

LA LEY

ACTUALIDAD

Buenos Aires, jueves 14 de junio de 2012

Año LXXVI N° 111 / ISSN 0024-1636

Opinión

La expropiación en el Derecho Internacional

Proyecto de expropiación de YPF

POR GASTÓN N. ISOARDI

1. Noción y concepto

La expropiación ha sido definida como el medio jurídico por el cual el Estado obtiene la transferencia de un bien de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública y a cambio del pago de una indemnización.

Se ha dicho también, que "la expropiación es un medio de solucionar y armonizar la situación antagónica entre dos intereses: el público y el privado", (1) el interés del particular al uso y goce de un determinado bien, y el interés colectivo representado por el Estado sobre ese mismo bien. En esta confrontación de intereses, el del particular cede al interés de la colectividad; y entonces el derecho de propiedad sale de la esfera del particular y se transfiere al Estado o un tercero por razones de utilidad pública.

En general, los ordenamientos jurídicos internos incorporan el instituto de la expropiación en sus respectivas Constituciones, en las que sientan los principios generales que le sirven de base. (2)

El derecho internacional se nutrió de los

ocurrido una expropiación indirecta o *de facto*, es el resultado de una verificación por parte del intérprete, *a posteriori* de la producción de las medidas en cuestión. También por consiguiente en tales casos, el inversor extranjero es acreedor de una compensación.

1.1 La legalidad de la expropiación

García Amador, en su informe como Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional en 1959, sostuvo que un acto de expropiación, puro y simple, constituye un acto lícito del Estado y, consecuentemente, no da *per se* lugar a responsabilidad internacional de ninguna naturaleza. Esa responsabilidad sólo puede existir y ser imputable si la expropiación u otra medida tiene lugar en condiciones o circunstancias incompatibles con el estándar del derecho internacional que gobierna el ejercicio del derecho del Estado o, en otras palabras, contrario a las reglas que protegen los derechos adquiridos de los extranjeros contra los actos "arbitrarios" u omisiones por parte del Estado. (3)

Por otra parte, se ha sostenido que el poder

La nueva ley de hidrocarburos para el control estatal de YPF

POR ESTELA B. SACRISTÁN

1. Una expropiación y algo más

Mediante el art. 7° de la ley 26.741 (Adla, Bol. 13/2012, p. 1) (1) (en adelante, la Ley), el Estado Nacional ha declarado "(...) de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A. sus controlantes o controladas en forma directa o indirecta. Asimismo, declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el 51% del patrimonio de Repsol YPF Gas S.A. representado por el sesenta por ciento 60% de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A. sus controlantes o controladas".

Mas no se trata, solamente, de una ley que declara la utilidad pública de un bien y lo sujeta a expropiación. Sus alcances son mucho más amplios. Es que, con ella, se apunta a redefinir la política hidrocarburífera de nuestro país, presentando a la expropiación de las acciones de propiedad de Repsol S.A. en Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (en adelante, YPF) como un medio de cumplir con los fines de dicha política.

En realidad, tal como se verá en los párrafos

tecimiento en el centro de la arena de la política sobre hidrocarburos.

Ciertamente, esta idea no es nueva en nuestro país. La ley 14.773 (Adla, LVII-A, 272), (2) de 1958, en su art. 8°, declaraba, de urgente necesidad nacional, "el aumento de la producción de hidrocarburos (...) a los fines del autoabastecimiento del país (...)". Asimismo, la ley de hidrocarburos 17.319 (Adla, XXVII-B, 1486), (3) de 1967, vigente en la actualidad, si bien no establece la finalidad de autoabastecimiento expresamente en su articulado, lo lleva implícito en sus propósitos, tal como lo demuestran numerosos párrafos de la respectiva Nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley. (4)

La intención o finalidad expresa de la Ley se complementa con las precisiones del legislador en materia de medios: "El Poder Ejecutivo nacional, en su calidad de autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia, arbitrará las medidas conducentes al cumplimiento de los fines de la presente con el concurso de los Estados provinciales y del capital público y privado, nacional e internacional", conf. art. 2°, ley 26.741.

