

PARLASUR

Proyecto de Resolución

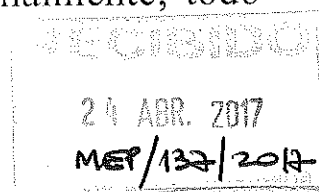
(Jorge Reinaldo Vanossi; Parlamentario)

RESUELVE:

Modificación del estatus jurídico que rige las actuaciones del CIADI

Dirigirse al Consejo Permanente del MERCOSUR a los efectos de que:

- 1) Los Estados miembros promuevan las gestiones pertinentes ante el Banco Mundial a fin de que éste tramite la modificación del estatus jurídico que rige las actuaciones del “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), tribunal a las que se adhirieron al firmar la convención respectiva, y ulterior aprobación por la ley nacional respectiva; y que promuevan el siguiente objeto:
- 2) Que de los pronunciamientos o laudos arbitrales que se originen en la competencia del tribunal internacional las partes comprometidas en dichos pronunciamientos puedan solicitar su aclaratoria, revisión o reposición; como así también la eventual aplicación ante un órgano con incumbencia habilitada para decidir la anulación o revocación del laudo dictado originalmente; todo



ello en aquellos supuestos en que mediare un manifiesto exceso de los límites de la competencia de dicho tribunal interviniente, vicios de manifiesta e inconfundible arbitrariedad, o un abierto desconocimiento de las normas y principios del Orden Público Internacional.

3) Dicha instancia recursiva deberá estar a cargo de un tribunal arbitral cuyos miembros sean ajenos a la composición del que dictó el laudo impugnado; y que se conformará con una integración por jueces designados ad-hoc: uno a propuesta de la parte actora, otro a propuesta de la parte demandada y un tercero elegido de común acuerdo por las dos primeras; debiendo ser todos ellos juristas que revistan las cualidades necesarias para integrar las Cortes Internacionales de Justicia en funcionamiento, y que aseguren el nivel técnico y la independencia de intereses para disipar cualquier duda o causal de recusación en la etapa de doble instancia que por este medio se establece como suprema garantía.

Fundamentos

Hay un viejo adaggio en latín que dice: nemo alegans propiam turpitudinem: nadie puede alegar su propia torpeza. Esto ha dado lugar en el derecho a la construcción de una doctrina, denominada “doctrina de los actos propios”, que los tribunales se encargan de

aplicarles a los particulares, negándole la acción reparatoria a quien ha aceptado algo en silencio y después pretende el “derecho de pataleo”, o cuando consintió la lesión, o cuando de su propio comportamiento se desprende la anulación de una garantía para reparar la lesión de un derecho a raíz de una contradictoria actitud. Esto también se lo puede aplicar al Estado. Sobre la doctrina de los “actos propios” existe una ya madura aplicación en el derecho internacional público, bajo la denominación de “estoppel”. El profesor Puig Brutau ha destacado su sentido, al referenciarla con situaciones cuya firmeza descansa en la confianza concedida a la apariencia; y agrega: “Quien ha dado lugar a la situación engañosa aunque haya sido sin el deliberado propósito de inducir a error, no puede pretender que su derecho prevalezca por encima del derecho de quien ha depositado su confianza en aquella apariencia” (Confr. en “Reflexiones sobre dos principios basilares del Derecho: la buena fe y los actos propios”, en el “Tratado de la buena fe en el Derecho”, Ed. La Ley, Bs.As, 2004, tomo I, pág. 117).

Las Repúblicas firmaron muchísimos tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones. Hoy pretendemos crear un Tribunal que revise esos pronunciamientos cuando los reclamos se sometan a arbitraje y resulten desfavorables al Estado. Estamos ante tratados que son normas que tienen jerarquía superior a las leyes. Son leyes, por cuanto los aprueba el Congreso de cada país

por ley, pero tienen una jerarquía superior a las leyes, aunque están sujetos a la Constitución.

