

Revista Âmbito Jurídico

Nº 74 - Ano XIII - MARÇO/2010 - ISSN - 1518-0360

S E P A R A T A

**Contratos de estado, inversión extranjera y
derecho internacional público**

Luis F. Castillo Argañarás

Contratos de estado, inversión extranjera y derecho internacional público

Luis F. Castillo Argañarás

Resumo: O objetivo deste artigo é responder à seguinte questão: É possível aplicar o Direito Internacional Público a contratos do Estado. Nesse sentido, vamos analisar a natureza jurídica dos contratos do Estado e, a seguir, relacionar estes tipos de contratos com o Direito Internacional. Também ser considerada uma arbitragem internacional.

Palavras Chaves: Investimento Estrangeiro – Contratos do Estado – Arbitragem Internacional

Abstract: The purpose of this paper is to answer the following question: Is it possible to apply Public International Law to State Contracts? In this sense, the legal nature of State contracts will be analysed and then the link between Public International Law and this type of contracts will be established. International arbitration will be considered.

Key Words: Foreign Investments – State Contracts – International Arbitration

Resumen: El objetivo de éste artículo es responder al siguiente interrogante: ¿Es posible aplicar Derecho Internacional Público a los contratos de Estado? En ese sentido, se analizará la naturaleza jurídica de estos contratos y luego la vinculación de éste tipo de instrumentos jurídicos con el Derecho Internacional Público. También se considerará el arbitraje internacional.

Palabras Claves: Inversiones Extranjeras – Contratos de Estado – Arbitraje Internacional

Sumario: I - Introducción. II - Definición y Naturaleza Jurídica de los Contratos de Estado. III - Los Contratos de Estado y el Derecho Internacional Público. IV – Los Contratos de Estado y el Arbitraje Internacional. V – Conclusiones. VI – Bibliografía General

I. INTRODUCCION

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) señala que “el mecanismo más común de ingreso de inversión directa extranjera es mediante la celebración de un contrato con un Estado. Este tipo de contratos juega un rol importante en el proceso de inversión extranjera especialmente en los países en vías de desarrollo que muchas veces dependen de la explotación de los recursos naturales para el bienestar de sus economías”.^[1]

Los contratos de Estado “pueden abarcar una amplia variedad de temas, incluidos los acuerdos de préstamos, los contratos de adquisición de suministros o servicios, contratos de empleo o grandes proyectos de infraestructura, como la construcción de autopistas, puertos, presas. Una de las formas más habituales de contratos de Estado consiste en el contrato de explotación de recursos naturales, a veces denominado “contrato de concesión”^[2]. Michael E. Dickstein considera que “en un contrato de concesión, un Estado otorga el derecho a explotar

uno de sus recursos. Estos acuerdos son mitad contratos y mitad legislación, mitad tratados y mitad contratos nacionales comunes. En esta 'esquizofrénica' naturaleza, el resultado de un acuerdo entre un Estado y una empresa o persona física conduce a una controversia sobre su status jurídico";^[3] pero como señala Ian Brownlie, contratos de concesión o de Estado "no es un término técnico riguroso en la materia" ^[4] refiriéndose al Derecho Internacional Público.

Javier Robalino Orellana estima que "la situación actual de los contratos administrativos en muchos países de Latinoamérica se ha desarrollado de manera tal que los contratistas locales y extranjeros se han visto afectados en sus derechos contractuales, lo cual les ha requerido, ante la ineficiencia o ausencia de los mecanismos domésticos, acudir al Derecho Internacional". ^[5] Es por ello que los Estados firman los tratados bilaterales de inversión conocidos como BIT's. Guido Tawil señala que "la mayor parte de estos tratados abarcan temas diversos como el ingreso y libertad de movimiento, la protección de las personas, el derecho a asesoramiento jurídico y juicio rápido, tratamiento nacional del inversor extranjero, la ejecución de laudos arbitrales, la protección de la propiedad adquirida, el derecho a locar y adquirir propiedades, la protección de marcas y patentes, la igualdad en el trato impositivo, la administración y controles cambiarios, el tránsito de bienes y personas, los derechos e impuestos a la importación y exportación, el derecho de competir con los monopolios locales, etc."^[6] Orrego Vicuña señala que "surge así una nueva relación entre los contratos y los tratados. Con frecuencia los contratos prevén la sujeción de las cuestiones al derecho nacional, y la resolución de las disputas ante las cortes nacionales".^[7] En ese orden de ideas, surge el siguiente interrogante: ¿Se puede aplicar a los contratos de Estado el Derecho Internacional Público? A éste cuestionamiento se pretenderá responder en las siguientes líneas. Para ello, analizaremos primero los contratos de Estado y su naturaleza jurídica para luego adentrarnos en la vinculación con el Derecho Internacional Público. Este camino nos permitirá llegar a conclusiones.

II. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS DE ESTADO

Un "contrato de Estado" puede ser definido como "un contrato celebrado entre el Estado, o una entidad estatal, que en el presente contexto puede definirse como cualquier organización creada en virtud de ley en un Estado a la que se confiere el control de una actividad económica, y un nacional extranjero o una persona jurídica de nacionalidad extranjera".^[8]

Sornarajah considera que los "contratos de Estado" son "contratos en los cuales una de las partes es un Estado o un órgano del Estado. En muchos sistemas legales, estos contratos son considerados de manera no diferente a los contratos comerciales comunes entre partes privadas"^[9]. En ese sentido, el jurista que seguimos, cita el caso *Lynch v. United States* resuelto por la Suprema Corte Americana que señaló "cuando los Estados Unidos entran en una relación comercial, sus derechos y obligaciones son regidos por el derecho aplicable a los contratos entre partes privadas"^[10]. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso de los "Empréstitos Serbios", señaló que "cualquier contrato que no es un contrato entre Estados en su condición de sujetos de derecho internacional está basado en el derecho nacional de algún país".^[11]

Por esa razón, "la distinción entre contratos comerciales ordinarios entre partes privadas, y un contrato de Estado celebrado entre una parte privada y un Estado o una entidad estatal se reconoce universalmente en varios sistemas jurídicos nacionales (especialmente, en el concepto francés de "contrat administratif"), aunque el criterio exacto difiere según los sistemas". ^[12] Así, "la fuente legal aplicable al contrato suele residir en la legislación y el

reglamento sobre la cuestión de que es objeto del contrato, así como sobre la entidad estatal que lo concluyó. Frecuentemente la explotación de sectores, como el del petróleo, solo se autoriza a una entidad estatal, o se efectúa en asociación con una entidad estatal. De esta forma, el ingreso de otros inversores a ese sector puede efectuarse únicamente mediante un contrato con la entidad estatal de que se trate”.^[13] Se puede agregar “que los sistemas de derecho interno tienen regulaciones sobre la forma en que los fondos públicos pueden recibirse o gastarse y los mecanismos de fiscalización en tal materia”^[14]. En ese sentido, “la firma ministerial a un contrato puede ser un requisito y podrían existir otros procedimientos específicos para revisar y fiscalizar el contrato. Los requisitos de capacidad y el procedimiento en sí mismo indican que el contrato de Estado es diferente de un contrato de derecho comercial común; ya que involucran intereses del Estado como así también gran parte de recursos financieros o de otra naturaleza del Estado”.^[15]

Dromi puntualiza que “los vínculos jurídicos de la Administración son regidos por el Derecho Público y el Derecho Privado en mayor o menor grado, según los casos. En consecuencia, la división en contratos administrativos y privados de la Administración no se ajusta a la realidad de las cosas. Así, en algunos casos el vínculo jurídico es predominantemente de Derecho Público, por ejemplo, la concesión de servicios públicos; otras veces, en cambio, el contrato tiene cierta analogía con alguna figura contractual de Derecho Privado, por ejemplo la venta de tierras fiscales del dominio privado del Estado”^[16]; y agrega que “ya no solo debemos hablar de contratos del Estado regidos por el Derecho Público sino también de contratos privados entre particulares regidos por el Derecho Público, el que fija plazos, precios, modo de cumplimiento de las prestaciones, prorroga de los mismos, etc., en vista de los supremos intereses comunitarios que el Estado debe tutelar, por sobre el interés particular objeto de la negociación concreta”.^[17] Por esa razón, “el contrato de Derecho Privado deja de ser privado, es decir, particular de cada uno de los contratantes, para pasar a ser público toda vez que el Estado también está interesado y aspira a ser parte de aquel, no obstante el culto que suele rendírsele a la autonomía de la voluntad”.^[18]

III. LOS CONTRATOS DE ESTADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Francisco Orrego Vicuña señala que “no hace muchos años, los profesores de Derecho Internacional solían explicar a los tratados como si fueran contratos, solo que entre Estados. Hoy es necesario explicar que los contratos son como los tratados, solo que celebrados entre los particulares y el Estado. Tan paradójico como parece, esta diferencia de concepción obedece a la cambiante realidad que fundamenta el proceso de globalización del derecho.”^[19] Por su parte, Sornarajah considera que la teoría de la internacionalización de estos contratos reside en el corazón de la protección de las inversiones mediante arbitraje.^[20] A su vez, éste jurista estima que la década de 1950 fue el período que mayores esfuerzos se hicieron para dar fundamentos teóricos a la teoría de la internacionalización de los contratos. Esto evidencia muchas dificultades que deben ser confrontadas. El Derecho Internacional ha considerado a los contratos entre partes privadas o un Estado y una parte privada como regido siempre por el derecho interno del Estado parte del contrato^[21]; y agrega que otra dificultad radica en que el inversor extranjero, la corporación multinacional, no tiene personalidad en Derecho Internacional.^[22]

