



Real
Instituto
Elcano

de Estudios Internacionales y Estratégicos

**LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LAS
INVERSIONES EXTRANJERAS EN AMÉRICA
LATINA. EL CASO ARGENTINO**

Varios Autores

Documento de Trabajo (DT) N° 2/2004

09/01/2004



La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El caso argentino

Varios Autores

Resumen: Los pasados días 11 y 12 de diciembre de 2003 se celebró en Madrid un seminario sobre la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras en Argentina. Convocados por el Real Instituto Elcano, se reunieron en Madrid responsables políticos, empresarios y expertos juristas argentinos y españoles. Tras las palabras del vicepresidente primero y ministro de Economía español, Rodrigo Rato, las ponencias de Leonardo Madcur, Secretario de Coordinación del Ministerio de Economía de la República Argentina (El poder ejecutivo y la crisis económica), Daniel A. Sabsay, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires (El poder judicial y la crisis económica ¿Judicialización de la política?), Domingo Felipe Cavallo, ex ministro de Economía de la República Argentina (La deuda externa como factor generador de la crisis), junto con una mesa redonda en la que participaron Bernardo Cremades y Luis Ortega completaron la mañana. La tarde, con una mesa redonda (con Javier Díez-Hochleitner y Osvaldo Siseles) y tres ponencias del ex ministro de Justicia argentino Jorge R. Vanossi, Carlos Bastos, ex Secretario de Energía y ex Ministro de Infraestructuras de la República argentina y Rafael Piqueras (Repsol YPF), tuvo una formidable acogida por parte del numeroso público asistente, al igual que la totalidad del seminario. Al día siguiente, Gustavo Simeonoff (Secretario de la Comisión de Renegociación de Contratos, del Ministerio de Economía argentino) y Ricardo López Murphy (presidente del Partido para Recrear para el Crecimiento argentino) fueron los primeros en ofrecer sus planteamientos. A continuación lo hicieron Fernando Pombo, presidente de Gómez Acebo & Pombo, Antonio Garrigues Walter, presidente de la Fundación Ortega y Gasset, Mario Blejer, ex presidente del Banco Central de la República Argentina, y Carlos Fernández-Lerga, Secretario General de la SGAE. La última tarde del seminario comenzó con una mesa redonda, en la que José Juan Ruiz, del Santander Central Hispano, José Luis Escrivá y Eduardo Arbizu, los dos del Banco Bilbao Vizcaya, debatieron sobre La actividad financiera y la regeneración del sistema bancario argentino. Las reflexiones de Carlos Solchaga y Emilio Cárdenas dieron paso a la clausura del seminario, a cargo del director del Instituto Elcano, Emilio Lamo de Espinosa.



“El Poder Judicial y la crisis económica. ¿Judicialización de la política?”

Daniel A. Sabsay
Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional
de la Universidad de Buenos Aires

SEGURIDAD JURÍDICA

El sistema democrático de gobierno se sustenta en una relación particular entre poder y derecho, es así como se construye el Estado de Derecho. El derecho es una presencia esencial para la democracia ya que comprende a todos sus elementos, y a las relaciones que los mismos suscitan de conformidad con una nota común a todos: el sometimiento al marco jurídico positivo.

CALIDAD INSTITUCIONAL

El constitucionalismo ha previsto para el buen funcionamiento de la democracia una serie de requisitos que se agrupan de manera sistémica. Cuando las instituciones de un país se comportan de conformidad con la dinámica que marca dicho sistema se puede afirmar que allí se ha logrado una calidad institucional que se compadece con las pautas del Estado de Derecho.

EL PAPEL DE LA JUSTICIA

Queda a cargo de los magistrados la difícilísima tarea de asegurar que el imperio de la ley rija en toda circunstancia y ante todo, imponer los contenidos contemplados en el marco constitucional y legal vigente en el país.

EL PODER JUDICIAL EN ARGENTINA

El constituyente argentino tuvo bien en claro la importancia de la justicia en la construcción de la democracia argentina. Así, fiel al pensamiento de Alberdi, desde el preámbulo, entre los grandes objetivos de la Nación figura el de “afianzar la justicia”, pero la mención no se agota allí ya que la preocupación por su independencia se refleja en varias cláusulas constitucionales.

Cuando un país logra constituir una justicia objetiva, es decir desprovista de todo nexo susceptible de comprometerla con cualquier interés que no redunde en el respeto irrestricto de la Constitución y de las leyes que en su consecuencia se dicten, dicha meta ha sido obtenida. Este significativo logro conlleva la consagración de una democracia plena al permitir que imperen varios de los principios que más la caracterizan, como son, entre otros, la seguridad jurídica, la separación, el control y la transparencia de la actividad de los poderes políticos del Estado -Legislativo y Ejecutivo-, la vigencia irrestricta de los derechos humanos y de los valores de libertad e igualdad en que ellos se nutren.

PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

La democracia en nuestras latitudes acusa un serio déficit en esta materia. Si realmente existe una asignatura pendiente en los incipientes estados de Derecho de América Latina, ella es sin lugar a dudas la construcción de un Poder Judicial genuino y acorde con los postulados del constitucionalismo. La laxitud de los controles que se ejercen sobre nuestras instituciones, el desamparo que acusa el ciudadano común frente a una inquietante y creciente cuota de impunidad, la falta de independencia de los tribunales, la escasa formación de sus titulares y su designación muchas veces resultante de las relaciones con el poder político, son algunas de las graves falencias que exhibe la organización de la justicia, tanto en nuestro país, como en gran parte del subcontinente.

PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA UN PODER JUDICIAL, GUARDIÁN DE LA DEMOCRACIA

- Ser independiente de los poderes políticos y de intereses particulares o corporativos
- Garantizar la seguridad jurídica y la continuidad constitucional
- Someterse de manera irrestricta al principio de imperio de la ley
- Controlar la constitucionalidad de las leyes y actos de gobierno
- Velar por el respeto de los compromisos internacionales contraídos por la Argentina en los tratados firmados con los demás países
- Aplicar en sus fallos los dictados del principio *pro omine*, conforme la cual en caso de duda deberá buscar aquellas soluciones que sean más favorables a la plena vigencia de los derechos humanos, en libertad e igualdad dentro de un entorno que asegure una calidad de vida digna
- Evitar a todo precio la existencia de situaciones de impunidad
- Posibilitar que se ponga fin a todas aquellas circunstancias generadoras de cualquier tipo de discriminación de personas o de grupos de personas, en el goce de las libertades que aseguran la Constitución, los tratados internacionales y las leyes

“UNA CORTE PARA LA DEMOCRACIA”

La Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores, compartimos la certeza de que nuestro trabajo se dirige a la construcción de una democracia sólida y estable que requiere, para su funcionamiento, un Poder Judicial legítimo, creíble, neutral respecto de intereses particulares y capaz de realizar el valor justicia. Por ello, nos sentimos comprometidos a

aportar a la renovación de la legitimidad de la Corte Suprema y del sistema de justicia, como exigencia ineludible de la institucionalidad democrática.

Los tribunales son el espacio institucional básico para la protección de los derechos establecidos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. En este sentido, entendemos que existe una directa relación entre la solidez del sistema de justicia y la calidad de la democracia.

Tópicos tratados:

- Acumulación de causas y empleados como resultado de una expansión en las competencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Falta de publicidad en los procedimientos
- Falta de publicidad sobre las decisiones que adopta la Corte Suprema
- Obstáculos a la participación de la ciudadanía en la búsqueda de la justicia
- Falta de transparencia en la gestión y funcionamiento del Poder Judicial y, en especial, de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Falta de mecanismo de control de la administración del Poder Judicial
- Igualdad en las cargas públicas y pago de impuestos por parte de los jueces
- Falta de transparencia en la designación de jueces, en especial de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Falta de transparencia en el proceso de destitución o remoción de jueces, en especial de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Modificaciones al Reglamento de la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados
- Modificaciones al Reglamento de Juicio Político de la Cámara de Senadores
- Autolimitación del Presidente de la Nación en el proceso de designación de candidatos/as a Juez/a de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Modificaciones al proceso de aprobación de los pliegos por el Senado

EMERGENCIA Y ESTADO DE DERECHO EN LA ARGENTINA

La emergencia es y ha sido uno de los elementos fundamentales de la accidentada vida institucional de nuestro país. Así de manera transversal y desde muy larga data, prácticamente todos los institutos de fuente constitucional han sido afectados transversalmente por esta noción. Lo preocupante para el estado de derecho es que cada vez que se invoca el concepto se produce su debilitamiento, en tanto ello importa necesariamente la no aplicación de una parte de la Constitución en aras de hacer frente a una situación absolutamente excepcional y súbita que se interpone a la voluntad de las partes y que obliga a mitigar de manera transitoria el carácter imperativo de las normas de derecho público contenidas en la ley fundamental. La emergencia no puede ser óbice para la supresión de todos los contenidos constitucionales, aún bajo su existencia existen claras restricciones y límites en cuanto a su alcance, tanto de fuente nacional como internacional. No obstante ello, sorprende la recurrencia del fenómeno en la realidad argentina, el que aparece como sustento a todo apartamiento de las reglas contempladas en las normas constitucionales.

Se encontrarían en pugna dos constituciones, una para tiempos normales y la otra para circunstancias excepcionales. Claro que el análisis de nuestra realidad torna dificultosa la posibilidad de determinar cuál de ellas es la que logra mayor vigencia en el tiempo.

A esta situación han contribuido múltiples factores, entre los que queremos destacar los siguientes:

- una cultura, en particular de parte de los gobernantes, muy poco afecta a someterse a los dictados del principio de imperio de la ley;
- el sobredimensionamiento del orden y de la eficacia y la afirmación de que para el logro de los mismos es necesario en ocasiones apartarse de las “formalidades” contempladas en la Constitución y en las leyes;
- la pugna constante entre legitimidad de jure y legitimidad de facto como fuentes para el ejercicio de la autoridad de los gobernantes;
- la falta de efectiva vigencia en el tiempo del principio de separación de poderes en la historia constitucional argentina.

CONSECUENCIAS

- Poco a poco se han ido erosionando muchos de los elementos del Estado de Derecho y han fracasado los controles previstos para evitar este tipo de desviaciones
- Se contribuye al debilitamiento del sistema democrático en su conjunto
- Aumento del descreimiento de los ciudadanos en las bondades de un sistema que proclama la plena vigencia de las nociones de poder limitado y del reconocimiento de los derechos humanos
- La mayoría de las veces la invocación de la emergencia ha significado un disfraz de la razón de estado. Precisamente esta expresión importa una suerte de “talismán” al servicio de todo autócrata para desconocer a sus súbditos cualquier prerrogativa que importe algún límite al ejercicio de sus propias potestades

LA CRISIS DE FINES DE 2001 Y UNA NUEVA “EMERGENCIA”

- Dictado del decreto 1570/2001
- Los argentinos asisten al derrumbe de las referencias jurídicas que habían enmarcado sus relaciones a lo largo de más de una década:
 1. Convertibilidad de la moneda
 2. Intangibilidad de los ahorros
 3. Valor del ahorro
 4. Inviolabilidad de la propiedad (Art. 17 C.N.)
 5. Desbaratamiento de un gran número de otros derechos como consecuencia del quebrantamiento del Art. 17 de la Constitución Nacional

La ciudadanía clama por el fortalecimiento de la República, no por la discontinuidad constitucional. Entre otros temas trascendentales para el Estado de Derecho, se reclama:

- la independencia de la Justicia, la legitimidad de la Corte Suprema
- la puesta en cuestión de la autoridad presidencial
- el fin de la manía “decretista” del Presidente de la Nación y el fortalecimiento paralelo del Congreso
- la efectividad de los controles

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La jurisprudencia de la Suprema Corte venía marcando desde el caso “Peralta” (1991) una tendencia favorable a respaldar al ejercicio de facultades de emergencia por parte de

los poderes políticos, en particular a través del dictado de decretos de necesidad y urgencia y de decretos delegados.

