



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

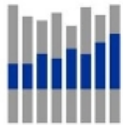
NOTA TECNICA N° 10

CIADI I

FEBRERO2007

PROYECTO DE ASISTENCIA AL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN EN TEMAS FINANCIEROS

La utilización o la publicación, parcial o total, para su difusión o con fines comerciales, de documentos, fotografías, logotipos y elementos gráficos, está estrictamente prohibida sin autorización previa de la Fundación Centro para la Estabilidad Financiera (CEF). Ésta deberá solicitarse al CEF o, en el caso de materiales de otras entidades (cuyos datos figuran en nuestros trabajos), así como en el caso de publicaciones de otras editoriales, a la entidad, la persona o la editorial de que se trate. Está prohibido modificar el material cuyos derechos se reserva el CEF, con la obligación de citar la fuente. En caso de utilizar material del CEF se solicitará una muestra o ejemplar de prueba a fin de darle aprobación. Ante el incumplimiento el CEF se reserva el derecho correspondiente.



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

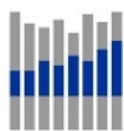
“El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”

El arbitraje entre inversores y Estados perfeccionado por particulares que no pertenecen a órganos judiciales estatales, puede ser visto como un medio alternativo de resolución de controversias entre ambos actores del sistema. Dicho arbitraje puede tener origen en un acuerdo entre el inversor y el Estado receptor o bien en un tratado de protección y promoción recíproca de inversiones (Bilateral Investment Treaty, BIT). Entre los orígenes de los BITs encontramos a los tratados de amistad y comercio de la posguerra, los programas de garantías de protección (OPIC), los acuerdos multilaterales de garantía del Banco Mundial, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros. No obstante, el primer BIT data de noviembre de 1959 y fue firmado entre Alemania y Pakistán. Los BITs ofrecen importantes ventajas ya que:

- Fomentan la inversión extranjera en el territorio de los Estados parte.
- Permiten a los países en desarrollo distinguirse de otros que pueden estar compitiendo por idéntica inversión.
- Brindan estabilidad y seguridad jurídica.
- Sientan condiciones básicas de tratamiento a los inversores extranjeros y sus inversiones.
- En caso de violación, el país receptor puede ser considerado responsable ante un tribunal internacional.

Los BITs guardan patrones de tratamiento general en búsqueda de un tratamiento justo y equitativo, expropiación indirecta y expropiación gradual, tratamiento no desfavorable a los inversores no domésticos y tratamiento acordado a las inversiones de la nación más favorecida. Ellos se encuadran dentro de las previsiones habituales de los tratados que se suman a patrones de tratamiento específicos, condiciones de compensación y métodos de resolución de controversias. Aún cuando los tratados difieren entre sí, existen ciertas previsiones que son incorporadas en la mayoría de ellos, a saber: i) Amplia definición de inversión e inversor; ii) Trato Nacional; iii) Nación más favorecida; iv) Protección a las inversiones previas; v) Cláusulas de estabilización; vi) Requisitos de desempeño; vii) Transferencias; viii) Expropiaciones y compensaciones; ix) Duración; y x) Solución de controversias.

Amplia definición de inversión e inversor: los tratados reflejan una caracterización de inversión e inversor sumamente amplia, lo que implica incorporar dentro de la protección cualquier clase de activo. También se incluyen todo tipo de derechos (propiedad intelectual, patentes y marcas, licencias de fabricación), y se llega a incluir derechos para realizar



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

actividades económicas y comerciales en virtud de un contrato, es decir, expectativas de obtención de ganancias futuras. En ciertos casos, por ejemplo el BIT firmado con España, se especifica asimismo que no se podrá modificar en el futuro la calificación de inversiones que fija el tratado. Trato Nacional: esta cláusula establece que los inversores extranjeros gozan de un trato similar a los inversores locales. Esto implica que cualquier trato diferenciado por el origen del inversor puede ser considerado como una actitud discriminatoria y genera la posibilidad de que el inversor extranjero reclame ante tribunales internacionales por los daños que pudiera sufrir¹. Esta cláusula se articula asimismo con la de trato justo y equitativo, que es una garantía genérica que aparece en todos los BITs, y la de nación más favorecida, que también se introduce en todos los tratados. La cláusula de trato nacional, en general en los acuerdos con países que integran acuerdos de zonas económicas, incorpora una excepción que impide que este trato se extienda a terceros países vinculados por este tipo de acuerdos^{2,3}.

