

Extrait du El Correo

<http://www.elcorreo.eu.org/CIADI-ICSIDRetirarse-para-denunciar-a-tratados-comerciales-bilaterales-contrarios-a-las-soberanias-nacionales>

# **CIADI - ICSIDRetirarse para denunciar a tratados comerciales bilaterales contrarios a las soberanías nacionales**

Date de mise en ligne : lundi 9 août 2010

- Empire et Résistance - Organismes et ONGs de domination -

---

Copyright © El Correo - Tous droits réservés

---

## **Los « daños colaterales » provocados por no haberse retirado del CIADI y denunciado tratados comerciales bilaterales contrarios a la soberanía nacional.**

El 30 de julio último el Tribunal Arbitral del CIADI resolvió contra el Estado Argentino el litigio que lo opone a la transnacional Suez por la ruptura del contrato de concesión de Aguas Argentinas. Suez reclama una indemnización de 1200 millones de dólares.

El Tribunal Arbitral da toda la razón a Suez y no toma para nada en cuenta los reiterados incumplimientos de la empresa durante la vigencia del contrato.

El Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI, ICSID en inglés), miembro del Grupo del Banco Mundial y cuyo presidente es, ex officio, el Presidente del mismo Banco Mundial, constituye tribunales arbitrales internacionales que dirimen las controversias entre las sociedades transnacionales y los Estados que aceptan someterse a ese procedimiento.

Los Estados, al aceptar esta jurisdicción para dirimir conflictos con empresas privadas, renuncian a una prerrogativa fundamental de la soberanía como es la competencia territorial de sus tribunales nacionales.

Los tribunales arbitrales constituidos en el CIADI carecen de independencia, pues de los tres árbitros dos de ellos representan de hecho los intereses de la empresa : el árbitro que nombra la empresa y el Presidente del Tribunal quien, cuando no hay acuerdo entre las partes, lo que ocurre casi siempre, es nombrado por el Presidente del Consejo de Administración del CIADI (art. 38 de los Estatutos del CIADI), que no es otro que el Presidente del Banco Mundial.

Incluso suele suceder que el Presidente del Banco Mundial, cuando nombra al Presidente del Tribunal arbitral, ni siquiera respeta el último párrafo del art. 38 de los Estatutos del CIADI, que establece que « Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia ». Por ejemplo en el caso Aguas del Tunari (Bechtel) contra Bolivia nombró Presidente del Tribunal Arbitral a David D. Caron, ciudadano estadounidense, es decir de la misma nacionalidad que Bechtel.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, del 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington), que creó el CIADI, fue elaborado por el Banco Mundial. Durante la discusión del mismo, los Estados latinoamericanos, fieles en esa época a la Doctrina Calvo, se opusieron unánimemente a la creación de un tribunal arbitral internacional para dirimir conflictos entre los Estados e inversores extranjeros. El delegado chileno, Félix Ruiz, expresó la oposición en nombre de todos los países latinoamericanos. (Boletín de prensa del Banco Mundial del 9 de setiembre de 1964. Dato extraído de Gonzalo Biggs, La crisis de la deuda latinoamericana frente a los precedentes históricos. Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales. Distribuidor EMECE. Buenos Aires, 1987, pág. 77).

Después soplaron otros vientos « neoliberales » y hoy forman parte del CIADI una veintena de Estados latinoamericanos, la mayoría de los cuales adhirieron en el decenio de 1990.

En mayo de 2007 Bolivia, Nicaragua y Venezuela anunciaron su retiro del CIADI, pero sólo Bolivia comunicó su

retiro al CIADI en el mismo mes de mayo.

Es necesario señalar que la ratificación del convenio CIADI no obliga a los Estados Parte a someter a tribunales arbitrales internacionales las controversias con inversores extranjeros. En efecto, el último párrafo del Preámbulo del Convenio dice : Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.

El sometimiento al arbitraje de controversias entre los Estados y los inversores extranjeros forma parte de las obligaciones asumidas en los Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones Extranjeras (TPPI), en Tratados de Libre Comercio y en otros similares.

