

Comentarios de la República Argentina sobre el documento A/CN.9/WG.III/WP.231

SECCIÓN A

Disposición 5

Para la República Argentina resulta relevante que se incluya una disposición que regule lo relativo a la imposibilidad de presentar demandas antes del transcurso del plazo establecido para llegar a un acuerdo amistoso (Disposición 5).

Disposición 6

Para la República Argentina resulta relevante que se incluya una disposición que establezca la necesidad de utilizar primero los recursos internos del Estado (Disposición 6).

Con respecto al apartado a) del proyecto de disposición 6, podría aclararse expresamente que el reclamo local y arbitral deben coincidir en las partes, el objeto y en la causa. De este modo se garantizaría que la controversia en materia de inversión haya sido realmente planteada primero ante un tribunal o autoridad competente del Estado receptor de la inversión.

En cuanto al apartado b), al plazo de sometimiento de la controversia a un tribunal o autoridad competente local podría ser de 18 meses, como está previsto en una gran cantidad de tratados bilaterales de inversión en los que es parte la República Argentina. Otra opción sería establecer un plazo más extenso, como está previsto en el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), el cual establece un plazo mínimo de 30 meses. Esto brindaría un tiempo adecuado para que la disputa pueda ser tratada ante un tribunal o autoridad competente del Estado receptor de la inversión.

Disposición 7

Para la República Argentina resulta relevante que se incluya una disposición que establezca la renuncia al derecho a iniciar otro proceso de solución de controversias como precondition para demandar (Disposición 7).

Es fundamental como condición para que pueda presentarse una controversia en materia de inversión a arbitraje que el inversor renuncie a su derecho a iniciar o continuar procesos en otros foros, a fin de evitar que se utilicen múltiples foros para solicitar que se adopten medidas por un mismo alegado incumplimiento. De lo contrario, podrían darse escenarios en los que se llegue a soluciones contradictorias que dificulten la ejecución del eventual laudo o situaciones de doble recupero o doble pago.

Adicionalmente, en relación con el proyecto de disposición 10.2 relativo a las limitaciones de los reclamos de los accionistas en relación con medidas que impactan en la sociedad en la que tienen participación accionaria, resulta conveniente considerar la necesidad de incluir una aclaración en el proyecto de disposición 7 relativa a la situación en la que una sociedad presenta un reclamo en un foro local y sus accionistas, o algunos

de ellos, lo hacen en un foro internacional. Esta situación puede llevar a situaciones no deseables de procedimientos paralelos, con lo que debería limitarse expresamente esta posibilidad.

Disposición 8

Para la República Argentina la prescripción es un principio general del derecho aplicable a toda controversia, incluso cuando no está estipulado expresamente. Si no se interpretara de ese modo, podrían admitirse reclamos presentados muchos años después de las medidas cuestionadas por los inversionistas, los que, de ser admitidos, podrían generar montos indemnizatorios muy abultados en razón de los intereses acumulados durante todo ese período.

La prescripción extintiva es un principio general de derecho que deber ser aplicado por los tribunales internacionales constituidos para resolver controversias en materia de inversión. La prescripción se configura cuando concurren las siguientes dos circunstancias: 1) demora en la presentación de un reclamo, y 2) atribución de la demora a la negligencia del demandante. Para mayor certeza, la existencia o no de perjuicio para la parte demandada ocasionado por esa demora es irrelevante para determinar si opera el principio de prescripción. Este principio debe operar incluso cuando el tratado relevante no incluya expresamente un plazo de prescripción.

Sin perjuicio de ello, para mayor seguridad, la Argentina apoya que se incluya una disposición que establezca que ninguna demanda podrá presentarse una vez transcurrido un determinado plazo desde que el inversionista tuvo o debió haber tenido conocimiento por primera vez de la medida que presuntamente constituya un incumplimiento del acuerdo.

En cuanto al cuál debería ser ese plazo, la práctica de los Estados evidenciada en los tratados en materia de inversión muestra que, en general, se entiende que un plazo de prescripción razonable para la presentación de una controversia en materia de inversión es de 3 años a partir de la fecha en que el inversor tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la medida que invoque como presunta violación del tratado relevante.

Disposición 9

La República Argentina estima positivo que se discuta una disposición relativa a la denegación de beneficios

Sin perjuicio de ello, la Argentina algunas dudas sobre el texto de la disposición y formulará comentarios al respecto en la próxima reunión.