Nación más favorecida: esta cláusula asegura al inversor la posibilidad de contar con la posibilidad de utilizar las condiciones fijadas por otros tratados que pudieran ser más favorables a sus intereses. Así se universalizan las bases jurídicas de los tratados, incorporándose en este sentido los aspectos más favorables al inversor. Así, están incluidos tanto la definición de inversión e inversor, garantías de transferencias y repatriación de capitales y ganancias, sistemas de solución de controversias y todo otro beneficio directamente relacionado con una inversión extranjera. Gran parte de los tratados incluyen esta cláusula, que tendrá una importancia central a la hora de fundamentar las demandas empresarias⁴.

Protección a las inversiones previas⁵: la protección de las inversiones que incorporan estos tratados incluyen a las inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia de los mismos, extendiéndose así las normas favorables a todas las inversiones externas, independientemente de cuándo éstas se hayan efectuado⁶. Esta cláusula retroactiva sólo excluye a los reclamos o controversias iniciados con anterioridad a la vigencia de los tratados (Alemania, Francia, Corea) o iniciados o finalizados antes de su entrada en vigor (Italia). En otros casos, como es el de los BITs con países latinoamericanos (Ecuador, Perú, El Salvador, por ejemplo) no se establece ninguna aclaración con respecto a las inversiones previas.

¹ En general, se la explicita como que "...cada parte contratante... otorgará a las inversiones realizadas por inversores, ganancias y actividades vinculadas de la otra parte contratante... un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países".

² Esto está presente, por ejemplo, en los BITs con Alemania, Francia, Italia, EEUU, Canadá, Perú, y otros.

³ En el BIT de la Argentina con EEUU, esta última nación "se reserva el derecho a establecer o mantener excepciones al trato nacional en transporte aéreo, navegación, banca, seguros, energía, propiedad y gestión de emisoras de radio y TV, servicio público de telefonía y servicios telegráficos, y también con ciertos programas que involucran garantías, préstamos y seguros gubernamentales". La Argentina, por su parte, "se reserva el derecho de establecer excepciones al trato nacional en propiedad inmueble en áreas de frontera; transporte aéreo; industria naval, plantas atómicas, minería del uranio, seguros, minería y pesca". De la amplitud de las excepciones planteadas por cada país, queda claro cuál es la nación que abre más la posibilidad de inversiones externas.

⁴ De la misma manera que en la cláusula anterior, en el tratado con EEUU este país estipula "excepciones al trato de NMF en minería de dominio público, servicios marítimos y corretaje primario de valores del gobierno de EEUU". La Argentina no define excepciones al trato de nación más favorecida.

⁵ La presente es una disposición transitoria. Se trata, en realidad, de una disposición transitoria y, a su vez, en el caso de Argentina, carente de relevancia, por lo que tal vez no se la deba equiparar a las demás disposiciones de fondo.

⁶ Ello se estipula, por ejemplo, en el artículo 11 del BIT con Italia, en el artículo 8 del tratado con Alemania, en el artículo 11 del tratado con Corea, en el artículo 12 del tratado con Perú, etc.