“San Luis c. Estado nacional” marca un claro punto de inflexión.

- Declara la inconstitucionalidad del decreto 214/02 de “pesificación”
- Reprocha al poder Ejecutivo la transformación compulsiva y unilateral de los depósitos en moneda extranjera, más allá de lo que disponía la ley de emergencia pública 25.561
- La decisión es violatoria del principio de razonabilidad modificándose el estándar que posibilitaría en circunstancias de extrema gravedad imponer límites a los derechos de los miembros de la comunidad
- Considerando 23: “la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato (Fallos: 243:467; 323: 1566, entre muchos otros). De ahí que los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares (confr. causa "Smith"); y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia”
- En base a lo anterior se califica a la decisión estatal de confiscatoria y por lo tanto violatoria del Art. 17 de la Constitución Nacional



**¿En qué sentido fue la Deuda Externa el detonante de la Crisis Argentina?
(Ó, el novedoso “Washington Consensus” que detonó la Crisis Argentina)**

*Domingo Felipe Cavallo
Robert Kennedy Visiting Professor in Latin American Studies
Department of Economics, Harvard University*

Los organizadores de esta importante conferencia me han propuesto hablar sobre la Deuda Externa como detonante de la Crisis Argentina. Yo he preferido cambiar ese título por el interrogante que encabeza esta nota. Lo hice porque estoy convencido que para encontrar una solución a los innumerables conflictos judiciales y extrajudiciales que se han derivado de la Crisis Argentina, es importante identificar cuál fue el verdadero detonante de la Crisis. Entonces será factible descubrir que existe un novedoso “Washington Consensus” detrás de las características que la Crisis adquirió entre Diciembre 2001 y Enero de 2002, que hoy está obstaculizando su solución.¹

En mi opinión, si hubo un detonante principal de la Crisis Argentina de diciembre 2001-Enero 2002, éste no fue otro que el apoyo que creyeron recibir desde el exterior los dirigentes de las Provincias y de las empresas privadas fuertemente endeudadas, para conseguir una gran quita de sus deudas. En mi visión, así interpretaron en Argentina, Eduardo Duhalde, Ignacio de Mendiguren, Raúl Alfonsín y Leopoldo Moreau, entre otros, las varias señales que envió Washington durante los meses finales de 2001.

Para explicar esta conclusión, voy a dar las razones por las que descarto a otros posibles detonantes. Pero previamente, creo necesario, describir la Crisis Argentina a la que me refiero, ya que desde 1999 que, en un sentido amplio, vivimos una situación de Crisis. Yo me voy a referir a la Crisis del conjunto de reglas de juego de la economía que rigieron desde el lanzamiento de la convertibilidad el 1 de Abril de 1991 y que fueron drásticamente cambiadas a partir del 6 de Enero de 2002. Quienes hablan de la Inseguridad Jurídica que emergió de la Crisis, no pueden referirse sino a ésta.

¹ En una conferencia que pronuncié recientemente en la Universidad de Harvard, sostuve que el “Washington Consensus” original, nada tuvo que ver con las reformas económicas que Argentina implementó a partir de 1991. Ver: Cavallo, Domingo, “Argentina and the IMF during the two Bush Administrations”, forthcoming.

La larga crisis que comenzó en el segundo semestre de 1998

El conjunto de reglas de juego para la economía que se conformó alrededor de la Ley de Convertibilidad permitió no sólo derrotar a la hiperinflación y erradicar la inflación que había azotado a la economía Argentina durante más de cuatro décadas sino, además, recuperar la inversión, el aumento de la productividad y el crecimiento a un ritmo que sólo se había visto antes en la primera década del siglo XX. También permitió superar en un plazo no mayor a un año, el efecto recesivo de la fuerte salida de capitales que siguió a la Crisis Tequila de la economía Mexicana. El empleo, que había crecido poco hasta 1994 y había descendido durante 1995, aumentó vigorosamente entre ese año y 1998, luego que se flexibilizara la legislación laboral.

A partir de 1999, la economía comenzó a mostrar problemas que en mi opinión tuvieron un triple origen: la restricción del crédito bancario al sector privado que afectó, principalmente, a las pequeñas y medianas empresas; la competencia de las importaciones procedentes de Brasil luego de la devaluación del Real, que también golpeó mucho a empresas agropecuarias y manufactureras productoras de bienes sustitutivos de importaciones; y la depreciación del EURO y otras monedas frente al Dólar, entre 1999 y 2002, lo que determinó una clara sobrevaluación del Peso por estar fijado al Dólar.

La restricción del crédito bancario al sector privado fue la consecuencia de dos fenómenos que produjeron una suerte de “efecto tijera”. Por un lado, el fuerte aumento del gasto de varias Provincias, particularmente la de Buenos Aires, que se financió con endeudamiento bancario. Por el otro lado, la paulatina reducción de fondos del exterior captados por el sistema bancario a partir de la Crisis Rusa de Agosto de 1998. La primera manifestación de la restricción crediticia fue el aumento de la tasa de los préstamos, que las Provincias aceptaron pagar sin mayores quejas, pero que en el caso del sector privado dio lugar a una reducción de la inversión y el capital de trabajo de las empresas pequeñas y medianas, que son las más intensivas en el empleo de mano de obra. De ahí el paulatino aumento de la desocupación desde 1999 en adelante.

La devaluación del Real tuvo un efecto particularmente negativo para la economía Argentina, porque la eliminación de aranceles derivada de la creación del Mercosur había dado lugar a que el comercio con Brasil pasara a ser casi un tercio de todo el comercio exterior de la Argentina.

La sobrevaluación del Peso por la extrema fortaleza del Dólar entre 1999 y 2002 produjo un desaliento generalizado a las exportaciones.

Dentro de las reglas de juego de la Economía Argentina en vigencia desde 1991, para revertir esta crisis recesiva era necesario: reducir el Gasto de las Provincias y detener su endeudamiento bancario; reestablecer restricciones a las importaciones procedentes de Brasil, aunque no mayores a las restricciones ya existentes a las importaciones procedentes de países ajenos al Mercosur; y referenciar el valor del Peso no sólo al Dólar sino también al EURO. Estas medidas no fueron adoptadas en su momento sino hasta bastante más adelante, Abril de 2001, prolongándose, entonces, la recesión.

La Crisis de las reglas de juego de los 90's

Durante los meses de Diciembre de 2001 y Enero de 2002 se produjo la Crisis de las reglas de juego de los 90, simbolizadas en la derogación de la Ley de Convertibilidad y la inmediata Pesificación Forzosa de la economía. Ello significó declarar el default

generalizado de la totalidad de la deuda pública y privada. Los principales efectos de esta Crisis fueron los siguientes:

- Fuerte devaluación nominal del Peso. Pasó de valer 1 Dólar a valer apenas 25 centavos de Dólar, para volver a estabilizarse en alrededor de 33 centavos de Dólar al cabo de un año.

- Impacto inflacionario diferencial y limitado. Los precios de los bienes comercializables internacionalmente se triplicaron, pero la mayoría de los precios de los bienes no comercializables, incluidos los salarios, casi no aumentaron. Como consecuencia de la inflación diferencial los salarios reales cayeron en promedio el 30 %.

- Fuerte caída inicial del Consumo y de la Inversión, lo que determinó una caída adicional del PBI durante 2002, tan grande como la que se había acumulado entre 1998 y 2001.

- Caída de los volúmenes exportados en 2002. No obstante, durante 2003 están aumentando al ritmo promedio de la década del 90.

- Caída del PBI en dólares en más del 60 % como consecuencia de la combinación de la devaluación real y caída del Consumo y de la Inversión.

- Redistribución de riqueza interna del orden de los 30 mil millones de dólares desde los ahorristas con depósitos en el sistema bancario y aportantes al sistema de Fondos de Pensiones hacia los deudores del Sector Privado y los Gobiernos Provinciales. El Gobierno Nacional, lejos de beneficiarse, vio aumentada su deuda por las compensaciones que debió pagar a las Instituciones Financieras por la pesificación asimétrica.

- Redistribución de ingresos anuales del orden del 20 % del PBI desde trabajadores y prestadores de servicios (incluyendo los servicios públicos privatizados) hacia los productores de bienes de exportación no agropecuarios y sustitutivos de importaciones.

- Reestabilización de la economía y recuperación parcial del Consumo y la Inversión durante 2003. A pesar de ello el PBI en dólares en 2003 es aún inferior a la mitad del de 2001.

¿Cuál fue el detonante de esta Crisis?

Se han mencionado varios hechos o secuencia de hechos como detonantes de la Crisis de las reglas de juego de los 90's. Desde el Fondo Monetario se ha argumentado que el detonante principal fue la falta de voluntad del Gobierno Nacional y de los Gobiernos Provinciales para producir la necesaria reducción del Gasto Público y, de esa manera, dejar de buscar financiamiento para el déficit fiscal. Los defensores del "Currency Board" y la Dolarización Forzosa de la economía, en tanto, sostienen que el detonante fue la decisión de no avanzar hacia la Dolarización completa y, en su lugar, haber introducido cambios en la Convertibilidad a través del denominado "Plan de Competitividad". Por su parte, un tercer grupo sostiene que el detonante de la Crisis fue el estancamiento de las exportaciones derivado de la sobrevaluación del Peso, y hay un cuarto grupo que sostiene que el detonante fue la decisión original de De la Rúa de defender la convertibilidad y no haber devaluado antes para permitir el financiamiento

monetario del déficit fiscal. Por último, un quinto grupo sostiene que el detonante fue el no haber impulsado a tiempo una reestructuración “ordenada” de la deuda.

La falta de compromiso de los gobiernos con la reducción del Gasto Público

Michael Mussa, entonces Economista Jefe del FMI, ha sostenido que el detonante de la crisis fue la falta de apoyo del Gobierno al paquete de ajuste fiscal de 2 billones de dólares anuales que había propuesto Ricardo López Murphy en su corto período como Ministro de Economía del Presidente Fernando De la Rúa. En mi opinión, la mejor demostración de que éste no pudo haber sido el detonante de la crisis, es que en las semanas siguientes a la salida de López Murphy del Ministerio de Economía, el Presidente y yo, como nuevo Ministro de Economía, conseguimos apoyo del Congreso para un paquete de ajuste fiscal de 3 billones de dólares. Esta decisión y el lanzamiento del Plan de Competitividad, destinado a mejorar el precio relativo de los bienes comercializables internacionalmente sin abandonar la convertibilidad, permitieron revertir la fuerte salida de depósitos del Sistema Bancario que se había producido en Marzo de 2001.

