



UNIVERSIDAD AUSTRAL
Facultad de Derecho

Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público

28, 29 y 30 de Junio de 2000

AUSPICIANTES:

- Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos
 - Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación
 - Auditoría General de la Nación
 - Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios E.T.O.S.S.
 - Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
 - Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires
 - Asociación Argentina de Derecho Administrativo
 - Editorial Ciencias de la Administración
- Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, EN EL MARCO DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES, EN EL ORDEN INTERNO

POR ESTELA B. SACRISTÁN

Abogada especialista en Derecho administrativo-Económico egresada de la Universidad Católica Argentina (1998). Profesora de Introducción al Derecho administrativo en la carrera de posgrado especializado en Derecho administrativo-económico, UCA y de Elementos de Derecho constitucional y Derecho constitucional profundizado en la Facultad de Derecho, UBA. Recibió el Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" instituido por Acordada CSJN 6/91 (1995). Fue pasante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1993-1994) y asesora de gabinete de la Secretaría de Deportes, Presidencia de la Nación (1998-1999). Actualmente, es relatora de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Efectúa publicaciones en revistas jurídicas tales como: El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, La Ley y Revista del Régimen de la Administración Pública. Se halla admitida en el Doctorado de la Universidad de Buenos Aires (2000)

I. PLANTEO

Siguiendo una tendencia mundial en pos de la protección de las cada vez más importantes¹ inversiones extranjeras, nuestro país es parte en pluralidad de convenios sobre promoción y protección recíproca de inversiones² que han sido oportunamente aprobados por ley del Con-

¹La inversión extranjera directa (*foreign direct investment*, o FDI) en los países en desarrollo ha crecido notablemente; por ejemplo, los 5.3 miles de millones de dólares de 1980 se transformaron en 10.1 miles de millones de dólares en 1986 y en 56.3 miles de millones de dólares para 1993. Cfr. *World Bank Publications, World Debt Tables 1993-94*, Washington D.C., 1993, p. 170. Acerca de esta tendencia en Latinoamérica, véase Graham, Edward M., *Global Corporations and National Governments*, Institute for International Economics, Washington D.C., 1996, pp. 97 y 98.

²Ver los aprobados por Ley N° 24.098, suscripto con la República Federal de Alemania (Adla LII-C, p. 2.859); por Ley N° 24.099, con la Confederación Suiza (Adla LII-C, p. 2.864); por Ley N° 24.100, con la República Francesa (Adla LII-C, p. 2.868); por Ley N° 24.101, con la República de Polonia (Adla LII-C, p. 2.871); por Ley N° 24.117, con el gobierno del Reino de Suecia (Adla LII-C, p. 2.916); por Ley N° 24.118, con el Reino de España (LII-C, p. 2.920); por Ley N° 24.122, con la República Italiana (Adla LII-D, 3.855); por Ley N° 24.123, con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (Adla LII-D, p. 3.859); por Ley N° 24.124, con los Estados Unidos de América (Adla LII-D, p. 3.864) modificado por Acuerdo por canje de notas aprobado por Ley N° 24.356 (Adla LIV-D, p. 4.331); por Ley N° 24.125, con el gobierno de Canadá (Adla LII-D, p. 3.869); por Ley N° 24.184, con el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña (Adla LII-D, p. 4.061); por Ley N° 24.248, con la República Árabe de Egipto (Adla LIII-D, p. 4.183); por Ley N° 24.325, con la República Popular China (Adla LIV-C, p. 2.779); por Ley N° 24.328, con la República de Austria (Adla LIV-C, p. 2.786); por Ley N° 24.335, con Hungría (Adla LIV-C, p. 2.799); por Ley N° 24.340, con Turquía (Adla LIV-C, p. 2.808); por Ley N° 24.342, con Chile (Adla LIV-C, p. 2.844); por Ley N° 24.352, con el Reino de Los Países Bajos (Adla LIV-C, p. 2.857); por Ley N° 24.394, con la República Tunecina (Adla LIV-D, p. 4.425); por Ley N° 24.395, con la República de Armenia (Adla LIV-D, p. 4.428); por Ley N° 24.396, con la República de Senegal (Adla LIV-D, p. 4.432); por Ley N° 24.397, con el Reino de Dinamarca (Adla LIV, p. 4.435); por Ley N° 24.401, con la República de Bulgaria (Adla LIV-D, p. 4.453); por Ley N° 24.456, con la República de Rumania (Adla LV-B, p. 1.534); por Ley N° 24.457, con la República de Venezuela (Adla LV-B, p. 1.537); por Ley N° 24.458, con la República de Bolivia (Adla LV-B, p. 1.541); por Ley N° 24.459, con la República de Ecuador (Adla LV-B, p. 1.544); por Ley N° 24.549, con el Gobierno de Jamaica (Adla LV-E, p. 5.848); por Ley N° 24.563, con la República de Croacia (Adla LV-E, p. 5.883); por Ley N° 24.593, con la República Portuguesa (Adla LVI-A, p. 4); por Ley N° 24.613, con el Gobierno de Malasia (Adla LVI-A, p. 44); por Ley N° 24.614, con la República de Finlandia (Adla LVI-A, p. 48); por Ley N° 24.680, con el Gobierno del Perú (Adla LVI-D, p. 4.620); por Ley N° 24.681, con el Gobierno de Ucrania (Adla LVI-D, p. 4.624); por Ley N° 24.682, con la República de Corea (Adla LVI-D, p. 4.627); por Ley N° 24.728, con Australia (Adla LVI-E, p. 6.118); por Ley N° 24.770, con Cuba (Adla LVII-A, p. 12); por Ley N° 24.771, con el Estado de Israel (Adla LVII-B, p. 1.314); por Ley N° 24.778, con la República Socialista de Vietnam (Adla LVII-B, p. 1.332); por Ley N° 24.814, con Indonesia (Adla LVII-C, p. 2.877); por Ley N° 24.890, con el gobierno del Reino de Marruecos (Adla LVII-E, p. 5.543); por Ley N° 24.971, con la República de Panamá (Adla LVIII-C, p. 2.852); por Ley N° 24.972, con el gobierno de los Estados Unidos de México (Adla LVIII-C, p. 2.856); por Ley N° 24.983, con la República Checa (Adla LVIII-C, p. 2.896); por Ley

greso. En virtud de dichos convenios, la República Argentina, sobre bases de reciprocidad, se obliga a proteger las inversiones de los nacionales del Estado signatario en nuestro país.³

A modo de *garantía*⁴ para los inversores extranjeros, en los mencionados convenios internacionales se inserta una cláusula de prórroga de jurisdicción⁵ en virtud de la cual las disputas que se generen en el marco del convenio habilitarán al inversor extranjero a litigar ante árbitros internacionales, cumplidos ciertos recaudos, o bien directamente.⁶

Como podemos imaginar, el inversor, nacional del Estado que es parte en el convenio de promoción y protección recíproca de inversiones, puede, al hacer su inversión en nuestro país, contratar con un particular; contratar con el Estado Nacional o sus entes descentralizados o bien contratar con una provincia, o con un municipio dentro de esa provincia.

