

La prórroga de jurisdicción mediante Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones bajo la luz del derecho constitucional



*Juan Erbin**

I. Introducción

El desarrollo del comercio internacional, así como el avance de las corporaciones transnacionales, con el apoyo de sus países de origen, puso en marcha en la década del '60 del siglo pasado un proceso global con el objetivo de superar las barreras aduaneras. De este modo se avanzó en la instrumentación de políticas de apertura económica y de liberalización a las inversiones extranjeras por parte de los Estados nacionales.

Este proceso se manifestó en un crecimiento de los flujos de inversión extranjera directa producto de la globalización, lo que llevó a que los gobiernos incorporen esta variable en sus políticas de crecimiento económico, generando una puja para atraer inversiones internacionales como fuente de financiamiento.

Así, en las décadas del '80 y '90, con el fuerte impulso de los postulados ideológicos del neoliberalismo a nivel global, se desembocó en numerosos casos en políticas unilaterales de liberalización de los regímenes de inversión y liberalización financiera, conjugados con reglas

* Abogado especialista en Derecho Administrativo (UBA). Magister en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA, tesis en elaboración). Abogado asesor de la Procuración del Tesoro de la Nación. Ex Subdirector Nacional de Asuntos Judiciales de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (UBA). Autor de diversas publicaciones sobre temas de derecho público.

internacionalmente aceptadas sobre la materia. De este modo, se fueron concibiendo una serie de instrumentos internacionales (bilaterales, regionales y multilaterales) que incorporaron, de manera directa o indirecta, cuestiones relacionadas con las inversiones.

En este contexto se insertan los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBI o BIT), los que al año 2003 eran, de acuerdo a datos de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo), 2.265.¹ A su vez, para el año 2010, se contabilizaban 2.807 instrumentos firmados y aprobados por las naciones del mundo.²

En lo que interesa a este Trabajo, “la Argentina es una de las naciones que tiene más BIT en vigencia, ingresando al grupo de los 20 países con mayor número de tratados concluidos, igualando a España y Suecia (54 tratados vigentes cada 1) y superando a Estados Unidos (39)”.³

De acuerdo a un informe de Magdalena Bas Vilizzio, al año 2015 Argentina poseía 55 TBI vigentes,⁴ y se ha registrado la suscripción de un nuevo TBI, con el Estado de Qatar en 2017.

Resulta interesante destacar que 24 TBI se encuentran suscriptos con naciones europeas, 15 con naciones americanas, 10 con naciones asiáticas, 5 con naciones africanas, y 1 con una nación de Oceanía.⁵

A su vez, de los 15 TBI suscriptos con naciones americanas, solo 5 lo son con países de la región sudamericana. Es dable señalar que en este grupo se encuentran TBI con México, EE. UU. y Canadá.

El presente trabajo pretende analizar el fenómeno de la proliferación de los TBI como una forma de integración regional y extrarregional. A la vez, se intentará repensar cual es su régimen constitucional y jerarquía normativa, de acuerdo a nuestra Carta Fundamental.

1 Conf. Ortiz, R. (2006). *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*. Recuperado de https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CC4QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.inpade.org.ar%2Ffile_download%2F58%2FFOCO%2B-Argentina%2C%2Blos%2BBITs%2By%2BeI%2BCIADI%2Besp-2006.pdf&ei=okVIUqz5Mo2c9QT31YGAAw&usq=AFQjCNHoRJkxMDJeKwk-T4VYmDLCMbcV9w&bvm=bv.55139894,d.eWU

2 Conf. Minaverry, C. M. (2012). *El Arbitraje como mecanismo de solución de disputas: El caso argentino en el CIADI*. Buenos Aires: UNSAM.

3 Conf. Ortiz, R. (2006), *op. cit.*, p. 4.

4 Conf. Bas Vilizzio, M. (2015). Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de Situación en América del Sur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 3(5). Recuperado de <http://dx.doi.org/10.16890/rstpra3.n5.233>

5 Conf. Ortiz, R. (2006), *op. cit.*, Anexo 1, p. 48.

II. La clasificación de los Tratados Internacionales por nuestra Constitución Nacional

Para entender el fenómeno de los TBI, en primer lugar, debe conocerse y analizarse el marco jurídico constitucional en el que se insertan. Es que más allá de la voluntad de la Nación argentina de abrirse al mundo e intentar generar condiciones que, supuestamente, favorezcan el arribo de inversiones extranjeras, las acciones que realicen los poderes constituidos deben ajustarse y someterse a la Constitución Nacional.

Nuestra Constitución prevé distintas especies de tratados, sometidos a distintos regímenes de aprobación, y con diversa jerarquía legal.

Previo a introducirnos en el objeto de este punto, es dable recordar que el artículo 27 de la CN indica un primer requisito para la constitucionalidad de los instrumentos internacionales: estar conformes a los principios de derecho público, establecidos estos en la misma Constitución Nacional.

