

# Arbitrajes ante el CIADI: algunas consideraciones sobre el alcance de la protección a las inversiones

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LOS TRATADOS FRENTE A CASOS DE EMERGENCIA NACIONAL. PRIMER ESTADIO: ANTECEDENTES RELATIVOS AL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ACORDADA EN CASOS DE CONTIENDAS ARMADAS. SEGUNDO ESTADIO: DISTINCIÓN ENTRE MEDIDAS DE INTERÉS PÚBLICO Y MEDIDAS ESPECÍFICAMENTE DIRIGIDAS A UNA INDUSTRIA. 3. POSIBILIDAD DE OBTENER UNA COMPENSACIÓN POR DAÑOS CUANDO NO HA EXISTIDO DESAPODERAMIENTO DE LA INVERSIÓN. DAÑO POR PÉRDIDA DEL VALOR ECONÓMICO DE LA INVERSIÓN. BENEFICIOS DEJADOS DE PERCIBIR, LUCRO CESANTE Y PÉRDIDA DE LA CHANCE. 4. EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO EN EL ÁMBITO DEL CIADI. INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL CIADI. AUTONOMÍA DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR UN TRIBUNAL DEL CIADI. BENEFICIOS DERIVADOS DE LA FALTA DE EXISTENCIA DEL *EXEQUATUR*. PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. 5. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

A partir del año 2002, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>1</sup> ha recibido numerosas soli-

---

\* Profesor Titular de Derecho de los Negocios Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Di Tella (*UTDT*).

<sup>1</sup> El CIADI fue creado mediante un Tratado internacional por iniciativa del Banco Mundial y su oficina principal funciona en la sede del Banco. Sus países miembros, en abril del 2002, eran 134. El objetivo del Centro es «facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de concilia-

citudes de arbitraje contra la República Argentina, en virtud de la protección otorgada a los inversores<sup>2</sup> extranjeros por diferentes Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, los «Tratados»).

Como es sabido, una de las principales características de estos Tratados es la posibilidad de resolver las controversias que pudieran existir entre el inversor y el Estado receptor mediante un procedimiento arbitral, llevado adelante por un panel de árbitros *ad hoc*, en la sede del CIADI, bajo las reglas de la Convención sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington el 18 de marzo de 1965 (la «Convención», o de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), según cuál sea la elección del reclamante. Estos tratados se conocen en el Derecho internacional como Tratados de tercera generación, y suplantán o complementan *urbis et orbe* a los viejos Tratados de amistad y navegación de ríos interiores del siglo XIX o los Tratados que consideraron y dieron solución a las controversias por las nacionalizaciones de bienes ocurridas durante el siglo XX<sup>3</sup>.

El arbitraje del CIADI tiene dos importantes características que delimitan, a su vez, la jurisdicción del Centro: se trata de un procedimiento eminentemente consensual y especializado en razón de la competencia.

---

ción y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio». Está compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantiene listas de conciliadores y de árbitros. El Consejo está compuesto por un representante de cada Estado Contratante, que generalmente es el gobernador designado por cada Estado en el Banco y que lo representa, *ex officio*, en el Centro. La misma regla se aplica a los suplentes. El presidente del Banco es, *ex officio*, presidente del Consejo, pero sin derecho a voto. La misma regla se aplica a los suplentes.

<sup>2</sup> El término «inversor», según la definición adoptada por la mayoría de los Tratados, incluye a las personas jurídicas constituidas en el territorio de una de las partes contratantes de conformidad a la legislación de ésta y que tengan su sede social en ella, y también a las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma. A su vez, los Tratados designan bajo el término «inversiones» activos tales como bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza. En ese sentido, es común que los Tratados efectúen una enumeración no taxativa de lo que debe considerarse «inversión», mencionando expresamente a «las acciones, primas de emisión, y otras formas de participación, aun minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes», y «las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato».

<sup>3</sup> Ver Osvaldo J. MARZORATI, *Inmunidad de jurisdicción vs. inmunidad de ejecución (Acercas de los embargos y la situación actual del Estado argentino con motivo del incumplimiento de sus obligaciones contractuales)*. ED 16/4/2004.

<sup>4</sup> En 1994 se sancionó la ley 24.353 por medio de la cual el Congreso argentino ratificó

El consentimiento<sup>4</sup> en el sistema del CIADI se ha calificado como la «piedra angular en la que descansa la jurisdicción del centro»<sup>5</sup>. Así, el consentimiento escrito de ambas partes al arbitraje debe existir al momento de presentar la solicitud de arbitraje ante el CIADI<sup>6</sup>.

La competencia del CIADI *ratione personae* se circunscribe a controversias suscitadas entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante<sup>7</sup>. En el ámbito material, la competencia se determina atendiendo a dos aspectos: se pueden someter al Centro únicamente controversias de naturaleza jurídica que, además, surjan directamente de una inversión.

Ni la expresión «controversia de naturaleza jurídica» ni el término «inversión» están definidos en la Convención. Respecto a la naturaleza jurídica de la controversia, en los trabajos preparatorios del convenio se hizo hincapié en el hecho de que ésta no podía incluir diferencias meramente políticas o comerciales, y que se entendía que esta expresión requería de la existencia de un derecho o una obligación jurídicos<sup>8</sup>. Por su parte, el alcance del término inversión deberá analizarse caso, por caso, considerando las disposiciones del Tratado en cuestión y los límites del consentimiento otorgado por las partes<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> En 1994 se sancionó la Ley 24353, por medio de la cual el Congreso argentino ratificó la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington el 18 de marzo de 1965. En consecuencia, **el país prestó su consentimiento para someterse ante el CIADI**, proporcionando con ello a los inversores extranjeros una jurisdicción arbitral de gran reconocimiento internacional.

<sup>5</sup> Informe de los directores ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ICSID, Doc. 2, pp. 4 y 5.

<sup>6</sup> Sin embargo, la Convención no precisa la fecha en la que se tiene que otorgar el consentimiento al arbitraje. En efecto, el informe de los directores ejecutivos indica que el consentimiento puede contenerse en un Tratado de inversión, señalando que las diferencias a las que pueda dar lugar dicho Tratado podrán someterse al Centro, o bien en un compromiso arbitral entre las partes relativo a una diferencia ya existente. El informe indica también que el consentimiento no debe expresarse en el mismo acto jurídico. Artículo 36(2) de la Convención.

<sup>7</sup> El artículo 25 de la Convención señala lo siguiente: «La jurisdicción del centro se extenderá a las diferencias (...) entre un Estado contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el centro por dicho Estado)...».

<sup>8</sup> El informe de los directores ejecutivos señala que la expresión «controversia de naturaleza jurídica» se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.

<sup>9</sup> Los directores ejecutivos señalaron a este respecto que «no se [había] intentando definir el término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del centro (artículo 25(4))».

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe pensarse que la protección que otorgan los Tratados se agota en la mera posibilidad de acceder a un tribunal arbitral. Muy por el contrario, acuerdan garantías de tratamiento como, por ejemplo, la equiparación de los inversores extranjeros a los nacionales en determinadas situaciones, la prohibición de imponer un trato discriminatorio, la cláusula de la nación más favorecida a fin de evitar desigualdades notables entre los derechos concedidos a distintos inversores extranjeros, la garantía contra la expropiación o nacionalización de las inversiones, etc.