En el mismo sentido que Mussa, el Director Gerente del FMI, Hörst Köhler, utilizó las críticas de los dirigentes políticos formuladas durante Julio de 2001 al proyecto de ley del Déficit Cero como base para sugerir que el FMI interrumpiría su apoyo a la Argentina y no aprobaría el Programa de Apoyo al Sistema Financiero Argentino que le estábamos solicitando frente a la reiniciación de la salida de depósitos bancarios que se había producido a principios de ese mes. El acuerdo con los Gobernadores que permitió que la Ley del Déficit Cero fuera aprobada por el Congreso Nacional durante el mes de Agosto demostró que existía apoyo político, con lo que el Director Gerente del FMI no pudo seguir sosteniendo ese argumento.

Las estadísticas fiscales desmienten estos argumentos, porque durante el año 2000 el Gasto Primario de la Nación disminuyó 1,5 billones de dólares y durante el año 2001, incluyendo el efecto del recorte del 13 % sobre los salarios del sector público y las jubilaciones superiores a 500 dólares mensuales, disminuyó otros 3,5 billones. Además, las Provincias, que durante 2000 y el primer semestre de 2001 habían mantenido el mismo nivel de gasto primario que en 1999, durante el segundo semestre hicieron ajustes equivalentes a una reducción de 2 billones de dólares año, con lo que hacia 2002, sin ajustes adicionales, el Gasto Público primario consolidado de Nación y Provincias se proyectaba a un nivel inferior al de 1999 en 7 billones de dólares.

Prácticamente, todos los Gobernadores y, demás está decir, el Presidente de la Nación sabían que si se abandonaban las reglas de juego de los 90, la inflación sobreviniente provocaría una reducción del Gasto Público mucho mayor y más costosa que la que estaban decidiendo voluntariamente. Por ello, suponer que se opusieron a llevar a cabo los necesarios recortes de gastos para que detonara la Crisis de las reglas de juego de los 90 es imaginarlos como políticos irracionales. Yo, que he trabajado con todos ellos durante muchos años puedo asegurarles que ninguno es irracional.

La decisión del Gobierno de no provocar la Dolarización Forzosa de la economía y haber lanzado en su lugar el “Plan de Competitividad”

Steve Hanke, el principal impulsor de los “Currency Boards” en el mundo, así como varios miembros de los Institutos Cato y CEMA, sostienen que la Crisis de las reglas de juego de los 90's sobrevino porque yo me opuse a la Dolarización Forzosa de la

Economía y en su lugar lancé el “Plan de Competitividad” que creó dudas sobre el compromiso del Gobierno con la Ley de Convertibilidad.

Mi oposición a la Dolarización Forzosa siempre radicó en mi convicción de que el Dólar , como moneda única, no era apropiada para la economía argentina, pero, durante 2001 me opuse por una razón adicional: si el Gobierno que yo integraba hubiera considerado que la Constitución Nacional le permitía disponer el cambio de la moneda en la que los agentes económicos habían suscripto contratos, obligando a que aquéllos suscriptos en Pesos se cumplieran en Dólares, se hubiera sentado el precedente de considerar constitucional la operación inversa, es decir la Pesificación Forzosa de la economía. La Convertibilidad permitía la “Dolarización”, la “Eurización”, e incluso la “Pesificación” de los contratos, en tanto fuera una decisión voluntaria de la gente. Nunca como algo obligatorio. El texto de la Ley de Convertibilidad es muy claro al establecer la multiplicidad de monedas y nunca creó un “Currency Board” convencional, como lamentablemente muchos economistas interpretaron.

Si el Gobierno de De la Rúa hubiera planteado la Dolarización Forzosa, posiblemente se hubieran acortado los plazos y el verdadero detonante de la Crisis de las reglas de juego de los 90 se hubiera accionado antes, con mejores argumentos políticos y jurídicos que los que se usaron en Enero de 2002. Por lo tanto, la decisión de no avanzar hacia la Dolarización Forzosa no puede ser considerada el detonante de la Crisis.

Tampoco pudo haber sido detonante de la Crisis el lanzamiento del Plan de Competitividad. Este comprendía medidas para realinear los precios relativos en favor de los bienes comercializables, sin alterar las reglas de la convertibilidad. Se utilizaron como instrumentos los impuestos indirectos y subsidios y la eliminación de regulaciones desalentadoras de la inversión y la productividad. Mal podía esta decisión detonar la Crisis de las reglas de juego de los 90, cuando se trataba precisamente de un intento de resolver el problema reconocido por todos –esto es, un desajuste en los precios relativos en contra de los bienes comercializables internacionalmente, también denominado desalineamiento del tipo de cambio real- pero, en este caso, sin modificar el tipo de cambio nominal de todos los contratos vigentes. A todo evento, lo que estaba poniendo en duda al sistema de cambio fijo entre el Peso y el Dólar era la existencia misma del desajuste en el tipo de cambio real, pero no los intentos que se hicieron para revertir ese desajuste.

El estancamiento de las exportaciones

Muchos de los artículos técnicos que se han escrito sobre la Crisis Argentina, particularmente en el exterior, hablan del estancamiento de las exportaciones originado en la sobrevaluación del Peso como detonante de la crisis. Esta es la interpretación de libro de texto frente a planes de estabilización basados en la fijación del tipo de cambio. Interpreto que quienes escriben sobre Argentina en el sentido comentado, tal vez no han revisado la totalidad de los datos de la realidad a su disposición. Este error es tan común, que fue cometido por el mismo Secretario del Tesoro Americano Paul O'Neill cuando en Julio de 2001 le dijo al semanario “The Economist”²: *“Los argentinos han*

² Ver The Economist. Julio 19, 2001. Ver también, Economist.com, http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=701377.

“Argentines have been off and on in trouble for 70 years or more. They don't have any export industry to speak of at all. And they like it that way. Nobody forced them to be what they are”

estado en problemas por más de 70 años. Argentina no tiene industria de exportación de la que se pueda hablar. Los argentinos son así, les gusta ser así, nadie los ha forzado a ser así”

Luego de que hiciera esas declaraciones, yo le explique que no estaba bien informado y que durante los noventa, Argentina había tenido la misma performance exportadora que Chile y casi dos veces superior a la de Brasil, país con el que nos había comparado desfavorablemente. Luego de esta gaffe, O’Neill decidió solicitar al FMI que nos diera 8 mil millones de dólares para apoyar una reestructuración ordenada de nuestra deuda pública, con el objetivo de reducir la carga de intereses. De esta forma, a fines de Agosto fue aprobado el último apoyo monetario del FMI. El desembolso de 5 mil millones de dólares, permitió reforzar las reservas del Sistema Financiero y parar el retiro de depósitos que se había producido durante Julio y Agosto, mientras existía incertidumbre sobre el apoyo del FMI a la estrategia del Déficit Cero.

La decisión de De la Rúa de defender la Convertibilidad en lugar de devaluar y permitir el financiamiento monetario del Déficit Fiscal

Este es el detonante de la Crisis según la interpretación de Joseph Stiglitz y quienes sostienen que el problema de Argentina lejos de haber sido el exceso de Gasto Público y endeudamiento, fue el no haber aplicado medidas Keynesianas de reactivación económica cuando en 1999 estaba claro que el País había entrado en una recesión. Es mi visión, que si el Gobierno de De la Rúa en lugar de continuar con la convertibilidad hubiera hecho esto, la Crisis de las reglas de los 90’s se hubiera producido dos años antes, con grave riesgo de terminar en un proceso hiperinflacionario , porque la devaluación sin disciplina fiscal y con fuerte emisión monetaria, hubiera determinado una devaluación tan fuerte, que los deudores en dólares hubieran presionado o bien por la Pesificación de sus deudas o por algún tipo de subsidio que les evitara la bancarrota. Sobre esto había tanta experiencia acumulada en las décadas anteriores a la del 90, que a ningún economista ni dirigente argentino se le ocurrió proponer esta alternativa.

La falta de decisión sobre una reestructuración ordenada de la Deuda Pública

Este es el argumento que han formulado, entre otros, Allan Meltzer y Charles Calomiris³. Sin embargo, la propuesta de estos economistas del mes de abril de 2001

Ver también, entrevista con la CNN Agosto 17, 2001, citado diversos medios periodísticos. Ver La Nación, Agosto 8, 2001, pp. 7. Economía. www.lanacion.com.ar/01/08/18/de_328554.asp. También: www.bradynet.com/bbs/argentina/100081-0.html

“And Argentina is now, after a 41 billion intervention, in a very slippery position. We’re working to find a way to create a sustainable Argentina, not just one that continues to consume the money of the plumbers and carpenters in the United States who make \$50,000 a year and wonder what in the world we’re doing with their money”.

³ Estos autores sostenían que podía haber “default sin disrupción” (“*default without disruption*”), y proponían un préstamo respaldado por el FMI con el cual se podría adquirir la totalidad de la deuda del gobierno en crisis con el sector privado a un precio significativamente inferior que el valor esperado vía reestructuración.

Ver: Lerrick, Adam and Allan H. Meltzer. “Beyond IMF bailouts: default without disruption.” Carnegie Mellon Gailliot Center for Public Affairs, Quarterly International Economics Report, May 2001, pp. 1.

“an IMF-backed facility that stands ready to buy all debt of a crisis government to the private sector at a support price significantly below its expected restructured value”

resultaba de ejecución imposible. Ello era así, porque el FMI nunca estuvo dispuesto a actuar como prestamista de última instancia, siendo ése el rol que le asignaba la propuesta comentada. Cuando decidimos impulsar la reestructuración ordenada de la deuda, después de que el FMI comprometiera su apoyo a través del programa aprobado en Agosto de 2001, se puso en marcha el verdadero detonante de la Crisis de las reglas de juego de los 90, como lo explico más adelante.

Esto ocurrió a pesar de que el 30 de noviembre de 2001 se había logrado cerrar exitosamente la primera etapa de la reestructuración por 55 billones de dólares de capital (casi el 60 % de la deuda reestructurable). En efecto, esta reestructuración implicaba la transformación voluntaria de los viejos bonos y préstamos a tasas de interés que en algunos casos superaban el 20 % anual, a préstamos garantizados por recaudación impositiva, con una tasa máxima del 7 % anual y tres años adicionales para la amortización del capital. Esta transformación significaba devengar una reducción de 4 billones de dólares anuales de intereses sobre una factura que en 2001 había ascendido a 14 billones de dólares.

La segunda etapa debía generar 3 billones adicionales de reducción de la factura de intereses, de manera tal que durante 2002, el Gasto Público en Intereses sería de 7 billones en lugar de los 14 billones de 2001. La reducción de 7 billones de Dólares que ya se había producido en el Gasto Público Primario de la Nación y las Provincias, sumada a esta reducción de 7 billones de Dólares en los intereses, reaseguraban que el Déficit sería Cero en 2002. No obstante ello, el verdadero detonante de la Crisis de las reglas de juego de la Década de los 90 no se detuvo, sino que, por el contrario, se aceleró. Por lo tanto, mal puede sostenerse que el detonante de la Crisis fue la ausencia de decisión de reestructurar la deuda en forma ordenada.