Argentina firmó 54 TPPI en el decenio de 1990 y el Parlamento ratificó todos o casi todos. Los TPPI firmados por Argentina cumplen escrupulosamente con las exigencias del poder económico transnacional.

Desde 2003, los Gobiernos "nacionales y populares" de Néstor y Cristina Kirchner, pudieron retirarse del CIADI y denunciar los TPPI pero no lo hicieron.

Porque una cosa es la pirotecnia verbal populista y otra la sumisión en los hechos al poder económico y financiero transnacional y a las instituciones a su servicio.

## **EN EFECTO, EXISTEN DIVERSAS MANERAS DE LIBERARSE DE ESOS TRATADOS, POR INICIATIVA GUBERNAMENTAL O A TRAVÉS DE ACCIONES POPULARES.**

Si existe la voluntad política de hacerlo, se puede salir de la trampa de los tratados bilaterales de libre comercio y de promoción y protección de inversiones.

**1)** Denunciando los Tratados cuando concluye su vigencia para evitar su reconducción automática. Pero el comienzo de la vigencia de un tratado o su tácita reconducción pueden ser recientes y en ese caso el momento en que se lo pueda dar por terminado al finalizar su vigencia puede estar muy lejano. Sin embargo, en general los tratados incluyen un mecanismo de denuncia que puede formalizarse en cualquier momento durante su vigencia, aunque sus efectos son suspensivos, es decir que la denuncia produce sus efectos transcurrido cierto lapso.

**2)** Invocando la preeminencia de una norma jerárquicamente superior.

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, dice lo siguiente : « Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter ».

La Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros Tratados y Convenciones internacionales de derechos humanos y ambientales revisten el carácter de normas imperativas de derecho internacional general que no puede ser vulneradas por otros tratados o acuerdos internacionales, so pena de nulidad de estos últimos.

### 3) Restableciendo la competencia territorial de los tribunales nacionales.

En muchos tratados bilaterales de comercio y de inversiones se incluye una cláusula de renuncia a la jurisdicción nacional en favor de tribunales arbitrales para dirimir conflictos entre un particular inversor y el Estado receptor de la inversión.

Esta renuncia implica el abandono de la llamada « doctrina Calvo », que se basa en los principios de la soberanía nacional, de la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros y de la jurisdicción territorial. Según la doctrina Calvo los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados y los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de agotar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen.

La doctrina Calvo está incorporada a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (artículo 15) ; al Pacto de Bogotá (artículo 7), a la Resolución 3171 del 17 de diciembre de 1973 la Asamblea General de las Naciones Unidas (Soberanía permanente sobre los recursos naturales), punto 3, y a varias Constituciones nacionales : de Argentina (art. 116) ; de Bolivia ( art. 24 ) ; de El Salvador (art. 98 y 99) ; de Ecuador (art. 14) ; de Guatemala (art. 29) ; de Perú (art. 63, 2º c) ; de Venezuela (art. 151), etc.

### 4) Efectuando el control de constitucionalidad de los tratados.

Los tratados internacionales pueden ser sometidos al control de constitucionalidad, a fin de que los Tribunales nacionales determinen si son conformes con la parte dogmática de la Constitución en lo que se refiere a los derechos y garantías contenidos en ella y más particularmente con las normas internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía de jus cogens (normas imperativas de derecho internacional).

### 5) Verificando si existen vicios insanables en la celebración y aprobación de un Tratado, que acarreen su nulidad.

En la aprobación de un Tratado pueden haber vicios de procedimiento que acarreen su nulidad. Por ejemplo cuando está previsto en la ley o en la Constitución nacional el control constitucional previo y éste no se efectúa.

Otra causa de nulidad de un Tratado son los vicios de fondo.

A ellos se refiere la Sección 2 (artículos 46 a 53) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que lleva el título Nulidad de los tratados.

Ya nos hemos referido en 2) al art. 53 de la Convención de Viena .