De todos los estándares de conducta que se imponen al Estado receptor de la inversión, la garantía contra la expropiación o nacionalización de las inversiones ha sido invocada, con más frecuencia, por los inversores afectados a raíz de las medidas de gobierno adoptadas por la República Argentina, en su mayor parte, con posterioridad al mes de diciembre de 2001.

Partiendo de esta breve introducción al universo de los arbitrajes CIADI, en el cual la República Argentina tiene alta participación como demandada<sup>10</sup>, nos parece importante reflexionar sobre algunos puntos que, hasta el momento, revisten mayor interés porque no están completamente resueltos y, en consecuencia, es posible una decisión en un sentido o en otro o, según el caso, porque podrían interferir en las posibilidades de claro éxito de una demanda arbitral.

Nos referiremos, entonces: i) al alcance de la protección otorgada por los Tratados frente a hechos denominados de «emergencia nacional»<sup>11</sup> o «estados de emergencia u otros acontecimientos político-económicos similares»<sup>12</sup>; ii) la posibilidad de obtener una compensación por daños cuando no ha existido desapoderamiento efectivo de la inversión, y, finalmente, iii) la ejecución de los laudos arbitrales en el ámbito de la República Argentina.

El análisis que a continuación efectuamos lo es sin perjuicio de los acuerdos a los que pueda arribar la República Argentina por la vía diplomática<sup>13</sup>, que, según se desprende de informaciones recién-

---

<sup>10</sup> De acuerdo con la información que el Centro suministra en su página web, al mes de abril de 2004 se han iniciado 29 procedimientos arbitrales en contra de la República Argentina.

<sup>11</sup> Tratado suscrito con la República Alemana, artículo 4 (3); Tratado suscrito con los Estados Unidos de América, artículo 4 (3), Tratado suscrito con la República Francesa, artículo 5 (3).

<sup>12</sup> Tratado suscrito con la República Italiana, artículo 4.

<sup>13</sup> Las controversias en materia de inversiones han dado lugar en varias ocasiones a que los Estados actúen en defensa de los intereses de sus nacionales en contra de otros Estados. Entre los objetivos de la Convención se encuentra el de despolitizar las disputas en materia de inversiones. Así, se tiene que evitar que un Estado pueda, paralelamente a un procedimiento de arbitraje, efectuar una reclamación internacional en contra de un Estado receptor de inversión por una diferencia ocurrida con uno de sus nacionales que hubiese invertido en ese

tes<sup>14</sup>, podría ser el próximo paso a seguir por el Gobierno argentino para intentar mejorar su posición en tantas causas en su contra.

## 2. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LOS TRATADOS FRENTE A CASOS DE EMERGENCIA NACIONAL

La República Argentina, debido a la cantidad de casos y solicitudes de inicio de arbitraje en su contra que en la actualidad se tramitan ante el CIADI, ostenta un poco envidiable récord que cuenta con altas probabilidades de convertir a los laudos que se dicten en referentes internacionales, tal como sucedió con los fallos del Tribunal de Reclamaciones Estadounidense-Iraní.

Un alto número de inversores, de variadas nacionalidades, han presentado sus solicitudes de arbitraje por considerar, en general, que la República Argentina, a través de diversos actos y omisiones, por sí o mediante sus subdivisiones políticas (las provincias), habría expropiado ilegítimamente —en forma directa o indirecta— las inversiones realizadas, al haberlas privado del valor que éstas tenían antes de las medidas cuestionadas, sin justa compensación para el inversor damnificado.

El hilo conductor de todos estos reclamos ha sido, precisamente, el conjunto de medidas denominadas de emergencia que adoptó el Gobierno argentino a partir del mes de diciembre de 2001, porque, en la práctica, significaron el quiebre abrupto de las circunstancias antes imperantes<sup>15</sup>. Tales medidas provocaron efectos nocivos en algunas de las,

---

Estado, tomando en consideración que este último hubiese recurrido al Centro para resolver tal diferencia. De esta manera, la prohibición de conceder la protección diplomática se estipuló en el artículo 27 del convenio, con el fin de otorgar la seguridad jurídica necesaria al Estado parte en la diferencia de que no sería objeto de reclamaciones paralelas, una por el Estado y otra por el inversionista. Sin embargo, ello no prohibiría que el Estado demandado intente por esta vía arribar a una solución antes de tener que enfrentar numerosas sentencias en contra.

<sup>14</sup> En un artículo publicado en la prensa, la Defensora Adjunta del Pueblo de la Nación, Dra. Nana BEVILLAQUA, sostuvo que: «Es un principio de derecho internacional contenido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y como tal rige en el régimen de los TBI, al disponer que cualquier controversia entre las partes, relativa a la interpretación o aplicación del acuerdo bilateral, será resuelta, hasta donde sea posible, por medios diplomáticos. De este modo el CIADI, para dictar sus fallos arbitrales y resolver las demandas que se acumulan en el tribunal contra Argentina, deberá tener en cuenta, además del texto de los tratados, todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones» (cfr. Diario del 16 de agosto de 2003, p. 12).

<sup>15</sup> A principios de enero de 2002 y como consecuencia de una grave crisis social, económica y política, fue sancionada y promulgada la Ley 25561, de Emergencia Pública Nacional. Dicha Ley dispuso, en su artículo 8.º: i) la pesificación compulsiva de las tarifas de los servicios públicos a razón de un peso argentino por dólar estadounidense, y ii) la derogación de las

hasta entonces, prósperas industrias de electricidad, gas, petróleo, telefonía, etc. En general, servicios cuya prestación había sido transferida a personas privadas a comienzos de la década de 1990.

De acuerdo con los principios del Derecho internacional, los Tratados imponen, en general, tres requisitos al Gobierno que prive de valor a la inversión efectuada bajo su amparo: i) que tal medida no sea discriminatoria; ii) que se adopte por causas de utilidad pública, y iii) que se otorgue una adecuada indemnización. Además, las partes signatarias se comprometen a otorgar el 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.

Las causas que originaron los reclamos nos inducen a reflexionar acerca de cómo pueden compatibilizarse las garantías acordadas por los Tratados, para la reparación de los abruptos daños provocados a los inversores, a la luz de las cláusulas genéricas de exención de responsabilidad, ante situaciones que podrían caracterizarse como de emergencia nacional. En efecto, los Tratados disponen que en caso de que los inversores de una de las partes contratantes sufrieren daños y perjuicios en sus inversiones, efectuadas en el territorio de la otra parte, por causas de estados de emergencia, revoluciones, conflictos armados o situaciones similares, la parte en cuyo territorio se ha efectuado la inversión concederá, en lo relativo a indemnizaciones, un tratamiento no menos favorable del que otorgue a sus propios nacionales o inversores de terceros países.