En el marco de este trabajo, nos ocuparemos de las contrataciones entre una provincia y un inversor extranjero,⁷ porque es a la luz de nuestra organización federal⁸ que aparecen un sinnúmero de interrogantes y reflexiones, en especial respecto de la denominada cláusula arbitral que parece sustraer al inversor extranjero de los alcances de la jurisdicción de los jueces locales. A tal fin, repasaremos:

- a) la posición o estatus de la provincia ante el convenio internacional suscripto y aprobado por ley del Congreso;
- b) los alcances de la cláusula arbitral contenida en ese convenio internacional;
- c) las diversas actitudes que puede adoptar la provincia ante la cláusula arbitral en el marco de una contratación pública provincial;⁹

Nº 24.984, con Lituania (Adla LVIII-C, p. 2.900); por Ley Nº 25.023, con El Salvador (Adla LVIII-D, p. 3.951). Además, se han aprobado, por Ley Nº 24.891, el protocolo para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur (Adla LVII-E, p. 5.546) y por Ley Nº 24.554, el protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de estados no partes del Mercosur (Adla LV-E, p. 5.858). Asimismo, por Ley Nº 24.353, se ha aprobado el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados sometido a los gobiernos por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Adla LIV-C, p. 2.861), usualmente citado como "Washington 1965".

³Entre estas inversiones, se incluyen, ciertamente, las de las empresas extranjeras prestadoras de servicios públicos; véase Tawil, Guido S., "Avances Regulatorios en América Latina: Una Evaluación Necesaria", en *El Derecho*, 28-7-00, p. 1 y sigs., esp. p. 7.

⁴Nota "Protection of Foreign Direct Investment in New World Order: Vietnam - A Case Study", en *Harvard Law Review*, Vol. 107, June 1994, #8, p. 1.995. Nótese que al protegerse las inversiones extranjeras —aportes de capital de riesgo— se trata de reducir los riesgos políticos. Cfr. Marzoratti, Osvaldo J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 524, o al menos la incertidumbre, cfr. Cabanellas, Guillermo (h.), *Derecho de las Inversiones Extranjeras*, 2º ed., Buenos Aires, Heliasta, 1982, p. 14.

⁵Esta clase de cláusulas sigue adquiriendo cada vez mayor nivel de aceptabilidad. Cfr. Parra, Antonio R., "Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes", en *World Bank Group, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Washington D.C., 1992, pp. 128, 126-130.

⁶Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, 3º ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. XVII-41/45. El autor explica que existen tratados bilaterales que prevén el mecanismo de arbitraje internacional como alternativa excluyente de la jurisdicción nacional; y existe otro grupo de tratados bajo los cuales la jurisdicción arbitral es de alzada. Ampliar en Ymaz Videla, Esteban M., "Protección de inversiones extranjeras - Tratados bilaterales - Sus efectos en las contrataciones administrativas", *La Ley*, Buenos Aires, 1999, pp. 54-55 y 60 y sigs.

⁷El problema es sugerido por Graham, Edward M., *Global Corporations...* cit., p. 42, refiriéndose a regulaciones emanadas de unidades de gobierno infranacionales, tales como los estados que integran los Estados Unidos de Norteamérica.

⁸Otros conflictos presentes en los sistemas federales, en el área del Derecho administrativo son descriptos por Tawil, Guido S., "Avances regulatorios..." cit., p. 9.

⁹Véase Tawil, Guido S., prólogo en Ymaz Videla, Esteban M., *Protección...* cit., p. XV, donde destaca que los conflictos entre inversores extranjeros y Estados receptores y sus subdivisiones políticas (provincias, municipios y entidades administrativas) constituyen el aspecto que "suscita probablemente mayores discusiones en la actualidad".

d) algunos supuestos particulares de una posible responsabilidad del Estado Nacional por acto lícito; y

e) la aplicación a ellos de los presupuestos generales de esa clase de responsabilidad; señalando algunas cuestiones que los convenios de protección y promoción recíproca de inversiones pueden plantear en la estructura federal argentina.

II. ESTATUS DE LA PROVINCIA ANTE EL CONVENIO INTERNACIONAL APROBADO POR LEY DEL CONGRESO

Todo convenio internacional para la promoción y protección recíproca de inversiones es un acuerdo de voluntades entre Estados. El que suscribe el convenio es el Estado Nacional a través de un funcionario competente. Dicho acuerdo o convenio es luego aprobado por ley del Congreso y ratificado; a su vez, esa ley de aprobación del tratado será una norma de derecho federal. Como lo estableciera nuestra Corte Suprema en el fallo "Ekmekdjian" del año 1992,¹⁰ se trata de un acto complejo federal,¹¹ que involucra no sólo al Poder Ejecutivo Nacional sino también al Congreso de la Nación y que, en el actual régimen constitucional, posee jerarquía superior a la de las leyes¹².