Según el art. 46 de la misma Convención puede ser causa de nulidad de un Tratado si ha sido celebrado en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental del derecho interno de una de las partes que celebró el Tratado.

Combinando los artículos 46 y 53 sería causa de nulidad de un Tratado su celebración en violación de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución del Estado y en las principales normas del derecho internacional de los derechos humanos, como los derechos a la salud, a la alimentación, a una vivienda adecuada, a la educación, etc.

6) Invocando la nulidad de un Tratado celebrado por autoridades de un Estado que, al hacerlo, han violado su mandato.

Las autoridades de un Estado que han firmado y ratificado un Tratado con cláusulas que vulneran la soberanía de dicho Estado y los derechos fundamentales de la población, además de cometer graves delitos que podrían incluir el de traición, han violado su mandato, que consiste en desempeñar sus funciones en el marco de la Constitución, de las leyes y de las normas internacionales fundamentales, obligatorias para todos los Estados. El Tratado será nulo, por haber una de las partes violado su mandato y la otra parte no podrá alegar la ignorancia de ese hecho para sostener la validez del Tratado, cuando la violación del mandato fuere manifiesta.

7) Promoviendo iniciativas populares legislativas, referendos revocatorios, etc. contra los tratados ya vigentes o en trámite de negociación, contrarios a la soberanía y a los intereses nacionales (arts. 39 y 40 de la Constitución).

8) En el plano judicial, promoviendo acciones en defensa de intereses colectivos y/o difusos (art. 43 de la Constitución).

### **Complemento de Información :**

#### **Se trata de dos decisiones del 30 de julio :**

- ▶ Caso No. ARB/03/19 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra Argentina y Caso No. ARB/03/17 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A.

**En los dos casos los miembros del Tribunal Arbitral son los mismos : - Presidente :** Jeswald W. Salacuse

- ▶ **y los árbitros :** Gabrielle Kaufmann-Kohler y Pedro Nikken.

Al parecer, hasta ahora ni los medios opositores ni los oficialistas argentinos han difundido la noticia de estas decisiones del CIADI contrarias a Argentina, en las que Suez reclama al Estado Argentino 1200 millones de dólares de indemnización.

#### **En ambas decisiones del Tribunal Arbitral se dice :**

« En un esfuerzo por desarrollar un método operativo para determinar la existencia o inexistencia de trato justo y equitativo, LOS TRIBUNALES ARBITRALES HAN TOMADO CADA VEZ MÁS EN CUENTA LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS (nuestro el subrayado) de que un país anfitrión ha creado en el inversor y el grado en que la conducta por parte del gobierno anfitrión con posterioridad a la inversión ha frustrado las expectativas ». (Párrafo 222 del Caso ARB/03/19 y una frase similar en el párrafo 183 del caso ARB/03/17).

El árbitro Pedro Nikken, que suscribió en general las decisiones, presentó en ambos casos una opinión separada para discrepar con la noción de « legítimas expectativas ».

#### **En el párrafo 3 de ambas « opiniones separadas » Nikken escribe :**

« La afirmación de que el trato justo y equitativo incluye la obligación de satisfacer o no frustrar a los las legítimas expectativas de los inversores en el momento de su inversión no se corresponde, en cualquier idioma, al sentido

corriente que haya dado a los términos « *fair and equitable* ». Por lo tanto, a primera vista, esta concepción de un trato justo y equitativo está en desacuerdo con el Estado de interpretación del derecho consuetudinario internacional expresada en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). Además, creo que la interpretación que tiende a dar la estándar de trato justo y equitativo el efecto de una disposición de estabilidad jurídica no tiene ninguna base en la TBI (Tratado Bilateral de Inversiones) o en las normas internacionales consuetudinarias aplicables a la interpretación de los tratados ».