Esta frase encierra una tautología innecesaria, ya que la cláusula de la nación más favorecida provoca igual resultado. En cuanto al tratamiento a sus nacionales, por el momento no guarda ninguna relación con estándares internacionales y seguramente se previó como escudo contra actitudes discriminatorias, cuando la realidad es que, a esta fe-

---

cláusulas contractuales de actualización tarifaria, en los hechos un congelamiento de tarifas pesificadas cuando el valor de mercado del dólar estadounidense superaba los dos pesos y al poco tiempo se estabilizó en un valor que ronda, aún hoy, los tres pesos por dólar. No obstante la alteración sustancial del régimen bajo el cual se habían hecho las inversiones durante la década de 1990, el Gobierno argentino exigió, mediante la Ley de Emergencia, que los contratistas del Estado (por ejemplo, los concesionarios de servicios públicos) continuaran respetando y aplicando los programas de inversiones previstos en sus contratos o licencias, al tiempo que, reconociendo el impacto provocado, el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos de obras y servicios públicos afectados por la pesificación y congelamiento de las tarifas dispuestos por el artículo anterior, fijando para ello una serie de criterios a ser considerados en dicha renegociación. Las medidas dispuestas en el marco de la emergencia económica provocaron una grave alteración de la ecuación económico-financiera de los mencionados contratos, al resultar en un fuerte impacto negativo en la facturación de la empresa y, por consiguiente, en su capacidad para pagar las amortizaciones de capital e intereses de sus deudas, poniendo en peligro, al mismo tiempo, la calidad y seguridad de servicio alcanzadas.

cha, ni la Constitución Nacional ha servido a los sufridos habitantes de esta tierra para protegerlos de las medidas tomadas, que afectan tanto a tirios como a troyanos. En efecto, los nacionales han visto pasar de manos miles de millones de dólares, de acreedores a deudores, de un día para otro, quedándoles la teoría del «sacrificio compartido» como salida a sus infortunios<sup>16</sup>.

En ese sentido, la República Argentina sostiene como defensa que los inversores deducen demandas arbitrales alegando perjuicios que, en realidad, se derivan de medidas adoptadas con carácter general y en ocasión de una grave crisis económica y política, tales como la devaluación de la moneda, la derogación de la Ley de convertibilidad y la prohibición de aplicar índices indexatorios. A todo evento, para la República Argentina, la garantía que protege a los inversores extranjeros frente a un trato discriminatorio no puede transformarse en un privilegio a su favor en desmedro del resto de los sujetos del sistema social en emergencia.

Se advierte entonces que el problema que se plantea es complejo. Para comprender, en una primera aproximación, el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados receptores de las inversiones es necesario analizar los laudos que han tratado diferentes supuestos de lo que, en forma genérica, podríamos denominar causales eximentes de responsabilidad.

#### PRIMER ESTADIO: ANTECEDENTES RELATIVOS AL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ACORDADA EN CASOS DE CONTIENDAS ARMADAS

Como es evidente, las cláusulas de los Tratados mediante las cuales se restringe, en cierta forma, la responsabilidad de los Estados ante ciertos hechos o circunstancias que podrían definirse genéricamente dentro del marco de la *fuera mayor* reconocen principios generales de Derecho, acogidos por todos los países civilizados, como es la imposibilidad de responsabilizar al autor del daño ante la ocurrencia de alguna causa de justificación para tal obrar.

En ese sentido, es útil hacer una primera referencia a la causa «Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka»<sup>17</sup>, en la que se interpretó el alcance de la protección otorgada a un inversor bajo el Tratado de Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Reino

<sup>16</sup> El *Análisis macroeconómico y sectorial* realizado por el Banco Francés a junio 2002 (03/06/02), Informe n.º 56, estimó en 67 billones de dólares la transferencia de riqueza que la pesificación asimétrica y la ruptura de los contratos generó al existir un traspaso de riqueza de los acreedores en dólares a los deudores beneficiados con la pesificación.

<sup>17</sup> Decisión final adoptada el 21 de junio de 1990, 30 I.L.M. 577 (1991).

Unido de Gran Bretaña y la República de Sri Lanka, ante un conflicto armado entre fuerzas rebeldes y el Gobierno.

A partir de las reglas de hermenéutica citadas en el laudo<sup>18</sup>, el panel arbitral dilucidó el alcance de la protección otorgada por el Tratado en cuestión, en atención a los hechos terroristas suscitados en Sri Lanka durante los años 1987 y 1988 que, con motivo de la intervención de las fuerzas armadas de ese país, habían provocado severos daños, incluyendo el fusilamiento de personas que trabajaban para el reclamante<sup>19</sup>.

Luego del cuidadoso análisis de la evidencia presentada en el caso, el panel concluyó que el Estado demandado había violado su obligación de diligencia que requería la adopción de todas las posibles acciones o medidas que podrían ser razonablemente necesarias para evitar las matanzas y los daños ocurridos en la propiedad del reclamante<sup>20</sup>.

Toda vez que el panel consideró que no existían pruebas concluyentes respecto de los autores de los daños materiales reclamados por el inversor, se decidió que la responsabilidad de la República de Sri Lanka

<sup>18</sup> El panel arbitral destacó que, en primer término, era necesario tener en cuenta las siguientes pautas de hermenéutica: Regla (A) La primera máxima de interpretación es que no está permitido interpretar aquello que no requiere interpretación. Cuando un texto está escrito en términos claros y precisos, cuando su significado es evidente y no lleva a una conclusión absurda, no existen razones para no admitir el significado que este texto indica. Regla (B) En la interpretación de Tratados no hay que desviarse del uso común del lenguaje, a menos que existan fuertes razones que lo recomienden. Regla (C) En los casos en los que la interpretación literal de un texto parece inadecuada, o sus términos resultan ambiguos, es útil remitirse al contexto, a fin de obtener una interpretación que tenga en cuenta lo que comúnmente se denomina el espíritu del Tratado. Regla (D) Además de una interpretación comprensiva del Tratado como un todo, los principios del Derecho internacional pueden ser considerados como una guía importante para desentrañar el verdadero significado de una cláusula. Regla (E) En todos los sistemas de Derecho se reconoce como una pauta de hermenéutica que la interpretación que se otorgue a una determinada cláusula debe tender a buscarle un significado que la haga efectiva antes que a un significado que la prive de efectos. Regla (F) Ante la necesidad de interpretar un Tratado resulta correcto considerar cláusulas de Tratados anteriores o posteriores suscritos con relación a otros aspectos similares a aquellos a los contemplados por el Tratado sujeto a interpretación. Regla (G) Existe un principio general de Derecho que establece que la carga de la prueba corresponde al reclamante. Regla (H) El término actor en el principio *onus probandi actoris incumbit* no sólo hace referencia al actor o reclamante, en el sentido procesal, sino a quien alega el hecho de que intenta valerse. Regla (I) La parte que tiene la carga de la prueba no sólo debe aportar evidencia, sino que, además, debe convencer al tribunal de que le asiste razón. Regla (J) La responsabilidad internacional de un Estado no debe presumirse. La parte que alega la violación del Derecho internacional que daría lugar a la responsabilidad del Estado bajo tal Derecho está obligada a probar ese extremo. Regla (K) Los tribunales internacionales no están obligados a respetar las estrictas reglas judiciales para valorar la prueba. Como principio general, la fuerza probatoria de la evidencia sería determinada por el tribunal. Regla (L) Al ejercitar la libre apreciación de la prueba, los tribunales internacionales deciden el caso de acuerdo con la convicción que resulte de la prueba ofrecida por las partes. Regla (M) Finalmente, en los casos en que la prueba de los hechos presente extrema dificultad, el tribunal debe considerarse satisfecho con pruebas menos concluyentes.