Malanczuk estima que la razón para concluir los llamados “contratos internacionalizados” está en la necesidad de establecer un balance entre las partes y prevenir que el Estado Parte no evada sus obligaciones contractuales cambiando su propio derecho interno.^[23] También por la preocupación relativa a la imparcialidad de los tribunales nacionales y el objetivo de

neutralizar la superioridad inherente de las instituciones del país receptor, habida cuenta de sus facultades soberanas legislativas en materia de derogación de los contratos o de injerencia en los mismos”.^[24] Así, “de no existir tales preocupaciones desaparecería la necesidad de la categoría independiente de contratos de Estado y su protección internacional por tratados y cláusulas de arbitraje. Muchos de los primeros diferendos importantes en materia de inversión extranjera se referían al funcionamiento y denuncia de estos contratos, sobre todo mediante la renegociación, expropiación o nacionalización.”^[25]

El ex – Juez de la Corte Internacional de Justicia, Stephen Schwebel, señala que la cuestión de si la violación por un Estado de un contrato entre un Estado y un extranjero constituye una violación al derecho internacional ha estado dividida entre la doctrina. ^[26] Así, por ejemplo, en el Caso *Ambatielos*, el gobierno de Grecia sostuvo que el contrato entre su el gobierno de su Majestad en el Reino Unido y el Sr.M.N.E. *Ambatielos* “fue uno entre un Estado y un extranjero, con el resultado que, de acuerdo con los principios de derecho internacional admitidos, el gobierno del Estado incurrió en responsabilidad directa por el incumplimiento del contrato; por el cual el gobierno del extranjero debe de ese modo ser reparado por el perjuicio.”^[27]

Asante considera que “aunque un contrato entre un Estado receptor y una empresa extranjera podría normalmente ser regido por el derecho interno de acuerdo con los principios de Derecho Internacional Privado, los principios tradicionales de responsabilidad internacional imponen ciertas obligaciones legales internacionales sobre el Estado parte tales como proteger los derechos contractuales u otros intereses del extranjero. Algunos juristas entienden que un contrato de Estado, en particular, los de concesión o los acuerdos de inversión a largo plazo adquieren la naturaleza de un acuerdo internacional en virtud de sus características particulares, tales como, un Estado en calidad de parte, la importancia estratégica de la materia del contrato o la estipulación de arbitraje internacional. En tales casos, el contrato cae en la esfera del Derecho Internacional y queda sujeto a principios internacionales bien establecidos como *pacta sunt servanda*”.^[28] Puntualiza que “otros autores buscan apartar el acuerdo de inversión de la aplicación del Derecho del Estado receptor al caracterizar el mencionado acuerdo como un sistema jurídico independiente y autónomo que regula la completa variedad de relaciones entre el gobierno receptor de la inversión y la compañía extranjera sin referencia a ningún sistema de derecho interno”.^[29] El autor a quien seguimos estima que “en efecto, los acuerdos de inversión crean un separado, autónomo y coherente cuerpo de principios legales los cuales, con exclusividad, rigen las relaciones entre el Estado receptor y la corporación transnacional, mientras que otros juristas asimilan el contrato transnacional a la clase de acuerdo internacional, a lo cual argumentan que la rescisión o la modificación internacional de tales acuerdos constituye un delito internacional impuesto por el Derecho Internacional independientemente del efecto del Derecho Internacional Privado sobre el contrato”.^[30]

Grigera Naon subraya que “sería largo referirse a todas las teorías que se han esbozado respecto de los contratos entre Estados y particulares”^[31] y focaliza en dos. La primera de ellas, citando a Mann, “sostiene que estas contrataciones están directamente regidas por el Derecho Internacional Público”^[32]. Así, “la localización en la esfera del Derecho Internacional Público es posible solamente cuando las partes expresa o tácitamente sitúan la contratación en el Derecho Internacional Público”^[33]. En ese sentido, ello importa partir de la premisa de que este ordenamiento jurídico se encuentra dispuesto a aceptar la inserción del contrato entre el Estado y el particular dentro de su ámbito y de que cuenta con normas adecuadas para regirlo. La inserción expresa está dada por la elección del derecho internacional público