El verdadero detonante de la Crisis: la percepción por importantes dirigentes de que existía apoyo externo para “licuar” todos los pasivos, incluidos los privados

Hacia fines de Noviembre de 2001 estaba claro que el Gobierno Nacional y los Gobiernos provinciales habían decidido impulsar una fuerte reducción del Gasto Público Primario, de tal forma que en 2002 éste se ubicaría 7 billones de dólares por debajo del nivel de 1999. Además, el Gobierno no había obstaculizado la Dolarización de la economía que se producía por decisión voluntaria de la gente y había conseguido que funcionaran los incentivos a las exportaciones y la protección a las importaciones en competencia con Brasil sin alterar el tipo de cambio nominal ni generar déficit fiscal adicional.⁴ Las exportaciones seguían en expansión y las importaciones habían caído lo suficiente para equilibrar la cuenta corriente de la Balanza de Pagos. Ningún dirigente político ni economista importante de los partidos políticos proponía aumentar el Déficit y abandonar la convertibilidad para financiarlo monetariamente. Adicionalmente, el 1 de Noviembre se había lanzado el proceso ordenado de reestructuración de la Deuda Pública que comenzaba a recibir apoyos importantes por parte del sistema bancario argentino y de los Fondos de Pensiones, a la sazón, fuertes tenedores de deuda nacional y provincial.

¿Pero, qué señales llegaban del exterior? La demora del Director Gerente del FMI en enviar la misión evaluadora de las metas del programa de Agosto, en el tercer trimestre

⁴ Brasil había aceptado que el arancel a las importaciones que emergía del denominado “Factor de Convergencia” entre el Dólar y el promedio del Dólar y el Euro, se aplicara también a las importaciones procedentes del Mercosur y, además, había aceptado negociar salvaguardas sectoriales.

de 2001; la ausencia de apoyo público del FMI al programa de reestructuración ordenada de la Deuda Pública anunciada por el Gobierno el 1 de Noviembre; los comentarios informales sobre inequidad en el tratamiento de los acreedores internos y externos que surgían del FMI; la discusión pública de un futuro Sistema de Reestructuración de Deudas Soberanas (SDRM) que preveía la introducción de controles de cambio durante el proceso; la publicación de opiniones de ex- funcionarios del FMI y del BID en el sentido de que Argentina tendría que abandonar la Convertibilidad y “Pesificar”.

Todas estas señales, además de asustar a los depositantes del sistema bancario y provocar una corrida, eran interpretadas por las empresas y gobiernos provinciales fuertemente endeudados como un reconocimiento de “Washington” de que el problema de la deuda Argentina sólo se resolvería con fuertes “quitas” que los acreedores internos y externos deberían otorgar. Por si esos dirigentes tenían dudas, Allan Meltzer se manifestaba en el sentido comentado en reportajes a medios de comunicación argentinos⁵ y hasta viajó a Buenos Aires donde afirmó ante senadores nacionales, que el programa de reestructuración de la deuda del Gobierno no conseguía una quita suficiente, y que lo que se imponía era declarar el default generalizado.

Es mi entendimiento, que en ese contexto, Eduardo Duhalde e Ignacio de Mendiguren llegaron a la conclusión que el Golpe Institucional que en realidad habría estado impulsando el propio partido del Presidente De la Rúa para terminar con el “Neoliberalismo de los 90s” era la oportunidad para implementar la “licuación de todos los pasivos”, internos y externos, públicos y privados. Ello se podría implementar a través de la estrategia que parecía sugerir el novedoso “Washington Consensus”: La Pesificación y la Devaluación del Peso. La reciente discusión en Argentina sobre el “éxito” de la Devaluación, arroja nueva luz sobre el verdadero detonante de la Crisis de las reglas de juego de los 90’s.

Declaraciones recientes del Ministro de Economía y sus dos predecesores

Ignacio de Mendiguren y Jorge Remes Lenicov, los ministros que diseñaron las medidas de enero de 2002 acaban de declarar:

“De no devaluar, el país hubiera sufrido un golpe de derecha para dolarizar la economía”⁶

“Lo realizado en esos meses del 2002 y lo que continuó desarrollando Lavagna ha permitido que la Argentina dejara de caer, que no hayamos ido a la hiperinflación y que contuviéramos la explosión social”⁷

El día anterior el Ministro Roberto Lavagna había declarado:

“A casi dos años del colapso de 2001, la Argentina se convirtió a nivel internacional en el caso más exitoso de devaluación del mundo”⁸

⁵ Ver: Revista 3 Puntos. Año 4 N. 231. Entrevista con Allan Meltzer conducida por Pablo Rosendo González. www.3puntos.com/seccion.php3?numero=231&seccion=protagonista.

⁶ www.lanación.com.ar, Viernes 28 de Noviembre de 2003

⁷ www.lanación.com.ar, Viernes 28 de Noviembre de 2003

⁸ www.lanación.com.ar, Jueves 27 de Noviembre de 2003

¿Fue realmente exitosa la devaluación?

Enlazando las tres declaraciones, queda claro que quienes ponderan la devaluación y sus resultados, consideran que las dos fuertes redistribuciones que se produjeron (de riqueza y de ingresos) eran necesarias⁹ y que el éxito radica en que no se haya producido hiperinflación. Los costos en términos de caída adicional del PBI y reducción a la mitad del PBI en dólares son desestimados con el argumento de que eventualmente la economía dejó de caer y se contuvo la explosión social.

En mi opinión, la devaluación resultó sumamente negativa porque provocó esas redistribuciones de riqueza y de ingresos, que no sólo eran innecesarias, sino, además, injustas e ineficientes. Como consecuencia de la devaluación, la pesificación y la reprogramación forzosa de depósitos, se ha originado un enorme pasivo contingente consistente en cientos de miles de juicios contra el Estado Argentino derivados de los innumerables incumplimientos de contratos y alteraciones inconstitucionales del marco legal, los cuales aún siguen pendientes de solución. A mi juicio, la única razón por la que se ha evitado la hiperinflación, radica, justamente, en que se hayan venido dilatando las sentencias definitivas sobre estos reclamos. Empero la puja distributiva y el consecuente descontrol fiscal y monetario están latentes.

Por otra parte, la economía dejó de caer por el sólo hecho de que el recorte adicional del Consumo y la Inversión que la devaluación produjo eran absolutamente innecesarios. La caída que se había producido entre 1998 y 2001 había sido suficiente para balancear la cuenta corriente de la Balanza de Pagos. La caída adicional durante 2002 determinó un superávit en la cuenta corriente que no fue otra cosa que una enorme salida de capitales desde el País hacia el exterior.

Era natural que esa fuga se detuviera y comenzara a revertirse a partir de que los tenedores de dólares comenzaran a encontrar que el valor de los activos y de los bienes y servicios en la Argentina habían caído a menos de un tercio, pero ello no puede tomarse como indicador de la solución del problema, sino, simplemente, de que la inversión neta ya se había tornado negativa. El nivel de la inversión cayó tanto, que aún con la recuperación observada en 2003, este guarismo queda sólo a la mitad de los niveles que alcanzó durante los 90. Con los actuales niveles de inversión, que aun no alcanzan a compensar la depreciación del capital, la capacidad productiva de la economía seguirá cayendo.

Existe la impresión de que la denominada explosión social (caracterizada por los cacerolazos y demás manifestaciones de fines de diciembre de 2001) se habría contenido por la simple razón de que los que la habían promovido tomaron el poder y, si se me permite el término, “premiaron” a los dirigentes que la habían organizado dándoles el poder de distribuir cientos de miles de planes Jefes y Jefas de Hogar de 150 pesos mensuales. Pero, es de suponer que la angustia social lejos de desaparecer debe ser mayor ahora que en 2001, dado que los salarios reales disminuyeron drásticamente y la desocupación aumentó. ¿Cómo es posible, entonces, que se hayan escuchado tantas críticas a la reducción del 13 % de los salarios nominales de los empleados públicos que ganaban más de 500 pesos por mes y que, aparentemente, no haya críticas a la reducción del 30 % de todos los salarios reales de la economía?

⁹ Daría la impresión de que para De Mendiguren el “golpe de derecha para dolarizar la economía” hubiera resultado negativo al pretender evitar esas redistribuciones.

Desde mi punto de vista, resulta evidente que la explosión social está latente y puede recrudecer en cualquier momento.

Para que Argentina pueda retomar una senda de crecimiento sostenido, será necesario deshacer la mayor parte de los efectos de la devaluación de 2002 y recrear el clima de seguridad jurídica para que el ahorro argentino y, quizás después de algún tiempo, el ahorro extranjero, vuelvan a estar disponibles para financiar altos niveles de inversión en la Argentina.

Cómo reestablecer un clima de seguridad jurídica para las inversiones

Quienes han invertido sus ahorros en la Argentina- sean nacionales o extranjeros- sienten inseguridad jurídica como consecuencia de la afectación a sus derechos de propiedad que resultaron de la Pesificación y la Devaluación. De ahí los innumerables conflictos judiciales y extrajudiciales que siguen sin solución. Mientras mas desvalorizado se mantenga el Peso en términos reales, mas difícil será encontrar solución a esos conflictos.

Afortunadamente el mercado hace un año que tiende a reducir la fuerte desvalorización inicial. Esa tendencia se acentuaría si el gobierno eliminara las retenciones a las exportaciones y dejara flotar libremente a la moneda nacional en competencia con cualquier otra moneda convertible que los particulares convengan utilizar en sus contratos financieros. Para que el Peso pueda competir en igualdad de condiciones, debería permitirse la indexación por un índice de precios de los contratos en Pesos a mediano y largo plazo.

Si ello ocurriera, probablemente el Peso avanzaría rápidamente de su valor actual de aproximadamente 0.50 centavos de dólar en términos reales (comparado con el 1 dólar de la convertibilidad) hacia un valor cercano a 0.80 centavos de dólar, para converger, en un plazo mas largo a valores parecidos a los de la convertibilidad. Abona esta predicción el fuerte debilitamiento que el Dólar ha experimentado frente al EURO y las demás monedas a lo largo de 2002 y 2003.

Con esta evolución del valor real del Peso, no resultara demasiado difícil encontrar soluciones equitativas a la mayor parte de los conflictos judiciales y las deudas publicas y privadas podrán quedar reestructuradas de manera que los deudores argentinos puedan afrontarlas y los acreedores argentinos y extranjeros consideren razonable la solución lograda. A su vez, quienes invirtieron en los sectores de infraestructura y servicios públicos, podrán recuperar la rentabilidad y el valor de sus inversiones.

¿Cual es el obstáculo principal a la implementación practica de esta solución? Sin duda el principal obstáculo es el poder de las fuerzas internas y externas que a fines de 2001 convergieron para detonar la Crisis de las reglas de juego de los 90's y producir una fuerte licuación de todos los pasivos de la economía.

La forma de reducir ese poder es que los trabajadores, los jubilados y la población Argentina en general tomen conciencia que detrás de la predica por el "dólar alto" esta el interés de mantener bajo el valor real del Peso, que no significa otra cosa que mantener bajos los ingresos reales de la gente y el valor real de sus ahorros. La reacción de la Opinión Publica y del mismo Gobierno del Presidente Kirchner a las declaraciones sobre el supuesto éxito de la Devaluación, sugiere que la gente esta tomando conciencia de este fenómeno.

Complementariamente, para que Washington no vuelva a confundir con sus mensajes a los dirigentes Argentinos, las deudas con los organismos multilaterales de crédito deberían pesificarse de la misma manera que se pesificaron las deudas bajo ley Argentina. En ese caso, no existe ninguna duda que esos organismos apoyaran la revalorización del Peso. Al fin y al cabo, el último acuerdo entre Argentina y el FMI ha quedado claro que lo único que les interesa es cobrar sus acreencias sin quita, a pesar de que a fines de 2001 enviaron la señal de que el problema Argentino solo se resolvería imponiendo fuertes quitas a los demás acreedores internos y externos.