María Angélica Gelli sostiene, refiriéndose a la reforma de 1994, que

el principio del art. 27 mantuvo su plena eficacia y con él la preminencia de la Constitución por sobre los tratados, con la excepción de los tratados de derechos humanos a los que el art. 75 inc. 22, declaró con jerarquía constitucional.⁶

Tanto los tratados aprobados por el mecanismo ordinario como los tratados de integración poseen una jerarquía superior a las leyes, lo que implica, ante la falta de otra disposición en contrario, que se encuentran subordinados a la Constitución Nacional (art. 75, incs. 22 y 24). Máxime cuando el propio constituyente estableció expresamente qué tipo de tratados tenían rango constitucional.

A su vez, el artículo 75, inciso 22, establece una categoría especial para los tratados de derechos humanos allí enumerados y los que en el futuro se aprueben bajo determinadas mayorías. Estos documentos, en las condiciones de su vigencia, poseen rango constitucional pero no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios a los derechos y garantías allí reconocidos.

En este sentido, Néstor Pedro Sagüés, si bien en una posición no mayoritaria, refiriéndose a los Tratados de Derechos Humanos –constitucionalizados o a constitucionalizar, citados en el artículo 75, inciso 22, o aquellos que se aprueben por el procedimiento especial allí establecido–, indicó que “de haber conflicto entre algún precepto de las susodichas convenciones, pactos, etc., con una regla de la primera parte de la Constitución, prevalecería ésta, y no la norma internacional”.⁷

⁶ Conf. Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Buenos Aires.: La Ley, p 417.

⁷ Sagüés N. P. (1994). Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994. *La Ley*, (1994-E), 1036 y ss.

Así se ha expedido la Corte Suprema in re “Chocobar Sixto” (*Fallos* 319:3241).

Por su parte, Agustín Gordillo sostiene la supranacionalidad de los tratados y sus normas derivadas, luego de destacar algunas de las previsiones en particular de diversos tratados firmados por el Estado nacional.⁸ En este punto, conviene resaltar que el propio autor distingue entre las conclusiones que se desprenden de la Constitución y su opinión personal.⁹

El mismo Gordillo, en su libro *Derechos humanos*, sostiene que

La Convención como derecho supranacional elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país –o gobierno– como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, “es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver”.¹⁰

Por su parte, Gelli, refiriéndose a aquellos instrumentos explícitamente incluidos en el texto constitucional, pregona que estas “convenciones no han derogado artículo de la primera parte, y se consideran complementarias a los derechos allí reconocidos. Se entiende que el constituyente ya ha realizado el juicio de constitucionalidad, por lo que no puede pregonarse su incompatibilidad”.¹¹

Un análisis más detenido merecen los tratados de integración indicados en el artículo 75, inciso 24. Se trata de acuerdos internacionales por los que se delegan competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales en condiciones de reciprocidad e igualdad, que respeten el orden democrático y los derechos humanos, aprobados bajo una determinada mayoría.

El texto constitucional establece la jerarquía de estos instrumentos por encima de las leyes, sin embargo nada dice con referencia a la Constitución Nacional, por lo que ante el silencio, en atención al tratamiento dado a los acuerdos de derechos humanos del artículo 75, inciso 22, 2º párrafo, debe entenderse que el constituyente ha querido subordinarlos a la carta magna. De este modo ha interpretado Gelli el texto constitucional.¹²

8 Conf. Gordillo, A. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo: tomo I*. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, p. VI-6.

9 Textualmente el autor indica, refiriéndose a la Constitución Nacional: “Admite así el carácter supralegal y para nosotros supranacional de los tratados y sus normas derivadas, algunos de los cuales también reconocen inequívocamente la inexistencia de soberanía (Tratado Antártico), 16 llegando –en su máxima expresión actual– a la admisión de una jurisdicción internacional para ciertos crímenes de lesa humanidad, 17 y extranjera para otros ilícitos.” Gordillo, A. (2001), *op. cit.*, p. VI-4.

10 Gordillo, A. (2001). *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, pp. III-1 y ss., con cita de Pescatore, P. (1981). Aspectos judiciales del acervo comunitario. *Revista de Instituciones Europeas*, 8(2), p. 348.

11 Gelli, M. A. (2008), *op. cit.*, p. 225.

12 “De acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema, los tratados –cualquiera sea su contenido o materia– sólo son jerárquicamente superiores a las leyes. Por lo tanto, aquellos se encuentran por debajo de la Constitución. Del mismo modo, el art. 75 inc. 24 dispone que las normas dictadas en su consecuencia son superiores a las leyes. Esta cláusula, tal como está redactada y en concordancia con el inc. 22 del art. 75, significa que

Aquí conviene hacer un reparo y repasar lo apuntado por el profesor Néstor Pedro Sagüés, quien, a nuestro entender, parece dar en el eje de la cuestión. El catedrático sostiene que

en realidad, la nueva norma constitucional debió decir que el tratado tenía jerarquía constitucional, ya que la transferencia de competencias nacionales a un ente supraestatal conlleva, a menudo, una “reforma indirecta” de la Constitución (v. gr., si se dan facultades legisferantes al órgano supranacional, o atribuciones judiciales por las que puede dejar sin efecto fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).¹³