Este enunciado se completa con el artículo

de un determinado bien, y el interés colectivo representado por el Estado sobre ese mismo bien. En esta confrontación de intereses, el del particular cede al interés de la colectividad; y entonces el derecho de propiedad sale de la esfera del particular y se transfiere al Estado o un tercero por razones de utilidad pública.

En general, los ordenamientos jurídicos internos incorporan el instituto de la expropiación en sus respectivas Constituciones, en las que sientan los principios generales que le sirven de base. (2)

El derecho internacional se nutrió de los principios receptados en los ordenamientos jurídicos internos, pero solamente es materia de su regulación la expropiación que afecta los derechos de propiedad de un extranjero.

Aun en la actualidad, y no obstante la generalizada protección convencional de la inversión extranjera, un acto de expropiación constituye, en principio, un acto lícito del Estado que lo consuma y, consecuentemente no genera responsabilidad internacional de ninguna naturaleza.

Cuando el Estado actúa de manera manifiesta apoderándose de los bienes de un particular, mediante actos materiales y formales concluyentes sobre la verdadera voluntad que los anima, su encuadre no presenta en general mayores controversias: se trata de una expropiación directa o *de jure*.

Otras veces, en cambio, el interés de un gobierno no se desprende de la externalidad del acto, sino del resultado concreto de la aplicación de medidas y sus efectos sobre el patrimonio del inversor, pudiendo en ocasiones llegar al mismo resultado que de haber expropiado *de jure*. En tales casos, la conclusión a la que se arribe para calificar si una medida tuvo un efecto equivalente a una expropiación, o en otros términos, si ha

NOTAS

(1) MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", en Lexis n° 2206/000859.

(2) Aun las más liberales, tal el caso de la Constitución de la Nación Argentina que en su artículo 17 expresa: "La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada". También la Constitución de los Estados Unidos de América, en la 5ª enmienda en su parte pertinente declara: "Ninguna persona será obligada a... ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley, ni se le privará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización". En igual sentido la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia,

expropiación, puro y simple, constituye un acto lícito del Estado y, consecuentemente, no da lugar a responsabilidad internacional de ninguna naturaleza. Esa responsabilidad sólo puede existir y ser imputable si la expropiación u otra medida tiene lugar en condiciones o circunstancias incompatibles con el estándar del derecho internacional que gobierna el ejercicio del derecho del Estado o, en otras palabras, contrario a las reglas que protegen los derechos adquiridos de los extranjeros contra los actos "arbitrarios" u omisiones por parte del Estado. (3)

Por otra parte, se ha sostenido que el poder para expropiar encuentra su basamento jurídico en los requerimientos del "bienestar común" o el "bienestar general" de la comunidad y que, a pesar de que el bienestar público, es considerado por el derecho internacional como de una importancia superior que le autoriza a derogar el principio de respetar los derechos privados, esa derogación es condicionada a la existencia de una genuina necesidad pública gobernada por el principio de buena fe. El requerimiento de que la expropiación debe estar justificada por razones de interés público es también receptado en varios tratados internacionales.

Se suele diferenciar a la expropiación de la confiscación; Schwarzenberger sugiere que en cualquier sistema jurídico en el que pueda trazarse la línea divisoria entre interferencias al derecho de propiedad entre legales e ilegales, es recomendable reservar el término *expropiación* para aquellas formas de interferencia legales. Por el contrario el uso del término *confiscación* para referirse a interferencias antijurídicas. (4) Señala Sornarajah, que buena parte del régimen de atribución de responsabilidad del Estado fue desarrollado en el contexto del derecho relacionado a la confiscación de la propiedad, en el que no existía un beneficio para el Estado, sino