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

Cláusulas de estabilización: existen tratados en los cuales se establece que si se modifica la legislación nacional en relación con la inversión realizada, esa modificación no alcanzará a la normativa vigente al momento de celebrarse el tratado. Esto implica que se garantiza a las inversiones externas la continuidad de las condiciones de inversión al margen de los cambios legislativos, con lo cual se cristaliza la relación eventualmente establecida entre la nación parte y el inversor⁷. Esto, por otra parte, implicaría un privilegio del inversor externo respecto de los nacionales, ya que estos últimos sí estarían sometidos a los cambios normativos. Requisitos de desempeño: estos requisitos son condiciones especiales para habilitar inversiones en una o varias áreas de la actividad económica. Ellos pueden incluir medidas para impulsar el desarrollo nacional o regional, tales como leyes de “compre nacional”, fijar límites a las remesas de utilidades al exterior, cuidado del medio ambiente, promoción del empleo, responsabilidad social corporativa, y otras acciones de promoción económica, social o cultural.⁸

Transferencias: se establece la absoluta libertad de transferencia de los montos relativos a una inversión (ganancias, compensaciones, pagos, aportes de capital, amortizaciones de préstamos, salarios, o resultado de la venta o liquidación total o parcial de la inversión, etc.) explicitándose que los mismos deben poder efectuarse sin demora y al tipo de cambio vigente en la fecha de la realización de la transferencia. Expropiaciones y compensaciones: otro aspecto que mayoritariamente incorporan los tratados es la garantía a los inversores en caso de expropiación, las que sólo pueden ser establecidas por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva. En los tratados se establece explícitamente que las inversiones no pueden ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a otras acciones que impliquen este tipo de desposesiones.⁹ Por otra parte, también se incluyen en los tratados el derecho de los inversores extranjeros a recibir compensaciones por las pérdidas sufridas por conflicto armado, revolución, motín, emergencia nacional o desastre natural. En este caso, se prescribe que los inversores recibirán, en lo que se refiere a compensaciones o indemnizaciones, un tratamiento conforme al derecho internacional y no menos favorable que el que se acuerda a los inversores nacionales o a los de cualquier tercer Estado.

Duración: los tratados de protección de inversiones establecen una duración de diez años desde el momento de su ratificación, continuando su vigencia de manera automática luego de su vencimiento, a menos que alguna de las partes lo denuncie. Durante los últimos años han existido numerosos proyectos de ley presentados por miembros del Congreso Nacional a fin de denunciar los BITs firmados por Argentina. De todos modos, en los tratados se define que las inversiones

⁷ En el tratado firmado con Panamá, se incluye la prohibición de derogar y modificar leyes que afecten la inversión, lo que en caso de suceder se podría considerar como una expropiación indirecta del inversor. Sin embargo, en el 2004 Argentina y Panamá firmaron ciertas actas interpretativas de esta cláusula, a través de las cuales se aclara que no es tal su significado. De la misma manera, en el tratado con EEUU se estipula que “las leyes y regulaciones que se puedan dictar no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos enunciados en el presente Tratado”.

⁸ Del total de BITs firmados por la Argentina, únicamente el que se refiere a los EEUU estipula requisitos de desempeño, en este caso vinculados con el régimen especial del que goza la industria automotriz argentina. En el mismo se establece que “el gobierno argentino puede mantener, pero no hacer más gravoso, requisitos de desempeño vigentes en el sector automotriz; y los eliminará dentro de los ocho años de entrada en vigor de este Tratado”. El requisito en este caso es la incorporación de contenido local en las autopartes. La inexistencia de estos requisitos o condicionamientos en el resto de los acuerdos implica el abandono por parte del Estado argentino de toda instancia de promoción del desarrollo local.

⁹ Como se establece en el tratado con Francia, “las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión”. Incluso, en el tratado con Italia se establece que las partes contratantes no establecerán “ninguna medida que limite, por tiempo determinado o indeterminado, el derecho de propiedad, de posesión, de control o de goce” de las inversiones de la otra parte.



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

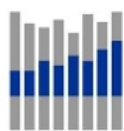
siguen siendo protegidas aún después de la denuncia del tratado por un período de diez o quince años luego de la fecha de terminación. Solución de controversias: este aspecto tiene mucha relevancia ya que el sistema de solución de controversias incluido en los tratados de inversiones permite demandar al país receptor ante un tribunal internacional, legitimando una instancia supranacional para la defensa de los intereses de los inversores externos en relación con actos de gobierno vinculados con las inversiones. Esta es una novedad introducida por los tratados de inversiones, ya que anteriormente los inversores externos no tenían legitimidad para reclamar, y sólo lo podían hacer a través de vías diplomáticas y por las acciones que podían implementar sus Estados de origen.