Por su parte Cassagne es partidario de la infraconstitucionalidad de los tratados del artículo 75, inciso 24. Por más que la concepción de la soberanía se haya vaciado de gran parte de su contenido, indica, lo cierto es que una porción de esta el Estado siempre conserva, aunque restringida por la “cesión sistemática” de competencias a entidades supraestatales, lo que supone la transferencia tanto de la titularidad como de su ejercicio. En tal sentido, los Estados no han renunciado (ni podrían hacerlo) a la potestad que poseen para denunciar los tratados internacionales, asumiendo las responsabilidades consiguientes.¹⁴

Además, indica que la denominada “delegación sistemática” siempre debe hacerse dentro de los parámetros indicados por el constituyente en el artículo 75, inciso 24, en cuanto a su procedimiento de formación como a su sustancia, lo que aduna su posición por debajo de la Constitución en la pirámide jurídica.¹⁵

En esta misma corriente se encuentra Horacio D. Rossatti, que sitúa los instrumentos del artículo 75, inciso 24, dentro de aquellos con jerarquía superior a la ley pero que no pueden alcanzar rango constitucional.¹⁶

Poca discusión doctrinaria trajo aparejada la situación de los documentos referidos en el artículo 75, inciso 22 primer párrafo.

Los tratados, convenciones, declaraciones, etc., relativos a derechos humanos, ya aprobados o a aprobarse en el futuro sin la mayoría calificada, así como cualquier tratado con uno o varios Estados, la Santa Sede u organizaciones internacionales, gozan de una jerarquía superior a la ley.¹⁷

En lo que respecta a este trabajo, como se desarrollará más adelante, resulta pertinente destacar que los tratados de integración poseen un procedimiento constitucional especial para su aprobación, y su jerarquía constitucional se encuentra controvertida.

las normas legales y jurisprudenciales emanadas de los organismos supranacionales en los cuales se delegan competencias y jurisdicción, están por encima de las leyes de orden interno”, Gelli M. A. (2008), *op. cit.*, p. 241.

13 Sagüés, N. P. (1994), *op. cit.*, p. 1040.

14 Conf. Cassagne, J. C. (2000). *Derecho Administrativo: tomo 1*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 160 y ss.

15 Cassagne, J. C. (2000), *op. cit.*, p. 162

16 Rosatti, H. D. (2003). Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *La Ley* (2003-F), p. 1283

17 Conf. Gelli, M. A. (2008), *op. cit.*, p 593; Sagüés, N. P. (1994), *op. cit.*, pp. 1037 y 1039; Rosatti, H. D. (2003), *op. cit.*; Cassagne, J. C. (2000), *op. cit.*; entre otros. En contra, Gordillo, A. (2001), *op. cit.*

Así, para la aprobación de los acuerdos de integración con los Estados latinoamericanos se requiere el voto de la mayoría absoluta de los miembros y de cada una de las Cámaras del Congreso de la Nación.

Todo ello evidencia la relevancia institucional que posee la realización de procesos de integración, quedando claramente diferenciados estos de los meros acuerdos de un tratado bilateral.

También es dable detenerse e indagar en la relación entre las normas emanadas de los tratados del artículo 75, inciso 24, las que nazcan de los órganos creados en virtud de estos instrumentos y las del artículo 75, inciso 22, primer párrafo.

La profesora de Derecho Internacional Público, González Napolitano, concluye que

se puede afirmar que las normas dictadas por las organizaciones supranacionales, si bien estarán por encima de las leyes deben respetar los derechos humanos: por ende, los tratados sobre estos derechos serán superiores jerárquicamente. Pero cabe preguntarse, ¿qué orden de prelación tendrán respecto del resto de los tratados? Pareciera que la nueva C.N. se limita a considerar a estas normas por sobre las leyes del Congreso, al igual que cuando se refiere a los tratados y concordatos, de modo que se encontrarían en un pie de igualdad. De ser así, es de suponer que en caso de oposición entre ambos, el conflicto se resolvería por los principios de “ley posterior” y “ley especial”, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que acarreará el incumplimiento de la norma internacional en vigor.¹⁸

Por último, corresponde hacer mención a los tratados que suscriban las provincias y la Ciudad de Buenos Aires referidos en el artículo 124.

Lo acordado en estos convenios no debe ser incompatible con las facultades delegadas a la nación. Por lo tanto, estos deberán subordinarse al derecho constitucional y federal.

Por último, no debe olvidarse mencionarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Claren” (*Fallos* 337:133), y recientemente en el controvertido fallo “Fontevicchia” (sentencia del 14 de febrero de 2017, CSJN 368/1998 (34-M)/CS1), reafirmó la primacía del orden federal local por sobre el internacional.

