

LA EJECUTABILIDAD DE LOS LAUDOS DEL CIADI Y LOS TBI EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Juan Pablo Rivero

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Según el Banco Mundial, la inversión extranjera directa constituye la entrada neta de inversiones para obtener un control de gestión duradero de una empresa que funciona en un país distinto al del inversionista. Resulta de la suma del capital accionario, la reinversión de las ganancias y otras formas de capital a largo y corto plazo. A modo de referencia, en el 2011, la IED en Argentina fue de u\$s 8.670.680.790¹.

La inmunidad de jurisdicción de un Estado extranjero es una consecuencia de la soberanía de los Estados y el reconocimiento a la igualdad entre ellos. Basándose en el principio de par *in parem non habet imperium*, surge el atributo de que todo Estado extranjero impide que otro Estado ejerza su jurisdicción sobre actos que se ejecuten en ejercicio de su potestad soberana o sobre bienes de los cuales resulta titular y utiliza en función de dicha soberanía².

El Diccionario de la Real Academia Española define el vocablo “garantía” como: efecto de afianzar lo estipulado; cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad; documento que garantiza este compromiso. Con estas definiciones se puede limitar que se pretende abundar con el término “garantía” volcado en esta ponencia.



¹ Página web del BANCO MUNDIAL (<http://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD>). Consultada 18 de junio de 2013.

² MARZORATI, Osvaldo J., Derecho de los Negocios Internacionales, tomo I, ed. Astrea, tercera edición y primer reimpresión, Buenos Aires, 2007, pág. 63.

Introducción

La globalización de los mercados ha obligado a los países receptores de inversión extranjera a adoptar mecanismos externos de resolución de controversias.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a la Inversión (CIADI) fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965, en Washington y mediante iniciativa del Banco Mundial.

El objeto de este Convenio consiste en intentar eliminar los principales obstáculos para permitir el libre flujo internacional de la inversión privada extranjera.

Con frecuencia, los conflictos diplomáticos entre Estados pueden empezar por un incumplimiento contractual vinculado generalmente a una inversión extranjera. En este ámbito surge el CIADI como organismo internacional neutral y autónomo que ofrece facilidades para la resolución de disputas legales, mediante la conciliación o el arbitraje. Atento al considerable número de Estados que han ratificado el Convenio y la cantidad de controversias legales resueltas, es considerado una institución líder en la resolución de disputas inversionista con Estado³.

Desarrollo

A diferencia de lo que sucede con el arbitraje comercial internacional regulado bajo la Convención de Nueva York, los laudos del Centro no requieren realizar el procedimiento de exequátur exigido por los Estados para poder ejecutar la sentencia, ya que al ratificar el Convenio, los Estados han renunciado a acudir a sus tribunales locales.

El laudo del CIADI, hace cosa juzgada material y formal, crea la obligación legal de las partes de acatarlo y hacerlo cumplir de inmediato.

La inmunidad de jurisdicción, es la teoría de derecho internacional público que imposibilita a un Estado soberano ser sometido a la jurisdicción de un tribunal extranjero. Por su parte, la inmunidad de ejecución

³ Según fuentes de la página web oficial del CIADI (www.icid.com), al 25 de julio de 2012, 158 Estados suscribieron el Convenio, de los cuales 147 lo han ratificado.

es la teoría que imposibilita hacer efectivas dentro del territorio local, las decisiones de un Estado extranjero.

Asimismo, la evolución en la doctrina del Derecho Internacional Público elaboró la teoría restringida de la inmunidad de ejecución, la cual fue acogida por la jurisprudencia de los tribunales argentinos⁴. Esta teoría distingue entre “actos de gobierno” (sucesos realizados por el Estado extranjero en su potestad de soberano) y “actos de gestión” (sucesos de índole comercial que involucran al Estado). La jurisprudencia local mantuvo el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, para los primeros, en cambio para los segundos adoptó la doctrina restringida o relativa.

