

LA EXPROPIACIÓN DE REPSOL – YPF

UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

Luis F. Castillo Argañarás*

RESUMEN: El objetivo de este artículo será analizar la expropiación de REPSOL – YPF por el Gobierno de Argentina teniendo en cuenta el Derecho Nacional e Internacional. Se tomará especialmente en consideración el Tratado Bilateral de Protección de las Inversiones, vigente entre Argentina y España.

Palabras clave: inversiones extranjeras – expropiaciones – tratados bilaterales de inversiones

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze the expropriation of REPSOL - YPF by the Argentinean Government taking the domestic and international law into account. It will focus on the Bilateral Investment Treaty, in force between Argentina and Spain

Key words: foreign investment – expropriations – bilateral investment treaties

I.- Introducción

Los negocios que giran en torno a los hidrocarburos se relacionan en gran parte “con los conflictos de intereses entre las grandes empresas internacionales, los gobiernos de los países de ubicación de los yacimientos y también con las entidades sociopolíticas existentes en cada uno de ellos, que se tradujeron en la conquista de los mercados nacionales e internacionales respectivos” (Ramírez, 2006:17).

Carlos Malamud (2013:1) señala que “Argentina posee la segunda reserva mundial de shale gas y la cuarta de shale oil. Si la importancia global de las reservas de hidrocarburos no convencionales de Vaca Muerta (el mayor yacimiento del país) es alta, más lo es en Argentina, y con inversiones adecuadas y una explotación sistemática podrían garantizarse en poco tiempo las necesidades internas, llegar al autoconsumo e incluso comenzar a exportar”.

Estos datos sirven para reflejar la importancia de los yacimientos de petróleo de Argentina. Cristina Fernández de Kirchner anunció el 16 de abril de 2012, el envió al Congreso de un proyecto de expropiación del 51 % de las acciones de YPF. Ese mismo día promulgó el decreto 530/2012 mediante el cual se disponía

* *Luis F. Castillo Argañarás* es Doctor en Derecho y Doctor en Ciencia Política. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Profesor titular ordinario de Derecho Internacional Público en UADE. E-mail: lcastillo@uade.edu.ar

“la intervención transitoria de YPF S.A. por un plazo de TREINTA (30) días con el fin de asegurar la continuidad de la empresa, la preservación de sus activos y de su patrimonio, el abastecimiento de combustibles y garantizar la cobertura de las necesidades del país” (Art. 1). En consecuencia del proyecto enviado al Congreso, se aprobó la Ley 26. 741¹ que establece “Declárase de Utilidad Pública y sujeto a expropiación el 51 por ciento del patrimonio de YPF S.A. y Repsol YPF Gas S.A.” (Art. 1).

Carlos Jiménez Piernas (2012: 9) puntualiza que “con independencia de las valoraciones que desde un punto de vista económico y político puedan hacerse (...), conviene saber que el Derecho Internacional no prohíbe las expropiaciones y las nacionalizaciones. Son actos que los Estados pueden adoptar en el ejercicio de su soberanía sin incurrir en una violación de dicho ordenamiento siempre que cumplan ciertas condiciones, sobre todo que atiendan a una utilidad pública, no sean discriminatorios y se indemnice adecuadamente”. Uno de los factores temidos por la inversión extranjera es el riesgo de las nacionalizaciones. (Di Giovan Battista, 1992:274).

El principal argumento fue la recuperación del control del petróleo y la falta de inversión de REPSOL en Argentina. Cristina Fernández de Kirchner señaló en su discurso mediante cadena nacional que “somos el único país de Latinoamérica y casi del mundo que no maneja sus recursos naturales”² y agregó “por primera vez, desde que se desnacionalizó YPF en 1998, en el año 2011 nos convertimos en importadores netos de gas y petróleo, con un déficit de 3.029 millones de dólares. Es la primera vez en 17 años que Argentina tiene que hacerlo”³. Fernández de Kirchner subrayó que “la reducción en el saldo comercial fue entre el 2006 y 2011 del 150 %. En 2011 se produjo la importación de 9.300 millones de dólares en combustible”⁴. En los fundamentos del decreto 530/2012 se subraya que “un país que tiene la posibilidad de autoabastecerse de petróleo debe asegurarlo porque de lo contrario su economía queda sometida a los vaivenes del precio internacional que, además, depende de factores geopolíticos y especulativos”⁵.

Hay que considerar que Argentina y España tienen en vigor el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones.⁶ El Derecho Nacional e Internacional exigen el cumplimiento de determinados requisitos para poder realizar una expropiación o nacionalización. En ese sentido surgen los siguientes interrogantes: ¿La expropiación de REPSOL – YPF fue realizada conforme al Derecho? ¿Cuáles son los estándares que el Derecho Nacional e Internacional establecen con respecto a la legalidad de una expropiación? ¿Qué establece el tratado bilateral sobre protección de inversiones extranjeras entre Argentina y España?