<sup>19</sup> Ver apartados 79, 80 y ss.

<sup>20</sup> Ver apartado 85 (B). En especial, el último párrafo.

debía determinarse en atención a la capacidad de las fuerzas de seguridad de ese país para otorgar la protección necesaria para evitar la producción de los daños en forma total o parcial<sup>21</sup>.

En el caso «Tradex Hellas S.A. c/ República de Albania»<sup>22</sup> se discutió el derecho a recibir una compensación por parte del inversor afectado debido a ciertos hechos violentos producidos en ocasión de la expropiación de la granja en la que el reclamante había realizado su inversión. Luego de que el Gobierno de Albania adoptó la decisión de transferir parte importante de la propiedad a sus conciudadanos, elementos de trabajo e insumos de propiedad del reclamante fueron robados por los ciudadanos locales. En ese contexto, el panel consideró que el reclamante no aportó pruebas suficientes para convencerle respecto de la responsabilidad del Gobierno demandado. Ello por cuanto el reclamante no logró acreditar la responsabilidad del Gobierno, sea por su accionar ilegítimo (supuesta provocación a la violencia) o por sus omisiones (falta de intervención para evitar los daños o proceder a su reparación)<sup>23</sup>.

Lo expuesto podría permitirnos concluir que, bajo la protección acordada por los Tratados, los Estados receptores tienen que cumplir con ciertos estándares de conducta y, además, actuar en forma diligente para respetar los derechos que se derivan de la inversión realizada. Es decir, no es suficiente, como también veremos en el punto 3 de este artículo, la mera invocación por parte del Gobierno demandado de su falta de intención de dañar los derechos del inversor. Tampoco es suficiente, para operar como un eximente de responsabilidad, la mera invocación de un hecho que podría denominarse de *fuerza mayor*. El Estado receptor de la inversión debe demostrar que: i) ha intentado evitar los daños, y ii) que ello no ha sido posible.

## SEGUNDO ESTADIO: DISTINCIÓN ENTRE MEDIDAS DE INTERÉS PÚBLICO Y MEDIDAS ESPECÍFICAMENTE DIRIGIDAS A UNA INDUSTRIA

En afán de ser más precisos a este respecto, consideramos útil efectuar un breve comentario de las decisiones adoptadas respecto a la jurisdicción del CIADI en el caso «CMS Gas Transmission Company c/ República de Argentina» (ARB/01/8); a fin de dilucidar el verdadero al-

<sup>21</sup> Ver apartado 85 (d).

<sup>22</sup> Arbitraje CIADI ARB/94/2, laudo del 29 de abril de 1999.

<sup>23</sup> Arbitraje CIADI ARB/94/2, laudo del 29 de abril de 1999, en especial apartados 146 y 147.

cance de las obligaciones asumidas por el Estado receptor y la posibilidad de invocar como causa de justificación un acontecimiento de fuerza mayor, en este caso la denominada emergencia económica.

En una primera línea de argumentos se ha destacado que existe una clara distinción entre medidas de naturaleza económica general, especialmente en el contexto de la emergencia económica y financiera de la República Argentina, y aquellas medidas específicamente dirigidas a la operación de las inversiones.

En ese contexto, y en atención a la defensa de la República Argentina que hizo hincapié en el carácter general de las medidas de emergencia, se explicitó que lo que queda cubierto por la jurisdicción del Centro no son las medidas generales en sí, sino la manera cómo ellas pueden violar compromisos específicos, como los Tratados.

Entre los fundamentos más relevantes utilizados para fundar la jurisdicción del CIADI en estos casos, se puede mencionar la distinción entre medidas de interés público y medidas específicamente dirigidas a una industria. El tribunal entendió que los hechos sobre política económica general no se relacionaban directamente con la inversión, en comparación con medidas que sí se dirigían específicamente a las operaciones del negocio concernido, por lo que caerían fuera de la jurisdicción del Centro.

También se ha sostenido, en tren de acotar el alcance de tal protección, que «los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios»<sup>24</sup>. En efecto, los tribunales del CIADI no pueden emitir juicios acerca de si esas políticas han sido bien o mal concebidas. Sólo se puede juzgar si los derechos de los inversionistas han sido violados.

En concreto, el tribunal del caso «CMS» resolvió que cuenta con jurisdicción para examinar si medidas específicas que afectan la inversión del demandante, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los Tratados, la legislación o los con-

---

<sup>24</sup> Ello, con cita del precedente registrado en el caso «Mafezzini c/España», Laudos del Tribunal del CIADI del 13 de noviembre de 2000, párr. 64.

<sup>25</sup> En el reciente caso «Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c/ República de Argentina (ARB/01/3)», el tribunal arbitral sostuvo que las políticas generales en materia tributaria llevadas a cabo por la República Argentina y las cuestiones que versaran sobre los arreglos que las provincias tienen con el Gobierno Nacional de la República Argentina no son materias susceptibles de tratamiento por parte del tribunal, sosteniendo asimismo que este tipo de cuestiones hace a la soberanía de la República Argentina. Sin embargo, el tribunal sostuvo que tiene el deber de establecer si las determinaciones de deuda impositiva violan los derechos acordados a inversores extranjeros por medio de Tratados, leyes, contratos u otros compromisos. A tal efecto sostuvo que es conceptualmente clara la línea que divide medidas

tratos<sup>25</sup>. Por lo tanto, el laudo concluyó que el hecho de que el demandante haya demostrado en principio que ha sido adversamente afectado por medidas adoptadas por la República Argentina es suficiente para que se considere que la demanda, en cuanto se refiere a esa materia, es admisible y que el tribunal tiene jurisdicción y competencia para examinarla en cuanto al fondo de la controversia. Esto último es objetivamente cierto, ya que ningún Tratado puede proteger a unos inversores de la adopción de una política económica determinada, porque de lo contrario el Tratado funcionaría como un seguro de todo riesgo.

Lo expuesto nos induce a reflexionar acerca de las consideraciones vertidas en los casos mencionados. ¿Podría sostenerse que no importa la situación general en que una medida ha sido dictada, sino los efectos adversos que esa medida ha generado, para hacer nacer el derecho a la compensación que establecen los Tratados? O, en otros términos, ¿la República Argentina podrá eximirse de responsabilidad alegando que, en todos los casos, se trató de medidas generales que no tenían por objeto dañar a los inversores?

La respuesta no es sencilla. Hasta el momento, no hay decisiones que resuelvan el fondo del conflicto planteado. No obstante ello, no sería aventurado suponer que los paneles arbitrales, declarada su jurisdicción, van a examinar los hechos alegados y las pruebas ofrecidas para determinar la responsabilidad que le corresponde al Estado receptor.