como *proper law* (mediante clausula de elección del derecho aplicable) de la contratación; la inserción tácita se deriva de la introducción de ciertas clausulas contractuales que denotan la voluntad de las partes de rehuir la aplicación del derecho nacional y de “internacionalizar” la contratación. Estas clausulas son, entre otras, la que se refiere a la solución de controversias, al arbitraje internacional, la que establece que el contrato deberá regirse por principios generales del derecho y las que excluyen la posibilidad de modificar el contenido o efectos de algunas o todas las clausulas contractuales por actos soberanos del Estado parte.^[34] Bockstiegel, citado por Grigera Naon, sostiene que “los contratos entre Estados y particulares pueden quedar ‘objetivamente’ (aún contra la voluntad de las partes) localizados en el ámbito del derecho internacional público si alguna de esas clausulas se encuentran presentes en contratos de ‘desarrollo económico’, en los que por razones de poderío económico, técnico o tecnológico, la parte privada se iguala a la parte estatal que contrata con ella, hasta el punto de que el régimen de aprobación formal de la contratación por el Estado es igual o se aproxima al que observaría si estuviera concluyendo un tratado internacional”.^[35] En ese sentido, “el incumplimiento contractual por parte del Estado que participa en el contrato internacionalizado (o al menos, de las clausulas que lo sustraerían del imperio de las autoridades judiciales y administrativas nacionales y de la legislación estatal) está regido, para esta teoría por el Derecho Internacional Público. El incumplimiento se asemeja a un ilícito internacional que, como en el caso de violación de un tratado, da lugar a la responsabilidad internacional del Estado infractor”.^[36] En ese orden de ideas, Robalino Orellana señala que “la aplicación del Derecho Internacional a los contratos administrativos se realiza en dos niveles. El primero de ellos se produce cuando el derecho internacional se ejerce en las relaciones jurídicas contractuales locales y ante los jueces o funcionarios administrativos del Estado involucrado, por su introducción en el ordenamiento jurídico domestico. El segundo nivel se presenta cuando el derecho internacional se aplica internacionalmente, ante tribunales internacionales, en la capacidad misma del Estado como sujeto del Derecho Internacional Público, más no como la mera administración pública interna”.^[37] Este jurista estima que “estos dos niveles pueden verse combinados eventualmente cuando las relaciones contractuales y la solución de disputas envuelven actuaciones domesticas e internacionales, cuando se discute la supremacía de las normas domésticas *vis-à-vis* las normas internacionales o cuando existe una controversia sobre la jurisdicción de una cierta disputa de origen contractual”.^[38] Agustín Gordillo considera que “el derecho internacional público había sentado la superioridad de sus normas (jus cogens) sobre el derecho interno, ahora empieza a admitirlo el derecho interno ante la presión internacional; más aún, nuestros tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras autorizan al inversor a someter sus diferendos a un tribunal internacional arbitral”.^[39]

El segundo grupo de teorías a que se refiere Grigera Naon son las que consideran que “esas clausulas y contratos están regidos por un ‘tercer derecho’”^[40], que conforme Jessup es el derecho transnacional, “que incluye dentro de sus fuentes al Derecho Internacional Público y los principios jurídicos de derecho nacional ‘especialmente adaptados a las relaciones jurídicas transnacionales’”.^[41] En ese orden de ideas, señala que “el Derecho Internacional Público no contiene normas que permitan regular adecuadamente el contenido, extensión y efectos de las obligaciones contractuales, que están referidas a prestaciones comerciales o económicas propias del derecho general de las obligaciones y de los contratos, respecto de los cuales existe un vacío normativo en el Derecho Internacional Público”.^[42]

Sornarajah^[43] señala dificultades para elaborar un Derecho Internacional de los Contratos. Así, en primer lugar, el Derecho Internacional Público no puede regular las relaciones de un contrato entre un Estado y un extranjero; porque este ordenamiento jurídico es ‘inter-estatal,

jus inter gentes. En segundo lugar, no existen principios de 'derecho internacional de los contratos'. En tercer lugar, este ordenamiento jurídico no puede ser creado por costumbre internacional; y si principios consuetudinarios han sido creados, éstos no pueden ser considerados obligatorios para Estados que se opusieron sistemáticamente a la creación de tales principios.^[44] Concluye que a pesar de estas dificultades, los reclamos avanzan sobre la base de la existencia de un sistema jurídico supra-nacional que regula los contratos entre Estados extranjeros.^[45]

Tengamos presente la enseñanza de Weil que considera "internacionalización no significa que los contratos devienen en equivalente a un tratado".^[46] Por ese motivo, Orrego Vicuña estima que "los tratados y los contratos, a pesar de ser diferentes, persiguen el idéntico objetivo de asegurar el imperio del derecho y la observancia de los compromisos legales en la comunidad internacional y, por lo tanto, son llamados a una interacción creciente. En este punto, así como los tratados se privatizan por medio de la permisión de un rol mayor de los individuos en su operación, los contratos se transforman en públicos en la medida en que los Estados y el Derecho Internacional extienden sus garantías a su observancia".^[47]

