

# LA INCONSISTENCIA DEL CIADI COMO RÉGIMEN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL

## Reflexiones a partir del caso *argentino*

Por HORACIO ROSATTI

Ex Procurador del Tesoro de la Nación Argentina (2003-2004) Ex Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina (2004-2005)

### I. Inconsistencias

#### 1. Se trata de un régimen constitutivamente *antisistémico*

Se entiende por *sistema* a la interacción de un conjunto de elementos o componentes heterogéneos que permite dar funcionamiento (o explicar) la complejidad de un determinado fenómeno.

La disposición *estructural* (considerando la forma en que los elementos se colocan) y las relaciones *funcionales* (considerando las interacciones que entre ellos se producen) permiten distinguir a un *sistema*, orientado a una finalidad específica, de un mero *agregado* de elementos, dominado por la casualidad y carente de finalidad y funcionalidad propias. La disposición estructural del conjunto y las relaciones funcionales que dentro de un *sistema* se generan, revela la importancia de sus componentes, al punto que la alteración sustancial de alguno de ellos habrá de repercutir en el conjunto. Son características de todo *sistema* su autonomía y la regularidad de sus criterios de funcionamiento.

El régimen de los arbitrajes internacionales CIADI (\*1) en materia de inversiones no funciona como un *sistema*; los tribunales tramitan sus casos con absoluta independencia de criterio; el régimen jurídico que los rige impide que exista un tribunal de alzada y/o la casación de la jurisprudencia, por lo que el valor de los precedentes es relativo (\*2)

Cuando una de las partes de las causas sujetas a arbitraje se reitera (como el caso de la República Argentina en su carácter de demandada), esta imposibilidad congénita del régimen arbitral de funcionar como *sistema* (es decir de relacionar los distintos casos cuando existe un elemento de conexión) impide a los tribunales, que tramitan cada caso como si fuera el único caso, tener una visión global de la problemática. Podría decirse que –por no funcionar como un *sistema*– los distintos casos *co-existen* pero no *con-viven* (no se relacionan). No se trata de una cuestión de buena o mala voluntad, sino de la lógica del régimen.

#### 2. Se trata de un régimen *autorreferencial* y *hermético*

El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados que crea el CIADI y aprueba el procedimiento de arbitraje internacional establece lo siguiente:

a) Presume *juris tantum* que si no ha habido declaración expresa en contrario el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje según el Convenio excluye cualquier otro recurso (art. 26);

b) Presume *juris tantum* que si no ha habido declaración expresa en contrario puede recurrirse al arbitraje sin exigir el agotamiento previo de las vías administrativas o

judiciales nacionales (art. 26);

c) El Tribunal Arbitral resuelve sobre su propia competencia (art. 41, 1), pudiéndolo hacer como 'cuestión previa' o 'conjuntamente con el fondo de la cuestión' (art. 41 ,2);

d) El laudo tiene el valor de una sentencia firme dictada por un tribunal del Estado condenado (art. 54, 1) y se ejecuta de acuerdo con las normas que -sobre ejecución de sentencias- estuvieran en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (art. 54 , 3);

e) El laudo sólo puede ser aclarado, revisado o anulado de acuerdo a los mecanismos previstos por el Convenio, que excluye la jurisdicción local (arts. 50, 51, 52 y 53).

El régimen arbitral es *autorreferencial* porque se interpreta a sí mismo (decide sobre su propia competencia y sobre la elección e interpretación de los estándares aplicables a los casos sujetos a resolución) y *hermético*, porque juzga que si se ha elegido la vía arbitral no puede intentarse ninguna otra (*cepo de ingreso*) y porque lo que ha decidido no puede discutirse en ninguna otra instancia que no sea la arbitral (*cepo de egreso*).

Esta *hermeticidad* no es sólo procesal (*cepos de ingreso y egreso*) sino también sustancial; se manifiesta en su probada incapacidad para relacionar al derecho público nacional (cuya aplicabilidad siempre se declama aunque pocas veces se respeta) con el derecho internacional.

Tal incapacidad –especialmente apreciable en el régimen CIADI- no es atribuible a todo régimen jurisdiccional internacional, sino sólo a aquellos que no funcionan como *sistema*. Por ejemplo, el *sistema* interamericano de protección de derechos humanos, aprobado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada 'Pacto de San José de Costa Rica'), en la medida en que sujeta la intervención de los organismos internacionales al previo agotamiento de la jurisdicción nacional, no tiene esa dificultad de relacionamiento, ni en sus aspectos procesales ni en sus aspectos sustanciales.

Llama la atención que las normas que protegen internacionalmente los derechos más sublimes (vgr: la vida, la integridad física, la libertad en sus distintas manifestaciones, la honorabilidad, etc.) y que están llamadas a actuar cuando tales derechos son desconocidos en los Estados nacionales, resulten más hospitalarias en la consideración (y aceptación) de la intervención de los tribunales de esos Estados nacionales que las normas procesales que se limitan a proteger internacionalmente el derecho de propiedad, como es el caso del CIADI .

### 3. Tiene dificultades para incorporar variables socioeconómicas

El lógico sesgo *comercialista* que tiñe al régimen arbitral internacional en materia de inversiones, consecuencia de los fines para los que fuera concebido, se erige –en un caso tan singular como el argentino- en una dificultad adicional para incorporar la ponderación de factores socio-económicos en la resolución de las causas (\*3), que no sólo permitirían *explicar* conductas del demandado sino también *encontrar alternativas de solución* para los demandantes.