(Continúa en pág. 2) >

en el artículo 17, establece que: "La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, evidentemente lo exija, y bajo la condición de una justa y previa indemnización", entre otras. (Las traducciones son propias)

(3) A/CN.4/11 "Fourth report on State Responsibility by Mr. F.V. Garcia-Amador, Special Rapporteur". Topic: State responsibility, p. 11, en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_119.pdf

(4) SCHWARZENBERGER, Georg, "Foreign Investments and International Law", p. 17, publicado por Stevens and Sons., Londres, 1969.

empresas, pertenecientes a Repsol Buinno S.A. sus controlantes o controladas".

Mas no se trata, solamente, de una ley que declara la utilidad pública de un bien y lo sujeta a expropiación. Sus alcances son mucho más amplios. Es que, con ella, se apunta a redefinir la política hidrocarburífera de nuestro país, presentando a la expropiación de las acciones de propiedad de Repsol S.A. en Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (en adelante, YPF) como un medio de cumplir con los fines de dicha política.

En realidad, tal como se verá en los párrafos que siguen, la ley 26.741 no resulta ser tan novedosa: apelando a la imagen del autoabastecimiento y, como pretexto de ella, se toma el control estatal de la principal empresa hidrocarburífera del país. Y, al así hacer, nos lleva al pasado, para luego traernos de regreso al futuro incluso incurriendo en más de una autocontradicción. Veamos:

II. El invocado autoabastecimiento

Según el art. 1º de la ley, constituye "un objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones". Así, la ley 26.741 coloca al autoabas-

NOTAS

(1) B.O. 7/5/2012.

(2) B.O. 21/11/1958, Adla, XVIII-A, (1958), pp. 272/275, esp. p. 275.

(3) B.O. 30/6/1967, Adla, XXVII-B, (1967), pp. 1486/1527.

(4) Publicada en Adla, XXVII-B cit., pp. 1486/1518, esp. pp. 1486, 1501, 1505, 1508, 1514 y 1518, donde lucen estos párrafos, suscritos, entre otros, por el entonces ministro de Economía del gobierno de facto de Juan Carlos Onganía, Adalberto Krieger Vasena: "La Revolución Argentina ha definido como objetivo de su política económica (...) un autosostenido desarrollo (...)". "Los principios adoptados por este proyecto de ley destinado al autoabastecimiento petrolero no responden a especulaciones teóricas, sino a las conclusiones de un objetivo examen de la realidad económica financiera de la República y de las circunstancias de hecho que, en lo interno y en lo internacional, condicionan la explotación de los yacimientos de hidrocarburos (...)" "Consecuentemente, mientras no

metodos parciales de la responsabilidad de Repsol S.A. Ejecutivo acompañando el proyecto de ley. (4)

La intención o finalidad expresa de la Ley se complementa con las precisiones del legislador en materia de medios: "El Poder Ejecutivo nacional, en su calidad de autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia, arbitrará las medidas conducentes al cumplimiento de los fines de la presente con el concurso de los Estados provinciales y del capital público y privado, nacional e internacional", conf. art. 2º, ley 26.741.

Este enunciado se completa con el artículo 3.c., que prescribe: "Establécense como principios de la política hidrocarburífera de la República Argentina los siguientes: ... c) La integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales".

Como puede verse, la ley 26.741 proclama una apertura al capital privado, tanto nacional como internacional, convocatoria ésta que, por cierto, se contradice con la expropiación de las acciones de una sociedad anónima privada, Repsol.