III. Los Tratados Bilaterales de Inversión. Principales características

¿Qué es un tratado bilateral de inversión o TBI? Ricardo Ortiz describe su contenido:

Sus principales características no han variado mucho a lo largo de los años. Las cláusulas más importantes siguen siendo el alcance y la definición de lo que es una “inversión externa” (incluyendo inversiones de cartera e inversión directa, bienes tangibles e intangibles, entre otros); trato nacional y trato de nación más favorecida; trato justo y equitativo; garantías y compensaciones en caso de expropiación y compen-

¹⁸ González Napolitano, S. S. (1995). *Las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno a partir de la Reforma Constitucional de 1994. Prudentia Iuris*, (37).

saciones por guerra civil y revoluciones; garantías para la libre remisión de ganancias, fondos y repatriación de capital; y las estipulaciones en lo relativo a resolución de controversias. Otras cuestiones que han ido integrando algunos tratados en los últimos años son los requisitos de desempeño; libre contratación, ingreso y salida de personal extranjero, mecanismos de arbitrajes y excepciones generales.

Desde su génesis, se trata de un tratado, como indica su nombre, entre la Argentina y otra nación. Su objeto y modo de aprobación nos lleva a ubicarlos dentro de aquellos instrumentos que el artículo 75, inciso 22, otorga una jerarquía superior a las leyes. Asimismo, de dicha norma constitucional se desprende que carecen de rango constitucional.¹⁹

La conclusión de su encuadre se desprende con meridiana claridad no solo por su contenido –no versan sobre derechos humanos, ni resultan compromisos de integración regional en condiciones de reciprocidad–, sino también por su procedimiento de aprobación.

El fundamento económico de estos tratados se origina en la necesidad de los países exportadores de capital de dar a sus nacionales que invierten en países en desarrollo una protección confiable basada en un acuerdo intergubernamental que no puede ser modificado unilateralmente por el país receptor de la inversión.

En los países latinoamericanos, la protección casi irrestricta a las inversiones tomó cuerpo a partir del entendimiento de que el arribo de capitales extranjeros (vía préstamos, inversiones de cartera e inversión extranjera directa) provocaría el desarrollo y el crecimiento económicos. Para fomentar su llegada, se aplicó una política de “puertas abiertas”. El apoyo a la llegada de capitales extranjeros se basó en la idea de que estos jugarían dos roles. Por un lado, compensarían el déficit en el ahorro nacional, permitiendo así el financiamiento de la actividad económica, aportando divisas y generando crecimiento económico; por otro, el libre flujo de estos capitales ayudaría a modernizar las economías, concretando el uso de nuevas tecnologías y aumentando la competitividad y la eficiencia frente a los capitales locales más parasitarios. Estas dos vertientes permitirían la inserción internacional de los países como exportadores. Sin embargo, la llegada de estos capitales extranjeros no habría garantizado el desarrollo económico interno, exacerbando la dependencia de los países al comercio exterior, trayendo como lógica consecuencia la sujeción de las economías nacionales a los vaivenes del escenario internacional.²⁰

En efecto, y como contracara, los TBI se fundan, supuestamente, en la necesidad de los países en desarrollo del ingreso de capitales en su territorio, resultando la firma de estos tratados una medida de atracción y seducción.²¹

19 Conf. Araujo, F. M. y Torres, M. C. (2012). Apostillas a la problemática de la prórroga de jurisdicción en tribunales extranjeros o arbitrales en materia de deuda soberana. *Revista Derecho Público*, 1(3), 51.

20 Conf. Ghiotto, L. (2015). La “libertad de invertir” a la luz del caso argentino: un análisis de los Tratados Bilaterales de Inversión. TLA-MELAU. *Revista de Ciencias Sociales*. (Puebla, México) / *Nueva Época*, 9(38), 24-44.

21 Conf. Ymaz Videla, E. M. (1999). *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales*. Buenos Aires: La Ley, p. 9.

Su estructura normativa ha hecho concluir a un sector de la doctrina que los Estados ingresan a los TBI resignando un tramo de su soberanía, la de la ley y jurisdicción de aplicación.²²

Ahora bien, en lo que respecta a este trabajo, resulta relevante detenernos en dos aspectos que se encuentran presentes en la mayoría de estos tratados: la inclusión de la cláusula de nación más favorecida y la prórroga de jurisdicción en tribunales internacionales.²³

Existe un elemento que transforma a los TBI de meros instrumentos bilaterales a elementos integrantes de una compleja red jurídica de derecho internacional. Se trata de la inclusión en ellos de la cláusula de “trato de la nación más favorecida”.

Esta cláusula, inserta en un acuerdo celebrado entre dos países, conlleva a que, habiéndose otorgado ventajas comerciales recíprocas, se comprometen a extenderse mutuamente las ventajas superiores que cada uno de ellos pudiera pactar por separado en negociaciones posteriores –o anteriores– con terceros países.