Preguntas y Respuestas

Antes de terminar esta conferencia quisiera responder varias preguntas que me han formulado en las últimas semanas, luego de escuchar mi interpretación de los hechos de Diciembre de 2001- Enero de 2002

¿No era, acaso, imprescindible devaluar el Peso para comenzar a resolver las crisis financiera y de la deuda que ya se habían desatado a fines de 2001?

Todo lo contrario. La devaluación del Peso agravó la crisis financiera y de la deuda a punto tal que a dos años del inicio de la crisis no se vislumbran signos de solución.

La solución a la crisis financiera y de la deuda estaba encaminándose a través de una reestructuración que había comenzado el 1 de noviembre de 2001. El Objetivo de la reestructuración era bajar la factura anual de intereses del Sector Público (Gobierno Nacional y Provincias) de los 14 mil millones de dólares pagados durante 2001 a 7 mil millones de dólares anuales a pagar desde 2002 en adelante, además de postergar por tres años todos los vencimientos de capital.

El 15 de diciembre de 2001 se cerró la primera etapa de la reestructuración con un éxito rotundo: se presentaron voluntariamente para canjear sus bonos y préstamos viejos por Préstamos Garantizados al 7 % anual de interés, acreedores internos y algunos del exterior por 55 mil millones de dólares de capital. Esto significaba una primera reducción de la factura anual de intereses de 4 mil millones de dólares, con lo que en la segunda etapa de la reestructuración sólo sería necesario conseguir una reducción del orden de los 3 mil millones anuales sobre 45 mil millones de dólares de capital de los restantes bonos viejos, en circulación en los mercados del exterior.

Además, estaba planeado lanzar la oferta pública de este segundo canje, aprovechando el poder de voto acumulado en la primera etapa de la reestructuración para imponer cláusulas contractuales desalentadoras de la no participación (exit consent clauses), para mediados de enero de 2002 de tal forma de concluir con la reestructuración el 15 de febrero. Para entonces podrían levantarse los controles de cambio impuestos el 1 de diciembre (corralito) y normalizar el funcionamiento del sistema financiero.

En tanto, para recomponer la liquidez del sistema bancario se pensaba utilizar los desembolsos pendientes de los préstamos del FMI (1,3 billones que no habían sido desembolsados en Noviembre del 2001 más los 3 billones comprometidos en Agosto de 2001 para apoyar la reestructuración ordenada de la deuda).

Con la deuda reestructurada y el déficit cero reasegurado gracias a las reducciones de gasto primario que ya se habían producido en el segundo semestre de 2001 más la reducción de 7 mil millones de dólares de la factura de intereses, las expectativas de los tenedores de los nuevos bonos y de los ahorristas en general hubieran mejorado y los ahorros hubieran comenzado a volver al sistema financiero. Esto debería haber permitido la recuperación del crédito al sector privado que se había estado contrayendo desde 1998 y había contribuido a la persistente recesión.

¿La suspensión de pagos de la deuda externa dispuesta por Rodríguez Saa, no había interrumpido ya ese proceso?

El anuncio de la suspensión de pagos de intereses sobre la deuda externa que hizo el Presidente Rodolfo Rodríguez Saa en su primer discurso, no significaba interrumpir este proceso de reestructuración ordenada, porque la deuda ya reestructurada no era afectada por la suspensión. Además, si el 15 de enero se hubiera hecho la oferta pública del segundo canje, los acreedores del exterior hubieran participado como forma de asegurarse la continuidad del pago de intereses (naturalmente más reducidos que los anteriores).

Pero la devaluación y la pesificación desarticulaban todo el proceso de reestructuración ordenada de la deuda. En primer lugar, porque la combinación de esas dos medidas, más la decisión de bajar unilateralmente los intereses significaron el default de la deuda que acababa de transformarse en Préstamo Garantizado. En segundo lugar, porque quedó en claro que el Gobierno no tenía planeado reasumir tempranamente el pago de intereses, ni siquiera los de la deuda que acababa de ser reestructurada con garantía de impuestos.

Claramente, el default de toda la deuda pública acentuó la crisis de las instituciones financieras que además se vieron sometidas a innumerable cantidad de juicios iniciados por los depositantes afectados por la pesificación y la reestructuración compulsiva de depósitos.

¿La devaluación no era, acaso, inevitable ante la desesperación de la gente para canjear sus pesos por dólares?

No, porque el 1 de diciembre, junto con la creación del corralito, se había facilitado al máximo la transformación de pesos a dólares de los depósitos bancarios y las reservas alcanzaban exactamente para canjear todos los pesos en circulación por dólares billete. Por consiguiente, si la gente decidía dolarizarse totalmente, ello era posible. No porque se produjera un “golpe de derecha”, sino porque lo decidían los dueños de los pesos haciendo valer sus derechos.

¿Pero como harían las provincias y el Gobierno Nacional para afrontar con dólares los gastos mensuales si la recaudación impositiva no alcanzaba?

Para cubrir los posibles déficits remanentes se había comenzado a emitir LECOPs (que iban a reemplazar a todos los demás cuasidineros provinciales). Las LECOPs nacían como un nuevo dinero inconvertible y, por consiguiente, sin valor asegurado frente al Peso y al Dólar. Por supuesto que en la medida que la emisión de LECOPs fuera elevada, su valor se deterioraría, pero esa devaluación no sería violatoria de la ley de convertibilidad y sólo afectaría a los perceptores de ingresos del sector público, dando lugar a la caída de sus salarios reales. En el caso del sector privado se podría haber dispuesto que los trabajadores y empleadores negocien la proporción de los sueldos a ser pagados en dólares y en LECOPs, dando más flexibilidad a los salarios privados,

pero sin imponer un deterioro generalizado como el que provocó la devaluación del Peso.

En la práctica, el Peso hubiera tendido a ser reemplazado totalmente por el Dólar y el sistema bimonetario hubiera continuado con el Dólar y las LECOPs inconvertibles y con valor flotante.

Esta solución se asemeja a la que planteó Rodríguez Saa cuando anunció el "Argentino" que no era otra cosa que un nuevo nombre para las LECOPs. Él habló de emitir, a lo largo del 2002, 10 mil millones de Argentinos, absorbiendo los aproximadamente 3 mil millones de LECOPs y cuasidinerros provinciales que ya estaban circulando. Seguramente el Argentino se hubiera devaluado frente al Dólar, pero, seguramente, muchísimo menos que lo que se devaluó el Peso como consecuencia de la Pesificación forzosa de la economía. Además, en la medida que la conclusión de la reestructuración de la deuda permitía reducir a la mitad la factura de intereses, el déficit tendería a cero y no sería necesario seguir emitiendo Argentinos.

Es mi impresión, que cuando quienes promovían la Pesificación y la Devaluación notaron que Rodríguez Saa estaba eligiendo otro camino, decidieron reemplazarlo con los mismos métodos que habían utilizado para desplazar a De la Rúa.

Estoy convencido, que la Pesificación y la Devaluación, no sólo no fueron decisiones impuestas por las circunstancias, sino que por el contrario fueron el objetivo del Golpe Institucional que comenzó el 19 de Diciembre y recién culminó el 30 de ese mes con la renuncia de Rodríguez Saa, cuando sólo habían transcurrido 10 días desde la renuncia de De la Rúa.

También creo que la Pesificación y la Devaluación se decidieron con la mira puesta en la enorme redistribución de riqueza e ingresos en beneficio de empresas y provincias fuertemente endeudadas, no obstante, el fuerte perjuicio que produciría a ahorristas y trabajadores. Las crisis financiera y de la deuda, no podían sino agravarse como consecuencia de estas medidas. De ahí el tremendo costo en términos de caída del PBI y aumento de la desocupación y de la pobreza.

¿En última instancia, la devaluación no era, acaso, necesaria para que aumentaran las exportaciones y pudieran reactivarse las actividades productoras de sustitutos de importaciones?

No. Las exportaciones habían estado creciendo a lo largo de la década del 90 por aumento de la productividad derivado del aumento de las inversiones. La devaluación no está generando mayor expansión, dado que en la actualidad se invierte mucho menos. El aumento del valor exportado se explica más que nada por aumento de los precios, en tanto que los volúmenes se están comportando como en la década anterior. Las retenciones a las exportaciones, por otra parte, tendrán un efecto cada vez más negativo sobre la inversión en sectores de exportación tradicional.

Con respecto a la producción de bienes comercializables en general y de los sustitutos de importación en particular, la combinación del factor de convergencia con los planes de competitividad y la depreciación del Dólar frente al Euro que sobrevendría en 2002 y 2003 hubiera actuado como un factor natural de protección. Sin perjuicio de ello hubiera sido igualmente necesario insistir en un sistema de salvaguardas para evitar la competencia exagerada originada en el libre comercio con Brasil combinada con la

elevada desvalorización de su moneda. Estos son mecanismos más genuinos y permanentes de aumento de competitividad que una devaluación, que por más fuerte que sea, siempre tiene carácter transitorio.

La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados

BERNARDO M. CREMADES* Y DAVID J. A. CAIRNS**

RESUMEN

Introducción:

Parte I: Reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato:

- 1. La distinción entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato.**
- 2. El riesgo de duplicación de procedimientos.**
- 3. La confusión entre reclamaciones derivadas de un tratado y de un contrato.**

Parte II: El contenido de los derechos derivados de un tratado:

- 1. El concepto de inversión.**
- 2. El contenido de los derechos derivados de un tratado.**

Parte III: Elección de foro: cláusulas de resolución de controversia TBI:

- 1. Consulta y negociación.**
- 2. El período de espera.**
- 3. La elección de foro.**
- 4. La elección de institución o de reglas de arbitraje.**

Conclusión.

*SOCIO B. CREMADES Y ASOCIADOS, MADRID; Presidente de la Corte Española de Arbitraje; Presidente del Centro Global de Investigación en la Resolución de Controversias de Nueva York; miembro del Instituto Mundial de Negocios de la Cámara Internacional de Comercio; miembro del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA); (e-mail: b.cremades@bcremades.com). El doctor Cremades ha actuado en calidad de árbitro, consejero o asesor en numerosos arbitrajes con arreglo a tratados bilaterales de inversión, incluyendo su actuación como Presidente en *Lanco c. La República de Argentina* y consejero del demandante en el arbitraje *Vivendi Universal c. La República de Argentina*.

**B. CREMADES Y ASOCIADOS, MADRID; LLB (con honores); LL.M. (Toronto); Ph.D. (Cambridge); Solicitor (Inglaterra & Gales, y Nueva Zelanda); Miembro del Colegio de Abogados de Madrid; (e-mail: d.cairns@bcremades.com)

INTRODUCCIÓN

La economía global actual es producto tanto de los avances tecnológicos como de la liberalización del comercio mundial. Los fundamentos filosóficos de la globalización han sido la libertad de comercio, la libertad de inversión de capital y la libertad de establecimiento de empresas en países extranjeros.

La esencia de la economía global está constituida por la inversión exterior directa. La globalización ha presenciado un aumento sin precedentes en los flujos de inversión exterior directa y ha estimulado asimismo el desarrollo de mecanismos legales al objeto de proporcionar seguridad jurídica a la inversión exterior directa y sobre todo a los tratados de inversión. Se ha creado una red de más de dos mil tratado Bilaterales de Inversión (o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones) para la definición y protección de los derechos de los inversores extranjeros, complementada por algunos ambiciosos documentos multilaterales, tales como TLCAN y el Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty).¹ Los países latinoamericanos han contribuido al desarrollo de este nuevo concepto de seguridad jurídica. Concretamente, Argentina ha suscrito más de 50 TBIs, entre otros países con España, Francia, Italia, Reino Unido y los Estados Unidos.