No parece innovadora la invitación misma al capital privado. La ley 17.319 establece, en su art. 2º, que "[l]as actividades relativas a la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas, conforme a las disposiciones de

(Continúa en pág. 2) >

se alcance el autoabastecimiento de hidrocarburos líquidos, al empleo de todas las disponibilidades de crudo de origen nacional será obligatorio, a no ser que probados motivos técnicos lo hicieren inconveniente, a juicio de la autoridad estatal (...)" "La importación de los hidrocarburos y sus derivados será regulada sobre la base del objetivo de autoabastecimiento y de la consecuente obligación de consumir todos los hidrocarburos disponibles y producidos en el país (...)" "El tratamiento diferencial que reciben las inversiones realizadas durante el primer período del plazo básico del permiso de exploración obedece a la finalidad de acelerar las tareas de búsqueda de hidrocarburos, presupuesto ineludible de una dinámica activa que busca un autoabastecimiento permanente, relacionado con la creciente demanda. (...)" "El Título XI —normas transitorias— contiene la atribución conferida al Poder Ejecutivo, a objeto de promover y esclarecer el autoabastecimiento en materia de hidrocarburos, de reducir hasta en 8 puntos el porcentaje del impuesto especial a la renta que se instituye (...)"

tional Law on Foreign Investment", p. 396, quien sostiene que el requerimiento de la utilidad pública tuvo su sentido en el período en el que la distinción entre la expropiación y la confiscación tenía su importancia en la calificación legal y la motivación que animaba el acto era la base de esa distinción.

(6) *Tippettts Abbett, McCarthy, Stratton vs. TAMS-AFEA Consulting Eng'rs of Iran*, 6 Iran, U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (1984). *Biloune vs. Ghana Investments Centre*, 95 I.L.R. 183 (1989). *Metalclad Corp. vs. United Mexican States*, Award (ICSID (Additional Facility) Case No. ARB(AF)/97/1, Aug. 30, 2000).

(8) *ADC Affiliate Limited - and - ADC & ADMC Management Limited vs. The Republic of Hungary*, CIADI Caso n° ARB/03/16, párr. 431/432, p. 79: "En la opinión del Tribunal, el requisito del tratado por el "interés público" requiere de un genuino interés público. Si la mera referencia al "interés público" pueda, por arte de magia, dar existencia a ese interés, y por lo tanto cumplir con este requisito, entonces este requisito carecería de sentido, ya que el Tribunal no alcanza a imaginar una situación en la que este

requisito no pueda ser cumplido... El Tribunal rechazó los argumentos de la demandada, en la medida que ésta no pudo probar el alegado "interés público".

(9) "Siemens A.G. vs. Argentina", CIADI Caso n° ARB/02/08, pp. 84/85." El Tratado dispone que la expropiación sea para un fin público y compensada. El Tribunal concluye que no hay evidencia de una finalidad pública en las medidas anteriores al dictado del Decreto 669/01. Se trataba de un ejercicio del poder público para reducir los costos a la Argentina en la reciente adjudicación mediante licitación pública, y como parte de un cambio de

proceso, pero permite indagar en un proceso de expropiación "consensuada" de acciones que los actores tenían en el antiguo Banco Nacional, cuestión que generó los fallos *Bartolomé Devoto (II)* (14) y *(III)*. (15) Luego de la "segunda convertibilidad" (1881-1885) argentina, vigente, otra vez, la inconversión, y operada la crisis de 1890, se dictó la ley 2841, (16) de creación del Banco Nación y liquidación del Banco Nacional; por su art. 35, los accionistas de éste iban a contar con 3 meses para brindar conformidad con recibir el 50% del valor nominal de sus acciones en títulos de renta interna al 6% de interés y 1% de amortización, y la liquidación del banco se haría mediante una comisión mixta. Más tarde, la ley 3037 (17) derogó orgánicamente aquélla, ordenando la liquidación por una comisión nombrada por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, (18) y su art. 21 privilegiaba, otra vez, el renglón con-

(10) Cfr.: REINISCH, August: "Standards of Investment Protection", p. 186, Oxford University Press, 2008.