Justamente, la solución de controversias consiste, básicamente, en un esquema que comienza con consultas amistosas que pueden desembocar en un acuerdo o no. En el último caso, existen luego tres vías a seguir: un recurso previo ante los tribunales locales, el arbitraje ante el CIADI o un tribunal ad-hoc, y una opción entre arbitraje y jurisdicción local. Entonces, de no haber acuerdo en la primera etapa de consultas, el inversor extranjero tiene la posibilidad de recurrir a los tribunales locales antes de llevar su caso a arbitraje internacional. En ese caso, los inversores extranjeros están expuestos a los costos y demoras idiosincrásicos, al sistema legal local el cual muchas veces resulta ser desconocido para el inversor externo, y al grado de independencia y criterio de objetividad de los tribunales locales.

Por su parte, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un foro independiente para la resolución de conflictos, cuya jurisdicción abarca diferencias de naturaleza jurídica entre un inversor y un Estado, en aquellos casos donde tanto el Estado del inversor como el Estado receptor de la inversión habían acordado conciliar diferencias en el CIADI. El CIADI se estableció por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. El convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), y el 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos sometieron el convenio a los Estados miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del convenio. El convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. Hasta mediados de 2006, 155 estados suscribieron el Convenio y 143 depositaron los instrumentos de ratificación; Argentina lo hizo en el año 1991.

El convenio establece al CIADI como una institución internacional autónoma. Si bien la finalidad del CIADI es facilitar el arreglo de las diferencias relativas a inversiones a un procedimiento de conciliación y arbitraje, el CIADI en sí mismo no se dedica a actividades de conciliación o arbitraje. Estas corresponderán a las Comisiones de Conciliación y a los Tribunales de Arbitraje que se constituyan de conformidad con las disposiciones del convenio. Como patrocinador del establecimiento de la institución, el Banco Mundial no solo otorga financiamiento al CIADI sino que también facilita servicios administrativos e instalaciones.

En el caso de Argentina, los BITs firmados con otros países siguen la tipología habitual de los acuerdos internacionales de inversiones. Los tratados disponen un sistema de solución de controversias que permite demandar al país receptor ante un tribunal internacional, legitimando de esta forma una instancia supranacional para la defensa de los intereses de los inversores externos en relación con controversias vinculadas con las inversiones. En efecto, en virtud del consentimiento otorgado por el Estado receptor de la inversión a través de dichas cláusulas, los inversores extranjeros, nacionales del



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

otro Estado parte, se encuentran facultados para plantear la controversia relativa a la inversión ante un tribunal arbitral internacional. De todas maneras, resulta pertinente señalar que algunos BITs, como el firmado con Alemania, contienen el requisito de que la controversia se someta durante 18 meses ante los tribunales locales que resulten competentes antes de que sea posible la presentación del caso ante el CIADI. Respecto de este requisito, cabe destacar que en el caso *Mafezzini v. Reino de España* llevado al CIADI, el Tribunal actuante admitió la operación de la cláusula de la nación más favorecida a fin de evitar la aplicación de este requisito. Esto implica, en los hechos, la libertad para el inversor externo de acudir a tribunales internacionales para demandar al Estado nacional por eventuales perjuicios. Esta es una novedad introducida por los tratados de inversiones, ya que anteriormente los inversores externos no tenían legitimidad para reclamar, sólo lo podían hacer a través de vías diplomáticas y por las acciones que podían implementar sus Estados de origen, y debiendo cumplir otros engorrosos requisitos, tales como el agotamiento de los recursos internos.