Un Tratado Bilateral de Inversión (“**TBI**”) es un tratado entre dos Estados que establece un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión entre la dos naciones. Crea derechos para los inversores de ambos Estados, esto es, **derechos derivados de un tratado**, mientras que las actuaciones legales procedentes de estos derechos pueden ser llamadas **reclamaciones derivadas de un tratado**. Las partes intervinientes en una reclamación derivada de un tratado son un inversor de un Estado Parte (conocido como el **Estado Nacional** del inversor) y el Estado en donde se llevó a cabo la inversión concreta (conocido como el **Estado Receptor** de la inversión).

La inversión extranjera implica también normalmente contratos entre el inversor y entidades del Estado Receptor. Estos contratos podrán revestir la forma de un contrato de concesión con el propio Estado, o con una unidad territorial de dicho Estado, o podrían implicar contratos con varias agencias estatales. Dichos contratos crearán asimismo derechos (y obligaciones) para los inversores, que podrán ser llamados **derechos derivados de un contrato o derechos contractuales** (que dan origen a actuaciones legales denominadas **reclamaciones derivadas de un contrato o contractuales**). La distinción entre derechos derivados de un tratado y derechos contractuales resulta fundamental para poder comprender los recientes acontecimientos en los arbitrajes inversor-Estado y el moderno régimen de protección a la inversión. Desde un punto de vista conceptual, se trata de algo relativamente sencillo, pero en controversias complejas, resultantes de una inversión exterior de importancia, el mantener la distinción entre estas dos fuentes de derecho puede resultar problemático.

La jurisdicción final para la resolución de una controversia de inversión depende de una serie de elecciones efectuadas por el inversor extranjero. La primera decisión a tomar es la elección para tratar de obtener compensación legal. En algunas controversias de inversión, la búsqueda de compensación legal podría no ser conveniente (o bien no conveniente de manera inmediata) mientras que el inversor

¹ Sobre la globalización, el crecimiento del arbitraje de inversión y algunas de las tensiones que ha aparecido en consecuencia, ver BERNARDO M. CREMADES Y DAVID J. A. CAIRNS, *El Arbitraje en la Encrucijada entre la Globalización y sus Detractores* (2002) 17 *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 15-61; *Diario La Ley*, número 5538, martes, 7 de mayo de 2002.

trata de resolver la controversia mediante negociación directa o gestiones de tipo político o diplomático. Una vez que el inversor ha tomado la decisión de tratar de conseguir la ejecución de sus derechos legales, la próxima cuestión consiste en ¿qué derechos deberían ser ejecutados? Si existe un TBI entre el Estado nacional del inversor y el Estado Receptor, el inversor podrá tratar de aplicar entonces los derechos derivados del tratado. Un contrato de concesión creará derechos contractuales. Podría haber también otros derechos creados por la legislación nacional. Esta “selección de derechos” constituye una decisión crucial para un inversor en una controversia de inversión exterior.

Si el inversor decide ejercitar los derechos derivados del tratado, se enfrenta entonces a ulteriores elecciones importantes. En primer lugar, deberá seleccionar entre los diversos derechos otorgados a los inversores por los TBIs aquellos derechos que respaldan su derecho de reparación respecto al Estado Receptor en el contexto de los hechos de la controversia en concreto. En segundo lugar, los TBIs tienen cláusulas detalladas de resolución de controversias que prevén un proceso de resolución de las mismas que requiere una elección de jurisdicción por parte del inversor.

El presente documento consta de tres partes. La primera parte examina la elección de derechos y en particular la diferencia entre derechos derivados de un tratado y derechos contractuales. La segunda parte considera el contenido de los derechos que normalmente aparecen en un TBI. La Parte III examina la elección de jurisdicción en el caso de reclamaciones derivadas de un tratado y considera la estructura de una cláusula típica de resolución de controversias en un TBI. A los efectos del presente artículo, nos referiremos a determinados TBIs e importantes laudos arbitrales relacionados con Argentina.

PARTE I: RECLAMACIONES DERIVADAS DE UN TRATADO Y RECLAMACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO

La selección de derechos por parte del inversor determinará el curso de la controversia relativa a la inversión. ¿Necesita el inversor elegir entre los derechos derivados de un tratado y los derechos contractuales o podrá el inversor ejercitar ambos tipos de derechos simultáneamente ante el mismo foro o ante jurisdicciones separadas?. La importancia estratégica de esta decisión no debe exagerarse. La decisión requiere una clara comprensión de la distinción y las diferencias entre reclamaciones derivadas de un tratado y contractuales.

(1) La distinción entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato:

Hay cinco criterios que sirven para distinguir una reclamación derivada de un tratado basada en derechos contenidos en ese tratado de una reclamación contractual surgida en el contexto de la misma controversia. El primero de estos criterios es el único criterio que siempre sirve para distinguir una reclamación derivada de un tratado de una reclamación derivada de un contrato. Los otros cuatro criterios también distinguirán una reclamación derivada de un tratado de una reclamación contractual, pero con la posibilidad de solapamiento en casos concretos:

(a) La fuente del derecho: La distinción más fundamental entre una reclamación derivada de un tratado y una reclamación contractual consiste en la fuente del derecho en que se basa la reclamación. La base (o “causa de acción”) de una reclamación derivada de un tratado es un derecho establecido

y definido en un tratado de inversión, mientras que la base de una reclamación contractual es algún derecho creado y definido en un contrato.

La fuente del derecho es el único rasgo distintivo de una reclamación derivada de un tratado sin ningún solapamiento posible con una reclamación contractual. Un derecho derivado de un tratado nunca podrá surgir de un contrato.²

(b) El contenido del derecho: El contenido de los derechos de un tratado y de los derechos de un contrato es en general completamente distinto. Los derechos que normalmente se establecen en un TBI son de *naturaleza genérica y están definidos por el derecho internacional* (es decir, el derecho de trato nacional, trato de nación más favorecida, trato no discriminatorio, trato justo y equitativo e indemnización en caso de expropiación, tal como se debate en la Parte II más abajo). En contraste, los derechos contractuales son, en general, *específicos para cada inversión concreta y están definidos por la ley nacional del Estado Receptor*.

No obstante, es posible que el contenido de los derechos de un tratado y de los derechos contractuales se solape. Por ejemplo, un inversor que disfrute de un derecho a indemnización por expropiación con arreglo a un TBI, podrá negociar un contrato de concesión con el Estado Receptor y obtener el mismo derecho. En caso de que la inversión fuera expropiada, el inversor tendría la posibilidad de plantear su reclamación en base al tratado y en base al contrato por infracción de *dos derechos idénticos*. En un caso así, las reclamaciones derivadas de un tratado y las reclamaciones contractuales todavía podrán distinguirse utilizando el criterio de las fuentes de derechos, pero el contenido de los derechos resultaría idéntico.

De un modo parecido, los Estados Parte de un TBI podrán expresamente establecer el cumplimiento de cualquier tipo de obligaciones contractuales que puedan tener con respecto a ciudadanos del otro Estado Parte. Dependiente de la redacción de tales cláusulas (conocidas como "*cláusulas paraguas*"), el efecto podrá consistir en reproducir cada obligación contractual derivada de un contrato de concesión entre un inversor y el Estado Receptor como una obligación derivada de un tratado. De nuevo, aunque el contenido de los derechos del tratado establecidos a través de una cláusula paraguas sea idéntico a los derechos contractuales, las fuentes de derechos seguirán siendo distintas (en un caso incluyendo la cláusula paraguas en el TBI y en el otro, el propio contrato de concesión).³

(c) Las partes en la reclamación: Las partes en una reclamación derivada de un tratado son siempre un inversor del Estado nacional (que pueda demostrar su nacionalidad en los términos definidos en el TBI) y el Estado Receptor de la inversión.

² Sin embargo, parece teóricamente posible (al menos en sistemas jurídicos monistas) que el que un tratado cree un derecho contractual al estipular que todos los derechos creados por el tratado formarán parte de cualquier contrato entre un inversor y un Estado Parte. No obstante, parece que existe escasa justificación práctica para tal estipulación, ya que el objetivo del TBI no consiste en aumentar la protección contractual de los inversores, sino en establecer una jurisdicción de tratado independiente.

³ Sobre cláusulas paraguas, ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995), en páginas 81-82.

El Estado Parte es el propio Estado y no una unidad federal o regional ni entidades u organismos estatales.⁴ Esto es así aun cuando el inversor no haya tenido contacto directo con el Estado a nivel nacional y se queje, por ejemplo, del trato recibido de un organismo estatal provincial. Sin embargo, cuando un inversor efectúa una reclamación derivada de un tratado basada en la actuación de un autoridad gubernamental a un nivel inferior, entonces el inversor deberá demostrar que el Estado es responsable de esta conducta en el ámbito del derecho internacional.

Por consiguiente, la doctrina de la responsabilidad del Estado o de qué acciones realizadas por órganos internos del Estado podrían ser atribuibles al Estado de acuerdo con el derecho internacional público, constituye a menudo un elemento importante en la determinación de una reclamación derivada de un tratado. Los principios de responsabilidad del Estado han sido objeto de un largo examen por parte de la Comisión de Derecho Internacional (International Law Commission).⁵ El Arbitraje *Maffezini*⁶, que consideraba si las actuaciones de un organismo estatal regional podían ser atribuidas al Reino de España, constituye un excelente ejemplo reciente del funcionamiento de la doctrina de responsabilidad del Estado en los aspectos de jurisdicción y fondo de un arbitraje inversor-Estado.

Por contraste, las partes en una reclamación contractual son las partes del contrato. Si el inversor extranjero suscribe un contrato de concesión con el Estado Receptor, como en el caso de *Lanco c. La República de Argentina*, debatido más abajo, entonces las partes de una reclamación derivada de un tratado serán idénticas a las partes de una reclamación derivada de un contrato. Sin embargo, la inversión podría hacer referencia a los asuntos de una región de un Estado, en cuyo caso es probable que los inversores traten directamente con autoridades regionales, con las que podrían suscribir un contrato de concesión (como por ejemplo en el arbitraje *Vivendi (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina)*,⁷ donde el inversor había formalizado un contrato de concesión con la Provincia del Tucumán, unidad federal de la República Argentina). Otras posibilidades son que el inversor mantenga relaciones contractuales con organismo administrativos o sólo con partes privadas en el Estado Receptor.

⁴ La jurisdicción TBI *ratione personae* debería distinguirse en este aspecto de la jurisdicción general CIADI, que estipula el arbitraje relativo a las controversias de inversión entre un inversor y "...cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante...": ver Artículo 25 (1) y 25 (3) del Convenio de Washington. Esta jurisdicción se refiere no a reclamaciones derivadas de un tratado, sino a reclamaciones contractuales resultantes de un contrato de inversión entre el inversor y la subdivisión u organismo del Estado Receptor: ver CHRISTOPH H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2001), Artículo 25, párrafos 142-164 y 608-621.

⁵ Ver JAMES CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002).

⁶ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España* (Caso CIADI ARB/97/7). Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000, (2001) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 212; Laudo de fecha 13 de noviembre de 2000, (2001) 16 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 248 (originales españoles disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>).

⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina*, caso CIADI n° ARB/97/3, Laudo del Tribunal de fecha 21 de noviembre de 2000, 40 ILM 426-453 (2001); Decisión de Anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135-1162 (2002).

Por consiguiente, el Estado Receptor es siempre parte en una reclamación derivada de un tratado, pero sólo lo es en una reclamación contractual cuando el Estado Receptor ha suscrito un contrato con el inversor.

(d) La ley aplicable: Otra diferencia potencial entre una reclamación derivada de un tratado y una reclamación contractual es la ley aplicable. Cuando se trata de un tratado, la ley aplicable generalmente incluye las estipulaciones del propio TBI, la ley nacional del Estado Receptor y "... los principios generales del derecho internacional...".⁸ En contraste, los contratos de concesión están normalmente sujetos a la ley nacional del Estado Receptor.

Desde un punto de vista práctico, esta diferencia está relacionada, en primer lugar, con el papel que juega el derecho internacional. Los típicos derechos contenidos en un tratado han sido objeto de una doctrina y jurisprudencia considerables por parte del derecho internacional público, derecho, entre otros, al que suele acudir un tribunal de arbitraje a la hora de solucionar una controversia. Por el contrario, es probable que una reclamación contractual sea dirimida con arreglo a la ley del Estado Receptor relativa a los contratos administrativos.

(e) La responsabilidad del Estado Receptor. Por último, el éxito de una reclamación derivada de un tratado implica una responsabilidad del Estado de acuerdo con el derecho internacional. El éxito de una reclamación contractual se traduce en responsabilidad del Estado conforme a lo estipulado en su ley nacional.⁹

Sin embargo, es posible el solapamiento de la responsabilidad del Estado con arreglo a un tratado y a un contrato. La responsabilidad del Estado por incumplimiento de un contrato de acuerdo con la ley nacional podría derivar en una responsabilidad internacional, si también se han agotado los recursos nacionales y se ha producido una denegación de **justicia**. La confusión en el arbitraje *Vivendi* entre responsabilidad del Estado con arreglo al TBI Francia-Argentina y la responsabilidad del Estado resultante de una denegación de justicia, sugiere que el carácter de responsabilidad del Estado no es algo fiable como guía exclusiva para distinguir reclamaciones derivadas de un tratado y contractuales.

Hay también alguna escuela de pensamiento que apoya el punto de vista de que el incumplimiento de un contrato estatal por parte del propio Estado podría derivar, bajo determinadas circunstancias, en una responsabilidad internacional directa.¹⁰

Si volvemos ahora a la cuestión planteada al principio de esta sección sobre si las reclamaciones derivadas de un tratado y las reclamaciones contractuales suponen una elección para el inversor o si podrían proseguirse simultáneamente, la respuesta sería que podrán proseguirse de manera simultánea, cada una de ellas realizada de

⁸ V.gr. Artículo X.5 del TBI España-Argentina; Artículo 8.4 del TBI Francia-Argentina.

⁹ Es verdad que la responsabilidad del Estado Receptor podría ser considerada como un mero atributo de la fuente del derecho; es decir, una reclamación derivada de un tratado se traduce en responsabilidad del Estado porque la fuente del derecho es un tratado y la reclamación contractual se convierte en responsabilidad de acuerdo con la ley nacional porque la fuente del derecho no es un tratado. Sin embargo, parece preferible considerar la responsabilidad del Estado como una característica inequívoca.

¹⁰ IAN BROWNLIE Q.C., *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 5th edition) 551-553; R.J. JENNINGS, *State Contracts in International Law* (1961) 37-British Yearbook 156-182.

acuerdo con las disposiciones de resolución de controversias aplicables. Un TBI y un contrato de concesión constituyen dos fuentes independientes de derechos y un inversor podría utilizar ambas. Esta argumentación viene apoyada por la excelente descripción de la separación conceptual de derechos privados de un tratado y derechos contractuales del Comisión *ad hoc* del arbitraje *Vivendi*.¹¹

“95. En cuanto a la relación entre infracción de contrato y quebrantamiento de tratado en el presente caso, debe ser subrayado que los Artículos 3 y 5 del TBI no se refieren directamente a la infracción en un contrato municipal. Antes bien, establecen un criterio independiente. Un Estado puede quebrantar un tratado sin infringir un contrato y viceversa...”

“96... si ha habido un quebrantamiento del TBI y se ha producido una infracción del contrato constituyen diferentes cuestiones. Cada una de estas reclamaciones será resuelta en referencia a su propia ley adecuada o aplicable: en el caso del TBI por el derecho internacional y en el del contrato de concesión por la ley adecuada del contrato...”

No obstante, tal como demuestra la historia del arbitraje *Vivendi*, en la práctica, los derechos contractuales y los derechos derivados de un tratado se encuentran a menudo entrelazados de diversas maneras, de tal modo que un intento de ejercitar ambos *simultáneamente* implicará siempre riesgos (examinados más abajo) que podrían poner en peligro los derechos del tratado. En determinados casos, los términos de un tratado obligarán al inversor a elegir entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales e, incluso si el tratado no expresa claramente la necesidad de elegir, **será habitualmente prudente para un inversor limitar su acción legal ante un único foro.**¹²

Un inversor que se enfrente a una elección entre ejercitar derechos contractuales y derechos derivados de un tratado, escogerá normalmente los derechos contenidos en el tratado,¹³ iniciará una reclamación derivada de un tratado y la actuación prudente consistirá entonces en pasar por alto o al menos aplazar cualquier tipo de reclamaciones contractuales.¹⁴ Sin embargo, y tal como el arbitraje *Vivendi* demuestra una vez más, incluso un demandante decidido a ejercitar solamente reclamaciones derivadas de un tratado podría descubrir que sus derechos de acuerdo con el tratado y sus derechos contractuales se solapan porfiadamente y que esta circunstancia produce confusión, complica el debate y podría incluso inducir a error al tribunal arbitral. El solapamiento y aparente conflicto entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales en términos del contenido de los derechos, las partes en las reclamaciones, la ley aplicable y la responsabilidad del Estado Receptor, crean dos riesgos diferentes: en primer lugar, el riesgo de una **duplicación de procedimientos**, y por consiguiente de sentencias y laudos contradictorios y, en

¹¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República Argentina*, caso CIADI n° ARB/97/3, *Decisión de Anulación de 3 de julio de 2002*, 41 ILM 1135 a 1154 (párrafos 95 y 96) (2002).

¹² Una clara excepción a esta propuesta general del texto está constituida por las reclamaciones derivadas de un tratado con arreglo al TBI, lo que requiere recurso previo a los tribunales nacionales como condición previa al arbitraje internacional. Este requisito de recurso previo a los tribunales nacionales de algunos TBIs se trata en la Parte III (3)(a) más abajo.

¹³ Las razones que apoyan a los derechos derivados de un tratado incluyen la disponibilidad de una jurisdicción neutral (cf. la cita de *Maffezini, c. El Reino de España*, nota de pie de página 39 más abajo), la definición de los derechos del inversor en documentos internacionales y en el derecho internacional con preferencia a la ley nacional, y el carácter ejecutivo internacional del laudo.

¹⁴ Por supuesto, si existe una cláusula paraguas en el TBI, cualquier infracción del contrato podrá constituir entonces un quebrantamiento del tratado y formar así la base de una reclamación derivada de un tratado.

segundo lugar, de **confusión entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato**, lo que resulta en laudos defectuosos.

(2) El riesgo de duplicación de procedimientos:

Es probable que la necesidad del desarrollo de técnicas que eviten una duplicidad de procedimientos constituya un desafío fundamental para el arbitraje inversor-Estado en el próximo futuro. Este problema ya ha sido previsto por muchos tratados de inversión que disponen, o bien que el demandante tenga que elegir entre proseguir una reclamación ante los tribunales nacionales o acudir a un arbitraje internacional o, alternativamente, que tenga que renunciar al ejercicio de las reclamaciones ante cualquier otra jurisdicción como condición precedente al inicio del arbitraje internacional. No obstante, estas dos técnicas de elección y renuncia han creado posterior confusión al dejar de distinguir claramente entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales.

La primera técnica citada es popularmente conocida como 'cláusula de bifurcación en el camino', queda bien aclarado por el párrafo final del Artículo 8(2) del TBI Francia-Argentina:¹⁵

"1. Toda controversia relativa a las inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor:

- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

- o bien al arbitraje internacional...

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva..."

Por su parte, un claro ejemplo de la segunda técnica de renuncia se encuentra en el Artículo 1121 del TLCAN:

"Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

....

b. el inversionista ... renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria ... salvo

¹⁵ Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, el 3 de julio de 1991.

los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario ...”

Estas estipulaciones son ambiguas en cuanto a si un inversor debe efectuar la elección o renunciar a ejercitar acciones ante tribunales nacionales, respecto a todas las reclamaciones resultantes con arreglo al tratado en particular o respecto a todas las reclamaciones referentes a la controversia *sin tener en cuenta su fuente*. En otras palabras, ¿requieren estas disposiciones una elección de foro para ejercitar las reclamaciones derivadas de un tratado (y carecen de implicaciones para las reclamaciones contractuales) o bien requieren una elección inmediata e irrevocable entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales? El Artículo 8 del TBI Francia-Argentina requiere que el inversor efectúe la elección entre arbitraje internacional y los tribunales nacionales en “*todo controversia relativa a las inversiones...*”, lo que parecería querer decir que un inversor tiene prohibido iniciar en foros diferentes las reclamaciones derivadas de un tratado y las reclamaciones contractuales procedentes de la misma controversia relativa a la inversión. Respecto al TLCAN, este mismo asunto fue examinado en *Waste Management Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos*,¹⁶ donde el demandante argumentaba que la renuncia exigida por el TLCAN “*...no aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que [México] haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo las leyes de México...*” El tribunal arbitral rechazó este argumento, estimando que “*... cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiese obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el Artículo 1121 TLCAN*”.¹⁷

Por consiguiente, es imposible generalizar acerca de si una cláusula de “bifurcación en el camino” o una renuncia obligan a un inversor a elegir entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales, porque parece que ello dependerá de los términos literales del tratado. Una técnica diferente pero igualmente problemática, adoptada por algunos TBIs (debatida en Parte III (3)(a) más abajo), consiste en exigir el recurso previo por parte del inversor ante los tribunales nacionales como condición precedente para poder iniciar el arbitraje internacional con arreglo al TBI, lo que significa que los derechos derivados de un tratado podrían tener que ejercitarse de forma consecutiva ante dos jurisdicciones diferentes. Teniendo en cuenta estas complicaciones, la línea prudente a seguir por el inversor será no comprometer sus reclamaciones derivadas del tratado planteando cualquier tipo de procedimientos ante otra jurisdicción, *excepto cuando dichos procedimientos sean exigidos por el propio TBI*.