Esta cláusula generaliza las ventajas y crea un entramado de protecciones donde el objetivo es la mayor liberalización.²⁴

Así, la proliferación de este tipo de cláusulas en los diversos TBI genera la construcción de una red jurídica donde el conjunto de estos instrumentos internacionales conforman un bloque normativo, por el cual se rigen las relaciones entre la Argentina y un grupo de países extranjeros, produciéndose una especie de integración comercial y jurídica que merece ser resaltada.

Cabe destacar que de la proliferación y multiplicidad de estos tratados bilaterales de inversión, ha resultado un entramado de integración económica entre los países que ha dado una relación asimétrica entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo.

Si bien suman varias decenas, tales convenios no presentan carácter casuístico ya que, más allá de las diferentes soluciones que cada instrumento puede presentar, las variaciones resultan homogeneizadas en virtud de la inclusión en la mayoría por la “cláusula de la nación más favorecida”. Sobre la base de dicha cláusula, el beneficiario del tratamiento, oriundo –u originario– del Estado inversor, tiene el derecho de que se le reconozcan las prerrogativas o privilegios más beneficiosos acordados por el Estado receptor con un tercer Estado, ya sea antes o después de que el tratado bilateral celebrado por el primero se encuentre vigente.²⁵

22 Barcesat, E. S. (2012). Ruptura de la dependencia de los TBI y el CIADI. *Revista Derecho Público*, 1(3), 3.

23 Es menester señalar que no se ha realizado un análisis sistemático de la totalidad de los TBI suscriptos por la Argentina, sino que se procedió a estudiar solo algunos de ellos. Por lo tanto, se aclara que estas cláusulas podrían encontrarse en la totalidad de TBI, sin embargo ello no ha sido objeto de análisis.

24 “La cláusula de Trato de Nación Más Favorecida permite al inversor aprovechar las condiciones fijadas por otros tratados que pudieren ser más favorables para su inversión. Si un TBI firmado por una parte otorga determinados beneficios a un inversor de un Estado, también debe dar el mismo beneficio a un tercero con quien haya suscripto otro TBI”. Ghiotto, (2015), *op. cit.*, 38.

25 Conf. Fayt, C. S. (2007). *La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, pp. 87 y ss.

El otro aspecto de interés es la prórroga de jurisdicción que se produce por la inclusión de cláusulas de solución de controversias mediante arbitrajes. En efecto, por los TBI se sustrae del conocimiento de los tribunales locales los conflictos entre los inversores extranjeros y la Argentina, estableciéndose la jurisdicción de un Tribunal Arbitral Internacional para resolver la cuestión.

En este sentido, si bien la integración entre los países que suscriben TBI se daría de una forma particular, hasta técnicamente defectuosa, las características del sistema que terminan construyendo exceden las de un marco bilateral de un acuerdo internacional.

Luciana Ghiotto sostiene que

Lo que no se pudo avanzar con los grandes tratados de libre comercio en los años noventa (como con el fallido ALCA), se firmó más rápidamente vía TBI, es decir, protegiendo la circulación del capital en su forma de inversión extranjera directa. Por ejemplo, Argentina no ha firmado directamente ningún tratado de libre comercio, pero sí tiene 55 tratados bilaterales de inversión que protegen el comercio de inversiones y a las inversiones en sí mismas. Lo importante aquí es resaltar que los TLC y los TBI no son cosas necesariamente distintas. Los tratados bilaterales tratan directamente sobre inversiones, mientras que los de libre comercio incluyen, además del capítulo sobre inversiones, los “nuevos temas comerciales”... La mayoría de estos acuerdos, tanto los tlc como los tbi, tienen otra cuestión en común. Impulsan la apelación a un particular mecanismo de solución de controversias: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI).²⁶

En efecto, una de las consecuencias de este sistema es que se ha erigido un órgano supranacional –el CIADI– como el encargado de interpretar el derecho, resolver soluciones concretas y, a la vez, retroalimentarlo mediante sus laudos generando nuevos instrumentos normativos.

Por otra parte, dada la peculiaridad del sistema, el objeto de las cuestiones litigiosas, en todos los casos se centrará en el debate de cuestiones de derecho público, políticas públicas y ejercicio de prerrogativas estatales. Es que del análisis de diversos TBI se puede extraer como denominador común que el sistema viene a inhibir y a prevenir al inversor de riesgos derivados de actos de los poderes del Estado tendientes a regular la economía y de facultades de policía propias del poder público.

A ello debe agregarse que el escenario principal de las inversiones se centra en empresas y negocios fuertemente regulados por el Estado: servicios públicos, transporte, bancos, energía, obra pública y crédito público, por citar algunos casos. En estos supuestos, las actividades donde se insertan los inversores están regidas por un régimen exorbitante de derecho privado. Este régimen se ve alterado por el ingreso del inversor y sus reglas de juego especiales establecidas en el sistema de los TBI.