Los tribunales internacionales a los cuales hacen referencia los BITs son generalmente los establecidos por las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), o el procedimiento arbitral planteado en el marco del Convenio del CIADI. Al aceptar el sometimiento al tribunal de este último convenio, el país acepta la jurisdicción externa, y dado que sus laudos tienen fuerza ejecutoria y valor de cosa juzgada, los mismos son inapelables. El incumplimiento del laudo arbitral podría derivar en la reanudación de la protección diplomática y un reclamo internacional por parte del Estado contratante nacional del inversor.¹⁰ Sin embargo, cualquiera de las partes puede presentar un recurso de nulidad por el cual se solicita la anulación del laudo arbitral al Secretario General fundado en alguna(s) de la(s) siguientes razones: i) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; ii) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; iii) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; iv) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; v) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.¹¹ La elección del tribunal, incluso, llega a estar explícitamente sometida a la decisión del inversor (es el caso de los BITs con Italia, Francia y Perú). En otros casos, no es explícita la facultad del inversor, pero igualmente está abierta la posibilidad de solicitar la intervención del tribunal arbitral internacional (España, Alemania).

En la actualidad, los países de América Latina y el Caribe concentran las mayores demandas de parte de inversores (51% del total), los que representan 49 casos, de los cuales Argentina es parte en 26 de ellos, sin incluir los casos que se encuentran suspendidos de común acuerdo entre las partes. Por su parte, Argentina es seguida por México y Ecuador con 6 demandas cada uno. Si bien con anterioridad a la crisis de 2001 los casos CIADI llegaban a 8, desde entonces suman 34 casos más, es decir casi un 80% de los casos CIADI contra Argentina fueron iniciados luego de la última crisis económica-financiera. De los 42 casos contra Argentina, como fuera mencionado 26 de ellos están todavía en curso, 9 están suspendidos y 7 han finalizado. Dentro de los casos en curso el 86% de ellos se encuentran relacionados con la Ley 25.561 de emergencia social, económica, administrativa y cambiaria de principios de 2002.

¹⁰ Desde el establecimiento del CIADI, en solo 4 situaciones el país demandado no ha aceptado voluntariamente cumplir con el laudo arbitral. Ellos son Congo, Kazajstán, Liberia y Senegal.

¹¹ Desde el establecimiento del CIADI, solamente 3 laudos han sido anulados.



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

3.14. No es posible determinar con precisión el monto exacto que involucran las demandas contra la Argentina, pero se estima en U\$S 13.000 mill. las presentadas en el CIADI, a los que se suman otros U\$S 2.500 mill. en otros tribunales internacionales.^{12,13} Algunos de los montos incluidos en las demandas ante el CIADI contra Argentina que no han sido suspendidas son: Aguas Argentinas por U\$S 1.700 millones; Pioneer Natural Resources por U\$S 650 millones; Camuzzi por U\$S 629 millones; Azurix Corp. por U\$S 566 millones; Siemens por U\$S 550 millones; El Paso Energy por U\$S 390 millones; Aguas del Aconquija/Vivendi por U\$S 375 millones; Pan American Energy por U\$S 300 millones, entre otros.

Finalmente, y en referencia al caso de los “holdouts” analizado en la sección anterior, aún no se han presentado demandas por parte de ellos ante el CIADI, aún cuando una agrupación de bonistas (Task Force Argentina) ha convocado a los tenedores de bonos a iniciar acciones en ese sentido. En forma estricta, la experiencia de tribunales arbitrales al respecto indica que solamente un caso fue presentado (el caso de Nomura v. Rusia), el cual se tramitó bajo las reglas UNCITRAL y concluyó con un acuerdo entre las partes. En forma más amplia, puede mencionarse que hubo dos casos de demandas contra Venezuela, una de ellas por un pagaré impago y otra por una nota de deuda emitida por un banco y que contaba con garantía del gobierno venezolano; en el primer caso se condenó a Venezuela al pago, mientras que el segundo se encuentra todavía en el proceso de arbitraje.

¹² Texto basado Ortíz (2006)

¹³ Ante el UNCITRAL existen cuatro juicios contra Argentina, iniciados por BG Group, Anglian Water Limited, Nacional Grid Transco PLC y United Utilities International Limited (UUIL), todas ellas accionistas en empresas privatizadas. En la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional está asentado el juicio iniciado por Papel del Tucumán contra el Estado Nacional.