Si bien, continúa existiendo en Latinoamérica cierta resistencia al arbitraje internacional, vinculadas principalmente a las Doctrinas Drago, Calvo, y la respectiva Cláusula de esta última, ello no quiere decir que no se aplique ni que resulte habitual el arbitraje, ya que como se mencionó con anterioridad, la mayoría de los países latinos ha ratificado el Convenio.

Según la Doctrina Calvo, las controversias de un Estado con ciudadanos extranjeros deben ser solucionadas por ante los tribunales locales y sin intervención del Estado extranjero. Por otro lado, la Cláusula que lleva el mismo nombre, se insertaba en los contratos que celebraba el Estado con extranjero, en el cual estos últimos se comprometían a que en caso de controversia, no acudir a la protección diplomática de su país. Pero, la Doctrina Drago, sostenía que el prestamista siempre tiene en cuenta los recursos, la solvencia del país con el que negocia y la posibilidad concreta de ejecutar sus bienes. Asimismo, sostenía que una desgraciada situación patrimonial para el país importador de capital, no puede dar lugar a un levantamiento bélico ni a la ocupación de territorios.

Al aceptar voluntaria y expresamente el sometimiento al arbitraje del CIADI, el Estado miembro, tiene la obligación legal de cumplir y hace nacer el principio de derecho internacional “*pacta sunt servanda*”.

La ejecución del laudo queda sujeto a las leyes de inmunidad del Estado requerido, en el caso de que dicho Estado se oponga a la ejecución del

⁴ A modo de ejemplo, el caso “Manauta, Juan y otros c/ Embajada de la Federación Rusa” (CSJN - 02/12/99) ha servido de inspiración para que posteriormente el Congreso Nacional sancione la ley 24.488.

laudo en otra jurisdicción, no podrá invocar sus leyes de inmunidad ni las de un tercer Estado.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, ratificada por la República Argentina, establece que los locales de la misión y bienes diplomáticos gozan de inmunidad de ejecución⁵. En el mismo orden, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, otorga protección especial a los bienes consulares⁶. Por su parte, el apartado IV de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados, regula la inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal. Especialmente, el artículo 21 enumera aquellos bienes de que gozan de inmunidad respecto de medidas coercitivas ordenadas por un tribunal⁷.

No son susceptibles de ejecutar determinados bienes muebles o inmuebles de un Estado, tales como propiedades diplomáticas, su mobiliario y bienes de transporte, recursos militares, cuentas de bancos centrales, naves y aeronaves estatales, etcétera. Asimismo, el Estado receptor otor-

⁵ Artículo 22, inciso 3. Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.

⁶ Artículo 31, inciso 4. Los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte, no podrán ser objeto de ninguna requisa, por razones de defensa nacional o de utilidad pública. Si para estos fines fuera necesaria la expropiación, se tomarán las medidas posibles para evitar que se perturbe el ejercicio de las funciones consulares y se pagará al Estado que envía una compensación inmediata, adecuada y efectiva.

⁷ Artículo 21, inciso 1. No se considerarán bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 19: a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares; c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado; d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta; e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta.

gará toda clase de facilidades para el desempeño de las misiones diplomáticas⁸.

Sin embargo, con respecto a los bienes sin protección especial ubicados en el Estado deudor o en un tercer Estado, el acreedor cuenta con mayores posibilidades de que sean utilizados para satisfacer su crédito.

Por otro lado, es frecuente que los Estados con el objeto de obtener financiamiento externo, renuncien expresamente mediante un Tratado que incluya una cláusula de inmunidad de jurisdicción; esto no quiere decir que se pueda ejecutar cualquier bien de Estado.

La República Argentina suscribió la Convención de Washington el 21 de mayo de 1991 y fue aprobada por la ley 24.353, entrando en vigencia el 18 de noviembre de 1994. Asimismo, el 11 de febrero de 1992 se adhirió al Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (o "MIGA", sus iniciales en inglés).