26 Conf. Ghiotto, L. (2015), *op. cit.*, 32.

Lo cierto es que, ya sea por el régimen propio de la actividad, o bien porque se inhiben prerrogativas regulatorias de las actividades económicas, el sistema de los TBI viene a modificar el régimen de derecho público interno.

IV. El sistema CIADI a la luz de la Constitución Nacional

Por lo tanto, surge que la Argentina se encuentra inserta en un marco de relaciones internacionales con un grupo de países regido por un bloque normativo especial configurado por los TBI, por el cual se ha establecido un marco jurídico especial.

Este bloque normativo genera una legislación especial aplicable tanto para los países extranjeros como para sus nacionales. A la vez, produce una alteración en la jurisdicción que no solo desplaza al Poder Judicial de la Nación del conocimiento de los conflictos suscitados en este proceso de integración económica, sino que torna a sus pronunciamientos de un valor jurídico nulo, inferior aun a lo de los expertos de parte. Efectivamente, si bien no se trata de acuerdos multilaterales de integración, el complejo jurídico que se deriva de la proliferación de TBI trae como consecuencia un fenómeno jurídico muy similar.

Asimismo, se produce un desdoblamiento de regímenes jurídicos: por un lado para los países –y sus nacionales– que conforman el sistema, en cuyo ámbito impera las normas del TBI y la jurisdicción internacional, y por otro, el régimen jurídico que impera para los nacionales argentinos y para los países y sus nacionales que no hubiesen suscripto TBI, que se rige por el derecho local, sin restricciones, y sometido al control del Poder Judicial de la Nación.

Sin perjuicio de ello, los TBI no fueron concebidos como Tratados de Integración en los términos del artículo 75, inciso 24, sino como tratados bilaterales en los términos de los artículos 27 y 75 inciso 22 de la CN, como ya se ha dicho. Por lo tanto, de ningún modo podrían alterar la Constitución Nacional.²⁷

Debe recordarse que los tratados de integración pueden ordenar la constitución de parlamentos, consejos o tribunales con capacidad de decisión y de imposición sobre los Estados parte del acuerdo de integración, y sobre los habitantes de cada uno de ellos; de crear, en suma, derecho comunitario.²⁸

El sistema construido por los TBI se encuentra fuertemente cuestionado por un sector de la doctrina. Se ha sostenido que

cláusulas de sumisión de la ley y jurisdicción de aplicación son nulas de nulidad total y absoluta, insusceptibles de ser convalidadas por tribunal y autoridad alguna, y causal suficiente y autónoma para tumbar la pretensión de validez del TBI en cuestión... sería totalmente semejante a que por un TBI el

27 Conf. Fayt, C. (2007), *op. cit.*, pp. 107 y ss.

28 Conf. Gelli, M. A. (2008), *op. cit.*, p. 241.

Estado que recibe la inversión renuncia a parte de su territorio. No es menos gravosa la renuncia a la ley y jurisdicción de aplicación que la de la integridad territorial.²⁹

Esta posición critica el contenido sustancial del sistema jurídico por cuanto entiende que la prórroga de jurisdicción y la alteración de la legislación local mediante un tratado bilateral repudia los principios básicos de nuestra Constitución Nacional.

La inconstitucionalidad del sistema radicaría en que principios de derecho público impiden ceder atributos de la soberanía, como es la función jurisdiccional de los tribunales federales argentinos, no tratándose en cuestiones encuadrables en el ámbito de los delitos de lesa humanidad. Tampoco, sostienen, se verifica en el caso, prórroga de jurisdicción a favor de organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos en el marco de tratados de integración, con arreglo al artículo 75, inciso 24.³⁰

El reciente laudo del Tribunal Arbitral del CIADI, en el reclamo seguido por quienes fueran accionistas de la empresa controlante Interinvest S. A. de Aerolíneas Argentinas S. A. y Austral Líneas Aéreas Cielos del SUR S. A., reaviva el debate sobre el sistema de solución de controversias creado por tratados bilaterales de inversión.³¹

Recordemos que el riesgo de desaparición de las compañías aéreas llevó al Estado nacional a hacer uso de la prerrogativa constitucional, y expropiar las acciones de las compañías, haciéndose cargo del pasivo y, de este modo, resguardar el servicio de aeronavegación. Ello fue objeto de análisis por nuestro Congreso Nacional y derivó en la sanción de la Ley N° 26466.

Conforme a la Constitución Nacional, se llevó adelante un juicio de expropiación ante los tribunales federales de la República Argentina que derivó en una valuación negativa de la empresa de más de 700 millones de dólares.

En este sentido, la Sala V de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones ratificó la expropiación por el valor negativo, perfeccionándose la transferencia del paquete accionario al Estado nacional.³²

Mientras tanto, en el marco CIADI, las empresas y empresarios españoles que vaciaron la aerolínea se desprendieron de los derechos sobre el arbitraje, cediéndolos al fondo Burford Capital.