Si no se está de acuerdo con esos tratados, entonces ¿qué tiene que hacer el Estado? Se puede denunciar esos tratados si no se está de acuerdo, para lo cual hay mecanismos previstos para denunciar tratados. O cumplirlos; pues mientras no se los denuncien hay que cumplirlos. Por lo tanto, si los tratados no fueron denunciados oportunamente, hay que cumplirlos. Se los puede denunciar, pero con efectos para el futuro. Mientras tanto están sometidos a la regla pacta sum servanda, es decir, las normas pactadas deben ser cumplidas. Lo mismo que fijan los Códigos en lo interno para los particulares: que rige el principio de la autonomía de la voluntad, y el contrato es ley para las partes; por lo que los tratados son ley también para el Estado que tiene que cumplirlos.

Y con respecto al CIADI, es decir al Tribunal del Banco Mundial, nadie nos obligó a entrar al CIADI, ni al Banco Mundial. Ingresamos voluntariamente. No somos ajenos, por lo tanto, a las normas que hemos decidido aceptar y aplicar. En consecuencia, no podemos exceptuarnos alegando ahora que nos perjudican. Ni argumentar que si nos conviene cumplimos, y si no nos conviene, no. Esa “chicana” ya era objeto de crítica por los romanos, cuando decían que el que se anota en el commodum tiene que correr el periculum. El que se anota en la comodidad, en el beneficio, tiene que correr parejo, correlativamente, en el

sacrificio. Es la doctrina del riesgo. El que va a recibir, también puede perder. Por lo tanto, si queremos irnos del CIADI, bueno, vayámonos del CIADI. Pero mientras hemos permanecido en el CIADI tenemos que cumplir las normas del CIADI por nuestros compromisos asumidos.

Antes de tomar una decisión respecto de nuestra permanencia en el CIADI y del acatamiento o no de sus laudos arbitrales, es conveniente tener en cuenta que esa institución (“Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones”) fue creada como un tribunal dependiente del Banco Mundial en los años 1965/1966. Forman parte de ese sistema alrededor de ciento cuarenta países que tienen múltiples causas pendientes ante sus estrados. También conviene tener presente que la composición del tribunal del CIADI se conforma en cada caso, cuando los nacionales de otro Estado formulan reclamos al Estado por situaciones que están comprendidas en la competencia prevista (inversiones afectadas por expropiaciones u otras restricciones de carácter confiscatorio), siendo el propio tribunal el que resuelve los cuestionamientos a los límites de su jurisdicción y, de ahí en más, todos sus fallos son definitivos e irrevisables por los Estados partes.

Es cierto que el sistema así pergeñado funciona como una vía alternativa para la solución de conflictos que puedan plantearse ante una eventual responsabilidad de un Estado que se incorporó libremente al mecanismo de ese tribunal, al que el

presunto damnificado por el Estado en cuestión puede acudir sin el recaudo del agotamiento previo de las acciones o recursos locales (internos); como también es verdad que un tribunal así- el CIADI- tiene la operatoria típica de muchos de sus congéneres arbitrales, o sea, resolver disputas comerciales y crematísticas que afectan a inversores que vuelcan sus capitales en otro Estado distinto al suyo, a partir de la constitución *ad hoc* de un tribunal donde cada una de las partes (el inversor reclamante y el Estado reclamado) designan su respectivo miembro y el tercero proviene del acuerdo entre las partes o, en su defecto, de la decisión del propio CIADI.