En ese contexto, y teniendo en cuenta el análisis realizado en el caso «Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka»<sup>26</sup>, es posible sostener que la existencia de una situación de emergencia económica general, aun reconocida por las partes, no funcionará como un eximente automático de responsabilidad. Los paneles examinarán cuán adversas han sido esas medidas, por un lado, y también evaluarán, por otra parte, cuán diligente ha sido el Estado argentino a fin de dar cumplimiento a lo establecido en los Tratados.

Resulta interesante notar que cuando en el CIADI se va a evaluar la diligencia del Estado para cumplir con los Tratados, en otros foros internacionales se ha reconocido, en mayor o menor medida, la soberanía del Estado. En este sentido, en «National Union v. People's Republic of the Congo»<sup>27</sup> se decidió que la participación de los prestamistas

---

impositivas generales de medidas que afectan los derechos de los inversores. En el caso en cuestión, las partes concordaron que la disputa versaba sobre una cuestión tributaria. El tribunal sostuvo que las alegaciones hechas por el reclamante acerca de que imposiciones resultaron en una violación de disposiciones específicas y de estándares de tratamiento establecidos en el Tratado eran suficientes para que los reclamantes tuvieran derecho a ejercer la respectiva acción.

<sup>26</sup> Decisión final adoptada el 21 de junio de 1990, 30 I.L.M. 577 (1991).

<sup>27</sup> Publicado en <http://laws.findlaw.com/circs/8th/992538p.pdf>.

en negociaciones de reestructuración es meramente voluntaria y el soberano extranjero no tiene derecho a imponer unilateralmente el acuerdo resultante sobre los acreedores privados que no lo aceptan.

Por otro lado, en «Elliot Associates contra Banco de la Nación (Perú)»<sup>28</sup>, la Cámara de Nueva York entendió que el mercado de deuda debe ser protegido, aun a expensas de obstaculizar un proceso de reestructuración en marcha, ya que no se puede afectar a aquellos acreedores que no aceptan los términos de esos tipos de negociaciones, siendo que, conforme a la política del Gobierno norteamericano, su adhesión debe ser voluntaria y no compulsiva. La firma demandante recuperó su acreencia una vez finalizada la reestructuración.

En «Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago»<sup>29</sup>, habiéndose rechazado en un primer momento la doctrina de *Act of State*, la decisión se revirtió ante una presentación de la Oficina de Justicia del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, en donde a partir de un razonamiento discutible se concluyó que, conforme a los poderes y políticas públicos norteamericanos, debían favorecerse los procesos de reestructuración de deuda, aun cuando para ello fuera necesaria la adopción de una quita<sup>30</sup>.

Sin duda, se trata de típicas cuestiones de hecho y prueba que se resolverán caso por caso tal como es debido. Así las cosas, parece que será ardua la tarea de defensa de la República Argentina, y mucho más la de cumplir con la carga de la prueba que le corresponde, si su única defensa es la situación general del país, sin poner énfasis en las medidas adoptadas en forma diligente para cumplir con los Tratados.

### 3. POSIBILIDAD DE OBTENER UNA COMPENSACIÓN POR DAÑOS CUANDO NO HA EXISTIDO DESAPODERAMIENTO DE LA INVERSIÓN

Como hemos visto, para generar el derecho a la compensación prevista en los Tratados es necesario que determinados actos u omisiones dañosos, que podrían dar lugar a lo que genéricamente denominaremos «expropiación», puedan ser atribuidos al Estado demandado y, en consecuencia, generen así su responsabilidad.

<sup>28</sup> 194 F. 3d. 363, 2nd. Cir. (N.Y.), de 30 de octubre de 1999

<sup>29</sup> 733 F 2d. 23, 2nd. Cir. (N.Y.), de abril de 1984.

<sup>30</sup> Podríamos pensar que bastaría que el Estado argentino haga uso de esta defensa para rechazar las demandas iniciadas luego de comenzado el proceso de canje de deuda, ya que sería conforme a la *Act of State* el acto más consistente con las leyes y la política de los poderes de los Estados Unidos «United Bank c. Cosmic Inc.», 1976).

De acuerdo con la evolución actual del Derecho internacional, no debe pensarse que el término «expropiación» considerado en los Tratados se identifica exclusivamente con medidas directas encaminadas a apoderarse de un bien propiedad de una de las partes (lo que los anglosajones denominan *taking*). Por el contrario, el término expropiación es comprensivo de la situación que se conoce como «progresiva» (y que los americanos del Norte llaman *creeping expropriation*), la que se define como una serie de acciones u omisiones por parte del Estado receptor de la inversión que, en forma acumulativa, privan al inversor de la propiedad de los activos o afectan significativamente el derecho del inversor a percibir los beneficios de su inversión y le quitan valor a la misma, pero que en forma individual carecerían de tales efectos. Es, pues, el efecto acumulativo de las medidas lo que impacta negativamente en la inversión, haciéndola inviable.

La expropiación «progresiva» fue considerada en varias oportunidades por el Tribunal de Reclamaciones Estadounidense-Iraní. En estos casos, el Tribunal determinó que había existido una expropiación progresiva cuando de los actos atribuibles al Estado iraní resultaba una interferencia irrazonable en las actividades y uso de la propiedad por el inversor.

En el caso «Starrett Housing Corp c/ República Islámica de Irán», por ejemplo, dicho Tribunal dictaminó que para que ocurra una expropiación indirecta la intervención del Gobierno en los derechos de propiedad del inversor debe ser de tal grado que quite todo valor a dichos derechos de propiedad y pueda considerárseles expropiados. Asimismo, el Tribunal manifestó que «*la desposesión o expropiación de una propiedad puede configurarse, en derecho internacional, mediante la interferencia de un estado en el uso de una propiedad o en el goce de sus beneficios, incluso cuando el título de propiedad en sí mismo no resulte directamente afectado por tales actos*»<sup>31</sup>.

En idéntico sentido, en el ámbito del CIADI, el alcance del concepto de expropiación ha sido interpretado de conformidad con los amplios estándares que contempla el Derecho internacional. Así, se ha sostenido que es necesario demostrar que ha existido una interferencia en los derechos de propiedad que afecta su pleno ejercicio de los derechos o de los beneficios o utilidades que éstos confieren<sup>32</sup>.

Es muy interesante remarcar que aun cuando un panel arbitral pueda considerar que determinados actos en forma aislada no configuran una ex-

---

<sup>31</sup> Ver, además, Paul E. COMEAUX y N. Stepahn KINSELLA, *Protecting Foreign Investment Under International Law. Legal Aspects of Political Risk*, Oceana Publications, New York, 1997, p. 13.

<sup>32</sup> Cfr. «Tradex Hella s S.A. c/ República de Albania» (ARB/94/02), apartado 135, con cita de los casos «Amoca» y «Otis», fallos por el Tribunal de Reclamaciones Estadounidense-Iraní.

propiación, el análisis de sus efectos conjuntos (o progresivos) o, en su caso, la combinación de diferentes medidas pueden ocasionar una expropiación<sup>33</sup>.