Sin embargo, al ponderar ese acto federal complejo, con relación a las provincias, no debemos perder de vista tres cuestiones: a) Por un lado, los únicos que representan a las provincias son sus gobernadores o titulares del Poder Ejecutivo provincial, según lo afirmara nuestra Corte Suprema en el caso "Gómez Díez";¹³ de ello se sigue que, siendo el gobernador el que ostenta la representación de la provincia, la intervención de los diputados y senadores en el trámite parlamentario de aprobación del convenio internacional no se realiza en representación de aquélla. b) Asimismo, no debemos obviar el carácter que el órgano *gobernador* posee: según la doctrina, la institución *gobernación* no es un órgano del órgano presidencial, no existe entre ellos una relación de dependencia jerárquica,¹⁴ la cual, por otro lado, colisionaría con la autonomía de las provincias;¹⁵ por ello, sería desacertado entender que la provincia es parte en un convenio sobre la base de una hipotética relación de subordinación provincia-Nación¹⁶. c) Además, el Congreso no es un órgano de representación corporativa, en el que cada miembro vota *en representación* de la provincia o distrito electoral por el cual han sido elegidos,¹⁷ sino

¹⁰ "Un tratado internacional constitucionalmente celebrado es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados, el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales[...] y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional" Fallos: 315:1.492, cons. 11, tesis propiciada en Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, T. I, 2° ed., Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 249.

¹¹ Fallo cit. en nota anterior; donde se menciona el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Véanse, asimismo, Fallos: 317:1.282; 318:2.148 (voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor y del Dr. Bossert); 321:1.226, entre otros.

¹² Artículo 75, inc. 22, ap. I, de la Constitución Nacional: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

¹³ Fallos: 322:528, cons. 10: "Los diputados nacionales no son los representantes de la provincia o distrito electoral por el cual han sido elegidos, pues tal cometido incumbe al titular de su Poder Ejecutivo en el ámbito de las competencias que le son propias".

¹⁴ Y tampoco hay relación jerárquica respecto del Congreso Nacional. Afirmó la Corte Suprema de los Estados Unidos en un famoso caso en que se debatía acerca de las relaciones entre el gobierno central y los estados componentes de esa Unión: "nunca se ha interpretado que la Constitución confiere al Congreso el poder de exigir que los estados gobiernen de acuerdo a las instrucciones que les da el Congreso [...]. El Congreso puede ejercer su autoridad legislativa directamente sobre los individuos, pero no sobre los estados", *New York vs. U.S.*, 505 US 144 (1992), esp. pp. 162 y 166.

¹⁵ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 4° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, p. 526 y sigs.

¹⁶ Véase Marienhoff, Miguel S., *Tratado...* cit., T. I, p. 528, quien aclara que la calidad de agente del gobierno central del gobernador es de naturaleza política, no administrativa.

¹⁷ Fallo y considerando citados en nota precedente.

que es un órgano del Estado Nacional en el cual las voluntades de sus miembros se funden, se hace una, para producir un acto legislativo de aprobación¹⁸.

Así, podemos arribar a la primera e importante conclusión parcial: la intervención de los precitados funcionarios nacionales —diputados y senadores— en el procedimiento parlamentario de aprobación del convenio no convierte a la provincia en *parte* en dicho acuerdo internacional.¹⁹

Para comprender mejor esta afirmación, comparemos el estatus que la provincia adquiere en el marco de uno de los denominados *tratados o leyes convenio* celebrados entre las provincias y el gobierno nacional; aquí la inaplicación de la ley convenio por parte de una provincia no es posible, porque justamente la provincia se convirtió plenamente en *parte*²⁰ al ratificar e incorporar el pacto a su Derecho público interno. La situación de aquélla en un estado federal como el nuestro, ante el tratado internacional, es diferente.

De cara a ese convenio, suscripto entre un Estado y otro, no entre un Estado y las provincias de otro,²¹ nada parecería ceder u otorgar la provincia en cuanto a su universo de atribuciones. Recordemos, asimismo, que las provincias son personas jurídicas distintas del Estado Nacional, que pueden ser demandadas individualmente²² y ejecutadas en sus bienes²³. A mayor abundamiento, y aunque ello parezca una nimiedad, nótese que cuando en el convenio se explicita quiénes son las partes en él, se enuncia el nombre de los Estados signatarios y se aclara: “en adelante, las partes” o bien “en adelante, las partes contratantes.”²⁴ Son ésas, entonces, precisamente, las partes en el convenio.²⁵

Aquella conclusión preliminar no resulta irreconciliable con el empleo de la denominada *cláusula federal* en el convenio,²⁶ la cual establecerá —en términos casi sacramentales— que “el presen-

¹⁸Véase Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, vers. esp. de Luis Legaz Lacambra, México, Editorial Nacional, 1973, p. 397 y sigs., donde se pronuncia en contra de la teoría de la representación (p. 436) o mandato, diferenciando voluntad total, expresada en la legislación central, de la voluntad de la parte, en las corporaciones locales (p. 462).

¹⁹Cfr. Ymaz Videla, Esteban M., “Protección...” cit., pp. 35 y 80. En el sentido que propiciamos, véase, para Estados Unidos en el marco del NAFTA (North American Free Trade Agreement) y del MAI (Multilateral Agreement on Investment), la preocupación expresada, respecto de los estados que conforman los Estados Unidos, en el informe de Singer, Thomas y Orbuch, Paul, *Multilateral agreement on investment: potential effects on state and local government*, WGA International Trade Policy Program, Western Governors' Association (WGA), 1997, reiterando conceptos por ellos vertidos en “International Trade, the Environment, and the States: An Evolving State-Federal Relationship”, *Journal of Environment and Development*, University of California, San Diego, 1995.

²⁰Doctrina de Fallos: 322: 1.781.

²¹Una excepción a esta generalización se verifica en el Convenio suscripto con los Estados Unidos, que posee una *cláusula federal* en virtud de la cual se acuerda expresamente que el tratado es aplicable a las subdivisiones políticas (Ley N° 24.124, Artículo XIII: “El presente tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las Partes”).

²²Fallos: 61:19; 113:158; 119:117; 121:250; 133:161; 171:431; 172:11; 176:230; 182:498; 198:458; 275:254; 284:458; 311:1.795; 318:2.660.

²³Fallos: 188:383; 321: 3.508.

²⁴Respectivamente, y a título de ejemplo, Convenio con Estados Unidos aprobado por Ley N° 24.124 (Adla LII-D, p. 3.864), y Convenio con Canadá aprobado por Ley N° 24.125 (Adla LII-D, p. 3.869).