Pero también es cierto –y no se puede perder de vista- que el susodicho mecanismo despliega una actividad jurisdiccional que, guste o no guste a los Estados demandados, está reconocido como una de las “reglas del juego” de libre adhesión en el mundo económico contemporáneo, cuya violación o apartamiento incide en las relaciones con otras piezas de ese complejo aparato, como el Fondo Monetario Internacional (FMI), del cual algunos también forman parte. Ante un panorama así, surgen muchos interrogantes: ¿están comprendidos en tal jurisdicción los reclamos nacidos de medidas adoptadas por el Estado recipiendario ante estados de emergencia provocados por una grave crisis económica?; ¿es bueno o malo para el Estado caído en “default” que se aleje del cumplimiento de los acuerdos y de los contratos celebrados con anterioridad, sin “denunciar” como

paso previo la vigencia de las “reglas del juego” aceptadas por medio de la formulación de compromisos que son leyes de la Nación?; ¿es positivo o negativo para la credibilidad y la confiabilidad de los Estados que resuciten el viejo adagio necitas non habet legem, cuando una de las conquistas del Estado constitucional y democrático de Derecho es la asimilación de las “emergencias” dentro del Derecho y no fuera del ordenamiento jurídico reconocido?

Más de cincuenta países confiaron en los compromisos contraídos a través de otros tantos tratados de “protección recíproca de inversiones”: ¿y ahora qué?; ¿estarán motivados para proseguir con sus emprendimientos los inversores provenientes de aquellos Estados que pactaron las “reglas del juego” que son práctica habitual en el “garantismo” que supone un mínimo de seguridad jurídica con vista a la certidumbre, previsibilidad y calculabilidad que están en la base de toda inversión de riesgo en un mundo tan globalizado como es el actual? ¿En la relación costo –beneficio, no saldremos perdiendo si vamos a la rotura y ruptura de los valores entendidos?

¿Cómo se va a salir del paso rebatiendo de alguna manera “oportunistamente” los argumentos que se han esgrimido, para repudiarlos, cuando en el momento en que se aprobaron nadie formuló objeciones constitucionales?

También se aprobaron las Convenciones Internacionales de ejecución de laudos y sentencias arbitrales, llamadas “Convención

de New York” y la “Convención de Panamá”, cuando no se podía soñar las cosas que están pasando ahora al cabo del tiempo. Pero también es una norma que está incorporada al ordenamiento jurídico de cada país, y es una norma que en su momento la aprobaron hasta los países de la órbita soviética (sic). Todos la aprobaron porque era una norma necesaria para poder participar en el mundo, para estar en el mundo: porque o se está en el mundo, o se está fuera del mundo. Si se está en el mundo, existen el hemisferio norte y el hemisferio sur; habrá desequilibrio entre el uno y el otro. Nos guste o no nos guste, estamos en el hemisferio sur. Por lo tanto tenemos que aplicar las normas que rigen para el mundo. Y no salir del mundo, porque entonces ¿adónde vamos a ir a parar? ¿Quién nos va a creer? ¿Qué grado de confiabilidad vamos a conservar? Ninguno.

La médula de la cuestión es la siguiente: si hay Estados de nuestro Continente que han sometido a arbitraje a lo largo de su historia, inclusive hasta uno de los elementos del Estado, algo tan sagrado como el territorio, en numerosos casos en que se aprobaron convenios de arbitraje donde el árbitro fue su Majestad británica o el presidente de EE.UU, o quien sea, y se aceptaron los laudos arbitrales, de buena o de mala gana, y perdimos muchas veces y algunas pocas ganamos. Si el territorio, que es junto con la población, el poder, y el derecho, uno de los elementos del Estado, ha sido susceptible de ser sometido a arbitraje: ¿cómo no vamos a poder arbitrar cuestiones meramente crematísticas, es

decir, aquéllas que se resuelven en intereses económicos, en reparaciones o en lo que se prefiera llamar desde el punto de vista indemnizatorio, si se quiere, de reparación de daños?

Hay un principio universal: todo lo transable es arbitrable. Es la regla de la materia. Una interpretación que se hace ahora es que esos tratados y esos compromisos solo valen para expropiaciones o confiscaciones, donde arbitrariamente se haya despojado sin la reparación suficiente. Pero es una interpretación. Si la materia es transable, por lo tanto, pasible de una transacción o un arreglo directo, y se ha decidido en vez de eso, someterla a un arreglo por un tercero, que es un árbitro, entonces ese árbitro puede decidir. Y lo que decide es válido, salvo los supuestos extremos de nulidad, cuando excede la norma de competencia que le ha asignado ese poder; lo cual está reconocido en todas las legislaciones como una causal de arbitrariedad y de nulidad.