IV. LOS CONTRATOS DE ESTADO Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Orrego Vicuña señala que la contribución más importante hacia la internacionalización de los contratos ha sido la de los tribunales arbitrales internacionales que resuelven conflictos específicos entre los operadores del comercio internacional y constituyen el órgano con mayor independencia de las jurisdicciones nacionales y de la soberanía estatal. Así, el nuevo orden público que gobierna las transacciones en los mercados internacionales ya no es un orden público doméstico sino un marco legal genuinamente globalizado.^[48] El jurista que seguimos, puntualiza que "existen más de 2000 tratados bilaterales de inversión que procuran proteger las inversiones extranjeras, junto con un importante número de convenciones multilaterales y un par de tratados de libre comercio. Todos ellos comparten la característica de que, a pesar de ser acuerdos entre Estados, permiten a los particulares ampararse en sus preceptos tanto en lo referido a la elección del foro para la solución de controversias, incluyendo especialmente al arbitraje internacional".^[49]

Linda C. Reif señala la importancia de los Tratados Bilaterales de Inversión, que aunque datan de 1959, su popularidad comenzó hacia mediados de los '70, logrando su punto culminante hacia el año 2000.^[50] Los BIT's contienen dos tipos de mecanismos de solución de controversias: a) entre Estados, y b) entre el Estado receptor y el inversionista extranjero. En ese orden de ideas, el arbitraje internacional es utilizado para resolver las controversias, sobre todo le permite al inversor extranjero iniciar el procedimiento arbitral;^[51] pero como muy bien lo plantea Orrego Vicuña "la mayoría de las inversiones son realizadas por medio de contratos con el Estado, y es aquí de donde ha surgido una nueva relación entre los contratos y los tratados. Con frecuencia los contratos prevén la sujeción de las cuestiones al derecho nacional y la resolución de las disputas ante las cortes nacionales. ¿Cómo puede esto reconciliarse con la existencia paralela de un tratado que muchas veces prevé la aplicación de otro derecho distinto al nacional, asegurando un tratamiento sustancial bajo el Derecho Internacional que difiere en gran medida del trato dado por el derecho nacional, y permitiendo asimismo el sometimiento de las disputas al arbitraje internacional, si el inversor así lo decide?".^[52]

En el caso *Lena Goldfields Ltda v. Soviet Government*. El arbitraje era relativo a contrato de concesión entre el Gobierno soviético y Lena Goldfields Ltda. La *lex arbitri*, era claramente la

Ley de Inglaterra; entonces se aplicaba la English Arbitration Act, el procedimiento inglés y el Derecho Internacional Privado inglés, y en el arbitraje no se aplicó Derecho Internacional Público.[\[53\]](#)

Más cerca en el tiempo, en el ámbito de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dependiente del Banco Mundial, en el caso *Compañía Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, el Comité Ad Hoc de anulación señaló “la acción motivada en un tratado no puede asimilarse a la acción motivada en un contrato, ella requiere la clara acreditación de una conducta que, en el caso concreto, es contraria al estándar establecido en aquel tratado”.[\[54\]](#)

Hay que tener en consideración si en el tratado existe una “umbrella clause” o “cláusula de ámbito general”. Se señala que “no existe una certidumbre absoluta sobre la naturaleza y el efecto precisos de esas cláusulas. Por un lado, se ha sostenido que dichas disposiciones protegen los derechos contractuales de un inversor frente a cualquier injerencia en que se hubiese incurrido por el simple incumplimiento del contrato o de disposiciones administrativas o legislativas”.[\[55\]](#) Un ejemplo puede ser el Art. 2, 2) del BIT entre Santa Lucia y Reino Unido celebrado en 1983 que establece:

“cada Parte contratante observará las obligaciones que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte contratante”.[\[56\]](#)

Se considera que en un BIT “se incorpora una disposición de esa naturaleza para evitar la incertidumbre y poder determinar con certeza si esos incumplimientos del contrato constituyen o no infracciones del Derecho Internacional general. No obstante, no queda claro si el propio inversor extranjero puede invocar el cumplimiento de la obligación que se ha creado respecto de los dos Estados partes en contrato”.[\[57\]](#)

Esta situación ha dado lugar a laudos de tribunales arbitrales. Un primer caso, *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Islamic Republic of Pakistan*[\[58\]](#). El tribunal debía interpretar el Art. 11 del BIT de 1995 firmado entre Pakistán y Suiza debido a que SGS es una empresa radicada en éste país. El artículo en cuestión expresaba: “ambas partes contratantes garantizarán constantemente la observancia de los compromisos que hayan contraído respectivamente en relación con las inversiones de la otra parte contratante”.[\[59\]](#) El Tribunal entendió que “todos los incumplimientos de los contratos de cada uno de los Estados con inversores extranjeros del otro Estado se convertirán inmediatamente y serán considerados como incumplimientos del BIT”[\[60\]](#); aunque no existía “prueba clara y persuasiva de que  sa fuera de hecho la intención de Suiza y Pakistán al adoptar el Art. 11 del BIT”.[\[61\]](#)