²⁵También podría decirse que por aplicación del Artículo 29 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, aprobada por Ley N° 19.865, que establece que “un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio”, el convenio de promoción y protección recíproca de inversiones resultaría obligatorio para las provincias. Empero, podemos concluir en que, como la citada norma agrega que será obligatorio “salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”, la denominación de las partes contratantes —un Estado y otro Estado, no un Estado y sus provincias o componentes por un lado y otro Estado y sus provincias o componentes por el otro— denotaría esa intención diferente.

²⁶La aclaración no es ociosa: podría argüirse que, a través de la no inclusión de la cláusula federal, el Congreso hace que el tratado sea parcialmente inoperante en la jurisdicción provincial (ampliar en Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, vol. I, 3° ed., Foundatin Press, New York, 2000, p. 1.180, teniendo presente que la jurisprudencia allí citada —en la que la Corte Suprema norteamericana declaró la invalidez de cláusulas contractuales por las que se hacía caso omiso a la legislación federal de arbitraje, Federal Arbitration Act, y se derivaban las contiendas a los jueces locales— se refiere a contrataciones privadas, no públicas).

te tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las partes" o que "las disposiciones del presente tratado serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna"²⁷. Antes bien, la presencia de dicha cláusula significa precisamente eso: que en el orden nacional se ha decidido que las disposiciones del tratado serán de aplicación, en todos los casos, a los componentes de un determinado Estado federal; la cláusula no dice que sean parte en el tratado los componentes del Estado federal y, mucho menos que la provincia esté renunciando a algo en aquél. A fuer de parecer redundantes, podemos destacar que la doctrina²⁸ ha interpretado que esa cláusula, que torna al tratado aplicable a los componentes del Estado federal, no está especialmente vinculada a la cláusula arbitral. Volveremos sobre esta cuestión en la sección IV. de este trabajo.

Ahora, siendo las provincias ajenas al acuerdo entre Estados, no siendo parte en él, ¿podrían dictar una norma en la esfera de su jurisdicción contraria a lo establecido en ese convenio? Trataremos de echar luz sobre la cuestión de si una provincia puede establecer que en el marco de determinada contratación pública provincial no será de aplicación la cláusula arbitral.

III. ALCANCES DE LA CLÁUSULA DE PRÓRROGA DE LA JURISDICCIÓN

Las cláusulas arbitrales, es decir, las que establecen una jurisdicción especial o distinta de la que naturalmente correspondería a las partes en conflicto, son legítimas y no implican privación de justicia; así lo afirmó la Corte Suprema en "Fibraca"²⁹. Estas cláusulas se presentan, como vimos, con un texto que suele establecer que las controversias —que surjan entre una de las partes contratantes y un nacional o una sociedad de la otra parte contratante, en relación con las inversiones comprendidas en el tratado— podrán ser, eventualmente, sometidas a un tribunal arbitral, por contarse con el consentimiento anticipado del Estado receptor a la jurisdicción de aquél.³⁰ Como recordaremos, las cláusulas de jurisdicción, voluntariamente pactadas, no son, como regla, de orden público, esto es, pueden pactarse convencionalmente³¹ en tanto materia disponible³².

Ahora, si una provincia, para determinadas relaciones jurídicas, aun en el caso de relaciones amparadas por un convenio internacional que contuviera la cláusula federal —que, como vimos, podría tornar las disposiciones del convenio internacional aplicables a las unidades componentes del Estado federal— estableciera la no aplicación de la cláusula arbitral, si la *derogara* unilateralmente, ¿le estaría ello permitido?; ¿resultaría esa norma local inconstitucional?; ¿se generaría alguna responsabilidad? Y, en caso afirmativo, ¿de qué clase y en cabeza de quién?

A fin de analizar estas cuestiones, debemos considerar el marco normativo constitucional y el reparto de atribuciones que en él se establece. En este sentido, podemos considerar tres distintos enfoques: a) uno, a la luz del Artículo 31 de la Constitución Nacional; b) otro, a la luz de los Artículos 121 y 122 de nuestra Norma Fundamental; y c) el tercero, conjugando los dos anteriores enfoques.

²⁷Ampliar en Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, El Coloquio, 1969, pp. 61-63, esp. p. 63, y Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Dalla Via, Alberto R., *Régimen constitucional de los tratados*, 2° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 396 y sigs., y tratados allí citados, donde se ha empleado la mentada cláusula. Véase, asimismo, y a título de ejemplo, el Artículo XIII del Convenio con Estados Unidos aprobado por Ley N° 24.124 (Adla LII-D, p. 3.864 y sigs., esp. p. 3.868).

²⁸Ymaz Videla, Esteban M., op. cit., p. 67, y sus citas.

²⁹Fallos: 316:1.669, esp. cons. 4°.

³⁰Ymaz Videla, Esteban M., op. cit., p. 62.

³¹Gondra, Jorge M., "Jurisdicción Federal", edición de la Revista de *Jurisprudencia Argentina S.A.*, Buenos Aires, 1944, p. 142 y sigs., y jurisprudencia de la Corte Suprema federal allí citada, a saber: Fallos: 133:61; 160:133; 178:293.

³²Fallos: 317:1.527, disidencia del Dr. Boggiano, cons. 7°.

a) La valoración de la cláusula arbitral bajo el Artículo 31 de la Constitución Nacional no deja lugar a dudas: la provincia está *obligada* a aplicarla en la esfera provincial porque el convenio que la cobija es de jerarquía superior. En pocas palabras, la provincia debe, en todos los casos, aplicarla porque es obligatoria.

b) Sin embargo, no nos olvidemos de que vivimos en un Estado federal y de que las provincias preexisten a la formación del Estado Nacional, al cual le delegaron competencias: conforme el Artículo 121 de la Norma Fundamental³³, las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal. Uno de esos poderes no delegados consiste en darse sus propias instituciones locales (Artículo 122 Constitución Nacional),³⁴ lo cual incluye la organización de su administración de justicia determinando la competencia de sus tribunales,³⁵ función eminentemente local por su esencia y por mandato de la Constitución, siendo del resorte de las legislaturas provinciales resolver sobre la forma de su funcionamiento.³⁶ La competencia que recibe cada juez provincial está protegida, entonces, por el Artículo 122 frente a intromisiones del gobierno central, y su alcance sólo puede ser establecido o, eventualmente modificado, por una ley de la esfera provincial.