(11) "British Petroleum vs. Libya", Award 10 de octubre de 1973: "... La toma de la propiedad por el Demandado de la

propiedad... viola claramente el derecho internacional público, ya que se hizo por razones políticas puramente extrañas, arbitraria y de carácter discriminatoria". (...the taking of the property by the Respondent of the property... clearly violates public international law as it was made for purely extraneous political reasons and was arbitrary and discriminatory in character?")

(12) *Libyan American Oil Company (LIAMCO) vs. Libya*, 12 abril 1977: "...clear and undisputed that non-discrimination is a requisite for the validity of a lawful nationalization. This is a rule well-established

La nueva...

(Viene de pág. 1)

esta ley y las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo".

Hoy también se hallan vigentes los decretos 1055/89 (Adla, XLIX-D, 3812), (5) 1212/89 (Adla, XLIX-D, 3834) (6) y 1589/89 (Adla, L-A, 43), (7) reglamentarios de las leyes 17.319 y 23.696 (Adla, XLIX-C, 2444), dictados en los '90 con el expreso propósito de reactivar la producción de hidrocarburos, fomentando la inversión privada nacional y extranjera.

III. La creación del Consejo Federal de Hidrocarburos

Nada agrega que la Ley cree un regulador para una actividad que ya contaba con su regulador.

El Consejo Federal de Hidrocarburos, nuevo órgano del sistema creado

por el art. 4°, ley 26.741, viene a coexistir con el órgano de la administración centralizada que fija las políticas hidrocarburíferas, Secretaría de Energía, así como con el órgano federal que aúna a las provincias interesadas en la materia, Organización Federal de los Estados Productores de Petróleo (OFEPEHI). (8) Resulta la superposición de competencias con este último. Tomemos, como ejemplo, las "políticas": su concertación con la Nación está en cabeza de la OFEPEHI, (9) pero entienden en ellas tanto la Secretaría de Energía (10) como el Consejo Federal de Hidrocarburos. (11)

IV. La expropiación de las acciones de Repsol S.A. en YPF

El motor que ha empujado la barca de la ley 26.741 ha sido la expropia-

ción de las acciones de Repsol S.A. en YPF.

En punto a ello, la Ley presenta dos particularidades. Por un lado dispone la expropiación de acciones, lo cual no es muy frecuente; por el otro lado, consagra lo que, al momento de escribir estas líneas, es una expropiación parcial.

En punto a la expropiación de acciones, la ley de expropiaciones 21.499 (Adla, XXXVII-A, 84), (12) art. 4°, la permite, pues establece, como objeto expropiable, "todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la "utilidad pública", cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no". Mas lo cierto es que las expropiaciones de acciones son por demás infrecuentes. Recuerdo un caso relativo a la historia monetaria argentina, y otro, posterior.

El caso *Bartolomé Devoto* (13) fue fallado en punto a una cuestión

procesal, pero permite indagar en un proceso de expropiación "consensuada" de acciones que los actores tenían en el antiguo Banco Nacional, cuestión que generó los fallos *Bartolomé Devoto (II)* (14) y *(III)*. (15) Luego de la "segunda convertibilidad" (1881-1885) argentina, vigente, otra vez, la inconversión, y operada la crisis de 1890, se dictó la ley 2841, (16) de creación del Banco Nación y liquidación del Banco Nacional; por su art. 35, los accionistas de éste iban a contar con 3 meses para brindar conformidad con recibir el 50% del valor nominal de sus acciones en títulos de renta interna al 6% de interés y 1% de amortización, y la liquidación del banco se haría mediante una comisión mixta. Más tarde, la ley 3037 (17) derogó orgánicamente aquélla, ordenando la liquidación por una comisión nombrada por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, (18) y su art. 21 privilegiaba, otra vez, el renglón con-

ciador al prescribir que las acciones del Banco debían ser presentadas al canje en el plazo que fijara el P.E., y las que no se presentasen serían expropiadas "depositando la Tesorería Nacional su importe en efectivo en el Crédito Público Nacional, para que allí puedan ocurrir los tenedores [de las acciones expropiadas]". Ante el no cobro de las sumas adeudadas, la Corte Suprema se expidió sobre el valor de las acciones, igual al que fijan las cotizaciones de bolsa, (19) y, finalmente, afirmó que (i) los accionistas habían tenido la opción de acogerse a la oferta bajo el art. 35 cit., y que, en defecto de suma líquida, (ii) debía pedirse judicialmente la valuación de las acciones bajo la ley de expropiaciones entonces vigente. (20)