De momento, la Argentina desea adelantar que considera que debería aclararse expresamente que la denegación de beneficios puede realizarse en cualquier momento, incluso con posterioridad al sometimiento de una controversia en materia de inversión a arbitraje.

Asimismo, se considera que debería quedar en claro que el supuesto de la persona jurídica establecida o adquirida con el propósito principal de obtener acceso al mecanismo de

solución de controversias del tratado relevante está incluido en la posibilidad genérica de denegar beneficios en caso de abuso del proceso del demandante prevista en el apartado d) del párrafo 2.

Disposición 10

La República Argentina estima positivo que se discuta una disposición que establezca la limitación de las demandas de accionistas, aunque tiene algunas dudas sobre el texto de la disposición.

Se estima necesario que haya clarificaciones respecto a los efectos que la interposición de una demanda o la potencial decisión de un tribunal arbitral podrían tener sobre el resto de los accionistas de la sociedad, sin importar su participación accionaria.

Otro punto relevante que debería tratarse es si el accionista minoritario puede reclamar en aquellos casos en los que hubo consentimiento de la sociedad a la medida cuestionada pero ese consentimiento no incluye el de la totalidad de sus accionistas.

Adicionalmente, en relación con el problema de procedimientos paralelos iniciados por la sociedad y sus accionistas, se sugiere considerar incluir un apartado en este proyecto de disposición que evite que la sociedad y los accionistas, o alguno de ellos, inicien paralelos por las mismas medidas y que puedan resultar en un doble recupero o doble pago.

Disposición 11

La República Argentina considera positiva la inclusión de disposición como la n° 11, la cual contempla la posibilidad que el Estado demandado pueda formular reconvenções, tanto aquellas que surjan de manera directa respecto al tema en disputa, como las relacionadas con el mismo. La Argentina estima particularmente relevante el párrafo 2 de la disposición 11 (*"Para evitar dudas, el consentimiento del demandado a la presentación de una demanda por el demandante está sujeto a la condición de que el demandante dé su consentimiento a la presentación de la reconvencción a la que se hace referencia en el párrafo 1"*), ya que permitiría evitar que los tribunales arbitrales se declaren incompetentes ante estos planteos.

Con respecto al apartado 1.c), el cual permite que se interpongan reconvenções basadas en el incumplimiento de las obligaciones del inversor, se sugiere considerar la posibilidad de elaborar una disposición relativa a las obligaciones a los inversionistas.

Disposición 12

La República Argentina estima positivo que exista una Disposición sobre el derecho a regular.

Se sugiere considerar incluir, dentro de la enumeración que figura en el párrafo 1, a *"las cuestiones de política económica"*.

Por otra parte, en relación con el alto grado de deferencia que un tribunal debe otorgar a las decisiones de las autoridades locales, sería importante poder brindar más precisiones sobre cuál es el límite de la revisión que un tribunal arbitral debe hacer sobre las decisiones de autoridades nacionales.

SECCIÓN B

Disposición 17

Resulta positiva la incorporación de una disposición específica que haga referencia a al Código de Conducta de la CNUDMI para jueces y árbitros. Sería conveniente evaluar la posibilidad de que se mencionen también algunas de las consecuencias que surjan de la violación de las disposiciones del Código.

Disposición 19

Se estima *prima facie* positivo que exista una disposición procedimental específica que contemple la posibilidad que la solicitud de desestimación temprana pueda ser planteada por las partes u adoptada por iniciativa del propio tribunal arbitral.

Resulta especialmente valioso que la Disposición 19 establezca plazos concretos para que las partes puedan realizar los planteos específicos (párrafo segundo) y que aclare que cualquier disposición procedimental que se incorpore no impedirá a las partes argumentar respecto a la eventual falta de mérito legal de los reclamos específicos durante la sustanciación del caso (párrafo sexto).

Una Disposición como la número 19 podría ir acompañada de una disposición que establezca la obligación del tribunal de, a menos que circunstancias excepcionales aconsejen otra asignación, imponer a la parte vencida el pago de las costas razonables causadas por una presentación manifiestamente improcedente.

Disposición 20

En lo que respecta a la garantía de pago de las costas, se estima que la posibilidad de exigir esta garantía podría contribuir a que las demandas infundadas se desestimen en una etapa temprana. En efecto, el establecimiento normativo podría disuadir a los demandantes de presentar reclamaciones carentes de mérito, abusivas e infundadas.

