

EL ORDEN PUBLICO EN LA CONTRATACION INTERNACIONAL

RICARDO R. BALESTRA

SUMARIO: I — El Derecho aplicable y la jurisdicción competente en la contratación financiera internacional. II — El frustrado contrato de refinanciación de la deuda con Aerolíneas Argentinas. III — Regla destinada a armonizar la contratación financiera con el orden público internacional.

Las relaciones económicas internacionales en su moderna evolución se constituyen en uno de los pilares fundamentales en que se asientan el desarrollo y la prosperidad de los pueblos, siendo su influencia especialmente significativa en aquellas naciones de un menor desarrollo económico relativo.

Dentro de tales relaciones cabe destacar cuatro materias principales en torno de las que el derecho internacional privado asume un papel tan novedoso como decisivo en la formulación de sus normas de colisión y extranjería.

Ellas son: A) La Contratación Financiera Internacional; B) la Actuación de la Empresa Multinacional; C) la Inversión de Capitales Extranjeros y D) la Integración Económica, Social y Jurídica de los Estados.

Dentro de ellas el orden público internacional (u orden público en el sentido del derecho internacional privado, según la más adecuada expresión de Henri Batiffol),¹ se desempeña ya no tanto como límite para la aplicación del derecho extranjero, sino como modalidad discriminatoria para la aplicación del derecho nacional a extranjeros, por su condición de tales y en la materia de su actuación extraterritorial.²

Nos ocuparemos en este relato de la primera de las hipótesis señaladas:

La Contratación Financiera Internacional

Esta forma de negocio jurídico adquiere singular importancia para los países en vías de desarrollo que, por la insuficiencia de su capacidad interna de ahorro y financiamiento, deben recurrir al auxilio externo a fin de satisfacer requerimientos de su política de inversiones.³

1. Henri Batiffol, *Droit International Privé*, 1970, Paris.

2. Véase al respecto nuestra obra *Nacionalidad, Control y Régimen Internacional de las Sociedades* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969).

3. Un tema previo de discusión puede estar dado acerca del grado de idoneidad de la contratación financiera internacional para subvenir a las necesidades de los países en desarrollo.

La solución más provechosa parece derivar más de la radicación directa de capitales que de préstamos externos que devengan intereses, imponen amortizaciones y comprometen así el balance de pagos, sin perjuicio de los problemas a analizar de derecho aplicable y jurisdicción competente.

Si bien es cierto que ha existido con oscilaciones en América Latina una tendencia señalada de aumento de la tasa de inversión dentro del producto bruto interno, no es menos cierto que el crecimiento de los ahorros nacionales resulta inferior a la expansión de las necesidades financieras del desarrollo de los respectivos países. Consecuentemente, ellos deben seguir recurriendo al financiamiento externo para cubrir sus consiguientes brechas de desarrollo.

Desde luego que la situación ha variado según se tratara de países exportadores de petróleo o de aquellos que no lo son.

Como factor adicional a los reclamos de financiamiento externo de los países latinoamericanos juega también el fenómeno inflacionario en América Latina.

Característica actual de este fenómeno y de la situación general de los países en desarrollo es la acuciante situación del sector externo de la economía de la región. En el caso de la Argentina su deuda externa asciende a la suma aproximada de US\$ 43.600.000.000.

I — EL DERECHO APLICABLE Y LA JURISDICCION COMPETENTE EN LA CONTRATACION FINANCIERA INTERNACIONAL.

Ocurre que, a menudo la práctica de los negocios internacionales con empresas y organismos financieros internacionales, y hoy en día nuestro propio derecho vigente (art. 7.º de la Ley N. 20.548 de presupuesto, permanente, de 1973) establecen las facultades de delegar en jueces o árbitros extranjeros la facultad soberana de nuestros tribunales para entender en las eventuales controversias en que la Nación — del Estado local de destino del préstamo para la realización de las obras antedichas — actúa como garante o avalista.

El tema fue objeto de discusión en el VII.º Congreso Hispano Luso Americano de Derecho Internacional que tuvo lugar en la Ciudad de Buenos Aires en el año 1969.⁴

Asimismo, algunos casos habrían de adquirir cierta trascendencia con motivo de contratos firmado por la Nación en garantía de compromisos suscritos por sus entidades autárquicas⁵ (como por ejemplo en el Caso Gronda).