El objetivo de este artículo será analizar la expropiación de REPSOL – YPF por el Gobierno de Argentina teniendo en cuenta el Derecho Nacional e Internacional. Se tomará especialmente en consideración el Tratado Bilateral de Protección Recíproca de las Inversiones vigente entre Argentina y España. Para responder a

los interrogantes planteados iremos desde la regulación jurídica en la República Argentina, luego pasaremos al Derecho Internacional, para finalmente con un conocimiento global del derecho aplicable, se analizará en particular la expropiación del 51 % de las Acciones de REPSOL prestando particular atención al Tratado Bilateral del Protección de Inversiones entre Argentina y España. Así, llegaremos a las conclusiones

II.- La expropiación en el sistema argentino

En la Constitución de la Nación Argentina encontramos como base el Art. 17 que establece:

“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

Pablo Ramella (1985:552) señala que “la propiedad es una proyección de la personalidad, una consecuencia del derecho del trabajo, de la formación moral del individuo, de sus necesidades y de la organización social en que él se desenvuelve” y agrega “participa en la categoría de los derechos primarios, considerados inherentes a la personalidad, porque no es creación de la ley, pues no es el Estado el que atribuye el derecho de poseer, porque éste precede al Estado” (Ramella, 1985:552).

Para la Corte Suprema de Argentina, el concepto constitucional de propiedad comprende “todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones del derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo”⁷.

La inviolabilidad de la propiedad garantizada por la Constitución Nacional admite excepciones. En ese sentido, encontramos la expropiación. Debemos remontrarnos al derecho francés; donde estaba “contemplada ya en la misma declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Art. 17)” (Dalla Via, 2011:169).

La Corte Suprema norteamericana, en el caso “*Calder vs. Bull* (3 U.S. 386 de 1798) consideró que “esa práctica de la confiscación era violatoria de los principios de derecho natural y del contrato social, en los cuales se fundaba la constitución” (Sola, 2010:499). En esa oportunidad, el Juez Chase sentenció: “Un acto de la legislatura (porque no puedo llamarla ley) contrarios a los grandes primeros principios del **contrato social**, no puede considerarse un ejercicio legítimo de la autoridad legislativa” (Sola, 2010:499).

Juan Vicente Sola (2010: 500) analiza el caso “*Armstrong vs. Estados Unidos*”

(364 U.S. 40 de 1960) donde la Corte Suprema de ese país señaló que el principal objetivo de la cláusula de expropiación es la de “limitar al gobierno de obligar a algunas personas para que asuman el peso de los objetivos públicos que en justicia deben ser asumidos por el público en su totalidad”

En ese orden de ideas, podemos citar a Carlos F. Balbín (2011:220) que se pregunta ¿Qué es la expropiación? Interrogante al que responde expresando, “es un instrumento estatal cuyo objeto es la privación singular y con carácter permanente de la propiedad por razones de interés público, garantizándose el contenido económico de ese derecho mediante el pago de una indemnización”; continúa ¿Cuáles son los derechos alterados? Por un lado, básicamente el derecho de propiedad y, por el otro, el de igualdad porque la expropiación es un sacrificio individual o particular y no general (solo afecta a sujetos determinados). Por último, el fin del instituto, según el texto constitucional, es la utilidad pública, es decir el interés colectivo” (Balbín, 2011:220). Sintetizando, “la expropiación es una adquisición forzosa del Estado respecto de bienes de propiedad de los particulares” (Balbín, 2011:220).

De acuerdo al Derecho Argentino, se requiere declaración de utilidad pública mediante ley previa y una justa indemnización previa. Para Dalla Vía (2011: 169), estos extremos “forman parte del baluarte del constitucionalismo occidental y así han pasado a nuestra constitución”.

Según Vitolo (2012:1), “casi todos los gobiernos – de diversos colores políticos- en diferentes períodos de la historia argentina, han recurrido a este instituto, invocando el fundamento axiológico de la expropiación, cual es la finalidad del bien común, que es una función a desarrollarse y que es propia del Estado”. Este mismo autor sintetiza el régimen de las expropiaciones en Argentina señalando que “la regulación positiva de este derecho está contenida tanto en el Art. 17 de la Constitución Nacional, como en la Ley 21. 499 de Expropiaciones, constituciones y leyes provinciales que rigen en sus propias jurisdicciones, el Código de Minería – Art. 16- y el Código Civil- Arts. 439, 1324 Inc. 1º, 2511, 2610, 2637 y 2861, entre otras normas” (Vitolo, 2012:1).

La Ley 21. 499 entró en vigor en enero de 1977⁸. Los principios básicos que establece son:

- La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación, comprende todos los casos en que se procure la satisfacción del bien común, sea éste de naturaleza material o espiritual. (Art. 1). En ese sentido, es una ley la que debe declarar la utilidad pública del bien o bienes. Ale Sole (2011: 357) considera que “la utilidad pública debe existir desde el inicio del procedimiento expropiatorio y, como *causa expropriandi*, hasta su ineludible y concreta satisfacción, de manera continua. De no llevarse a cabo dicha finalidad, al desaparecer la misma, el afectado por el ejercicio de esta competencia estatal, podrá

ejercer la acción de retrocesión si el dominio se hubiera transferido. Si dicha transferencia no hubiese ocurrido el procedimiento expropiatorio no podrá finalizar”.

