

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ADMINISTRACION PUBLICA

“A.L.A.P.” (R.A.)

Fundada en Caracas, Venezuela, el 15/IX/1972.- Primera Conferencia Internacional en MEXICO D.F. (1973).-
Constituida en Buenos Ayres, ARGENTINA, el 18/XII/1973

PRESIDENCIA

TREINTA Y CINCO (35) AÑOS AL SERVICIO CIENTÍFICO DEL BIEN COMUN

SINTESIS DE LAS DISERTACIONES DE LOS EXPOSITORES

Actividad desarrollada el pasado martes 14 de abril de 2009

EXPOSITORES DE LA JORNADA E INVITADOS DE HONOR:

DR. PROF. D. GUALTIERO MARTÍN MARCHESINI (DIRECTOR)

Jurista; catedrático; escritor; académico; árbitro internacional.

DR. PROF. D. ALEJANDRO DANIEL PEROTTI (COORDINADOR)

Jurista; master en Derecho Comunitario; consultor; profesor y tratadista de Derecho de la Integración.-

DRA. PROF. DA. SILVINA GONZÁLEZ NAPOLITANO

Jurista, investigadora, catedrática, escritora y abogada de la Procuración del Tesoro de la Nación.

DR. PROF. D. ESTEBAN MATÍAS YMAZ VIDELA

Jurista, especialista en Der. administrativo e inversiones extranjeras, profesor de postgrado, escritor.

RESEÑA DE LAS EXPOSICIONES ALUDIDAS EN LA PRIMERA REUNIÓN DEL AÑO 2009

TEMA: “EL ARBITRAJE Y EL DERECHO SOBERANO DE LOS ESTADOS.

EL “C.I.A.D.I.” DEL BANCO MUNDIAL”

Disertación del Dr. Prof. Gualtiero MARTIN MARCHESINI

Doctor en Ciencias Jurídicas. Conjuez. Académico. Arbitro Internacional y Nacional. Profesor en doctorados y maestrías. Consultor. Autor de doctrina sobre la materia. Publicista.

El arbitraje es por esencia un método de resolución de conflictos por el cual los árbitros o el Tribunal Arbitral designados libremente por las partes, resuelven en consonancia con un reglamento, también de libre elección de los contendientes, el diferendo existente entre ellos con el dictado de un laudo de cumplimiento obligatorio, que para ser justo, como toda sentencia no debe afectar el bien común y debe de garantizar la paz social.-

En el arbitraje se debe asegurar la **libertad** de las partes en cuanto a la elección de este método y no otro en la resolución del conflicto, expresado en el contrato o acuerdo arbitral que es la piedra basal del sistema y que significa un otorgamiento de la jurisdicción, delegada constitucionalmente a través del poder judicial a los jueces estatales, a árbitros libremente escogidos por los pactantes, quienes tienen “*el iudicium*” o sea la facultad de juzgar más no tienen el “*imperium*” o sea la fuerza o la coerción que solo poseen los jueces, derivado del principio de soberanía, como miembros de un poder del estado. Para la ejecución del laudo

dictado por los árbitros debe de recurrirse a los magistrados quienes acceden a la ejecución sin inmiscuirse en los aspectos substanciales de lo resuelto por aquellos.-

En el arbitraje se debe de garantizar también la libertad de las partes ya sea en la elección del Reglamento que va a regir el proceso arbitral, como así también en la elección del árbitro que va a dirimir el conflicto.-

En el arbitraje también se debe de guarecer **la igualdad** en el tratamiento de las partes a través de árbitros imparciales, equidistantes de los intereses de los conflictuados; como así también **la fraternidad** en el tratamiento de los contendientes, procediendo el árbitro a acercar los intereses de los mismos con equidad y de acuerdo a derecho, pero sin olvidarse de la condición humana de aquellos a quienes va dirigido el laudo tratándolos como hermanos y no como adversarios.-