Ya hemos escrito en otras oportunidades que los TPPI (o TBI) incluyen cláusulas previendo la indemnización en caso de expropiación u « otras medidas de efecto equivalente ». Esta última frase, ambigua, permite exigir la indemnización en caso de medidas adoptadas por el Estado receptor que " « privan al inversor de los beneficios que podría razonablemente esperar », como dijo el tribunal arbitral en el caso « Metalclad c/México », en el marco del TLCAN. En 1996 la empresa norteamericana Metalclad demandó al gobierno mexicano por violar el capítulo 11 del TLC, cuando el gobierno de San Luis Potosí impidió abrir a dicha empresa un depósito de desechos tóxicos. Bajo las normas del TLC, la denegación del permiso para abrir un vertedero fue considerada un acto de « expropiación » y el gobierno mexicano tuvo que pagar a Metalclad una indemnización de 16,7 millones de dólares.

El laudo arbitral en Metalclad Corporation c/Estados Unidos Mexicanos (caso N° ARB(AF) 97/1 se puede encontrar en <http://www.worldbank.org/icsid/case...> Dicho laudo es muy ilustrativo porque el contenido del TLCAN es muy similar a muchos TPPI en vigor y a los TLC en proyecto o a los ya vigentes (Chile, Guatemala, El Salvador y Honduras con Estados Unidos) y las interpretaciones del tribunal arbitral en el caso Metalclad pueden dar una idea del grado de subordinación económica, social, política e institucional a que quedan sometidos los Estados que celebran tales tratados. Hay que decir que el Gobierno Federal mexicano autorizó, por servilismo e irresponsabilidad, la instalación del vertedero y que fue el Gobierno local quien posteriormente se opuso, lo que debilitó la situación jurídica del Estado mexicano en el juicio arbitral.

Queremos destacar ahora las gravísimas consecuencias que para Argentina tiene y seguirá teniendo esta noción de « legítimas expectativas ».

La política entreguista de sucesivos gobiernos, tanto nacionales como provinciales, hasta el presente, ha dado por resultado que existan ahora numerosas inversiones extranjeras en el agro, en la minería, en el petróleo, etc. Todas protegidas por los Tratados Bilaterales de Inversión y en caso de litigio, amparadas por los Tribunales Arbitrales del CIADI.

Supongamos por hipótesis que las autoridades nacionales o provinciales (actuales o futuras) recuerden de pronto que deben tener un mínimo de vocación nacional y decidan revocar algunas concesiones o simplemente aumentar las regalías que deben pagar las concesionarias. En ese caso las empresas extranjeras podrían recurrir a los Tribunales del CIADI reclamando al Estado Argentino indemnizaciones por pérdida de las "ganancias esperadas".

Por ejemplo si se quisiera revocar la concesión petrolera de Cerro Dragón, que se otorgó en 2007 hasta el año 2047 sin base jurídica alguna, la empresa transnacional concesionaria (PAE fusionada con BP, la misma que provocó el desastre ambiental en el Golfo de México y continuará provocando otros) podría exigir que se le rembolsen las « ganancias esperadas » hasta 2047, es decir una suma gigantesca.

Otra situación similar podría presentarse si finalmente se aprueba la ley de protección de glaciares. Si se mantiene el artículo 2 del proyecto con el concepto de « ambiente periglacial », que incluye los suelos congelados integrados en el ecosistema del glaciar y de esa manera se reduce el área de explotación autorizada, o se le exigen a la concesionaria minera Barrick Gold medidas de protección de los glaciares que considere costosas, ésta podría también reclamar la pérdida de « ganancias esperadas ».

En resumen, la combinación de la entrega a empresas extranjeras de partes fundamentales del patrimonio nacional, del mantenimiento de los Tratados Bilaterales de Inversiones, (totalmente contrarios a la soberanía nacional) y de la permanencia en el CIADI, es una enorme hipoteca que, si persiste, pesa y pesará sobre la Argentina durante varias generaciones.

Es imprescindible y urgente denunciar los TBI y retirarse YA del CIADI.

[El Correo](#), París, 6 de agosto de 2010

\* **Alejandro Teitelbaum**. Abogado, diplomado en Relaciones Económicas Internacionales en París. - Autor del libro : **El papel de las sociedades transnacionales en el mundo** contemporáneo