- La Ley debe indicar a quien se designa como “sujeto expropiante” (Art.2). Ale Sole (2011: 357) señala que son sujetos activos el Estado Nacional (tanto por Administración central como descentralizada), las provincias y los municipios. También pueden serlo los particulares en la medida en que estén autorizados por ley (expresa y efectivamente para el caso en concreto o por acto administrativo fundado en ley. La calificación de utilidad pública, en cambio, es competencia exclusiva del Congreso.
- En el transcurso de un plazo legal el sujeto expropiante debe pagar el precio de la expropiación. “La transferencia del dominio, propia de toda expropiación, no puede tener lugar sin el pago previo de la indemnización, justa, íntegra, en dinero y en un pago único” (Sole, 2012: 358). Así, subraya que “el valor indemnizable será determinado en sede administrativa, en el caso de inmuebles, por el Tribunal Nacional de Tasaciones (Ley N° 21.626), o por las oficinas periciales estatales competentes si se tratare de bienes muebles. Ello no impide que los afectados puedan ofrecer sus propios peritos. En sede judicial, con el apoyo pericial mencionado, lo hará el juez” (Sole, 2011:359).

III.- La expropiación en el derecho internacional

Andrew Newcombe (2005:20) señala que “existen distintos tipos de expropiaciones y que han sido denominada de distintas maneras, entre ellas expropiación directa, indirecta, medidas equivalentes a expropiación, expropiación encubierta u oculta, constructiva, de facto, regulatoria, virtual”.

UNCTAD (2000:5) subraya que “en la primera parte del Siglo XX, una fase de expropiaciones (nacionalizaciones) masivas se dio en el marco de los movimientos revolucionarios de Rusia y México. La segunda fase se produjo con el movimiento de descolonización que tuvo lugar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El debate se focalizó en el derecho de los Estados de autodeterminación económica, incluyendo el derecho a expropiar sin compensación plena; pero garantizado una compensación adecuada”. Así, UNCTAD (2011: 15) también puntualiza que “la crisis financiera internacional se ha hecho especialmente visible en la regulación de determinadas áreas que los Estados consideran de interés público. En ese sentido se observa a los Estados interviniendo para rescatar algunos sectores de su economía y han tomado participaciones en empresas transnacionales”.

Peter Malanczuk (1997:235) señala que los estándares internacionales mínimos de protección contienen dos reglas de derecho consuetudinario relativas a expropiación. La primera, la expropiación debe ser por interés público. Segundo, aun cuando

la expropiación sea conforme a la regla antes mencionada, debe ir acompañada por el pago de una indemnización que debe ser por el valor total de la propiedad o como se expresa comúnmente, la compensación debe ser “pronta, adecuada y efectiva” En ese sentido, Lowe (2007:53) estima que en el Derecho Internacional hay un considerable grado de consenso sobre el criterio acerca de los requisitos que debe reunir una expropiación legal. Así, la expropiación debe ser realizada: mediante ley, por causa de utilidad pública, no debe ser discriminatoria y se debe realizar el pago de una indemnización conforme el Derecho Internacional.

Magdalena Ignacio, citada por Marisol Páez estima que “un concepto estricto de expropiación se refiere a la transferencia directa del título de propiedad, que comprende la nacionalización de toda la propiedad privada respecto de una producción; la nacionalización de una industria determinada para crear un monopolio del Estado; la expropiación en gran escala cuando hay toma de terrenos y su distribución en la población no propietaria; y las expropiaciones particulares de un terreno determinado”.(2006:8).

Además de la expropiación directa señalada anteriormente, en el Derecho Internacional se distingue la denominada *expropiación indirecta* que también suele denominarse como expropiación de facto o medida equivalente a la expropiación. Conforme UNCTAD (2000: 2), este tipo de expropiación puede surgir cuando determinadas medidas gubernamentales pueden no involucrar una deprivación física de una propiedad pero tienen como resultado producir la pérdida efectiva de la gestión, uso o control, o una depreciación del valor del bien del inversionista extranjero.

En el Tribunal formado entre Irán y Estados Unidos para entender las controversias surgidas entre ellos a partir de 1979 encontramos el caso *Starret Housing*. En esta oportunidad se señaló que “está reconocido en Derecho Internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad, hasta el punto de que estos derechos se vuelven tan vagos que debe considerarse que han sido expropiados, a pesar de que el Estado no tuvo la intención y el título legal de la propiedad sigue siendo formalmente del propietario original”(Heiskanen, 2003:18).