Un segundo caso, es *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Republic of the Philippines*.[\[62\]](#) En esta oportunidad, el Tribunal “abord  nuevamente la cuestión del efecto de una clausula de  mbito general. Si bien en el contrato entre SGS y Filipinas se preveía que las controversias en el marco del contrato pertenecerán exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales de Filipinas, SGS inició los procedimientos de arbitraje ante el CIADI alegando que su reclamación en el marco del contrato podía ser considerada una reclamación en el marco de un tratado de conformidad con la clausula de  mbito general del BIT entre Filipinas y Suiza”.[\[63\]](#) El Tribunal cambi  su postura con respecto al caso anterior y señaló que la clausula de  mbito general “transforma en un incumplimiento del BIT para el Estado receptor la falta de observancia de los compromisos obligatorios, incluyendo compromisos contractuales, que éste ha asumido respecto de inversiones específicas: Pero esto no

convierte el problema de la *extensión* o *contenido* de tales obligaciones en una cuestión de Derecho Internacional”.[\[64\]](#)

En el caso *CMS v. Argentina* (Comité Ad Hoc sobre Anulación) se señaló que “el efecto de una clausula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las partes de la obligación (i.e., las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la clausula paraguas”.[\[65\]](#) Honlet y Borg señalan muy bien expresando que ésto es una remisión al caso *SGS v. Filipinas*.[\[66\]](#) Así, “una clausula paraguas no debe convertir cuestiones de derecho contractual en cuestiones de derecho de tratados”.[\[67\]](#)

V. CONCLUSIONES

La globalización que vivimos genera un fluido intercambio de capitales entre distintos Estados. Los contratos de Estado tienen un rol preponderante en el proceso de recepción de inversión extranjera. Tradicionalmente existió la polémica si este tipo de instrumentos jurídicos estaban regidos por el derecho interno de los Estados o por el Derecho Internacional Público. Así, es clara la posición de Sornarajah cuando caracteriza este tipo de contratación al estimar que no existe mucha diferencia con los contratos comerciales comunes entre partes privadas. Por otro lado la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de los Empréstitos Serbios marca un hito que no se puede desconocer. No obstante, se fue abriendo paso la teoría de la internacionalización de los contratos, donde la postura del gobierno de Grecia en el caso *Ambatielos* tiene su lugar preponderante.

Esta teoría sostiene la necesidad de establecer un equilibrio entre las Partes intervinientes y evitar que el Estado signatario no evada las obligaciones contractuales alterando su derecho interno. A su vez, se deja en evidencia la preocupación referente a la imparcialidad de los tribunales nacionales. Por esta razón es que el arbitraje internacional cobra importancia en la protección de las inversiones extranjeras como lo señala gran parte de la doctrina entre los cuales podemos destacar a Griguera Naon, Orrego Vicuña y Robalino Orellana.

Si bien, no es lo mismo un contrato que un tratado; ante la violación de determinadas obligaciones contractuales puede surgir la aplicación de la normativa internacional sobre responsabilidad internacional que impone a los Estados la obligación de reparar los daños causados cuando no se protegen los intereses de un extranjero.

Tanto en el caso del arbitraje internacional como en el supuesto de responsabilidad internacional, el contrato queda situado en la esfera de la aplicación del Derecho Internacional Público donde el principio de *pacta sunt servanda* goza de gran raigambre.

Las clausulas paraguas generaron una nueva relación entre tratados y contratos; pero esto no significa asimilarlos. Si bien en los casos *SGS contra Pakistán o Filipinas* los laudos arbitrales no fueron uniformes, la cuestión quedó más clara en la oportunidad en que el Comité de Anulación en el caso *CMS Gas vs. República Argentina* consideró que “*el efecto de una clausula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable*”,[\[68\]](#) adhiriendo así a la solución dada en el asunto *SGS V. Filipinas* proyectando luz en un área de por sí polémica en la doctrina internacional ya que brinda una relativa uniformidad en relación a la problemática analizada.

