversión (TBIS) y el convenio CIADI ¿la evaporación del derecho administrativo doméstico? *Res Pública*, 3, 107-121.
- González Napolitano, S. (2007). Decisiones de tribunales arbitrales del CIADI sobre estado de necesidad y medidas provisionales: ¿Fragmentación del derecho internacional? En J. Barboza (coord.), *Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional* (pp. 121-136) (ISBN 978-987-96830-7-1) Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- (2015). Reflexionando acerca de la independencia y la imparcialidad como cualidades de los jueces y árbitros internacionales. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones. Recuperado del Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <2314-0186 (impreso)>
- (2010). Solución de controversias en el marco del CIADI. Material de cátedra, UBA (pp. 1-6). Recuperado de [http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan\\_estudio/asig\\_catedras\\_matestudio.a.sp?carr=1&depto=8&idmat=17&idcat=75&mat=Derecho Internacional Público&cat=Silvina Sandra González Napolitano&matestud=0](http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/plan_estudio/asig_catedras_matestudio.a.sp?carr=1&depto=8&idmat=17&idcat=75&mat=Derecho Internacional Público&cat=Silvina Sandra González Napolitano&matestud=0)

- Galeano, J. (2006). Contratos administrativos y jurisdicción internacional. Algunas observaciones críticas a la práctica de los arbitrajes CIADI. En *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira* (pp. 417-437). Buenos Aires: Universidad Austral.
- Guglielmino, O. C. (agosto de 2010). Los contratos administrativos y el arbitraje. *Suplemento de Derecho Administrativo, La Ley*, 115.
- Kodelia, G. (2017) Teoría general del contrato administrativo. En *Contratos administrativos. Teoría y práctica* (pp. 17-69). Buenos Aires: Diamante en Almibar.
- Turyn, A. (2012). Comentarios sobre el derecho internacional de las inversiones extranjeras y la solución jurisdiccional administrada por el centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI). *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 37(86). Recuperado del Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <2451-5795 (impreso).

## Jurisprudencia

- CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, 3 de octubre de 2006.