El problema práctico consiste en que, establecido derecho aplicable extranjero para dirimir controversias de derecho internacional privado en que la capa-

4. Al respecto resulta ilustrativa la polémica mantenida por el autor con el Profesor Werner Goldschmidt y que cita la publicación del diario *La Nación* del 6.8.69, bajo el título "Comenzó su actividad el Congreso de Derecho Hispano-Luso-Americano".

En dicha reunión el Profesor Goldschmidt sostuvo como ponencia que el principio de la exención jurisdiccional de los Estados ante tribunales extranjeros por actos *Iuri Gestionis*: "No existe si el Estado extranjero expresamente renunció a ella en un contrato en el cual aparece también como deudor". Y agregaba: "Esta renuncia no es revocable".

Nuestra posición en la emergencia destacó que la renuncia a la exención jurisdiccional hecha en tal circunstancia contractual por el país deudor estaba lejos de ser una cláusula libremente pactada, sino generalmente impuesta en forma de arbitraje internacional por los países o empresa acreedores.

5. El Caso Gronda en el que tuvo significativa actuación el propio Profesor Goldschmidt en representación de la Procuración del Tesoro de La Nación, es comentado por el mismo en su obra *Derecho Internacional Privado*, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 1970, pp. 540 a 547.

Basicamente trataba en la especie de litigios recíprocos entre Franco Gronda y el Estado Nacional como responsable último de los actos de los Bancos Central e Industrial del país, con motivo de negociaciones tendientes a introducir en la Argentina una planta

ciudad económica de una de las partes — país en vías de desarrollo — sea menor, o designada la jurisdicción de tribunales o árbitros extranjeros para entender en el caso, las seguridades ofrecidas por tales préstamos que las que ofrece la actuación de su propia justicia y la aplicación de su derecho nacional al caso iusprivatista.

Ello deriva de la gran dificultad de encontrar tribunales internacionales que ofrezcan garantías suficientes de imparcialidad frente a controversias de esta índole y a la insuficiencia misma del derecho tradicional para proveer soluciones de equidad frente a la aparición de las modernas empresas multinacionales, cuyos ingresos y ganancias superan en varios casos a los de muchos países, aún de aquellos desarrollados e industrializados.

La regla de solución parece encontrarse en la aplicación de los principios de Savigny reguladores de las obligaciones y contratos en el orden extraterritorial.

II — EL FRUSTRADO CONTRATO DE REFINANCIACION DE LA DEUDA CON AEROLINEAS ARGENTINAS.

Dicho proyecto de Contrato hubo de celebrarse entre Aerolíneas Argentinas, Sociedad del Estado, como Prestataria, el Banco Central de la República Argentina, como Banco Central de la República Argentina, la República Argentina como Garante, Determinadas Instituciones Financieras y Morgan Guaranty Trust Company of New York como Agente con relación a los Contratos Originales establecidos en Apéndice 1 del Respectivo Proyecto de Contrato (de septiembre de 1983).

No se concretó en razón de una decisión de no innovar dispuesta por el juzgado Federal de Río Gallegos, Prov. de Santa Cruz, que entendió que las cláusulas del contrato que admitían la prórroga de la jurisdicción y ley argentinas en favor de la jurisdicción y ley del Estado de Nueva York (secciones 6(h), e (i) y 12.1 del contrato), violaban la inmunidad de la soberanía Argentina, y carecían por tanto de viabilidad constitucional y legal en nuestro país.

Tal decisión de Primera Instancia fue luego renovada por decisión de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia de fecha 8 de octubre de 1983 que dispuso:

1 — “Las cláusulas que permiten la prórroga de la jurisdicción, y por las cuales, en el caso — renegociación de deudas —, las empresas prestatarias y La Nación Argentina aceptan someterse a los tribunales extranjeros, son cláusulas comunes en el mundo de las finanzas internacionales”. y

2 — “Es admisible el sometimiento de la República a los tribunales extranjeros, siempre que una ley disponga tal cosa y el Estado voluntariamente se someta a otra jurisdicción”. y

3 — “La prohibición de innovar respecto de la inclusión de cláusulas contractuales que declinan la competencia de los tribunales argentinos en los tribunales extranjeros sobre la negociación, refinanciación, transacción o cualquier negocio jurídico vinculado con la deuda externa de La Nación Argentina y/o

de elaboración de aluminio (en 1947). La aquiescencia original del Estado argentino determinó la apertura de un crédito irrevocable a favor de Gronda que éste logró hacer efectivo en parte.