Esta modalidad de expropiación no es nueva. En la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya se dirimió la controversia conocida como los *Armadores Noruegos* entre Noruega y Estados Unidos que “versaba sobre el monto de la indemnización que debía pagarse a los dueños de los astilleros noruegos que tenían contratos de construcción de barcos con firmas estadounidenses. Cuando Estados Unidos entró en la Primera Guerra Mundial, requisó barcos en construcción, materiales y equipamiento” (Páez, 2006: 13). Los dueños de los astilleros sostuvieron ante el tribunal internacional que “la indemnización debía incluir, además del valor de los barcos requisados, el pago de los contratos de construcción que no podrían cumplir” (Páez, 2006: 13). Estados Unidos por su parte, entendía que “lo requisado era solo parte

de los barcos en construcción y no los contratos por lo cual la indemnización no podía incluirlos y argumentó que de acuerdo al Derecho Internacional, los derechos contractuales no eran derechos de propiedad” (Páez, 2006: 13). El laudo de 1922 fue a favor de Noruega considerando que “se había producido una expropiación de facto y que la indemnización debía ser de acuerdo con un justo valor de mercado” (Páez, 2006: 13).⁹

En relación con la compensación, Ignacio Uresandi (2011:764), siguiendo a Jiménez de Aréchaga señala que “en cualquier caso, tratándose la circunstancia generadora del deber de compensar de un hecho lícito internacional, el fundamento legal para la compensación al inversor extranjero debe encontrarse no en el deber de reparar, sino en el principio del enriquecimiento sin causa. Ello así pues, de no existir compensación, el Estado expropiador estaría incrementando su propia riqueza a expensas de una comunidad extranjera presente en su territorio. Siguiendo este razonamiento, no será, por ende, la pérdida sufrida por el inversor la vara para cuantificar la compensación debida, sino la ganancia injustificada obtenida por el Estado receptor de la inversión como consecuencia de la medida de que se trate” (Uresandi, 2011:764).

IV.- La expropiación de REPSOL-YPF

El Poder Ejecutivo de Argentina emitió los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 530 (16/4/2012) y N° 557 (18/4/2012) que dispusieron la intervención transitoria de YPF S.A. y de la empresa distribuidora de gas licuado envasado Repsol YPF Gas S.A., cuya composición accionaria se divide entre Repsol Butano S.A. (84,997%), Pluspetrol S.A. (15%) y accionistas particulares (0,003%) con el objeto de asegurar la continuidad de ambas empresas, la preservación de sus activos y su patrimonio y el abastecimiento de combustibles y garantizar la cobertura de las necesidades del país.

La Ley N° 26.741 sancionada el 3 de mayo y promulgada el 4 de mayo de 2012 por el Decreto N° 660/2012 declara sujeto a expropiación el 51 % de las acciones clase D de Yacimientos Petrolíferos Fiscales pertenecientes a Repsol YPF S. A., sus controlantes o controladas en forma directa o indirecta y el 51 % del patrimonio de Repsol YPF GAS S.A. representado por el 60% de las acciones Clase A de esa empresa pertenecientes a Repsol Butano S.A. sus controlantes o controladas (Art. 7°); mientras que por el Art. 8° dispuso que “el 51% de esas acciones sujetas a expropiación se atribuyesen al Estado Nacional y el 49% restante se distribuyesen entre las provincias integrantes de la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (OFEPHI) conforme a la reglamentación y que la distribución de acciones entre las provincias que las acepten sea en forma equitativa, teniendo en cuenta los niveles de producción de hidrocarburos y de reservas comprobadas de cada una de ellas”.

Vitolo (2012: 1) refiriéndose a la Ley 26.741 considera que “la definición fue inadecuada. Las acciones representativas del 51% de capital social de una sociedad anónima -según las leyes que gobiernan la materia-¹⁰ no representan el 51% de su patrimonio, dado que los accionistas y la sociedad son personas jurídicas diferentes, con patrimonios individuales cada uno de ellos -también diferentes-, y los accionistas no pueden disponer del patrimonio de la sociedad en la medida del porcentaje accionario del que resultan titulares; solamente tienen sus derechos como accionistas; derechos que deben ser ejercidos bajo las normas de la ley 19.550”. En ese sentido, Vitolo (2012: 2) estima que la equiparación que se intentó establecer en la Ley 26.741 como “objeto” de la declaración de utilidad pública entre el 51% del patrimonio de YPF y el 51% de las acciones de titularidad de los accionistas no es tal, habiendo quedado indeterminado y confuso el alcance de la “identificación” del objeto de lo que se pretende expropiar”.

Por otro lado, Vitolo (2012: 2) considera que “para “expropiar”, en sentido estricto, de acuerdo con los procedimientos previstos por la Ley de Expropiaciones -a la que remite la misma Ley 26.741 vinculada a YPF-, una vez declarada la utilidad pública del bien o de los bienes sujetos a expropiación, el expropiante -Poder Ejecutivo- debería haber negociado con el sujeto expropiado un precio o valor para la expropiación y, a falta de acuerdo, debería haber promovido la acción judicial de expropiación como marca la ley”. El mismo autor, reflexiona que “el Poder Ejecutivo -por su parte- tampoco recurrió al mecanismo de la “ocupación temporánea normal” previsto en el art. 58 de la Ley de Expropiaciones, que le hubiera permitido legalmente hacerse cargo provisionalmente de la empresa o bien mediante un acuerdo con el sujeto expropiado, o bien por orden judicial” (Vitolo, 2012: 2) y puntualiza que “lo que ocurrió en esta oportunidad fue que existió un decreto de necesidad y urgencia que dispuso la intervención administrativa de la sociedad, dictado por la Presidente con anterioridad a que se calificaran los bienes como de utilidad pública y sujetos a expropiación -decreto 530/12-, lo que no conforma un “acto expropiatorio” en el sentido técnico ni jurídico de la expresión” (Vitolo, 2012: 2).

El Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España ¹¹ contiene algunas disposiciones que deben ser tenidas en cuenta.

El Art. III del Tratado señala que “*1. Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversores de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones*”.

En relación a esta disposición la no discriminación está vinculada a la utilidad pública. En ese sentido, Argentina fundamenta que “que si bien YPF S.A. es la mayor empresa del sector petrolero de nuestro país, su accionar a lo largo de los últimos años demuestra que los intereses del accionista mayoritario han sido distin-

tos a los de la República Argentina, en tanto ha determinado la disminución de las inversiones, la caída de la producción y la reducción en el horizonte de reservas que compromete la soberanía energética del país, quedando en evidencia que el proceder de la empresa se encontró guiado por una lógica cortoplacista encaminada a la expansión mundial y lindero con la especulación y que se tradujo en el vaciamiento progresivo de la principal empresa de nuestro país, la cual repercutió negativamente en la producción y en el nivel de reservas”,¹² y agrega que “Repsol no estaba invirtiendo todo lo que su situación le permitía, reduciendo sus reservas petrolíferas en un 50 % entre 2001 y 2011, y obligando esto a que el país tuviera que importar combustible al no ser capaz de autoabastecerse”¹³ No obstante los fundamentos de Argentina, este será un punto controvertido, ya que la expropiación ha afectado solamente a Repsol, y no al resto de los accionistas, entre ellos el grupo Petersen de Argentina, que adquirió en el 2008 el 25% de las acciones de la compañía.

El Art. V establece que “*la nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible*”.

Aquí se debe destacar que el Tratado no hace referencia a la clásica forma del Derecho Internacional que la indemnización debe ser “pronta, adecuada y efectiva” sino que la compensación debe ser “adecuada, en moneda convertible”. Este Tratado tiene el valor de ser *lex specialis* en la controversia.

Al respecto, Romualdo Bermejo García y Rosana Garciandía Garmendia (2012: 19) consideran que “lo primero que se debe subrayar respecto de esta disposición es que el propio acuerdo prevé como legal y legítima la expropiación, la nacionalización y cualquier otra medida de características o efectos similares a éstas. Es que, aunque algunas veces se tiende a olvidarlo, y aunque en algunos casos las nacionalizaciones hayan tenido efectos negativos, un Estado está legitimado para nacionalizar inversiones, en determinadas circunstancias, a pesar de que esto implica que se tengan que respetar las normas y principios vigentes en esta materia en el ámbito del Derecho Internacional general” (Bermejo García y Garciandía Garmendia, 2012: 19).

Los Artículos IX (Controversias entre las Partes) y X (controversia entre un inversor y un Estado Parte) del Tratado establecen los pasos a seguir para solucionar los diferendos. En este caso, surge de manera evidente que se debe regir la disputa por el Art. X.:

“1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente acuer-

do, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

2. *Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión*
3. *La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:*
 - a) *a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o, cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;*
 - b) *Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*
4. *En los casos previstos por el párrafo 3 anterior las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).*

Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado.
5. *El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional.*
6. *La sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación”.*

Jiménez Piernas (2012: 10) señala que “la negociación previa entre las partes (empresa y gobierno argentino) durante seis meses no constituiría un verdadero requisito previo de admisibilidad de la demanda internacional de arbitraje presentada

ante el CIADI si una de ellas no demuestra ningún interés en negociar y en tal caso podría obviarse el plazo”. Al respecto del Art. X.3.a. que establece que el inversor debe recurrir a la jurisdicción local antes de iniciar el arbitraje internacional, no resultaría aplicable en esta situación debido a los casos *Maffezini vs. España* (CIADI Decisión del 25/1/2000) e *Impregilio S.p.A Vs. Argentina* (CIADI, Decisión del 21/6/2011) donde se resolvió que en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, se exceptúa como obligatorio el recurso a la jurisdicción nacional, habilitándose el arbitraje internacional.

En relación a este artículo, se han iniciado las siguientes demandas contra la República Argentina:

1) “REPSOL YPF S.A. C/ESTADO NACIONAL –DECRETO. 530, 532, 732/12 S/PROCESO DE CONOCIMIENTO” (EXPTE. N° 21941/12”, en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7.

Objeto: solicita se declare la inconstitucionalidad de las siguientes normas:

El Decreto N° 530/2012 que dispuso la Intervención de YPF S.A. y designó interventor, el Decreto N° 532/12, en tanto designó al Subinterventor y el Decreto N° 732/12, que prorrogó la intervención transitoria, y las designaciones del Interventor y del Subinterventor.