Otro aspecto a considerar es que la responsabilidad internacional del Estado no se puede eludir, por una razón más: porque también rige el llamado Tratado de los Tratados, la llamada Convención de Viena sobre el régimen jurídico de los tratados y convenciones internacionales, y que por lo tanto tiene rango superior a las leyes. Los tratados deben ser conformes al derecho público interno. Hay que reconocer que esos acuerdos internacionales suscritos por casi todos los países del orbe son constitucionales, porque no afectan ni contradicen al “derecho público interno”, que es el que se infiere y emana de las

declaraciones, derechos y garantías estampadas en las Leyes Supremas de cada Estado.

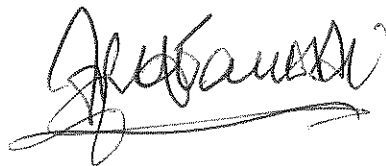
Los estados federales, desde el punto de vista de la contratación internacional, son iguales que un estado unitario: en última instancia siempre responde el estado central. El citado Art. 27 de la Convención de Viena dice: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Convengamos en que esta disposición es rotundamente clara: es categórica.

Si el Mercosur y sus miembros quieren crecer necesitamos inversiones de capitales, de tecnología, de innovación y modernización de nuestro aparato productivo, que a su vez originarán más empleo. Sólo así vamos a disminuir el desempleo. No exportando sólo commodities, no ofreciendo al mercado regional o mundial únicamente productos primarios, que hoy sube y mañana baja el precio. Tecnología, ciencia pura, que apuntale a la ciencia aplicada, investigación, innovación, más patentes nuestras, para no tener que pagar tantos royalties afuera. Hay que incorporar a nuestro sistema productivo el “valor agregado” de la tecnología.

¿Qué supone esto? Supone que para alcanzar el crecimiento genuino, primero de todo es necesario que haya certidumbre, es decir, seguridad jurídica (Para un enfoque general de la relación entre el garantismo y tutela judicial efectiva, véase: DALLA VIA, Alberto, en la Revista del “Centro de Estudios Judiciarios do

Conselho da Justiça Federal”, Brasília, CEJ, octubre-diciembre 2004). Segundo: rentabilidad, es decir, asegurar el cálculo de costo-beneficio en relación con el tiempo, pues coincidimos con Cortés Conde, economista y académico, cuando advierte con sagacidad que si el individuo que pactó y acordó, o recibió en concesión un servicio, calculó ganar en 20 años determinado monto, cuando vea que esos 20 años son reducidos a tres, cuando pacte de nuevo, va a calcular lo que pretende ganar en 20 años de manera tal de ganarlo en dos o en uno, porque en caso contrario se perjudica. Así son las reglas del juego: va a incluir en su cálculo o en su estimación, previa a firmar una contratación, la ganancia que normalmente hubiera hecho en dos décadas, para obtenerla en dos años porque no tiene seguridad jurídica, no tiene certidumbre, y entonces, la rentabilidad es dudosa.

También, además de certidumbre y rentabilidad, hace falta la paz interior. No puede haber inversiones, no puede haber crecimiento, no puede haber capitales de riesgo si no hay calma y seguridad personal, si todos los días hay secuestros extorsivos, si la vida humana no vale nada, si no se puede transitar libremente ni salir a la calle después de cierta hora y aún en pleno día. Todo esto trasciende, hace a la calidad de vida institucional mencionada; y todos esos datos nos descolocan en el bajo puntaje que tenemos en la “comparación” de naciones.



Jorge Reinaldo Vanossi
Parlamentario del Parlasur
(República Argentina)