Los Tratados Bilaterales sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (TBI) tienen como unos de sus objetivos incentivar las relaciones bilaterales comerciales entre los Estados firmantes. Se intenta beneficiar al inversionista extranjero y al Estado receptor del capital. Asimismo, le permite a este último aumentar sus flujos de inversión foránea en sectores económicamente claves.

Según fuentes del Banco Mundial, la Argentina ha firmado cincuenta y seis tratados de inversión con otros países⁹.

Es a partir de la década del 90 que nuestro país celebró la mayoría de estos tratados bilaterales de inversión (o "BIT", sus siglas en inglés) con la finalidad de, mediante inversión extranjera, extender la calidad de los servicios públicos. Este período también se caracterizó por comenzar con una reforma de Estado que incluía la privatización de los servicios ya existentes. En estos tratados bilaterales, el mecanismo de resolución de controversias resultaba ser mediante el arbitraje de inversión, con frecuencia del CIADI.

En la Argentina, los tratados con las potencias extranjeras, junto con la Constitución Nacional y las leyes nacionales, conforman un "bloque de

⁸ Artículo 25, Convención de Viena de 1961.

⁹ ICSID Database of Bilateral Investment Treaties. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Consultada 13/01/13.

constitucionalidad". Estos tratados, incluso antes de la reforma constitucional de 1994 (confirma la jurisprudencia)¹⁰ tienen jerarquía superior a las leyes locales.

Hacia finales del año 2001, la Argentina se encontraba sumergida en un severo caos social y económico. A fines de diciembre de ese año, se sucedieron múltiples Presidentes en un reducido lapso temporal y se declaró el cese del pago a la deuda soberana (default).

Con este panorama, es que en el verano del año 2002 el Congreso Nacional, por expresas instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional, sancionó la ley de emergencia pública, delegando prerrogativas públicas, alterando, limitando y suprimiendo derechos adquiridos en contratos de obras y servicios públicos.

Dichas modificaciones generaron que una considerable parte de los inversionistas extranjeros, amparados por convenios de promoción y protección de inversiones, inicien reclamos de naturaleza patrimonial ante el CIADI.

El Estado argentino, estableció un proceso de renegociación contractual con los inversionistas extranjeros, en el cual se aceptaba previamente la suspensión de los procesos arbitrales ante el Centro.

Años después, y por una multiplicidad de factores de hecho y de derecho pero fundamentalmente por las sucesivas prorrogas de plazos, la renegociación contractual en gran medida fracasa.

La defensa del Estado argentino frente a decenas de demandas iniciadas ante el CIADI por los inversionistas extranjeros, los cuales no aceptaron la propuesta de renegociación contractual, consistía en una sostenida crítica legal fundada principalmente en: i) a la luz de nuestro derecho interno y de la jerarquía de fuentes, los laudos resultarían ser inconstitucionales; y ii) múltiples inconsistencias del sistema de resolución de controversias del Centro. Esta posición fue iniciada por el ex Ministro de Justicia

¹⁰ Fallo CSJN Química Merck vs Estado Nacional (Fallos 211:162 - 09/06/48); Fibraca Constructora S.C.A. vs Comisión Técnica Mixta de Santo Grande (Fallos 316:1669 - 07/07/93); Ekmekdjian vs Sofovich y otros (Fallos 315:1492 - 07/07/92); Hagelin, Ragnar vs Estado Nacional (Fallos 316:2176 - 22/12/93) y Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación (Fallos 317:1282 - posterior a la CN de 1994).

Horacio Rosatti¹¹, y continúa siendo planteada por los abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación en varios arbitrajes en curso.

Por otro lado, en otros procesos, la defensa del Estado argentino ha consistido en demostrar la existencia de un “estado de necesidad” que pone en peligro intereses imperiosos para el correcto mantenimiento de una nación y que las medidas tomadas por el Estado pretendieron no discriminar entre inversionistas extranjeros y nacionales. Por otro lado, también se fue planteando el límite entre protección a las inversiones extranjeras y la soberanía nacional.