Los artículos 13 y 14 de la Ley N° 26.741, que dispusieron la ocupación temporánea del 51% de las acciones de YPF S.A., que detentaba REPSOL; y que facultaron al Poder Ejecutivo Nacional y al Interventor de YPF S.A., designado por aquél, a adoptar todas las acciones y recaudos que fueren necesarios hasta tanto asuma el control de YPF S.A., a efectos de garantizar la operación de la empresa, la preservación de sus activos y el abastecimiento de hidrocarburos. La demanda fue presentada el 01/06/12.

2) REPSOL BUTANO S.A. C/ ESTADO NACIONAL, -PODER EJECUTIVO NACIONAL, -LEY 26741-DECRETOS 530, 557 Y 732/12 S/PROCESO DE CONOCIMIENTO (Expediente N° 27075/2012), en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en Contencioso Administrativo Federal N 4 Secretaría N° 7. Fecha de presentación de la demanda 12/07/12.

Objeto: idéntico al de la demanda anterior pero referida a Gas: Declaración de inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la ley 26.741, de los decretos 530/12, 557/12 y 732/12 y de cualquier otra norma, resolución, acto, instrucción y/o actuación emitidos y/o realizados bajo dichas normas.

3) Hay otros procesos contra YPF S.A. en los que se pide la nulidad de las asambleas celebradas, todos tramitan en el Juzgado Comercial 3 Secretaría 6.

En el exterior, REPSOL inició las siguientes acciones:

1. “REPSOL YPF S.A.; TEXAS YALE CAPITAL CORP. Vs. REPUBLIC OF ARGENTINA” (Expediente: N° 12 CV 3877), en trámite por ante la Corte Federal del Distrito Sur de Manhattan, Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. En esta causa, las actoras inician una acción de clase, alegando un incumplimiento por parte de la República Argentina al Estatuto de YPF S.A por cuanto no habría cumplido supuestamente con la obligación contenida en ese instrumento relativa a lanzar una Oferta Pública de Acciones (OPA) dirigida a todos los tenedores de acciones Clase D de YPF S.A., ni con otros requisitos exigidos por la Securities Exchange Act of 1934 (SEC) de EE.UU. (presentación de la información requerida por el artículo 13D). En razón de ello, solicitan: (i) Una indemnización compensatoria por daños y perjuicios; (ii) Una sentencia declaratoria de que Argentina debe realizar una OPA de conformidad con los términos del Estatuto de YPF S.A.; (iii) Una sentencia declaratoria de que el precio para la OPA debe determinarse sobre la base provista por el Estatuto, desde una fecha determinada conforme a la prueba; (iv) Una declaración de que, salvo que Argentina lance una OPA, las acciones que tenga YPF no le dan derecho a voto, a cobrar dividendos ni otras distribuciones, y no serán computadas para alcanzar el quórum de accionistas; (v) Una medida cautelar para que Argentina no ejerza el derecho a voto por sus acciones en YPF; (vi) Que la República Argentina presente el Formulario 13D ante la SEC

2. “REPSOL YPF S.A. Vs. REPUBLIC OF ARGENTINA” (Expediente: N° 12 CV 4018), en trámite por ante la Corte de Distrito Federal del Distrito Sur de Nueva York. En esta demanda, REPSOL inició acción civil contra la República Argentina por supuesto incumplimiento de los requisitos de divulgación en virtud de la legislación en materia de títulos valores de los Estados Unidos (Ley de Canje de Títulos Valores de 1934 - Securities Exchange Act of 1934). Sostuvo que al ejercer el 07/05/12 los derechos correspondientes de más del 5% de una clase nominativa de títulos de participación de YPF S.A., debió presentar una declaración de divulgación incluida en un Formulario 13D ante la Comisión Nacional de Valores de los Estados Unidos en el plazo de 10 días. El 05/07/12 amplió la demanda denunciando que Argentina ha avanzado en la violación de la Ley al realizar actividades societarias por las que a su criterio, se impone el deber de divulgar información como la Asamblea General Ordinaria de Accionistas del 04/06/12 y la programada para el 17/07/12. Solicitó finalmente que: (i) Se declare que Argentina ha violado el Artículo 13(d) de la Ley de Canje al no haber presentado ante la SEC el Formulario 13D con relación a la adquisición de la propiedad de más del 5% de las acciones Clase D de YPF; (ii) Se ordene a la Argentina que, de inmediato, presente dicho Anexo 13D ante la SEC; y, (iii) Se otorguen las demás medidas resarcitorias y adicionales que el Tribunal considere justas y adecuadas

3. “REPSOL, S.A. Vs. THE BANK OF NEW YORK MELLON e YPF S.A” (New York, USA) (Expediente: N° 652653/2012). Tribunal de Primera Instancia del Estado de New York, Condado de New York, Estados Unidos de Norteamérica. Repsol inicia acción contra The Bank of New York por incumplimiento de contrato, incumplimiento del deber fiduciario, incumplimiento del pacto implícito de buena fe y lealtad comercial y negligencia grave; y contra YPF por incumplimiento de contrato, instigación y complicidad a inducir en el incumplimiento del deber fiduciario e intervención dañosa en un contrato.