La *insensibilidad* del régimen arbitral internacional para con la República Argentina quedó de manifiesto al negarse los tribunales CIADI requeridos a suspender las causas en trámite a partir del inicio del proceso de renegociación de contratos sobre servicios públicos encarado por el gobierno. Esta *incomprensión* agregó una dificultad adicional a la

de por sí compleja renegociación, porque avaló la estrategia 'a dos puntas' de ciertas empresas (o de ciertas empresas y parte de sus accionistas), que por un lado renegocian sus contratos con el gobierno argentino y por el otro la demandan ante los tribunales CIADI.

Esta carencia de *sensibilidad*, sumado a la *ausencia de visión de conjunto* –ya señalada– impiden la consideración *global* de un problema que –aunque algún arbitraje se niegue a reconocerlo– requiere de una solución también *global*.

## **II. Propuestas superadoras**

### 1. Sobre el registro de los casos:

- El registro de un caso ante el CIADI no debe ser automático para quien lo solicita ni burocrático para quien lo recibe. Es imprescindible que el registro no sea un mero trámite y que esté precedido por un estudio elemental y sumario acerca de la admisibilidad de la solicitud, a efectos de evitar la proliferación de procedimientos arbitrales manifiestamente improcedentes (\*4). Ello sin perjuicio del análisis de admisibilidad que a posteriori, *motu proprio* o a petición de parte, realice el tribunal arbitral designado para analizar la causa.

### 2. Sobre las decisiones de jurisdicción:

- Asegurar el respeto a la voluntad manifiesta de los Estados en relación al alcance de la jurisdicción de los tribunales arbitrales (\*5). Tres personas, por sabias y eruditas que sean, no pueden prevalecer sobre la opinión coincidente de dos Estados soberanos.
- Admitir la interposición de recursos de apelación contra las decisiones de jurisdicción (\*6), puesto que derivar la resolución de los planteos de incompetencia al momento de la resolución de fondo del conflicto puede ocasionar un daño irreparable para las partes, en especial para el demandado.

### 3. Sobre los árbitros:

- Exigir que los árbitros no se aparten de la interpretación que los Estados hacen de los TBIs y del Convenio CIADI (en especial en materia de legitimación activa)
- Mejorar el sistema de designación de árbitros, requiriendo:
  - # que conozcan y manejen adecuadamente el derecho interno que resulta aplicable a la cuestión de fondo de la controversia.
  - # que manejen el idioma en el que están expresados los documentos y normas relevantes.
- Establecer mecanismos para responsabilizar a los árbitros por los perjuicios que provocan decisiones notoriamente desacertadas.

### 4. Sobre el procedimiento:

- Revisar la confidencialidad de los procedimientos arbitrales. Una mayor publicidad podría contribuir a garantizar transparencia a los procedimientos (\*7)

### 5. Sobre la estructura del régimen:

- Creación de tribunales de alzada y establecer la casación contra laudos definitivos.

(\*1) La República Argentina aprobó mediante Ley N° 24.353 (B.O. 2/9/94) el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados

(celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965), por el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI), organismo dependiente del Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento -dependiente a su vez del Banco Mundial- y se aprueban mecanismos de solución de controversias basadas en la conciliación y en el arbitraje.

(\*2) Tal como lo demuestran los llamados *casos checos* laudados en el CIADI *CME Czech Rep. B.V. (Netherlands) v. Czech Republic* y *Ronald S. Lauder (U.S.) v. Czech Republic*).

(\*3) Una síntesis sobre la gravedad de la crisis argentina en: ROSATTI, Horacio D., “La *estabilidad* comprometida. El caso argentino entre 1998-2002”, La Ley Actualidad, Buenos Aires, 20 de abril de 2004, pág. 1 y sgtes.

(\*4) El art. 36 (3) de la Convención CIADI confiere poderes suficientes al Sr. Secretario del organismo para rechazar las solicitudes de registro se encuentren manifiestamente fuera de su jurisdicción. Pero, en la práctica, esta atribución no se ejerce adecuadamente. La República Argentina manifestó oportunamente su protesta por lo que consideró una registración carente de fundamento en el caso “Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. vs. Argentine Republic (Caso CIADI ARB/03/5)

(\*5) En las decisiones de jurisdicción dictadas en los casos “CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina” (Caso CIADI ARB/01/8) y Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. vs. Argentine Republic” (Cso CIADI ARB/01/3) se desconocieron los límites que los Estados establecieron a la competencia de los tribunales CIADI. Así:

a) pese a que el Convenio CIADI exige *control* para poder demandar por los derechos de una sociedad local ante tribunales CIADI (art. 25 (2)(b) *in fine*), a que ello fue tenido especialmente por los Estados que participaron en la elaboración del Convenio y a que otros tribunales CIADI habían exigido *control* para poder invocar el Convenio (ver *Vacuum Salt vs. Ghana*) los tribunales de CMS (párrafo 51) y de *Enron* (párrafo 39) sostuvieron que, en realidad, los límites previstos en la Convención CIADI no son relevantes; y,

b) pese a que la República Argentina y los Estados Unidos de América sostienen que el TBI celebrado entre ellos no *abrió la puerta* para que accionistas minoritarios puedan demandar ante el CIADI por perjuicios indirectos, el tribunal de *Enron* afirmó que lo que señalaron los Estados contratantes era irrelevante y que ellos eran igualmente competentes (párrafo 48).

(\*6) En “CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina” (Caso CIADI ARB/01/8) el tribunal CIADI rechazó la pretensión argentina de apelar la decisión del propio tribunal que aceptaba la jurisdicción del organismo (resolución del 17 de julio de 2003)

(\*7) En la audiencia de prueba del caso “CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina” (Caso CIADI ARB/01/8), celebrada en París entre el 9 y el 20 de agosto de 2004, la República Argentina logró que se levantara la confidencialidad del procedimiento, en mérito a los principios constitucionales nacionales que imponen la publicidad de los actos de gobierno y la obligación de rendir cuentas de los funcionarios públicos.