Las características del “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones” (CIADI) es que se trata de un foro especializado; sus normas regulatorias facilitan el reconocimiento de los laudos; excluyen la intervención de los tribunales locales; y, para la legislación argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, estas normas operativas internacionales tienen rango superior a las leyes nacionales (arts. 31 y 75, inc. 22 y 24 de la C.N.).-

Los especialistas nos ilustraran sobre este Tribunal Arbitral del CIADI y las consecuencias de sus laudos muy especialmente si se ha tenido como principio rector en ellos guarecer la justicia social y el bien común del hombre en la sociedad a los fines de preservar la paz comunitaria.-

Disertación de la Dra. Prof. Silvina S. GONZÁLEZ NAPOLITANO

Doctora en Derecho (UBA). Profesora de Derecho Internacional Público (UBA, UCA, UTDT y ESGN); Derechos Humanos y Garantías (UBA) y Organismos Internacionales (UCA). Abogada de la PTN. Autora de dos libros y diversos artículos sobre temas de derecho internacional.

En la década del noventa, la República Argentina suscribió más de cincuenta tratados bilaterales de inversiones, a través de los cuales aceptó la jurisdicción de tribunales arbitrales internacionales para el sometimiento de controversias en materia de inversiones extranjeras. Como consecuencia de ello, en los últimos años la Argentina ha sido objeto de numerosas demandas ante los tribunales arbitrales del CIADI — Centro dependiente del Banco Mundial—, y en menor medida ante tribunales constituidos bajo las Reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). En la mayoría de los reclamos las empresas cuestionan el dictado de las leyes de emergencia (pesificación de la economía). Otros casos refieren a cuestiones contractuales (como rescisión de contratos).

Entre las defensas de jurisdicción opuestas por la Argentina, se ha alegado que los tribunales no tenían competencia para entender en cuestiones eminentemente contractuales o que no encuadraban bajo la protección del tratado invocado, por ejemplo por no tratarse de un inversor extranjero o por no haber acudido a la justicia argentina previamente, cuando el tratado así lo requería.

Si bien en muchos casos las excepciones a la jurisdicción presentadas por la Argentina no prosperaron y los tribunales llegaron a entender sobre el fondo de dichos asuntos, a fines de 2008 dos tribunales del CIADI declararon que no tenían jurisdicción o competencia para entender en las disputas sometidas. En el caso *Wintershall* el Tribunal decidió que la demandante no tenía derecho a llevar la controversia directamente al CIADI sin cumplir con una disposición del Tratado Bilateral de Inversiones suscripto entre Argentina y Alemania, que le exigía al inversor someter previamente la cuestión a los tribunales argentinos competentes, por lo menos durante 18 meses. Según dicho Tribunal, este requisito no puede ser eludido por aplicación de la denominada “cláusula de la nación más favorecida”. En el caso *TSA*, en el que se invocaba el Tratado Bilateral de Inversiones suscripto entre la Argentina y los Países Bajos, el Tribunal decidió que no tenía jurisdicción puesto que no se podía tratar a la demandante como un nacional de los Países Bajos ya que no había “control extranjero”, tal como requiere dicho tratado.

Entre las defensas de fondo, en los casos relativos a la emergencia, la Argentina ha justificado la adopción de las medidas cuestionadas en el “estado de necesidad”, puesto que tales medidas fueron

necesarias para salir de la crisis institucional, económica, financiera y social más grave por la que atravesó el país.

Si bien varios tribunales del CIADI han rechazado la defensa del estado de necesidad (casos *CMS*, *Enron*, *Sempra*), en el 2008 dos tribunales del CIADI (casos *LG&E*, *Continental*) han concluido que la Argentina no era responsable de la violación del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado con los Estados Unidos, ya que el Gobierno argentino debió adoptar las medidas que se cuestionaban para hacer frente a la grave crisis que tuvo lugar. En el último de los casos, el Tribunal puso énfasis en el hecho de que las medidas habían sido aplaudidas por el FMI. Algunos árbitros integraron tribunales que fallaron a favor y en contra de la defensa de necesidad. Paradójicamente, todos estos laudos fueron decididos por unanimidad. La mayoría de esos casos se encuentran actualmente sometidos a procedimientos de anulación. Por último, en el caso *Metalpar* el Tribunal arbitral rechazó la demanda al encontrar que la empresa demandante no se había visto perjudicada por las medidas de emergencia sino todo lo contrario, ya que las medidas habían tenido un efecto benéfico en sus inversiones.