Si tenemos en cuenta que la cláusula arbitral del convenio internacional –aprobado por ley del Congreso Nacional– implica que determinadas contiendas no serán dirimidas exclusivamente por los jueces provinciales competentes según la organización judicial provincial sino que podrán ser resueltas por un tribunal arbitral, se sigue que ello violentaría el reparto de atribuciones establecido en la Constitución Nacional. En otras palabras, el Estado Nacional no tendría competencia para reglar la organización de la justicia provincial, para ampliar o reducir –como en este supuesto– la competencia de los jueces provinciales.³⁷ En este aspecto, y de cara al Artículo 122 de la Constitución Nacional, la cláusula arbitral del convenio internacional podría ser inconstitucional; más aún en cuanto pudiere interpretarse que ella será aplicable a todos los “componentes del Estado federal”.³⁸ Entonces, para evitar la disvaliosa solución de la inconstitucionalidad, la cláusula arbitral debería ser no *obligatoria* sino *facultativa* para la provincia.

c) Un tercer enfoque, que pretende armonizar los dos anteriores, podría ser el siguiente: existiría la posibilidad de que la cláusula fuera *obligatoria* para la provincia sin que medien cuestionamientos acerca de su aparente *inconstitucionalidad*. La provincia podría tener presente lo prescripto en el Artículo 128 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de que los gobernadores de provincia son “agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”, y, por razones no de subordinación jerárquica administrativa sino de índole política,³⁹ decidir no soslayar la aplicación de la cláusula arbitral en la normativa que rigiera la relación jurídica con el inversor extranjero⁴⁰. Podría aplicarla, obligato-

³³ Disposición “elemental y sabia”, en palabras de Vanossi, Jorge Reinaldo A., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, 3° ed., Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 478.

³⁴ Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 441; Hernández, Antonio M., *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 30.

³⁵ Fallos: 120:239; 123:82 y 106.

³⁶ Fallos: 133:236.

³⁷ Véase Fallos: 239:343: “El Gobierno de la Nación no puede impedir o estorbar a las provincias el ejercicio de aquellos poderes de gobierno que no han delegado”.

³⁸ Acerca de la *cláusula federal*, véase la sección II de este trabajo.

³⁹ Seguimos a Marienhoff, Miguel S., *Tratado...* cit., T. I, loc. cit.

⁴⁰ Se descarta así toda posibilidad de que se afecte el “estándar normativo tutelar del inversor extranjero”, acerca del cual puede verse la obra de Cuadros, Oscar, *Bases constitucionales de la regulación pública*, San Juan, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, 1999, p. 120.

riamente, pero haciendo reserva, en el marco de la relación jurídica de que se trate, de demandar al Estado Nacional por los daños que la aplicación de aquélla le depare. De esta manera, los costos de la obligatoriedad de la cláusula en sede provincial serían enjugados por el Estado Nacional. Estaríamos ante un caso de responsabilidad del Estado por su actividad lícita de promoción.

Veamos cómo pueden aplicarse estas reflexiones a una contratación provincial.

IV. LA PROVINCIA ANTE LA CLÁUSULA ARBITRAL

En el marco de la contratación de un servicio público local⁴¹ a través del sistema de licitación, son tres las actitudes que puede adoptar la provincia licitante ante la cláusula arbitral: a) expresamente excluir la aplicación de ésta en una cláusula del pliego;⁴² b) expresamente permitir su aplicación; y c) no establecer nada al respecto.

a) Si la excluyera explícitamente —caso por cierto bastante hipotético—, puede ocurrir que el oferente, inversor extranjero, en modo alguno se oponga o que impugne la respectiva cláusula del pliego.

En el primer caso, y de acuerdo con la inmemorial doctrina de “Gath y Chaves”⁴³ reiterada en diversos pronunciamientos posteriores,⁴⁴ el inversor extranjero, al someterse voluntariamente a una ley de contratación previa —como lo sería el pliego de bases y condiciones⁴⁵— que lo sustrajera de los beneficios de la cláusula arbitral, mal podría pretender eventualmente recurrir a la jurisdicción arbitral para dirimir contiendas emergentes de la contratación. Esto se debería a la simple razón de que medió sometimiento voluntario a la exclusión de la cláusula arbitral al momento de presentar su oferta.⁴⁶ Ello así, al menos, en el plano interno.⁴⁷

En el segundo caso, el inversor podría —cumplidos los recaudos necesarios— recurrir eventualmente a la jurisdicción arbitral, y, en caso de que en dicha sede se resolviera en contra de la provincia, el Estado Nacional debería responder ante la provincia por los daños por ella sufridos en virtud de la aplicación del fallo arbitral.

b) Si se permitiera expresamente la aplicación de la cláusula arbitral, se podría interpretar que medió renuncia, por parte de la provincia, a aquélla. Conforme el Artículo 874 del Código Civil, la renuncia no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva. Por ello, la posibilidad de aplicación de la cláusula debe ser inequívoca en el pliego, y, en este contexto, nada tendría que reclamar la provincia por los eventuales daños que sufriera.

c) Si el pliego nada estableciera, podríamos estarnos a lo propuesto en el acápite a) en el sentido de que la aplicación de la cláusula arbitral no sería obligatoria para la provincia porque no fue parte en el convenio internacional; el oferente podría someterse voluntariamente a tal modalidad o bien plantear la impugnación, con las antedichas consecuencias sugeridas.

⁴¹Por ejemplo, el caso de Fallos: 262:302.

⁴²Véase Gordillo, Agustín, *Tratado...* cit., T. 2, p. XVII-49-50, para quien la cláusula del pliego que priva de jurisdicción arbitral es absolutamente nula y la renuncia debe tenerse por no hecha.

⁴³Fallos: 149:137, cit. en Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Régimen...*, cit., p. 58.

⁴⁴Fallos: 247:700; 279:283; 310:1.623; 310:2.314; 311:1.880; 320:1.985, entre otros.

⁴⁵Así se afirmó, entre otros, en Fallos: 311:2831; 314:491.

⁴⁶No se trata, entonces, de aplicación de una norma a un contrato que se está cumpliendo, sino de aplicación *ab initio* de una cláusula aceptada por las partes como ley del contrato. Acerca del primer supuesto, véase López Olaciregui, Martín, “Aplicación de una nueva ley argentina a los convenios económico-financieros internacionales que se están cumpliendo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 30/31, p. 95 y sigs.