Si bien la disposición establece que la existencia de financiación por terceros será una de las cuestiones a ser tenidas en cuenta por el tribunal a la hora de evaluar si ordena o no una garantía de pago de costas (párrafo 4.d), quizás sería más conveniente proponer que se establezca, directamente, que en casos de financiación por terceros el pago de una garantía será obligatorio.

Resulta positivo que se establezca, como se lo hace en el párrafo séptimo, que el incumplimiento del inversor demandante de proporcionar una garantía de cobro de las costas podrá acarrear como sanción la suspensión o terminación del procedimiento.

La República Argentina estima que no debería exigirse el pago de una garantía a los Estados en caso de que presenten una reconvención. En efecto, la garantía de costas, entre

otras cuestiones, se justifica cuando hay riesgo de no recuperar un laudo que incluye condena en costas. Este riesgo no existe cuando el condenado en costas es el Estado puesto que no hay prácticamente riesgo de desaparición del Estado.

Se sugiere que se evalúe la posibilidad de que se fije un plazo específico al término del cual, si la parte litigante no hubiere realizado el pago de costas, se dará por suspendido o terminado el proceso.

Disposición 21

La Argentina considera que la financiación por terceros desvirtúa la finalidad del sistema de solución de controversias estado-inversor, la cual consiste en facilitar la resolución de una controversia entre un inversor y el Estado. El financiamiento de terceros altera la dinámica de casos y convierten a las controversias en bienes objeto de operaciones comerciales. En consecuencia, el inversor pierde interés en el arreglo del caso, y el objetivo se transforma en obtener una cuantiosa indemnización a su favor.

Por otra parte, en muchas de las cesiones de derechos o los acuerdos de financiación se aclara que el aportante no afrontará los costos en casos de pérdidas, lo que afecta a los Estados al momento de recuperar los costos.

La Argentina considera que sería conveniente que en casos de financiación por terceros la exigencia de una garantía de pago de costas sea obligatoria.

Sería conveniente que la disposición sobre financiamiento contemplara más claramente el deber del tribunal de verificar que el financiamiento de terceros respete, entre otros, los siguientes principios: a) la parte financiada no debe haber cedido el reclamo o el derecho a cobrar el resultado del reclamo; b) la parte financiada debe tener asesoramiento jurídico independiente del financista; c) el financista no debe provocar, directa o indirectamente, que los abogados de la parte financiada actúen en violación de sus deberes profesionales, ni controlar las decisiones a ser tomadas por los abogados; d) el financista no debe procurar influenciar a los abogados de la parte financiada para que cedan el control o la conducción de la controversia al financista; e) el financista deberá seguir las mismas reglas de confidencialidad aplicables a las partes en el arbitraje; f) no debe permitirse al financista retirar su apoyo durante el procedimiento, salvo en circunstancias claramente establecidas en el contrato o en caso de incumplimiento de la parte financiada del acuerdo de financiamiento; g) el financista no debe ser una parte encubierta o la verdadera parte interesada.

Sería importante que la disposición deje claro que en caso de que hubiere financiamiento de terceros, esto debe revelarse tan pronto como sea posible.

Sería conveniente aclarar que el financiamiento de terceros incluye también el caso en el que el estudio jurídico que representa a las partes sea quien brinda el financiamiento.

Sección C

Disposición n° 23

El monto elevado de las indemnizaciones que suelen conceder los tribunales del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados constituyen elementos que pueden menoscabar la capacidad de regulación de los Estados. Por otra parte, el reclamo inicial de indemnizaciones desproporcionadas persigue en muchos casos el objetivo que los tribunales concedan cantidades menos exageradas que, aunque continúen siendo infundadas, parezcan razonables en comparación con el pedido inicial.

En atención a lo señalado, la República Argentina considera pertinente una cláusula como la disposición 23, en particular su párrafo primero (el cual impediría que los tribunales se excedan en sus funciones y exijan, por ejemplo, la sanción de normas a nivel interno o la derogación de otras), el párrafo 3.f (en virtud del cual el tribunal, a la hora de fijar la indemnización, considerará cualquier incumplimiento en que haya incurrido el demandante de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales), el párrafo 7 (que prohíbe la imposición de sanciones pecuniarias punitivas) y el párrafo 8 (en virtud de la cual el tribunal no podrá otorgar una indemnización que exceda los gastos totales en que hubiera incurrido el demandante en su inversión).