Disertación del Dr. Prof. Esteban M. YMAZ VIDELA

Socio del Estudio Ymaz Abogados, a cargo del Departamento de Derecho Administrativo y Protección de Inversiones Extranjeras. Magister en Derecho Administrativo. Profesor en el grado y en posgrados. Autor de un libro y artículos sobre la materia.

Debe destacarse que estamos frente a un nuevo ordenamiento jurídico. Uno que no conocíamos hace más de una década. Y que podemos llamarlo el ordenamiento jurídico de los inversores extranjeros con los Estados receptores de la inversión. Afirmamos esto, no porque los principios y derechos que se discuten en él sean distintos a los que se discuten a nivel nacional (derechos de igualdad y propiedad), sino porque el órgano de aplicación del derecho es distinto: es el árbitro internacional. Y frente a las mismas circunstancias, la forma en que razona un árbitro internacional es distinta a la manera en lo hace un Juez Nacional...

A principios de 1990, el Gobierno de turno decidió promover la inversión extranjera, en especial para "privatizar" sectores de la economía. A esos efectos, utilizó dos instrumentos normativos. El primero fue un nuevo texto ordenado de la ley de inversiones extranjeras (aprobado por Decreto N° 1853/93). El segundo fueron los Tratados Bilaterales de Inversiones que suscribió primero con los países exportadores de capital, y luego con otros hasta llegar a un total de 58 países.

Esos tratados tienen características favorables para los inversores. En primer lugar tienen una jerarquía normativa superior a la ley (Constitución Nacional, t.o. 1994, art. 75 inc. 22). En segundo lugar tienen un ámbito de aplicación material (inversiones) y personal (inversores) muy amplio. En tercer lugar establecen estándares de tratamiento que debe cumplir el Estado receptor: trato justo y equitativo, trato no menos favorable al nacional, trato no menos favorable a la nación más favorecida, cláusula paraguas, etc. En cuarto lugar prevén compensaciones para el inversor en el supuesto de guerras civiles, insurrecciones, desastres naturales y estados de emergencia (compensación igual al nacional y a la nación más favorecida), y para las expropiaciones directas e indirectas (compensación plena: daño emergente y lucro cesante).

Los tratados tienen un aspecto procedimental, esencial para hacer efectivos sus aspectos sustanciales, que es el procedimiento de solución de conflictos entre los inversores y el Estado receptor de la inversión. Comienza con un período de negociaciones amistosas, y luego a un arbitraje internacional (en algunos tratados, esta solución está prevista sólo luego de que se haya ocurrido por 18 meses a la Justicia Nacional). Los tribunales internacionales fijados por los tratados son: el CIADI; y arbitrajes *ad hoc* bajo reglas de la CNUDMI. El derecho que aplican los árbitros para decidir es, en la práctica, el Derecho Internacional.

El CIADI ha tenido numerosos *leading cases* en causas contra la Argentina: a) la acción internacional sobre la acción contractual (*Vivendi II*, *Azurix*, *Siemens*, etc); b) el derecho del accionista minoritario en sociedades vehículos (*CMS*, etc.); c) la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida al procedimiento de solución de conflictos (*Maffezini*, *Wintershall*.); d) el estado de emergencia invocado por los Estados (*Azurix*, *Enron*, *LG&E*, *Continental*, *Metalpar*) ; e) la no suspensión de los laudos arbitrales pese a existir recursos (*Sempra*); etc.