Por lo tanto, en un primera aproximación se puede concluir que determinar si las medidas de un Estado pueden ser consideradas expropiatorias o no es una cuestión que depende del impacto que tales medidas tengan en la inversión afectada, especialmente en el derecho del inversor a utilizar y gozar libremente de su propiedad. La forma de la expropiación a estos efectos no parece relevante.

Al respecto, resulta de interés referirse a un aspecto que, según nos parece, será ampliamente abordado en las decisiones que los paneles arbitrales adopten sobre el fondo de los reclamos, esto es: la extensión de la compensación por expropiación de la inversión (directa o indirecta) en la medida en que el inversor continúe en la prestación del servicio, ejecución del contrato, etc.

Es evidente que, en el fondo, estamos en presencia de una cuestión que será resuelta en atención a la habilidad de cada parte reclamante en demostrar que: a) ha padecido daños injustos; b) atribuibles al Estado receptor de la inversión por sus acciones u omisiones, y c) cuyo *quantum* se determina de conformidad con complejos reportes económicos.

Es probable, además, que los inversores que no estén dispuestos a canjear sus derechos (por ejemplo, paquetes accionarios) a cambio de la compensación otorgada se encuentren frente a la necesidad de demostrar que tienen derecho a recibir una indemnización por los daños sufridos, en tanto el detrimento provocado no podrá ser recuperado de otro modo en el futuro. Ahora bien, si éste fuera el caso, ¿el CIADI no actuaría —en realidad— como una gran compañía aseguradora ante cualquier pérdida monetaria? Recordemos que el panel arbitral en el caso «CMS», al resolver sobre su jurisdicción, sostuvo que los Tratados no son pólizas de seguros. En consecuencia, será de gran importancia la actividad probatoria que los reclamantes desarrollen y, sobre todo, su habilidad para determinar la procedencia y el *quantum* de los perjuicios.

## DAÑO POR PÉRDIDA DEL VALOR ECONÓMICO DE LA INVERSIÓN

La pregunta sin respuesta sigue siendo si el Derecho internacional actual admitirá el argumento, podríamos decir económico, del daño

---

<sup>33</sup> Si bien el panel arbitral del caso «Tradex Hellas S.A. c/ República de Albania» rechazó la procedencia del reclamo por considerar que el inversor no había logrado acreditar que los daños alegados fueran atribuibles al Estado demandado, lo cierto es que también en ese precedente se consideró que la expropiación podía producirse por actos aislados o por actos progresivos evaluados en forma conjunta.

sufrido y lo transformará en un concepto jurídico; tal el caso, por ejemplo, de la expropiación. Es decir, cuál será el grado de interferencia con los derechos de propiedad que deberán acreditar los reclamantes para justificar la compensación que solicitan.

Una mirada a la jurisprudencia puede proporcionarnos una pista a nuestra pregunta en la opinión vertida por el Juez Holman en el caso «Starrrett Housing Corp. v. Government of Iran», quien sostuvo que bajo el Derecho internacional se reconoce que las medidas adoptadas por un gobierno pueden interferir con los derechos de propiedad hasta el extremo de que esos derechos se conviertan en tan nulos que pueda considerarse que han sido expropiados. Ello, aun en los casos en que los gobiernos no admitan haber cometido una expropiación y aun cuando los inversores no hubieran sido desapoderados de sus títulos de propiedad.

Teniendo en cuenta que, en el marco de los reclamos arbitrales en tablados contra la República Argentina, un alto número de inversores no piensa —al menos por ahora— rescindir sus contratos con el Gobierno, la pregunta en cuestión adquiere relevancia. La cuestión será, entonces, dilucidar si es posible que exista una expropiación de la inversión en la medida en que no sólo se conserve el título jurídico, sino que también se conserve la posibilidad de continuar explotando los derechos que ese título otorga y, en consecuencia, el inversor conserve en la práctica la posibilidad de seguir ejecutando un contrato que le acarree beneficios económicos, aunque menores a los previstos.

En resumen, si el título jurídico se mantiene y es posible explotar el contrato, podría no resultar justo calcular los daños padecidos tomando en cuenta, por ejemplo, la diferencia de valor que ese título tenía en el mercado al momento de realizar la inversión y el valor de ese mismo título ahora afectado por las acciones u omisiones del Estado receptor de la inversión. Este mecanismo podría ser útil si, tomando una hipótesis, el inversor afectado se desapodera de su título (v. gr., acciones de una sociedad licenciataria de servicios públicos) y lo canjea al demandado por la indemnización acordada.

Pero si se conserva el título que, siguiendo con nuestra hipótesis, otorga derechos que pueden ejercerse en un largo plazo, del que aún resta un tiempo significativamente importante, incluso mayor al transcurrido, ¿cómo será posible que el tribunal, más allá de sus amplios poderes de apreciación, pueda tener certeza respecto del detrimento de valor de un título considerando la situación actual sin tomar en cuenta la proyección de los veinte años restantes? El tema se centrará entonces en los fundamentos de los elementos de convicción aportados por los reclamantes. En la medida en que acrediten haber sufrido un daño injusto y logren determinar su *quantum*, es factible que las compensaciones puedan ser otorgadas.

## BENEFICIOS DEJADOS DE PERCIBIR, LUCRO CESANTE Y PÉRDIDA DE LA CHANCE

Desde otra perspectiva, es aceptable que ante un supuesto de rescisión contractual se reclamen los daños causados por tal decisión y que estos daños sean determinados de conformidad con los cálculos matemáticos adecuados para calcular los beneficios dejados de percibir. No obstante ello, en varias oportunidades y en distintos ámbitos se ha advertido que, en el marco de contratos a largo plazo, es muy raro que las pérdidas de beneficios (lucro cesante) puedan ser calculadas en forma precisa, debido a que resulta difícil justipreciar cuál hubiera sido el impacto de los riesgos, entre ellos el riesgo comercial, en una relación a largo plazo.

Tal como se menciona en el caso «Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c/ República de Senegal»<sup>34</sup>, los paneles arbitrales cuentan con extensas facultades para justipreciar los daños reclamados cuando no es posible basarse en un mero cálculo matemático preciso. Así, de conformidad con los principios elaborados en el fallo citado, los tribunales arbitrales podrían considerar que lo que da derecho a recibir una indemnización no son los daños concretos o las pérdidas de beneficios que se puedan demostrar en forma cierta, sino la pérdida de la chance o de la oportunidad de negocios que ha sido frustrada por el Estado receptor de la inversión. En este último supuesto, los tribunales contarían con amplias facultadas para determinar, conforme la evaluación de la prueba ofrecida, el *quantum* de la indemnización que corresponde otorgar.

Entendemos, no obstante, que la situación actual de los reclamantes contra la República Argentina es más compleja que la que hemos esbozado para analizar esta hipótesis. Por lo tanto, será interesante tener la posibilidad de apreciar bajo qué parámetros los tribunales otorgan, o no, las compensaciones que se reclaman.