La República Argentina desea también puntualizar su preocupación por el hecho que la aplicación de determinados métodos de valoración para el cálculo de indemnizaciones (como por ejemplo el método de flujo de efectivo descontado que intenta estimar el valor de una empresa en función de su capacidad de generar ganancias en el futuro) genera un aumento de las mismas, las cuales en ocasiones supera ampliamente las sumas invertidas por los inversionistas. En ese sentido, en relación con el párrafo 4, si bien el mismo puede ser un avance, cabe tener en cuenta que las rentabilidades pasadas no aseguran rentabilidades futuras. Como consecuencia, conocer el historial de rentabilidad solo serviría para conocer si efectivamente la empresa fue rentable durante el período reclamado, pero es problemático utilizarlo como criterio de fijación de la indemnización.

Con respecto al párrafo segundo, la República Argentina estima prima facie positivo la referencia al interés simple, pero considera que la referencia a un tipo de interés razonable resulta tal vez demasiado discrecional. La República Argentina sugiere mantener la referencia al interés simple, pero aclarando qué sería un interés "razonable".

Finalmente, la República Argentina considera que cualquier análisis sobre la determinación de la compensación no debería ignorar la situación económica del Estado demandado y la capacidad de pago para afrontar dicha indemnización. Esto puede evaluarse, por ejemplo, viendo la relación entre el presupuesto del Estado y el monto de indemnización.

Disposición 24

La República Argentina considera que sería positivo que se establezca un plazo razonable dentro del cual el tribunal debería dictar su decisión, a efectos de evitar que los procedimientos se prolonguen excesivamente, con los costos que ello genera.

Disposición 25

La disposición 25 establece como regla general que las costas del proceso serán en principio a cargo del vencido, pero inmediatamente a continuación se señala que el tribunal podrá sin embargo distribuir las costas entre las partes litigantes si determinara que esa distribución es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La República Argentina tiene dudas acerca de la necesidad de establecer como regla general el principio de que las costas corresponden en principio a la parte vencida -más allá de que se contemplen excepciones a esa regla-.

En efecto, no se considera apropiado promover una regla estricta conforme a la cual las costas se encuentren a cargo de la parte vencida en el procedimiento arbitral, dado que generalmente en el arbitraje de inversión ninguna parte resulta totalmente vencedora ni totalmente vencida. En el arbitraje en materia de inversión, mirar solo el resultado final del procedimiento puede llevar a conclusiones parciales e inexactas. Existen muchos otros factores relevantes para la decisión sobre la distribución de costas, tales como cuánto gastó cada parte, la desproporción entre los gastos de una y otra, la conducta procesal de cada parte, entre otros factores. Una aproximación similar se utiliza en el Convenio CIADI (artículo 61.2) y en la reciente enmienda de las Reglas de Arbitraje del CIADI (artículos 50 y 52).

A los fines de la distribución de costos, se estima que debe considerarse el grado en que cada reclamo, excepción o defensa haya resultado exitoso, así como la proporción en que el monto reclamado se refleje en la indemnización otorgada, si la hubiere, la cual puede resultar significativamente inferior al monto reclamado.

En razón de ello, la República Argentina sugiere revisar el lenguaje elaborado por la Secretaría en el apartado 1 de la Disposición C.

Si se estimara esencial mantener la regla general que obra en el párrafo 1, se sugiere considerar la posibilidad de añadir, como factores a tener en cuenta por el tribunal para contemplar salirse de dicha regla: (a) el grado en que cada reclamo, excepción o defensa haya resultado exitoso, (b) la proporción en que el monto reclamado se refleje en la indemnización otorgada, si la hubiere; (c) la conducta de las partes durante el procedimiento

Asimismo, si se mantuviera la regla actual, al momento de considerar quién es la parte vencida y cuál es la distribución de las costas que corresponde, debería considerarse no solamente la diferencia entre el monto reclamado y el monto finalmente establecido en el laudo como compensatorio, sino también otros factores.

Asimismo, a efectos de aumentar la transparencia sobre estas cuestiones, se sugiere que se incorpore al proyecto de disposición 25 la posibilidad de requerir a las partes y al tribunal la presentación de un presupuesto de costos desde el inicio del caso, disponibles para todas las partes, contemplando la posibilidad de requerir información adicional en caso de ser necesario. Podría asimismo contemplarse que se solicite al tribunal que consulte a las partes sobre la posibilidad de establecer un presupuesto fijo o aceptable para el proceso.