⁴⁷Esta hipótesis se desarrolla en detalle en Gordillo, Agustín, *op. cit.*, T. 2, p. XVII-49-50.

Tanto en el supuesto a) como en el c), como el único legitimado para ser parte ante el tribunal arbitral es el Estado Nacional,⁴⁸ y dado que el inversor extranjero siempre puede unilateralmente recurrir al tribunal internacional,⁴⁹ si el fallo resultara en una indemnización al inversor a pagar por el Estado Nacional, éste podría accionar contra la provincia, y, si el fallo resultare en una decisión contraria a los intereses de la provincia, ésta debería ser indemnizada por el Estado Nacional.

V. ALGUNOS SUPUESTOS

Como pudimos ver, la vía de la obligatoriedad de la cláusula arbitral puede conducir a la inconstitucionalidad a la luz de los Artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional. A su vez, la vía del carácter facultativo preserva el equilibrio en el Estado federal y evita la tacha constitucional, pero podría, en los hechos, tornar letra muerta el sistema diseñado por el gobierno nacional. Una tercera vía consiste en que la aplicación de la cláusula arbitral no sea inconstitucional, y ello se logra en la medida en que se posibilite el resarcimiento de los daños sufridos por la provincia. Estaríamos, como anunciamos, ante una responsabilidad del Estado Nacional por acto lícito.

Consideremos ahora algunos supuestos concretos, que involucran relaciones jurídicas nacidas de contrataciones en las que la provincia es parte y en las que ésta excluyó expresamente la aplicación de la cláusula arbitral o nada estableció al respecto:

Decisión arbitral contraria: Imaginemos que, en ejercicio de facultades de competencia local,⁵⁰ máxime si se tratare de la contratación de un servicio público local en el que no estuviera en juego una finalidad nacional,⁵¹ la provincia se reserva expresamente la posibilidad de aumentar el canon que sufraga el contratista o la posibilidad de aumentar la alícuota de un impuesto, o de crear un nuevo impuesto, en ambos casos, trasladables a la respectiva tarifa según se haga constar en el pliego que rija la relación contractual. El contratista, inversor extranjero, tomando en cuenta que la medida afectará el nivel de cobrabilidad de las facturas por los servicios que presta, impugna el ejercicio de la facultad que la provincia se reservara. Eventualmente, lleva el caso ante el tribunal arbitral —instancia a la que accede en su calidad de inversor extranjero amparado por un convenio⁵²—, el cual falla en contra de los intereses económicos provinciales, declarando la improcedencia de la medida; la provincia se ve privada de su derecho de hacer efectiva la reserva que formulara oportunamente. Existirá allí un quantum no percibido por aquélla, por el cual será responsable el Estado Nacional.

⁴⁸Ymaz Videla, Esteban M., op. cit., p. 79.

⁴⁹Ymaz Videla, Esteban M., op. cit., p. 62.

⁵⁰Linares, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 112; Gambier, Beltrán y Perrino, Pablo E., "¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del estado?", en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, p. 36 y sigs.; Urrutigoity, Javier, "El olvidado carácter local del derecho administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, I.E.D.A. y Ed. Ciencias de la Administración, 2000, p. 61 y sigs.; Bolaños, Marcelo, "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa", *El Derecho*, del 30-5-00, p. 5 y sigs., esp. p. 14. Véase, asimismo, *Fallos*: 262:302.

⁵¹Véase Comadira, Julio R., *La articulación de los ordenamientos nacional, provincial y municipal en el derecho argentino. La incorporación de la región, en su Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 316 y sigs., donde explica que el límite a la potestad administrativa local está dado por la determinación de si "está en juego una finalidad de carácter nacional".

⁵²Si bien excede los límites de estas líneas, bien vale una reflexión ponderar si el acceso a esa instancia coloca al inversor extranjero efectivamente en un pie de igualdad con respecto a los inversores domiciliados en el país; véase el Artículo 2º del Decreto N° 1853/93 (B.O.: 8-9-93), que establece que los inversores extranjeros podrán efectuar inversiones en el país sin necesidad de aprobación previa, "en igualdad de condiciones que los inversores domiciliados en el país".

Fundamentos de derecho de la decisión arbitral: El tribunal arbitral también podría fallar en contra de los intereses económicos de la provincia fundando su decisión en una fuente de derecho ajena a las fuentes de derecho locales. Por ejemplo, podría fallar exclusivamente sobre la base de la equidad.⁵³ Bajo la Convención de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias,⁵⁴ el tribunal fallará *ex aequo et bono* si así lo convinieren las partes⁵⁵. Como las partes, como vimos, son un Estado y el Estado Nacional, si ellas convinieran que el tribunal fallará sobre la base de la equidad, tal acuerdo pondría en peligro la solidez del fallo respecto de la provincia. En efecto, para nosotros, la equidad, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados —como el Reino Unido—, no es una fuente primaria de derecho⁵⁶ sino un principio general del derecho al cual se recurre agotadas otras fuentes, v.gr., las leyes; en este sentido, recordemos la doctrina de la Corte Suprema según la cual los jueces sólo en los casos de silencio u obscuridad en las leyes pueden recurrir a la equidad,⁵⁷ empleándola, a su vez, como elemento de interpretación⁵⁸ y no de contraposición legal⁵⁹. Si el tribunal fundare su decisión en la equidad, la responsabilidad del Estado Nacional se basaría en que la provincia —que no fue parte ni en el convenio internacional original— debería soportar las consecuencias de un fallo, para ella, infundado.⁶⁰

Gastos: Puede darse el caso de que la provincia, que no fue parte —lo reiteramos— en el convenio internacional que dota de competencias al tribunal arbitral, decida y pueda defender sus intereses ante éste o tenga la obligación de defenderlos, como sería la situación de la Fiscalía de Estado, que es parte necesaria en todo proceso en el que se controvertieren intereses del Estado Provincial.⁶¹ En este caso, se presenta, en primer lugar, el problema de la acreditación de la provincia ante el tribunal, la cual es necesaria para que se la reconozca como parte en el conflicto: podría entonces solicitar, con intervención del órgano competente, tal acreditación⁶². Concretada ésta y reconocido eventualmente su *locus standi*,⁶³ tal intervención en sede arbitral

⁵³Cfr. las consideraciones que efectúa Gordillo, Agustín, *Tratado... cit.*, T. 2, p. XVII-14-15. Estimamos que cuando el citado autor afirma que el arbitrador es un juez de conciencia, que debe resolver el asunto *equitativa y honradamente*, se está refiriendo a un elemento de interpretación y no a una fuente formal.