A diferencia del caso de YPF, en *Devoto* mediaba oferta de compra de las acciones, y sólo en su defecto operaría la vía expropiatoria con claro cumplimiento del recaudo constitucional de

NOTAS

(5) B.O. 12/10/1989.

(6) B.O. 14/11/1989.

(7) B.O. 4/1/1990.

(8) Para la ley mendocina de aprobación del respectivo acto de creación, ver <http://www.tribunet.com.ar/tribunet/ley/5531.htm>; para la ley pampeana a igual fin, ver [Minería/Hidrocarburos/Ley1283.htm; para la ley santacruceña, a igual fin, ver <http://www.santacruz.gov.ar/boletin/05/diciembre05/15dic05.pdf>; entre otras leyes.](http://www.legislatura.lapampa.gov.ar/LabParlament/Digestos/Digesto-</p></div><div data-bbox=)

(9) Art. 3°, acto cit. en n.8: "En los aspectos afines a la política general sobre los hidrocarburos, la Organización deberá concertar la misma con la Nación".

(10) Dec. 27/2003, anexo I. "Secretaría de Energía: Objetivos: 1. Entender en la

elaboración, propuesta y ejecución de la política nacional en materia de energía, con un amplio criterio de coordinación federal con las jurisdicciones provinciales (...)"

(11) L. 26.741, art. 5°, inc. b): "Son funciones del Consejo Federal de Hidrocarburos (...) b) Expedirse sobre (...) la fijación de la política hidrocarburífera de la República Argentina (...)"

(12) B.O. 21/01/1977.

(13) Fallos: 71: 306 (1897).

(14) Fallos: 82: 432 (1899).

(15) Fallos: 73: 127 (1898).

(16) Prom. 16/10/1891, Adla, 1889-1919, t. 2441-11007, pp. 225/228.

(17) Prom. 18/11/1893, Adla, 1889-1919, t. 2441-11007, pp. 267/268.

(18) Ampliar en, "El Banco de la Nación Argentina en su cincuentenario MCC-MXCI - MCMXLI", Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941, fol. 203/208. El Banco Nacional se termina de liquidar hacia 1907.

(19) Ídem n.14.

(20) Ver Fallos: 73: 127 (1898), esp p. 137, donde se alude a la L. 189, prom. 13/11/1886, Adla, 1882-1880, t. 1-1073, pp. 457/458.

in international legal theory and practice... Therefore, a purely discriminatory nationalization is illegal and wrongful."

(13) SORNARAJAH, M., "The International Law of Foreign..." ob. cit., p. 345: "Aunque en una etapa de desarrollo de este derecho, la cuestión de la indemnización se vinculó a la legalidad de las nacionalizaciones, la visión moderna es que la cuestión de la legalidad es independiente del pago de una indemnización. Se reconoce que el Estado tiene el derecho de controlar los bienes y recursos económicos dentro de su territorio para mejorar su objetivo económico, político y de otra índole. Una vez que esto se reconoce, es preciso reconocer que la toma de la propiedad por un Estado, *prima facie*, legal. ("Though at one stage of the development of the law, the question of compensation was linked to the

legality of nationalizations, the modern view is that the question of legality is independent of the payment of compensation. It is recognized that the state has a right to control property and economic resources within its territory to enhance its economic, political and other objective. Once this is acknowledged, it must be conceded that the taking of property by a state is *prima facie* lawful").