#### 4. EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO EN EL ÁMBITO DEL CIADI

##### INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL CIADI

Tal vez, la característica más importante que diferencia los arbitrajes llevados a cabo en la sede CIADI de cualquier otro tipo de arbitraje comercial es la completa autonomía e independencia del procedimiento. Las reglas de arbitraje del CIADI tienen un carácter internacional,

<sup>34</sup> Arbitraje CIADI ARB/82/1, laudo del 25 de febrero de 1988.

puesto que se fundamentan en un Tratado. Estas reglas tienen un carácter autónomo, en el sentido de que son independientes del Derecho nacional (incluso por lo que respecta al lugar del arbitraje o al Estado en cuyo territorio se buscará el reconocimiento del laudo) y no son sujeto de control por parte de los tribunales nacionales<sup>35</sup>.

Uno de los poderes más importantes es que el tribunal arbitral resuelve sobre su propia competencia<sup>36</sup>, es lo que se conoce como *kompetenz-kompetenz* en alemán, y es un poder reconocido a toda institución de carácter judicial. Esta misma facultad se contiene en el artículo 36(6) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, así como en los diferentes reglamentos de arbitraje, ya sea de carácter institucional o *ad hoc*<sup>37</sup>.

Este poder de un tribunal CIADI fue reconocido por una Corte local en relación con el caso «Mobil Oil Corporation y Otros c. Nueva Zelanda»<sup>38</sup>. En efecto, después de la notificación del Acto de Registro por parte del Secretario del Centro en abril de 1987, el Gobierno de Nueva Zelanda solicitó ante una Corte local que se impidiera a Mobil Oil Corporation continuar con el procedimiento ante el CIADI, indicando que el tribunal CIADI era incompetente para conocer de la diferencia. La Corte, después de citar el artículo 41 de la Convención, resolvió suspender el procedimiento hasta en tanto el tribunal CIADI no resolviera sobre su propia competencia. Esta decisión reafirmó la autonomía e independencia del arbitraje del CIADI<sup>39</sup>.

## AUTONOMÍA DEL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR UN TRIBUNAL DEL CIADI

De acuerdo con el artículo 53 de la Convención, el laudo arbitral es obligatorio y no puede ser objeto de apelación ni cualquier otro recurso, excepto aquellos previstos en el mismo convenio. Este artículo deja muy claro que los laudos dictados por un tribunal del CIADI no pueden ser anulados ni revisados por ningún tribunal local.

En efecto, en el caso de los laudos dictados por un tribunal del CIADI procedería el *exequatur*<sup>40</sup> del mismo, puesto que todo Estado contra-

<sup>35</sup> Véase Georges DELAUME, *L'arbitrage CIRDI*, Arbitrage International. 60 ans après regard sur l'avenir, Corte de Arbitrage de la CCI, 60 Aniversario, 1984, pp. 239-248.

<sup>36</sup> Artículo 41 de la Convención.

<sup>37</sup> Ver: Osvaldo J. MARZORATI, *Derecho de los Negocios Internacionales*, tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 50.

<sup>38</sup> Caso CIADI ARB/87/2.

<sup>39</sup> High Court, Wellington, 1 de julio de 1987, ICSID Reports, vol. 4, p. 128.

<sup>40</sup> De conformidad con las normas procesales de la República Argentina, antes de proceder a la ejecución de una sentencia judicial adoptada en el extranjero es necesario que ese

tante deberá reconocer al laudo carácter obligatorio y deberá ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por un laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional.

La Convención, precisa, además que: «*El Estado contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran*»<sup>41</sup>. Así, un laudo del CIADI se considera como *res judicata* y no admite revisión por autoridad local alguna. Esto constituye una de las grandes innovaciones del CIADI y, hasta ahora, ninguna institución de arbitraje tiene una característica similar.

De esta manera, es suficiente presentar una copia certificada por el Secretario General del Centro ante los tribunales competentes, o ante cualquier otra autoridad designada por el Estado respectivo<sup>42</sup>, para que

acto jurisdiccional sea sometido al procedimiento de *exequatur* para que su fuerza ejecutoria sea reconocida en el país. Para que estas sentencias emanadas de tribunales extranjeros adquieran fuerza ejecutoria en nuestro país deben observarse los requisitos que establecen los Tratados; a falta de éstos, los enumerados en los incisos del artículo 517: «*Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos: 1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero. 2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa. 3) Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional. 4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino. 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino*».

El objeto del procedimiento es determinar si puede otorgarse el *exequatur* o no; se ha expresado que éste consiste en un «visto bueno» o «pase» (Carlos J. COLOMBO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, T. II, Ed. Abeledo-Perrot, 1975, p. 22). También se sostiene que «el *exequatur* es la fuente de conversión de la sentencia extranjera en título ejecutorio argentino; crea el título ejecutorio en base a esa misma calidad, ínsita en el fallo cuyo pase autoriza» (Carlos J. COLOMBO, *ob. cit.*, p. 22). Entonces, pueden distinguirse en el procedimiento previsto en el ordenamiento procesal nacional dos etapas diversas: la primera se orienta a examinar el cumplimiento de las exigencias legales para el reconocimiento del efecto de la sentencia extranjera; la segunda es la que concierne específicamente a la ejecución, para el caso de que se hubiera obtenido tal reconocimiento, visto bueno o pase (cfr. artículo 518: «*La ejecución de la sentencia dictada por un tribunal extranjero se pedirá ante el juez de primera instancia que corresponda, acompañando su testimonio legalizado y traducido y de las actuaciones que acrediten que ha quedado ejecutoriada y que se han cumplido los demás requisitos, si no resultaren de la sentencia misma. Para el trámite del *exequatur* se aplicarán las normas de los incidentes. Si se dispusiere la ejecución, se procederá en la forma establecida para las sentencias pronunciadas por tribunales argentinos*»).

<sup>41</sup> Artículo 54(1) del convenio.

<sup>42</sup> El laudo en el caso «Benvenuti y Bonfant c. la República del Congo» fue el primero presentado ante un tribunal local.

el procedimiento de ejecución del mismo se inicie conforme a lo previsto en la legislación local.

La autonomía del sistema CIADI se reafirma cuando el artículo 53 de la Convención señala que un laudo admite sólo los recursos que la misma Convención establece, a saber: rectificación o requerimiento de decisión complementaria, aclaración, revisión y anulación.

De acuerdo con el artículo 49(2) de la Convención, las partes pueden presentar un requerimiento, dentro de los cuarenta y cinco días después de la notificación del laudo, solicitando la resolución de un punto que se haya omitido o la rectificación de errores materiales, aritméticos o similares contenidos en el laudo. El tribunal, previa notificación a la otra parte, podrá decidir a este respecto. En la práctica del Centro se han presentado cuatro de estos requerimientos, y uno de ellos se encuentra actualmente pendiente<sup>43</sup>.

Cuando existiese una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de las partes podrá, mediante escrito dirigido al Secretario General, solicitar que se aclare el sentido del mismo<sup>44</sup>. El Secretario General buscará que el mismo tribunal que dictó el laudo aclare el alcance del mismo y, de no ser posible, se constituirá un nuevo tribunal.

El recurso de revisión tiene por objeto otorgar a cualquiera de las partes la posibilidad de solicitar la revisión del laudo cuando se descubre un hecho que pueda influir en la conclusión del mismo, y del cual ni la parte que solicita la revisión ni el tribunal tenían conocimiento<sup>45</sup>. La Convención establece dos términos perentorios para la interposición de este recurso. Por un parte, éste deberá ser interpuesto dentro de los noventa días siguientes al que se tuvo conocimiento del hecho y, por otra, éste sólo puede interponerse dentro de los tres años siguientes desde que se dictó el laudo.