⁵⁴Aprobado por Ley N° 24.353 (Adla LIV-C, p. 2.861).

⁵⁵Convención citada en nota precedente, Artículo 42. Según el Black's Law Dictionary, Garner, Bryan (ed.), West, St. Paul, Minn., 1999, p. 581, *ex aequo et bono* significa que el que decide no se halla obligado a aplicar reglas de derecho (*legal rules*) y puede, en cambio, seguir principios de equidad (*equitable principles*).

⁵⁶Marienhoff, Miguel S., *Tratado... cit.*, T. I, p. 289. Véase, asimismo, Fallos: 155:302 (cons. 10), "[...] a diferencia de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos que, según la sección II del Artículo 3 de la Constitución extiende su jurisdicción 'a todos los casos en derecho y equidad' conforme al *common law* a la tradición inglesa (Story, T. II, pp. 321-323; Lambert, *Le Gouvernement des Juges, etc.*, p. 16 y sigs.), el Poder Judicial Argentino carece de potestad y competencia en casos de pura equidad, salvo la que pueda entrar como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos (Artículo 100 de la Constitución Nacional)".

⁵⁷Fallos: 155:274 y su cita: "Los jueces sólo en los casos de silencio u obscuridad en las leyes pueden recurrir a la equidad, costumbre, leyes análogas o principios generales. (Artículo 100 de la Constitución Nacional; Artículos 15, 16 y 17 del Código Civil)"; en igual sentido, Brebbia, Roberto, "La equidad en el Derecho de daños", citado en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 5° ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. XVI-14.

⁵⁸Fallos: 242:73 (disidencia de los Dres. Orgaz y Villegas Basavilbaso); 243:227; en el primero se alude a la equidad natural como principio reconocido de derecho universal.

⁵⁹Fallos: 155:302, cons. 10.

⁶⁰Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado... cit.*, T. I, p. XVI-14, en relación con la *equidad o justicia como condición de validez* de toda contratación pública bajo la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción. Según el citado autor, el requisito viene impuesto por una norma suprallegal.

⁶¹Constitución de Jujuy, Artículo 198, ap. 3; Constitución de La Pampa, Artículo 101; Constitución de Neuquén, Artículo 136; Constitución de Salta, Artículo 149, entre otras.

⁶²Acerca de la situación actual en esta materia, véase Ymaz Videla, Esteban M., *op. cit.*, pp. 35 y 80.

⁶³Tómense en cuenta las reflexiones formuladas por Ymaz Videla, Esteban M., *op. cit.*, p. 80, sobre acreditación de entidades políticas o administrativas en el marco del procedimiento creado en la Convención de Washington de 1965.

le generaría a la provincia costos adicionales, que no hubiera tenido que enjugar si hubiera obtenido una decisión favorable, y aun desfavorable, a sus intereses ante los jueces naturalmente competentes en materias de Derecho público.⁶⁴

Aplicación de medidas precautorias: Reflexiones semejantes pueden efectuarse en el caso de que el tribunal arbitral ordene medidas cautelares provisionales tendientes a preservar los derechos de las partes.⁶⁵ Considérese la posibilidad de que a la provincia, acreditada y con el *locus standi* reconocido, se le inmovilicen fondos para garantizar una probable indemnización por ruptura de contrato, impidiéndose, así, que pueda hacer frente a sus compromisos anteriormente contraídos.

VI. PRESUPUESTOS

Creemos que en todos estos casos, en la medida en que la provincia acredite inequívocamente el daño o gravamen, el factor de atribución y la relación de causalidad,⁶⁶ amén de otros requisitos, la indemnización del daño sería procedente.⁶⁷

Con relación al daño cierto y efectivo, éste surgiría de demostrar la imposibilidad, para la provincia, de aplicar el pretendido aumento en el canon o de imponer el impuesto o el aumento de la alícuota, o de enfrentar honorarios y demás gastos derivados de la defensa de sus intereses ante el tribunal. Además, debería probarse que el monto pecuniario del cual se vería privada la provincia—persona de existencia constitucional necesaria— resulta indispensable para su vida y desarrollo normal.⁶⁸

El sujeto al cual cabría atribuir el daño es el Estado Nacional. En efecto, la decisión arbitral internacional contraria a los intereses económicos provinciales o que le provoca a la provincia un daño emana de un órgano—tribunal arbitral—, el cual, si bien no integra la organización judicial estatal, tiene el reconocimiento estatal para que ciertas partes puedan resolver sus divergencias ante él.⁶⁹ Éste se erige en el órgano al cual se le asignarán competencias jurisdiccionales, provocando el desplazamiento de la jurisdicción de los jueces naturales.⁷⁰ El que le transfiriera esas competencias, en el plano interno, con los ambages constitucionales a los que aludíeramos, es el Estado Nacional, por lo que el acto que origina la responsabilidad es la ley que aprueba el respectivo tratado. Podría argumentarse que el acto que genera responsabilidad es la decisión arbitral, empero, no debemos perder de vista el hecho de que esa decisión constituye uno de los efectos del acto legislativo que habilitara el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del tribunal.

En lo que hace a la relación de causalidad, ésta se establecería entre el acto normativo—cláusula arbitral— fruto de una decisión legislativa concertada entre el Ejecutivo y el Legislativo nacional,

⁶⁴Fallos: 314:94; 316:1.740; 318:1.837 y 2.396; 320:217; 322:1.514, entre otros.

⁶⁵Artículo 47 de la Convención de Washington de 1965.

⁶⁶Véanse Reiriz, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 49 y sigs.; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, 6^o ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 294; Comadira, Julio R., "Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en *Derecho Administrativo*, Cassagne, J.C., director, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 461 y sigs., esp. pp. 463-466; Bianchi, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires, Abaco, 1999, p. 131.