(14) Cfr.: DOLZER, Rudolf - SCHREUER, Christoph, "The Principles of International Investment Law", p. 91.

(15) "American International Group Inc. et al. vs. Islamic Republic of Iran", et al., 4 Iran-US CTR96, 105.

(16) "Shahin Shaine Ebrahimi vs. Islamic Republic of Iran", Award n° 569-44/46/47-. Iran-US CTR94 170: "The Tribunal believes that, while international law undoubtedly

sets forth an obligation to provide compensation for property taken, international law theory and practice do not support the conclusion that the "prompt, adequate and effective" standard represents the prevailing standard of compensation... Rather, customary international law favors an "appropriate" compensation standard... The prevalence of the "appropriate" compensation standard does not imply however that the compensation quantum should be always "less than full" or always partial."

(17) "AMCO Asia Corporation vs. Republic of Indonesia", CIADI Caso n° ARB/81/1, Award, 20 noviembre 1984, ICSID Reports (1993) 413, 455: "...clearly admitted in international law, as well as in Indonesian law, that the State which nationalizes has to provide compensation for the property and/or contractual rights thus taken from their owner or holder."

(18) Se reproduce la traducción del inglés del intercambio de notas entre México y EE.UU.: "Secretario de Estado Hull a la Embajadora de México, 21 de julio de 1938: Durante los últimos años el Gobierno de los Estados Unidos ha en repetidas ocasiones hecho gestiones ante el Gobierno de México con respecto a la continua expropiación por el Gobierno de Vuestra Excelencia de las propiedades agrarias pertenecientes a ciudadanos americanos, sin una compensación adecuada, efectiva y rápida a cambio de ella... No podemos cuestionar el derecho de un gobierno extranjero de tratar a sus propios nacionales de la manera en que lo desee. Esto es un asunto de interés interno. Pero no podemos admitir que un gobierno extranjero puede tomar la propiedad de ciudadanos estadounidenses sin tener en cuenta la regla de la compensación en virtud del derecho internacional... El ministro mexicano de

Relaciones Exteriores Hay al embajador de Estados Unidos, 3 de agosto de 1938: "...Mi gobierno mantiene, por el contrario, que no existe en el derecho internacional una norma universalmente aceptada en la teoría ni llevada a cabo en la práctica, por la que haga obligatorio el pago de una indemnización o una compensación inmediata, o incluso diferida de las expropiaciones de un carácter general e impersonal como los que México ha llevado a cabo con el propósito de la redistribución de la tierra... Sin embargo, México reconoce, en obediencia a sus propias leyes, que es de hecho la obligación de indemnizar de manera adecuada, pero... que el tiempo y la forma de pago debe ser determinada por su propia ley... Las repúblicas de nuestro continente han hecho oír su voz desde la primera Conferencia Panamericana, con fuerza, manteniendo el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, teniendo en

pago previo por mediar depósito en efectivo puesto a disposición, según se vio. Además, en *Devoto* el Banco fue liquidado después de una crisis extranjera (pánico *Baring*) e interna (sobreemisiones monetarias), lo cual no es el caso de la pujante economía de los últimos 10 años en nuestro país. Asimismo, ese Banco fue liquidado cuando, luego de caer en cesación de pagos, se hizo cargo de todos los pasivos de los bancos garantidos, situación bien distinta de la de YPF, pues de ninguna manera es ésta garante de otras empresas similares.