4. “REPSOL, S.A. C/ YPF S.A. S/ Procedimiento Ordinario por Competencia Desleal”. (Expediente: N° 395/2012), en trámite por ante Juzgado Mercantil N° 1 de Madrid, España. Ante los tribunales españoles, REPSOL interpuso una acción de competencia desleal contra YPF S.A. por la cual solicitó que: (i) se declare que el ofrecimiento de YPF S.A. de Derechos de Explotación sobre activos estratégicos a terceros competidores de REPSOL constituye un acto de competencia desleal, debiendo entenderse cualquier clase de derecho o interés (provisional o definitivo, limitado o absoluto) sobre activos estratégicos de YPF ofrecido y, en su caso, adquirido, directa o indirectamente, por terceros competidores en virtud de cualquier acto, negocio o relación concertados con o mediados por YPF, en la actualidad bajo control del Estado Argentino, y por Activo Estratégico de YPF, cualquier yacimiento de recursos de hidrocarburos convencionales (shale oil and gas), especialmente Vaca Muerta; (ii) se ordene a YPF cesar en el ofrecimiento de Derechos de Explotación referidos y se le prohíba negociar y contratar con terceros la concesión de dichos derechos de explotación; y, (iii) se ordene, a costa de YPF: (a) la publicación del fallo de la sentencia que se dicte en relación con esta demanda en las páginas de economía de los diarios de información general de mayor difusión de España, en el diario especializado en información económica de mayor difusión en España, *Ámbito Financiero*, *Wall Street Journal* y *Financial Times*; y, (b) por oficio del juzgado del texto íntegro de la sentencia a la CNMV de España, a la CNV de Argentina y al IAPG.

5. “REPSOL, S.A. y REPSOL BUTANO, S.A. Vs. ARGENTINA” (Expediente N° R2012069), solicitud de arbitraje presentada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. En esta solicitud de arbitraje, la actora petitionó: (i) que se restituyan en su integridad las acciones expropiadas a REPSOL y REPSOL Butano en YPF e YPF Gas o, (ii) alternativamente, a solicitud de las Demandantes, se satisfaga una compensación adecuada en sustitución de la restitución en especie; y, (iii) se indemnice a REPSOL y REPSOL Butano por todos los daños -directos e indirectos o consecuenciales- causados o que puedan causarse como consecuencia de la violación por parte de Argentina de sus distintas obligaciones bajo el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones suscripto entre Ar-

gentina y España. Se notificó el 06/12/12 y en la actualidad se está sustanciando la designación de los árbitros. Argentina propuso como árbitro a Brigitte Stern (Francia), REPSOL a Claus von Wobeser (Méjico) y Francisco Orrego Vicuña (Chile) fue designado por el consejo Administrativo conforme al Art. 38 del Convenio de Washington de 1965. El 18 de julio de 2013, Argentina inició el procedimiento de recusación de los árbitros Orrego Vicuña y von Wobeser¹⁴.

V.- Reflexiones finales

Uno de los riesgos de las empresas extranjeras cuando invierten en otro Estado es el fantasma de las expropiaciones y nacionalizaciones. Un Estado puede en uso de sus facultades soberanas realizar estas acciones, siempre que cumpla con los requisitos que el derecho interno e internacional imponen. El derecho impone ciertos estándares de protección en garantía de las personas jurídicas extranjeras.

En relación a la expropiación de REPSOL por parte del Gobierno de Argentina, el Derecho aplicable es la Constitución Nacional, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España y la Ley 21.499 de Expropiaciones. De estos instrumentos jurídicos surge para que la expropiación sea conforme a Derecho debe mediar la declaración de utilidad pública realizada por ley y el pago de una indemnización. Hay un consenso en nivel internacional de que la compensación debe ser “pronta, adecuada y efectiva”. No obstante, el tratado entre Argentina y España establecen en su Art. V que la indemnización debe ser “adecuada, en moneda convertible” siendo esta norma la *lex specialis* sobre el resto del Derecho Internacional.

Analizando el caso REPSOL -YPF, se estima que no se ha configurado aún una verdadera expropiación dado que no se encuentran cumplidos los recaudos legales de la Ley 21.499. Existe sí, la declaración de utilidad pública establecida por Ley 26.741, pero quedó indeterminado el objeto de la declaración, ya que como se señaló anteriormente, las acciones representativas del 51 % del capital social de una sociedad anónima – según la Ley 19.550 no representan el 51 % de su patrimonio, dado que los accionistas y la sociedad son personas jurídicas diferentes, con patrimonios individuales cada uno de ellos, también diferentes.

La ley regula que las Partes deben negociar la indemnización o promover juicio de expropiación. La negociación no existió, y hay varios procesos planteados, que hasta que no tengan sentencia definitiva o las Partes de la controversia no negocien una indemnización, la expropiación no se cumple. Argentina en su legislación establece el mecanismo para fijar la indemnización. Este procedimiento está funcionando. REPSOL planteó las demandas antes de que las tasaciones finalicen.