## BENEFICIOS DERIVADOS DE LA FALTA DE EXIGENCIA DEL EXEQUATUR

Uno de los aspectos más innovadores e importantes que establece la Convención es que la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral se

---

<sup>43</sup> En los siguientes casos: «Amco Asia Corporation y Otros c. República de Indonesia» (caso CIADI n.º ARB/81/1)-Resometimiento; «Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia» (caso CIADI n.º ARB/83/2); «Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España» (caso CIADI n.º ARB/97/7); «Alex Genin y Otros c. República de Estonia» (caso CIADI n.º ARB/99/2) (pendiente). En algunos de estos casos, las decisiones han sido publicadas. Para obtener los datos de publicación, consultar [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid) (rubro ICSID Cases/concluded Cases).

<sup>44</sup> Artículo 50 del convenio.

<sup>45</sup> Artículo 51 del convenio.

hará en forma inmediata. Es por eso que los laudos no están sujetos al escrutinio o supervisión de las Cortes nacionales<sup>46</sup>.

Esta ejecución automática es única en la práctica internacional del arbitraje y claramente protege el sometimiento de las partes al arbitraje de la reconsideración de las Cortes nacionales. Esto no significa que las partes no puedan anular o pedir una revisión del laudo. La misma Convención establece los procedimientos para hacerlo dentro del ámbito interno del arbitraje<sup>47</sup>.

Es evidente que lo que logra la no exigencia de *exequatur* es preservar la decisión de los árbitros, la voluntad de las partes y el compromiso asumido por éstas. Además, es claro que si las partes previeron someter su controversia al arbitraje fue porque no querían someterla al fuero judicial. Entonces, ¿por qué obligar a los tribunales locales a reconsiderar los puntos ya decididos y consentidos por las partes?

Este sistema de ejecución inmediata preserva la seguridad jurídica, haciendo casi imposible que los tribunales locales se entrometan en cuestiones de hecho o de Derecho ya decididas.

#### PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS A LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA<sup>48</sup>

Como anticipamos, la exigencia de acudir, en todos los casos, al procedimiento de *exequatur* ha sido atemperada en función de distintos convenios internacionales ratificados por la República Argentina. Tal es el caso, por ejemplo, de los laudos arbitrales que se dicten en la sede del CIADI o que apliquen, por ejemplo, la Convención de Nueva York. No obstante ello, la ejecución del laudo o sentencia extranjera recono-

---

<sup>46</sup> El artículo 54 dispone lo siguiente: «1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. 2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. 3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda».

<sup>47</sup> Cfr. artículos 50 y 52.

<sup>48</sup> Para un estudio detallado al respecto, ver Osvaldo J. MARZORATI, Ob. cit., en nota 3.

cida puede enfrentar varios obstáculos cuando el condenado es el Estado argentino.

En nuestro país resulta de aplicación la legislación que se origina en la Ley de Demandas contra la Nación, n.º 3952, por la que las demandas contra el Estado tienen carácter declarativo y no es posible ejecutarlas si no cumplen con el procedimiento establecido al efecto. Así, a través de distintas leyes se ha establecido un procedimiento, de dificultoso tránsito, que convierte a la ejecución de una sentencia contra el Estado en un peregrinar dificultoso por distintas reparticiones públicas, hasta lograr que el crédito se incluya en el presupuesto nacional sin que se otorgue la posibilidad de tomar medidas de ejecución forzada.

El principio legalmente establecido es que el Estado argentino va a satisfacer los créditos reconocidos judicialmente en la medida en que existan recursos en el presupuesto nacional (que se aprueba anualmente) para pagar tales erogaciones. No se podrán afectar bien ni otras partidas que tengan asignación específica; por lo tanto, los créditos se pagarán conforme existan recursos en las partidas que se asignen cada año para cubrir las condenas judiciales<sup>49</sup>.

Se advierte sin dificultad que, en la situación actual que atraviesa la República Argentina, resulta casi ilusorio pensar que al momento de notificarse una sentencia condenatoria existirán recursos suficientes, sin otra afectación, para cubrir ese crédito. Si ésta es la situación, el crédito insatisfecho debería ser incorporado en el presupuesto del año siguiente. Pero esta incorporación tampoco garantiza el pago.

Otro de los problemas que deberá sortear el acreedor es la falta de recursos del presupuesto argentino. Debido a ello, ya en la década anterior se facultó a los organismos del Estado a pagar los créditos pendientes con distintos instrumentos de deuda que, según los distintos vaivenes político-económicos del país, llegaron a cotizar en el mercado y, entonces, era posible canjearlos por dinero a fin de recuperar un valor más o menos aproximado a la condena que se estaba ejecutando.

Pero lamentamos tener que reconocer que la situación actual del país es peor que la expuesta debido al incumplimiento (o *default*) por parte del Estado de las condiciones previstas en los títulos de deuda, que, entre otras muchas funciones, también eran otorgados en pago a los acreedores que intentaban cobrar una condena contra el Estado. Por lo tanto, más allá del problema del reconocimiento o no del laudo arbi-

---

<sup>49</sup> Cfr. Ley Complementaria Permanente del Presupuesto, n.º 11672, t.o. Ley n.º 25565.

tral, el inconveniente es lograr que el Estado tenga los bienes disponibles para satisfacer las condenas en su contra.

## 5. CONCLUSIONES

El desarrollo de los diversos temas que hemos intentado abarcar, en forma rápida, permite advertir las numerosas ventajas que para los inversores reviste el procedimiento arbitral previsto en los Tratados, como así también son ventajosas las distintas garantías y derechos que esos instrumentos les acuerdan.

El problema no será la ausencia de instrumentos jurídicos que justifiquen las peticiones efectuadas o los derechos a recibir compensaciones ante conductas de los Estados receptores de la inversión que, aunque no estén encaminadas a restringir o limitar los derechos de los inversores, tengan, en la práctica, suficiente eficacia negativa como para generar fundados reclamos de parte de los damnificados.

Los aspectos áridos, respecto de los cuales deberán trabajar en forma ardua los reclamantes, por lo menos en la mayor parte de los casos actuales, contra la República Argentina, serán la determinación del *quantum* de la compensación reclamada y la ejecución del laudo favorable.

Más allá de tales problemas, a modo de conclusión final, resulta interesante resaltar la importancia y el desarrollo actual de los arbitrajes contra Estados en el marco de los Tratados de protección de inversiones. La variedad de aspectos que pueden plantearse, un procedimiento flexible y la necesidad de contar con un foro imparcial son muy atractivos. Es por ello que nos parece posible sostener que los laudos que se dicten en virtud de los reclamos efectuados contra la República Argentina marcarán una línea jurídica de suma importancia para el Derecho internacional y, sobre todo para enmarcar el alcance de la responsabilidad que asumen los Estados mediante los convenios internacionales que suscriben.

# **La Restricción de los Derechos**