En *Nación Argentina c. Las Palmas del Chaco Austral S.A.* (21) las acciones de la compañía fueron íntegramente expropiadas en 1969 por las leyes *de facto* 18.872 y 18.873, con el objetivo originario de asegurar la continuidad de las actividades de la empresa y el mantenimiento de la fuente de trabajo. (22) El caso guarda similitud con el de

la expropiación de las acciones de YPF, pues Las Palmas del Chaco Austral S.A. también había sido intervenida; y su directorio, sustituido por funcionarios públicos. (23)

La diferencia entre *Nación Argentina c. Las Palmas...* y la expropiación dispuesta por la L. 24.741 —y aquí reside la segunda de las particularidades de esta Ley— consiste en que, en ese fallo, la originaria expropiación de acciones fue total, (24) no parcial. En cambio, en el caso actual de YPF estamos ante una expropiación parcial, pues afecta solamente a las acciones Clase D, cuyo titular es Repsol S.A. Parecería que no toda YPF es de utilidad pública, sino solamente la parte que le corresponde a Repsol S.A. y no otras que pertenecen a capitales privados; mas la Ley no lo aclara.

Esta circunstancia agrava las dificultades para llevar a cabo el cálculo de la

indemnización, el cual, en el caso de expropiación de acciones que cotizan en bolsa, ya es difícil de por sí.

V. El verdadero propósito de la expropiación

Tal como se adelantara, no obstante el énfasis puesto en la soberanía hidrocarbúfera de la República Argentina, la ley 26.741 no rechaza la inversión extranjera, sino que la coloca dentro de los medios para obtener sus fines. Recordemos que su art. 2° establece: "El Poder Ejecutivo nacional, en su calidad de autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia, arbitrará las medidas conducentes al cumplimiento de los fines de la presente con el concurso de los Estados provinciales y del capital público y privado, nacional e internacional".

Asimismo, y dando pronto cumplimiento a este objetivo, el Poder Ejecutivo ya estaría en la búsqueda de

nuevos inversores extranjeros, entre ellos las compañías que posean la tecnología y el capital necesario para explotar los yacimientos de *shale oil* y *shale gas*. (25)

Más allá de quien quiera convertirse en socio del Estado argentino, otra cuestión anexa será la cuestión de cómo existirá *affectio societatis* entre los restantes accionistas y el dueño del 51% expropiado.

Toda la aparente "nacionalización" de YPF podría ser nada más que una toma estatal del porcentaje del paquete accionario necesario para tener el control de una compañía privada, lo cual dista del respetado instituto de la expropiación y utilidad pública a ella asociada.

VI. Conclusión

La última pincelada de este cuadro, al momento de escribir estas

líneas, es la concreción de una expropiación "sin" pago previo, no obstante la clara letra de la Constitución. (26) Ello, en virtud de la ocupación temporánea de las acciones sujetas a expropiación. (27) Dicha ocupación temporánea está concretada en el inmediato ejercicio de los derechos políticos a esas acciones asociado: la voluntad de la porción de accionistas dueños de las acciones declaradas de utilidad pública es, con la mera publicación de la Ley, desplazada, anulada, obliterada por el ejercicio de los derechos políticos societarios del P.E.N.

Así las cosas, la intervención estatal ya descripta, sumada a la ocupación temporánea de las acciones, impidiéndose la disposición sobre las mismas, brinda, como resultado, la privación de la propiedad sin los mínimos recaudos constitucionales para ello. ♦

NOTAS

(21) Fallos: 291: 507 (1975).

(22) Fallos: 291: 507 (1975), esp. p. 509. Cabe aclarar que el Estado luego desistió del juicio expropiatorio (ver consid. 5° y 6°) y desistido lo declaró la Corte en su fallo.

(23) Fallos: 291: 507 (1975), esp. pp. 509/510.

(24) Fallos: 291: 507 (1975), esp. p. 509, donde se alude a la "totalidad de las acciones emitidas por la empresa (...)".

(25) Ver La Nación, 6/5/2012, I.1 y I.12.

(26) Art. 17, Const. Nac.: "La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser (...) previamente indemnizada".

(27) Ver L. 26741, art. 9°: "(...) el Poder Ejecutivo Nacional (...) ejercerá los derechos políticos sobre la totalidad de las acciones sujetas a expropiación hasta tanto se perfeccione la cesión de

los derechos políticos y económicos correspondientes a ellas a la que se refiere el artículo anterior."