En la actualidad, los conflictos con los inversionistas extranjeros continúan existiendo y, si bien muchos procesos arbitrales se encuentran suspendidos o anulados, algunos cuentan con laudos firmes condenando patrimonialmente a la República Argentina¹² y otros continúan desarrollándose. Asimismo, es posible que aparezcan nuevas demandas ante el Centro contra el Estado argentino.

Para todos los países en vías de desarrollo, exportadores de capital extranjero (como es el caso de la República Argentina) la inversión extranjera resulta esencial para el desarrollo y la economía de una Nación.

Para que nuestro país progrese económica y socialmente, es imperioso recuperar la confianza internacional que se ha perdido después del último “default” con el objeto de atraer nuevas inversiones y desarrollar sectores industriales estratégicos.

Ante este panorama, se propone una reforma de los TBI ya suscriptos por la República Argentina —o los que podrían celebrarse con potencias extranjeras en el futuro— mediante la incorporación de una cláusula modelo que garantice a los inversionistas extranjeros que, en supuesto de obtener un laudo del CIADI, favorable a sus intereses pero condenando patrimonialmente al Estado argentino; éste último contará previamente

¹¹ ROSATTI, Horacio D., Las Dificultades del Régimen Arbitral CIADI según la Experiencia Argentina, *Revista Jurídica de Buenos Aires* 2005, Abeledo Perrot, primera edición, Buenos Aires, págs. 338 y 339.

¹² “AZURIX CORP. c/ REPÚBLICA ARGENTINA” (ARB/01/12) – condena de 165 millones de dólares; “CMS GAS TRANSMISSION COMPANY c/ REPÚBLICA ARGENTINA” (ARB/01/8) – condena de 133 millones de dólares y “SIEMENS A.G. c/ REPÚBLICA ARGENTINA” (ARB/02/8) – condena de casi 218 millones de dólares.

con los bienes o la liquidez necesaria para afrontar la condena y cumplir con el laudo.

Con la incorporación de esta cláusula, el gobierno argentino, mediante el poder legislativo, podrá establecer cuál resultará la mejor forma de afectar bienes o renta pública con el objeto de garantizar sus obligaciones contractuales contraídas previamente con inversionistas extranjeros, mediante la suscripción de Tratados de Inversiones.

Si bien no resulta objeto de la presente ponencia, algunas de las propuestas pueden ser; mediante una ley nacional, afectar una porción de ingresos del Fondo de Garantía y Sustentabilidad del ANSES, Impuestos aduaneros, regalías hidrocarburíferas, etcétera. Asimismo, a través de esta eventual ley de afectación se crearía un nuevo instrumento financiero, respaldado en créditos físicos, el cual podrá ofrecerse mediante la emisión de valores en el mercado bursátil local y también en el internacional.

Conclusión

Uno de los principales problemas que se le presentan a los inversionistas extranjeros cuando logran obtener un laudo condenando a la Argentina, es que el Estado argentino no dispone de importantes bienes en terceros países como para poder ejecutarlos y satisfacer sus créditos.

La propuesta de incorporar en los TBI una cláusula que garantice a los inversionistas extranjeros que ante un incumplimiento contractual, el cual haya sido resuelto posteriormente en un tribunal arbitral del CIA-DI, el Estado argentino contará con la liquidez necesaria para afrontar la condena patrimonial. De este modo y ante un panorama latinoamericano altamente competitivo, la República Argentina se encontraría en mejores condiciones contractuales para atraer mayor cantidad de inversiones extranjeras en sectores económicamente estratégicos. Por su parte, el inversor extranjero gozaría de los derechos prescriptos en los respectivos tratados de inversiones, la posibilidad de efectuar un reclamo arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones y el compromiso de nuestro país de contar con los recursos necesarios para cumplir con la resolución arbitral. Mediante esta propuesta, no resultaría necesario revisar el actual mecanismo de arbitraje ante el CIADI.