Bibliografía general

- ASANTE, Samuel K. B., "International Law and Investment" en BEDJAOUI, Mohamed, *International Law: Achievements and Prospects*. UNESCO. Paris.1991
- BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, Fifth Edition. Clarendon Press, Oxford. 1998.
- CRAWFORD, James, "treaty and Contract in Investment Arbitration". The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration. London, 29 November 2007
- DICKSTEIN, Michael E., "Revitalizing the International Law governing Concession Agreements" en *International Tax & Business Lawyer*. Vol. 6:54. 1988.
- DROMI, José Roberto: *La Licitación Pública*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1980
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. 8º Edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2003
- GRIGERA NAON, Horacio, "El Estado y el Arbitraje Internacional con Particulares" en *Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1989, II – III. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. 1989.
- HONLET, Jean – Christophe y BORG, Guillaume, "The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisited" en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7. 2008
- MALANCZUK, Peter, *Akehurst's Modern Introduction o International Law*, Seventh Revised Edition. Routledge. London. 1998.
- MANN, F.A. "State Contracts and International Arbitration" en *The British Yearbook of International Law*. Oxford University Press. 1967
- ORREGO VICUÑA, Francisco, "De los Contratos y Tratados en el Mercado Mundial" en *De Cita 03. Derecho del Comercio Internacional. Inversiones Extranjeras*. Ed. Zavalía. 2005
- ORREGO VICUÑA, Francisco, "Of Contracts and Treaties in Global Market" en *Max Planck UNYB* 8. 2004
- REIF, Linda C., "The Evolution of Foreign Direct Investment Law: From an Inter-State to a Transnational Dynamic" en *The Auto Pact: Investment, Labour and the WTO*. Edited by Professor Maureen Irish. Kluwer Law International. 2004
- ROBALINO ORELLANA, Javier, "Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión: Una Breve Aproximación" en FERNANDEZ RUIZ, Jorge y SANCHEZ JAVIER, Santiago, (Coord.) *Contratos Administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*.. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2447> (Fecha de última consulta 21/01/2010) ISBN 970-32-3935-8
- SHANY, Yuval, "Contract Claim Vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims" en 99 *AJIL* 835, 2005
- SCHWEBEL, Stephan: "On Whether the Breach by a State of a Contract is a Breach of International Law" en *International Law at the Time of Its Codification. Essays in Honour of Robert Ago*. III: Milano- Dot. A. Giuffrè Editore. Milano. 1987
- SORNARAJAH, M., *The Settlement of foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International. The Hague. 2000.
- SORNARAJAH, M.: *International Commercial Arbitration: The Problem of State Contracts*. Longman. USA. 1990
- SORNARAJAH, M., "The Myth of International Contract Law" en *Journal of World Trade Law*, 1981
- TAWIL, Guido Santiago, "Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones. La Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional" en *La Ley*. 2000 – D
- UNCTAD: *State Contracts*, United Nations, New York, 2004 (a)

UNCTAD: *International Investment Agreements: Key Issues*. Volume II. United Nations. New York. 2004 (b)

WALDE, Thomas, "The 'Umbrella' (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases" .en 6.2 *J. World Inv. & Trade*, 183 (April 2005).

WEIL, P, "Problèmes Relatifs aux Contrats Passés entre un Etat et un Particulier", *Recueil des Cours*, 1969, Tº III

WENDLANDT, Matthew, "SGS v Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor – State Contracts Disputes" en *Texas International Law Journal*. Vol. 43. Año 2008.

Notas:

[1] UNCTAD: *International Investment Agreements: Key Issues*. Volume II. United Nations. New York. 2004. (b). Pág. 1

[2] *Ibidem*

[3] DICKSTEIN, Michael E.: "Revitalizing the International Law governing Concession Agreements" en *International Tax & Business Lawyer*. Vol. 6:54. 1988. Pág. 54. Nota al pie Nº 1.

[4] BROWNLIE, Ian: *Principles of Public International Law*, Fifth Edition. Clarendon Press, Oxford. 1998. Pág. 550

[5] ROBALINO ORELLANA, Javier, "Los Contratos Administrativos y el Derecho Internacional de la Inversión: Una Breve Aproximación" en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez Javier, (Coord.) *Contratos Administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Pág. 349. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2447> (Fecha de última consulta 21/01/2010) ISBN 970-32-3935-8

[6] TAWIL, Guido Santiago, "Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones. La Responsabilidad del Estado y el Arbitraje Internacional" en *La Ley*. 2000 – D, Pág. 1106

[7] ORREGO VICUÑA, Francisco, "De los Contratos y Tratados en el Mercado Mundial" en *De Cita 03. Derecho del Comercio Internacional. Inversiones Extranjeras*. Ed. Zavalía. 2005. Pág. 27

[8] UNCTAD: *State Contracts*, United Nations, New York, 2004, (a) Pág. 3

[9] SORNARAJAH, M.: *International Commercial Arbitration: The Problem of State Contracts*. Longman. USA. 1990. Pág. 49

[10] *Ibidem*

[11] Case of Serbian Loans (France v. Serbs), 1929 P.C.I.J (Ser.A) Nº 2021, 41

[12] UNCTAD: Op.Cit, 2004 (a). Pág. 4

[13] *Ibidem*

[14] UNCTAD, Op. Cit, 2004 (b). Pág. 2

[15] *Ibidem*.