⁶⁷Véase Bianchi, Alberto B., "Consecuencias que se derivan para el Estado signatario de convenciones internacionales que otorgan inmunidad de jurisdicción a entes supranacionales», *El Derecho*, T. I 19, p. 932 y sigs., esp. p. 934.

⁶⁸Fallos: 321:3.508.

⁶⁹Fallos: 322:1.100 (cuestión II, voto del Dr. Belluscio, cons. 7^o).

⁷⁰El arbitraje importa la renuncia a la jurisdicción judicial natural en general, conforme Fallos: 317:1.527, disidencia del Dr. Boggiano, cons. 6^o.

aplicada obligatoriamente a una provincia, y el daño pecuniario sufrido por ésta en cuanto aquella cláusula es aplicada.

La ausencia del deber jurídico de soportar el daño se verificaría toda vez que la provincia no tiene por qué soportar el daño que la jurisdicción arbitral le irroga. En pocas palabras, la provincia no debería sufrir las consecuencias de un tratado en el que no fue parte. Ciertamente es que el tribunal habrá actuado conforme a derecho, siguiendo el procedimiento debido, recurriendo al derecho que considera aplicable y ejerciendo las competencias que legítimamente le fueran asignadas. Sin embargo, si se causare perjuicio a la provincia, éste debería ser indemnizado; ello, por haberse afectado la propiedad provincial en sentido constitucional.⁷¹

Respecto del sacrificio especial o condición de especialidad del daño, el cual debe sobrepasar los sacrificios normales que puede imponer una ley o un reglamento,⁷² vemos que ofrece sus particularidades. En el caso, la afectada es la provincia, y el número máximo de afectados igualaría a la cantidad de jurisdicciones provinciales de nuestro país, por ende, el daño se podría extender hasta poco más de dos decenas de sujetos de derecho y nada más. Resultaría aplicable el principio según el cual, a menor cantidad de afectados, mayor sacrificio especial.⁷³

Es, tal vez, en el marco de la legítima expectativa o legítima confianza⁷⁴ que la situación hasta aquí descrita halla evidente sustento. Si una provincia, de buena fe y actuando dentro de la esfera de sus competencias constitucionales, se reservó ciertos derechos de contenido económico en el marco de una contratación, si en esa inteligencia contrató y dio a conocer tal temperamento en la respectiva cláusula contractual, a la cual se sometió voluntariamente el inversor, cualquier acto que impidiera a la provincia ejercer ese derecho engendraría responsabilidad. Recordemos que, al consagrarse una contratación pública, no sólo es el cocontratante el que tiene expectativas económico-financieras depositadas en la eventual relación contractual, sino también el licitante;⁷⁵ caso contrario, difícilmente decidiría entrar en una contratación con un particular.

Finalmente, respecto del quantum indemnizatorio, en principio, correspondería la *justa* indemnización⁷⁶ del importe no percibido o de la pérdida sufrida por la jurisdicción local y, por aplicación de conocida jurisprudencia⁷⁷ que afirma la vigencia del principio de la reparación integral y del derecho a una plena indemnización, correspondería la indemnización del daño emergente y del lucro cesante.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los convenios que motivaron estas líneas son, como dijimos, reflejo de una valiosa política tendiente a la captación de capitales extranjeros.

⁷¹Fallos: 145:307; 172:29; 184:137, entre muchos otros

⁷²Cassagne, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho administrativo", *El Derecho*, T. 100, p. 986 y sigs., esp. p. 995 y su *Derecho Administrativo*, T. I, 6° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 297.

⁷³Bianchi, Alberto B., *Responsabilidad...* cit., p. 145.

⁷⁴Véanse Supperstone, Michael y Goudie, James, *Judicial Review*, Butterworths, London, 1992, p. 174 y sigs.; Coviello, Pedro J. J., "La confianza legítima", *El Derecho*, T. 177, p. 894 y sigs.

⁷⁵Véase Monti de Hitzfelder, Laura, "La responsabilidad del Estado por actividad normativa a la luz de la jurisprudencia", en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19-20, p. 479 y sigs., esp. p. 492.

⁷⁶Comadira, Julio R., "Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación", en *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhof, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 481, n. 44.

⁷⁷Fallos: 306:1.409

Las ideas delineadas hasta aquí no intentan más que señalar la conveniencia de adaptar algunos aspectos del régimen de inversiones extranjeras a la realidad federal argentina a fin de enervar la eventual responsabilidad del Estado Nacional por acto lícito ante las provincias.

Un encomiable avance en este sentido sería propiciar la ampliación de los alcances de la *cláusula federal* —empleada en el convenio que nos une a los Estados Unidos— a fin de tornar obligatoria para las provincias la garantía de prórroga de jurisdicción en el ámbito provincial, concretando, asimismo, la acreditación de las entidades políticas y administrativas de nuestro país ante el centro creado en el marco de la Convención de Washington de 1965, y efectuando las reservas del caso para la protección de los intereses económicos provinciales.

Ello podría complementarse, en pos de la salvaguarda de la seguridad jurídica⁷⁸ de cara al exterior, con la implementación de un régimen de ratificaciones provinciales a la cláusula arbitral contenida en el convenio, unida a la antes mencionada acreditación. De tal manera, las provincias no podrían —de ninguna manera— soslayar la plena aplicación de esa cláusula a sus contrataciones. Así, mediando ratificación, ciertamente se eliminaría la posibilidad de que las provincias demandasen la indemnización de daños originados en un acto legislativo de la esfera nacional.

Creemos que si se ofrece a las provincias —más allá de sus relaciones con los municipios de su esfera territorial, lo cual merecerá el adecuado tratamiento— la posibilidad de *integrar* la voluntad nacional que se anuda en cada tratado internacional de la especie aquí repasada, por medio de un mecanismo apto a los fines de la inserción plena del mecanismo de la cláusula arbitral en el plexo normativo provincial, sin sacrificar el reparto de competencias constitucionalmente establecido, se logrará en todos los órdenes “el debido acatamiento a reglas claramente establecidas y respetadas por todos los estamentos de la sociedad”⁷⁹ y se aventarán posibles planteos que puedan acarrear la responsabilidad del Estado.

⁷⁸Tawil, Guido S., Prólogo..., op. loc. cit.

⁷⁹Tawil, Guido S., Prólogo..., op. loc. cit.