29 Conf. Barcesat, E. S. (2012), *op cit.*, p 17.

30 Conf. Corti, A. H. (2013). Acerca de la nulidad absoluta de los laudos arbitrales del CIADI y vías procesales para su impugnación. *Revista Derecho Público* 1(3), 31.

31 Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (DEMANDANTES) y La República Argentina (DEMANDADA) (Caso CIADI No. ARB/09/1), laudo del 21 de julio de 2017. Recuperado de http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C520/DC10835_sp.pdf

32 Conf. www.pjn.gob.ar

Con la conducción de Burford Capital, el tribunal CIADI condenó a la República Argentina en 320.000.000 de dólares por los daños causados a los inversores extranjeros de Aerolíneas Argentinas y Austral, que dejaron una empresa en bancarrota con un valor negativo declarado por la justicia de nuestro país, generándose, de este modo, lo que se conoce como una duplicidad de soluciones para un mismo caso. Bajo un sistema jurídico, el Estado argentino asumió el pasivo de la empresa y no debía abonar suma de dinero alguna, mientras que bajo el otro, además de asumir dichas deudas, debía abonar una exorbitante suma de dinero.

Es menester destacar que el valor negativo de la empresa, determinado bajo el sistema jurídico argentino, no fue establecido unilateralmente por el Poder Ejecutivo, sino que fue determinado por el Poder Judicial de la Nación luego de un extenso proceso, donde la sociedad expropiada tuvo todas las garantías constitucionales para defender su posición.

Más allá de la dualidad de regímenes jurídicos –expropiación local vs. tutela del inversor internacional mediante TBI–, el caso nos muestra la limitación del poder estatal y, a la vez, la garantía casi total sobre el riesgo tomado por el inversor extranjero, más allá del devenir de la empresa local. En un mismo complejo fáctico, dos sistemas jurídicos dan soluciones contrapuestas, inhibiendo el laudo del tribunal CIADI la decisión adoptada por el Poder Judicial de la Nación.

En efecto, el Estado argentino debió tomar una empresa en quiebra, realizar inversiones y afrontar su pasivo, lo cual implicó una erogación de dinero de muchos millones de dólares desde 2009. Por ende, el Poder Judicial de la Nación determinó un valor negativo del bien expropiado.

Hasta este punto, de acuerdo a la legislación local, otorgar una indemnización por la expropiación hubiera configurado un enriquecimiento sin causa de los accionistas expropiados, en fraude a los deudores de la sociedad objeto de la expropiación. Así, el Poder Judicial de la Nación falló de tal modo que se evitó consagrar un supuesto de “empresas quebradas y accionistas ricos”. El laudo del sistema CIADI tiró por tierra esta solución jurisdiccional válida y, en los hechos, termina primando por sobre la solución adoptada de acuerdo a nuestro sistema constitucional.

Me permito cerrar el análisis trayendo algunas consideraciones muy recientes vertidas por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si bien no se refieren al sistema CIADI, la opinión de nuestro máximo tribunal tiene por objeto al sistema internacional de mayor jerarquía constitucional: los tratados internacionales en materia de derechos humanos aprobados por mayoría especial con artículo 75, inciso 22, de la CN. Consecuentemente, las apreciaciones se pueden extender sin duda al sistema CIADI, que, como se ha dicho, no solo se construye mediante tratados de inferior jerarquía, sino que su constitucionalidad se encuentra controvertida por algún sector de la doctrina.

En “Fontevicchia”, la Corte expresó:

El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros) [...] 17)

Entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros).³³

V. Algunas conclusiones sobre la validez constitucional de los TBI. El debate actual

Del cuadro de situación descrito, se observa que los numerosos TBI suscriptos y aprobados por la Argentina construyen un sistema jurídico que tendría como fin la integración económica y política con los diversos países que celebraron estos acuerdos.

Si bien el sistema se ha construido mediante documentos celebrados de acuerdo a los artículos 27 y 75 inciso 22 de la CN, las consecuencias jurídicas de su aplicación lo han asemejado a un proceso de integración sui géneris.

Por un lado, se observa la retroalimentación de las normas de cada TBI a través de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Por el otro, la prórroga de jurisdicción en tribunales arbitrales ha esgrimido al CIADI como el órgano de control del sistema, que termina primando por sobre los sistemas locales.

En este contexto el CIADI resulta ser el tribunal arbitral emblemático de este sistema internacional. Dado que canaliza la mayoría de disputas, sus laudos han introducido principios rectores del sistema.

Las construcciones jurídicas de los laudos, cimentadas la mayoría en normas y principios de derecho internacional privado, introducen modificaciones sustanciales a nuestro sistema de derecho público local, que se apoya y obtiene su validez de la Constitución Nacional.

Consecuentemente, no puede dejar de señalarse que el sistema de los TBI, en su actual estado de desarrollo, constituye un sistema jurídico autónomo, con normas especiales que derogan el derecho público local, con un órgano jurisdiccional preeminente, que dicta laudos obligatorios para el Estado Nacional y que de él se derivan normas de derecho que retroalimentan el sistema.