Una cuestión que deberán resolver los tribunales es si la conducta de Argentina fue discriminatoria, ya que no tocó el porcentaje accionario (25 %) de los inversores argentinos (Grupo Petersen).

A pesar de que Argentina hizo uso de sus facultades soberanas permitidas en la Constitución Nacional, tratados internacionales y legislación interna, la cuestión tiene sus aristas complejas que deberán ser resueltas en las mesas de negociaciones o en los tribunales judiciales debiéndose determinar el monto de la indemnización.

Recibido: 19/09/13. Aceptado: 16/12/13.

NOTAS

- ¹ Publicada en el B.O. el 7 de mayo de 2012. Fue sancionada el 3 de mayo y promulgada el 4 de mayo de 2012
- ² Presidencia de la Nación – Casa Rosada, “El Gobierno envió al Congreso el proyecto de ley de expropiación del 51 % de YPF”, 16 de Abril de 2012. Disponible on line en <http://www.presidencia.gov.ar/informacion/actividad-oficial/25808-el-gobierno-enviara-al-congreso-el-proyecto-de-ley-de-expropiacion-del-51-por-ciento> (última consulta 31 de Mayo de 2013)
- ³ *Ibidem.*
- ⁴ *Ibidem*
- ⁵ Fundamentos del Decreto 530/2012. Disponible on line en la Página de Información Legislativa (Infoleg) <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/196331/norma.htm> (última consulta 31/5/2013)
- ⁶ Suscripto en Buenos Aires el 3 de Octubre de 1991 y sancionada el 5 de agosto de 1992 y promulgado el 3 de septiembre de 1992. Disponible on line: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_Spain_s.pdf (última consulta 1/5/2013).
- ⁷ “Pedro Emilio Bourdieu v. Municipalidad de la Capital” Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/12/1925
- ⁸ Publicada en el Boletín Oficial el 21 de enero de 1977.
- ⁹ El texto completo del Laudo puede consultarse en la página web de la Corte Permanente de Arbitraje. Norwegian Shipowners’ Claims. Norway Vs. United States of America. Award of the Tribunal. The Hague, 13 October 1922. Disponible on line: http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=174 (última consulta 10/9/13).
- ¹⁰ Ley 19.550.
- ¹¹ Suscripto en Buenos Aires el 3 de Octubre de 1991 y sancionada el 5 de agosto de 1992 y promulgado el 3 de septiembre de 1992. Disponible on line: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_Spain_s.pdf (última consulta 1/5/2013).
- ¹² Fundamentos del Decreto 530/2012.
- ¹³ *Ibidem*
- ¹⁴ Conforme página web del International Center for Settlement of Investment Disputes (CIADI) on line: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (última consulta 17/9/2013).

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- Ale Sole, Pedro Esteban, “Límites al Dominio” en Biglieri, Alberto, Manual de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2011
- Balbín, Carlos F. Manual de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2011
- Bermejo García, Romualdo et. al., “La expropiación de YPF (Repsol) a la luz del Derecho Internacional en (24) Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2012, Disponible en: <http://www.reei.org/> (31/05/2013).
- Dalla Vía, Alberto Ricardo, Manual de Derecho Constitucional. Tercera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011

- Gadano, Nicolás, “YPF y el petróleo latinoamericano” en *Nueva Sociedad*, N° 244, Marzo – Abril 2013
- Heiskanen, Veijo, “The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to The Development of the Doctrine of Indirect Expropriation” en *International Law Forum*, Vol. 5, N° 3. August 2003
- Jiménez Piernas, Carlos, “La Expropiación de YPF: Análisis desde el Derecho Internacional” *Revista ARI*. 2012, N° 97
- Lowe, Vaughan, “Changing Dimensions of International Investment Law” en *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working Paper N° 4/2007*. March 2007
- Malamud, Carlos, “El Pacto YPF- Chevron sobre Vaca Muerta y la peculiar deriva de la “soberanía energética” Argentina” en *Comentario ElCano*, Real Instituto ElCano, 6 de Agosto de 2013.
- Disponible: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-malamud-pacto-ypf-chevron-vaca-muerta-soberania-energetica-argentina (última consulta 24/08/13)
- Malanczuk, Peter, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law. Seven Revised Edition*. Routledge. London. 1997.
- Newcombe, Andrew, “The Boundaries of Regulatory Expropriation under International Law” en *20 ICSID Review* N° 1. 2005
- Páez, Marisol, “La Expropiación Indirecta frente al CIADI: Consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados” en *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 39, N° 153. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile. 2006
- Ramella, Pablo, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1985
- Ramírez, Mariano, *Régimen del Petróleo*, Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006
- Sola, Juan Vicente, *Manual de Derecho Constitucional*. La Ley. Buenos Aires, 2010
- UNCTAD, *Taking of Property*. United Nations. New York – Geneve. 2000
- UNCTAD, *Expropriation*. United Nations. New York- Geneve. 2011.
- Uresandi, Ignacio Javier, “Consideraciones acerca del conflicto entre expropiación internacional y regulación estatal” *El Derecho*- 2011 [ED, 242-764]