Luego las autoridades locales iniciaron acción criminal por estafa a Gronda, y éste a su vez en Italia, lo hizo contra el Estado Nacional.

cualquier empresa estatal, con participación mayoritaria estatal, entes autárquicos o descentralizados, empresas privadas que la Nación argentina pretenda o deba garantizar, cuyos montos reales se encuentran cuestionados en los foros nacionales, no es en rigor de verdad una medida de las previstas como cautelares por los ordenamientos procesales civil y penal. Ello surge de los considerandos de la misma resolución apelada por cuanto se cita para fundar la prohibición de innovar en la existencia de una causa que tramita por ante un Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la que se investiga el monto real de la deuda externa de la Nación Argentina en la que no ha recaído aun resolución por lo que — constituyendo esa investigación una cuestión perjudicial a la celebración de los “Contratos de Refinanciación Garantizados” — se agrega que puede tornar ilusorio el cumplimiento de la sentencia que se dicte en dicha causa.

4 — La medida cautelar decretada como prohibición de innovar respecto de la inclusión de cláusulas contractuales que declinan la competencia de los tribunales argentinos en los tribunales extranjeros, sobre la negociación, refinanciación, transacción o cualquier negocio jurídico vinculado con la deuda externa de la Nación Argentina y/o cualquier empresa estatal, con participación mayoritaria estatal, entes autárquicos o descentralizados, empresas privadas de la Nación Argentina pretenda o deba garantizar, cuyos montos reales se encuentran cuestionados en los foros nacionales, no se compadece en absoluto con los fines que persigue la investigación del monto de la deuda externa del país, pues sólo tiene como efecto paralizar la renegociación de distintos vencimientos internacionales de nuestro país, pero no asegurar una eventual sentencia condenatoria de los autores responsables de los supuestos delitos que pudieran haberse cometido en el momento de comprometerse al Estado Nacional en el carácter de deudor.

III — REGLA DESTINADA A ARMONIZAR LA CONTRATACION FINANCIERA CON EL ORDEN PUBLICO INTERNACIONAL.

Cuando el *siège* de la obligación — para Savigny — o el “centro de gravedad” — según Gierke — para el cumplimiento del mismo se encuentra en el país receptor del préstamo — caso de los aportes para financiar obras de desarrollo de tales Estados — es decir que la parte fundamental de su ejecución se encuentra en tal país, su derecho local resulta aplicable y sus tribunales son los competentes.

Es lógico que así suceda, por otra parte, en relaciones jurídicas complejas, el contenido de cuyo cumplimiento económico se desarrolla en casi toda su extensión en el país prestatario, al amparo de sus leyes y normas reglamentarias, en función de intereses muy caros a su comunidad y que, por tanto, su orden público internacional debe resguardar.

Por otra parte, tal es el criterio sostenido por la doctrina anglosajona de la “real conexión” para establecer el dominio del derecho aplicable a las obligaciones contractuales, precisamente en función de su vinculación seria y concreta a un ámbito espacial determinado, el que a su vez se halla sujeto al imperio de un mismo sistema normativo.

La aplicación del derecho o la competencia jurisdiccional del país acreedor de la obligación importaría asumir como punto de conexión del derecho apli-

cable un lugar cuya vinculación con los efectos naturales del contrato tendría sólo una fuente contractual — generalmente impuesta por el país acreedor y poco discutida por los deudores — pero casi ninguna vinculación seria, efectiva y permanente con la sede de cumplimiento del contrato. Y tal disposición resultaría entonces violatoria del orden público internacional, modalidad iusprivatista ordenada para la aplicación del derecho local a extranjeros, con un criterio de justicia, basado en el adecuado equilibrio de las respectivas prestaciones.

Si en cambio, se tratase de un mero contrato de préstamo sin otra vinculación decisiva con el territorio del Estado receptor, el *siège* o asiento de la obligación no sería otro que el del lugar de su ejecución que en este caso sería también el del lugar del pago. Generalmente el pago se verificará o deberá verificarse en el Estado del acreedor y los tribunales de este Estado serán entonces los competentes para resolver los eventuales diferendos como asimismo resultará aplicable el derecho del mismo Estado del acreedor para la solución de tales diferendos.