No debe perderse de vista que, como se ha señalado más arriba, la construcción de sistemas jurídicos de integración internacional constituye una “delegación sistemática” que siempre debe hacerse dentro de los parámetros indicados por el constituyente en el artículo 75, inciso 24, ya sea en torno a su procedimiento de formación, como a su sustancia.³⁴

33 Conf. CSJN (14 de febrero de 2017). CSJ 368/1998 (34-M)/ CSI, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

34 Cassagne, J. C. (2000), *op. cit.*, p. 162. Rosatti, H. D. (2003), *op. cit.*, p. 1283.

Es en este sentido que me permito cuestionar o poner en crisis algunos aspectos del sistema de los TBI, con sustento, desde ya, y con argumentos y razonamientos jurídicos.

En primer lugar, debería ponerse en debate si un sistema jurídico como este puede ser aprobado mediante tratados individuales que se vinculan entre sí, o bien, mediante un tratado multilateral.

De acuerdo al análisis efectuado, la bilateralidad de los TBI es la falacia originaria que determina su crisis, el cuestionamiento y las contradicciones de todo el sistema. Es que bajo la apariencia de convenios bilaterales de tutela recíproca de inversiones en el país se construye un aparato jurídico que somete una relevante parte de la actividad estatal a una normativa que no es la propia —que rige el andamiaje de la administración pública—, derogando normas y principios de derecho público de raigambre constitucional y produciendo una integración comercial y financiera.

Precisamente, el fenómeno de la globalización determina que los grandes actores que interactúan con el Estado, de forma directa o indirecta, posean inversores extranjeros amparados, muchos de ellos por un TBI. Y luego, a consecuencia de ello, se produce la alteración de todo el sistema que regula el vínculo con el Estado y de toda la normativa de orden público que debería imperar en la relación jurídica de que se trate, produciéndose en la casuística un fenómeno de integración jurídica, comercial y financiera.

Ahora bien, esta modificación del régimen jurídico de derecho público se produce de un modo anárquico, desigual, y generando un marco de inseguridad jurídica que merece ser puntualizado: ¿Qué normas imperan en un contrato de concesión de obra pública celebrado entre el Estado Nacional y una sociedad anónima local de accionistas locales y extranjeros? ¿Qué órgano será el encargado de resolver los conflictos que se susciten? ¿Cuál es la extensión del resarcimiento para el contratista por la revocación del contrato por razones de interés público? ¿La revocación del contrato en uso de facultades constitucionalmente válidas generará responsabilidad internacional del Estado? ¿El Estado debe exigir a sus contratistas una declaración jurada de sus accionistas, inversores y/o subinversores a fin de establecer el marco jurídico que regulará la relación?

Podría afirmarse que una de las razones de ser de este desorden normativo radica en el origen y fin de estos TBI: lograr un marco excepcional para los inversores extranjeros y, de este modo, lograr el fomento de ingreso de capitales, bienes y servicios del exterior. Así, un sistema jurídico que parte de la premisa de la desigualdad y de la prerrogativa excepcional para un particular con relación a otro, evidentemente, a la larga, termina entrando en crisis y, desde ya, no propende a una verdadera integración justa y acorde a nuestra Constitución. En efecto, el sistema de los TBI, me atrevo a sostener, difícilmente sería aprobado por el Congreso como un tratado multilateral, pero si lo ha sido mediante la aprobación de una enorme cantidad de tratados bilaterales, produciendo el mismo efecto jurídico.

Me permito concluir que sustancialmente, el sistema de los TBI tampoco recepta los caracteres de reciprocidad y valor democrático que esgrime el artículo 75, inciso 24, de la CN.

Más allá de las críticas políticas, desde el punto de vista jurídico, se evidencia la intención de lograr una estrecha vinculación con determinados países otorgando diversos beneficios, sin transitar los debidos caminos de la integración, que deriva en una indebida técnica normativa que solo podría haberse llevado a cabo mediante los procesos, negociaciones y acuerdos multilaterales.

Por sobre todas las cosas, se puede observar la ausencia de reciprocidad en el sistema de los TBI. La Argentina provee de un régimen excepcional a inversores extranjeros sin recibir a cambio ninguna contraprestación, para sí o para sus nacionales, por cuanto la inversión Argentina en el extranjero, o bien es inexistente, o bien no necesita de dicho régimen para llevar adelante sus negocios.

Todas estas consideraciones podrían llevar a concluir que, por tratarse de un sistema normativo que tiende a la integración, con una clara delegación a un organismo internacional colocado en una posición de prelación supranacional, el mismo no se ajuste al artículo 75, inciso 24, como he dicho.

Cierto es que el sistema jurídico configurado por los TBI necesita una suerte de fórceps para poder encorsetarse dentro del paraguas de la Constitución Nacional. Y quedan dudas acerca de si lo logra.