[16] DROMI, José Roberto: *La Licitación Pública*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1980. Pág. 15.

[17] *Ibidem*. Pág. 16

[18] *Ibidem*

[19] ORREGO VICUÑA, Francisco, Op. Cit. 2005. Pág. 18

[20] SORNARAJAH, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International. The Hague. 2000. Pág. 223

[21] *Ibidem*, Pág. 224

[22] *Ibidem*

[23] MALANCZUK, Peter: *Akehurst's Modern Introduction o International Law*, Seventh Revised Edition. Routledge. London. 1998. Pág. 38

- [24] UNCTAD: Op. Cit, 2004 (a), Pág. 5
- [25] *Ibidem*
- [26] SCHWEBEL, Stephan: "On Whether the Breach by a State of a Contract is a Breach of International Law" en *International Law at the Time of Its Codification. Essays in Honour of Robert Ago. III*: Milano- Dot. A. Giuffre Editore. Milano. 1987. Pág. 401
- [27] *Ibidem*
- [28] ASANTE, Samuel K. B., "International Law and Investment" en BEDJAOUI, Mohamed, *International Law: Achievements and Prospects*. UNESCO. Paris.1991. Pág. 677
- [29] *Ibidem*
- [30] *Ibidem*
- [31] GRIGERA NAON, Horacio, Op. Cit, 1989. Pág. 130
- [32] *Ibidem*
- [33] *Ibidem*
- [34] *Ibidem*
- [35] *Ibidem*, Pág. 131
- [36] *Ibidem*
- [37] ROBALINO ORELLANA, Javier, Op.Cit. Pág. 350.
- [38] *Ibidem*
- [39] GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. 8º Edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2003, Pág. VI-4
- [40] GRIGERA NAON, Horacio, Op. Cit. 1989. Pág. 130
- [41] *Ibidem*
- [42] *Ibidem*, Pág. 132
- [43] SORNARAJAH, M, "The Myth of International Contract Law" en *Journal of World Trade Law*, 1981, Pág. 198
- [44] *Ibidem*
- [45] *Ibidem*, Pág. 199
- [46] WEIL, P, "Problèmes Relatifs aux Contrats Passés entre un Etat et un Particulier", *Recueil des Cours*, 1969, Tº III. Pág. 158
- [47] ORREGO VICUÑA, Francisco, Op. Cit, 2005, Pág.32
- [48] *Ibidem*, Pág. 21
- [49] *Ibidem*, Pág. 25
- [50] REIF, Linda C., "The Evolution of Foreign Direct Investment Law: From an Inter-State to a Transnational Dynamic" en *The Auto Pact: Investment, Labour and the WTO*. Edited by Professor Maureen Irish. Kluwer Law International. 2004. Pág. 182
- [51] *Ibidem*
- [52] ORREGO VICUÑA, Francisco, Op. Cit, 2005, Pág. 25
- [53] Ver MANN, F.A. "State Contracts and International Arbitration" en *The British Yearbook of International Law*. Oxford University Press. 1967. Pág. 8
- [54] Case Nº ARB/97/3. Decisión sobre el pedido de nulidad. 2002. Par. 113.
- [55] UNCTAD, Op. Cit. 2004 (a). Pág.16
- [56] *Ibidem*
- [57] *Ibidem*, Pág. 17
- [58] ICSID, Case Nº ARB/01/13. *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Islamic Republic of Pakistan*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. August 6, 2003.
- [59] Disponible en http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_pakistan_fr.pdf (última consulta 26 de Enero de 2010).
- [60] ICSID, Case Nº ARB/01/13. *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Islamic Republic of Pakistan*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. August 6, 2003. Para. 173.

[61] *Ibíd*em

[62] ICSID, Case N° ARB/02/6. *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Republic of the Philippines*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 29, 2004

[63] UNCTAD: Op. Cit. 2004 (a). Pág.19

[64] ICSID, Case N° ARB/02/6. *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Republic of the Philippines*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 29, 2004. Para 128

[65] CIADI, Caso N° ARB/01/8. *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*. (Procedimiento de Anulación). Decisión del Comité Ad Hoc sobre la solicitud de Anulación de la República Argentina. Fecha de envío a las Pates: 25 de Septiembre de 2007. Para 95 (c). Pág. 27.

[66] HONLET, Jean – Christophe y BORG, Guillaume, “The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisted” en *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2008), Pág. 13

[67] *Ibíd*em

[68] *Ibíd*em, nota 66