Resumen de la actividad

Por el Dr. Prof. Alejandro D. PEROTTI

Doctor en Derecho. Master en Derecho Comunitario; Profesor Titular en posgrado. Tratadista de Derecho de la Integración. Consultor

Me corresponde hacer una síntesis de la importante actividad llevada a cabo en el almuerzo de nuestra Asociación, vinculada a los arbitrajes del Estado nacional en el marco del CIADI.

En la “apertura” del evento, el Dr. Prof. **Gualtiero Martín Marchesini** realizó una excelente “radiografía” del concepto y fines del arbitraje.

Acto seguido, correspondió iniciar las disertaciones de fondo a la **Dra. Silvina González Napolitano** – funcionaria de la Procuración del Tesoro de la Nación y, en tal sentido, integrante del equipo de la defensa argentina en los procesos arbitrales internacionales –, quien comenzó haciendo un repaso histórico de los Acuerdos bilaterales de Protección y Promoción recíproca de Inversiones (ABI) suscriptos por la República Argentina.

Analizó a continuación uno de los aspectos caracterizadores de este tipo de acuerdos, a saber el hecho de establecer una jurisdicción “alternativa” al Poder Judicial del Estado, el “arbitraje”.

En cuanto al procedimiento de arbitraje previsto en los ABI mencionó que los mismos, en el caso de utilizarse la opción por la jurisdicción judicial estatal, prevé que el plazo máximo para ésta es de “18 de meses”, vencido el cual, de no solucionarse el asunto, queda expedita la vía arbitral.

Se ocupó también de examinar la discusión que se ha desarrollado en la jurisprudencia del CIADI sobre el concepto de “controversia contractual” *versus* “controversia amparada por el ABI”.

La Dra. Napolitano hizo alusión asimismo al hecho de que los distintos tribunales del CIADI han comenzado a dictar en el marco de los procedimientos, no sólo “laudos” sino también “decisiones”. La distinción no es menor si se tiene en cuenta que, a diferencia de los laudos, las decisiones *no son recurribles*.

Finalizó su intervención profundizando sobre la aplicación del instituto del “estado de necesidad” en el marco de las controversias en materia de inversión.

Siguió en el uso de la palabra el **Dr. Esteban Ymaz Videla** – miembro del estudio jurídico del mismo nombre, dedicado al asesoramiento en materia de arbitrajes en inversiones –, quien principió su intervención explicando la génesis de los ABI, como así también sus principales características.

Analizó también su jerarquía en relación al derecho interno, haciendo expresa mención a las disposiciones pertinentes de la Constitución nacional y de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

Seguidamente analizó conceptos muy presentes en los ABI, como los son el “trato justo y equitativo” y la “cláusula de nación más favorecida”. Se refirió asimismo los elementos que posibilitan los reclamos por daño y las eximentes de responsabilidad, como así también diferentes supuestos de “expropiación”, en especial los denominados expropiación “indirecta”.

Destacó que, así como en la jurisdicción estatal (Poder Judicial) los jueces son proclives a la aplicación del derecho interno, en el contexto de la jurisdicción arbitral internacional los árbitros tienden más hacia la aplicación del derecho internacional y ello se explica por su familiaridad con dicho ordenamiento.

Culminó su intervención aludiendo a diferentes *leading case* del arbitraje internacional en materia de inversión.

Cerrando la actividad, y luego de resumir las conferencias precedentes, el autor de este resumen aprovechó la ocasión para dejar planteado algunos interrogantes. En primer lugar, hasta qué punto se cumple la nota de “bilateralidad” en los ABI, en los casos en los que una de las Partes es netamente “receptora” de inversiones (Estados en vías de desarrollo) y la otra es sustancialmente “exportadora” (Estados industrializados); así también la incidencia que pueden llegar a tener los límites que impone el artículo 27 de la Constitución nacional, y para terminar, las cada vez más reiteradas denuncias sobre designaciones “cruzadas” de los árbitros en el CIADI, lo cual pone en jaque uno de los elementos esenciales del proceso, a saber la “imparcialidad”.