Sin embargo, detrás de estas complejidades de tipo práctico que exigen prudencia por parte del inversor y minuciosa atención al lenguaje de los TBIs individuales, se oculta un problema más esencial para los arbitrajes inversor-Estado. Los TBIs han creado una nueva fuente de derechos y con ellos un riesgo de duplicación de reclamaciones y de doble recuperación para los inversores. Parece probable que los tribunales arbitrales en un arbitraje inversor-Estado tendrán que elaborar doctrinas similares a las

¹⁶ Caso CIADI ARB (AF)/98/2, *Laudo del Tribunal, de fecha 2 de junio de 2000* (2000) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 214 (inglés), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award4> (español). Sobre esta decisión, ver asimismo BERNARDO M. CREMADES Y DAVID J. A. CAIRNS, *El Arbitraje en la Encrucijada entre la Globalización y sus Detractores* (2002) 17 *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 15-61; *Diario La Ley*, número 5538, martes, 7 de mayo de 2002; y CHARLES N. BROWER AND JEREMY K SHARPE, *Multiple and Conflicting International Arbitral Awards*, (2003) 4 *Journal of World Investment* 211-222.

¹⁷(2000) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 214 en 235-236 (párrafo 27) (inglés), <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm#award4> (español).

de *lis pendens* y *forum non conveniens* para hacer frente a esta cuestión en el próximo futuro.

(3) La Confusión entre reclamaciones derivadas de un tratado y de un contrato.

El riesgo de confusión entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales que resulta en un laudo erróneo queda bien demostrado en el arbitraje *Vivendi*.¹⁸ En este caso, los demandantes eran inversores franceses en Argentina que iniciaron un arbitraje CIADI sobre la base de que Argentina se encontraba en situación de incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a los artículos 3 y 5 del TBI Francia-Argentina (por el cual Argentina se comprometió a otorgar a los inversores franceses un “trato justo y equitativo” con arreglo a los principios del derecho internacional, a proporcionar “protección y plena seguridad” a las inversiones conforme al principio de trato justo y equitativo, y a no expropiar inversiones sin un examen rápido y adecuado).

Los demandantes también tenían un contrato de concesión con la Provincia de Tucumán. El TBI Francia-Argentina otorgaba el derecho al inversor de elegir un arbitraje CIADI para la resolución de controversias derivadas de la inversión, mientras que el contrato de concesión sometía las controversias contractuales a los Tribunales Contencioso-Administrativos de Tucumán.

Para probar las infracciones de los artículos 3 y 5 del TBI Francia-Argentina, los demandantes no se basaron principalmente en actuaciones de la República Argentina, sino en actuaciones de la Provincia de Tucumán. Esto no suponía ningún problema desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado, ya que en un Estado Federal todas las actuaciones de una unidad federal, como cuestión de derecho internacional público, están atribuidas al propio Estado.¹⁹ Además, las actuaciones de la Provincia de Tucumán en que se apoyaban estaban estrechamente relacionadas con el contrato de concesión, incluyendo alegaciones de interferencia con la concesión, reducción de la tarifa obtenida con arreglo a la concesión y abusos de la autoridad reglamentaria por parte de la provincia de Tucumán. La determinación de las reclamaciones derivadas del tratado llegó así a requerir una evaluación de la conducta de las partes del contrato de concesión.

El tribunal arbitral decidió, sobre la base de los complejos hechos en este caso, que las decisiones referentes a controversias resultantes del contrato de concesión correspondía resolverlas, conforme a las estipulaciones de resolución de controversias del contrato de concesión, a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Tucumán.²⁰

“77. ... Las actuaciones de la Provincia de Tucumán sobre las que se apoyan los demandantes para su posición de atribuir responsabilidad a la República Argentina, están íntimamente unidas al cumplimiento o incumplimiento de las partes con arreglo al contrato de concesión. En consecuencia, el Tribunal concluye, que todas las cuestiones relevantes derivadas la base legal sobre la que se sostienen las reclamaciones contra la República de Argentina, surgieron

¹⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina*, caso CIADI n° ARB/97/3, Laudo del Tribunal de 21 de noviembre de 2000, 40 ILM 426-453 (2001); Decisión de Anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135-1162 (2002).

¹⁹ JAMES CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002) en páginas 97-98 (artículo 4).

²⁰ *Compañía de Aguas de Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina*, caso CIADI n° ARB/97/3, Laudo del Tribunal de 21 de noviembre de 2000, 40 ILM 426 en 443-444 (2001).

de controversias entre los demandantes y Tucumán relacionadas con su cumplimiento o incumplimiento con arreglo al contrato de concesión ...

79. Aquí queda claro que, teniendo en cuenta la naturaleza de la controversia entre los demandantes y la Provincia de Tucumán, no resulta posible para este Tribunal determinar qué actuaciones de la Provincia se llevaron a cabo en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte del contrato de concesión, teniendo en cuenta que una buena parte de las pruebas aducidas en este caso han incluido cuestiones detalladas de cumplimiento y tasas con arreglo al contrato de concesión. Para determinar las cuestiones anteriores, el Tribunal tendría que realizar una interpretación y aplicación detalladas del contrato de concesión, una tarea que las partes de aquel contrato han dejado a la exclusiva jurisdicción de los tribunales administrativos de Tucumán”.

No obstante, el tribunal arbitral cometió un error en este razonamiento al concluir que ante el mismo se habían presentado, además de reclamaciones conforme al TBI Francia-Argentina, posibles reclamaciones conforme al contrato de concesión, no se presentaron reclamaciones contractuales ante el tribunal arbitral (sólo reclamaciones derivadas del tratado que suscitaron cuestiones que implicaban la interpretación del contrato de concesión). De esta manera, la consecuencia de someter estas cuestiones a los Tribunales Contencioso-Administrativos fue la de no decidir sobre las reclamaciones derivadas del tratado.

Ello fue reconocido por el Comisión *ad hoc* que tuvo en cuenta la solicitud de anulación presentada por el demandante de acuerdo con el procedimiento anulación contemplado en el Artículo 52 del Convenio de Washington.²¹

“102. En opinión del Comité, un Tribunal CIADI que tenga jurisdicción con arreglo a un TBI respecto a una reclamación basada en una estipulación sustantiva de dicho TBI, no podrá desestimar la reclamación sobre la base de que podría o debería haber sido tratada por un tribunal nacional...”

105. ... Una cosa es ejercer una jurisdicción contractual (discutiblemente cedida con carácter exclusivo a los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del contrato de concesión) y otra tener en cuenta los términos de un contrato al establecer si ha habido una infracción de una norma diferente de derecho internacional, tal como la reflejada en el Artículo 3 del TBI”.

El laudo del tribunal arbitral incurrió en *infra petita* en cuanto que dejó de decidir sobre si las actuaciones alegadas por la Provincia de Tucumán eran equivalentes a una infracción del TBI Francia-Argentina. Dicho laudo fue convenientemente anulado por el Comisión *ad hoc* con arreglo al Artículo 52 (1)(b) del Convenio de Washington.

El arbitraje *Vivendi* constituye un excelente ejemplo de la posible complejidad de la relación entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales. Una reclamación derivada de un tratado, definida por su fuente, materia, ley aplicable a las partes y la naturaleza de la responsabilidad del Estado Receptor, es conceptualmente distinta de una reclamación contractual y es indispensable que las partes implicadas en el arbitraje de una controversia de inversión, y en concreto el tribunal arbitral, se centren en este concepto a lo largo del arbitraje.

²¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República de Argentina*, caso CIADI N° ARB/97/3, Decisión de Anulación de 3 de julio de 2002, 41 ILM 1135 a 1156 (párrafo 105)(2002).

PARTE II: EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE UN TRATADO

Un inversor que decida interponer una reclamación derivada de un tratado, deberá demostrar que hay una inversión en el sentido del TBI. El inversor deberá identificar también los derechos del tratado alegados en apoyo de esta reclamación. Estos asuntos se examinan en esta sección del documento.

(1) El concepto de inversión:

Los TBIs proporcionan un marco legal para el tratamiento de las inversiones y la definición de inversión tiene, por tanto, una importancia fundamental para la jurisdicción *ratione materiae* de un tribunal arbitral establecida con arreglo a un TBI. Una inversión constituye también un elemento de la definición de la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (“**CIADI**”). El Artículo 25 del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington)*²² dispone que la jurisdicción del Centro se extenderá a “...las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión...”. El Convenio de Washington no facilita una definición de inversión, pero “... la historia de la redacción del Convenio no deja duda alguna de que, además de las transacciones comerciales ordinarias, el Artículo 25 cubre casi cualquier área de actividad económica ...”.²³

Casi todos los TBIs contienen una definición de inversión. La práctica TBI estándar consiste en combinar (i) una lista ilustrativa de activos específicamente protegida con (ii) una definición abierta de inversión, que incluye todo tipo de activos, derechos e intereses. El resultado al que se llega es una definición muy amplia de inversión con arreglo a la cual “... todo aquello que tenga valor económico, prácticamente sin limitación...” puede ser protegido por el TBI, lo que asegura una flexibilidad máxima en la aplicación de los TBIs.²⁴

A pesar de la existencia de amplias definiciones abiertas, ha surgido un cierto consenso en cuanto a las características que tiene una inversión a los efectos de un arbitraje inversor-Estado. Una inversión no incluye transacciones ocasionales tales como la simple compraventa de productos o los créditos comerciales a corto plazo. Las cinco características de una inversión que se citan a continuación han sido identificadas y aprobadas (en términos similares aunque no idénticos) por varios comentaristas y en un laudo reciente:²⁵

- (i) Una inversión tiene una cierta duración;
- (ii) Una inversión incluye una cierta regularidad de beneficio y rendimiento;
- (iii) Una inversión típica implica un elemento de riesgo para ambas partes;
- (iv) Una inversión normalmente implica un compromiso o aportación substanciales;

²² Washington, 18 de marzo de 1965, 575 U.N.T.S. 159.

²³ CHRISTOPHER SCHREUER, *Commentary on the ICSID Convention*, 11 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 318 (1996) en páginas 358-359 y 371.

²⁴ Ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, (La Haya, 1995) en páginas 25-31; UNCTAD, UNCTAD *Series on issues in international investments agreement: Scope and Definition*, (Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 1999) en página 18.

²⁵ Ver CHRISTOPH H. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2001), Artículo 25, párrafos 119-124; UNCTAD, *Dispute Settlement: International Centre for the Settlement of Investment Disputes: 2.5 Requirements Rationae Materiae* (2003), disponible en www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add4-en.pdf, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Kingdom of Morocco* (Caso ISCID No. ARB/00/4, Laudo sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, [original francés] 129 *Journal du Droit International* 196 (2002) en párrafo 52, (citando a EMMANUEL CAILLARD, *Journal du Droit International*, 1999, p. 292).

- (v) Una inversión debería ser importante para el desarrollo del Estado Receptor.

El significado de “inversión”, tanto en el contexto de un TBI concreto como en lo referente al Artículo 25 del Convenio de Washington, fue recientemente examinado en el Laudo sobre Jurisdicción de *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos*.²⁶ En este caso, el Estado Receptor (el Reino de Marruecos) mantenía una participación del 89% en *Société Nationale des Autoroutes du Maroc (“ADM”)*. En 1995, ADM había suscrito un contrato con dos compañías italianas, Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. para la construcción de una autopista entre Fez y Rabat. Posteriormente, Salini inició un arbitraje con arreglo al TBI Italia-Marruecos, alegando que Marruecos se encontraba en situación de incumplimiento de sus obligaciones conforme al tratado a causa de incumplimientos del contrato por parte de ADM.

Como cuestión jurisdiccional previa, el tribunal arbitral consideró si el contrato constituía una inversión, tanto a efectos del Artículo 1 del TBI Italia-Marruecos como del Artículo 25 del Convenio de Washington. El Artículo 1(c) y (e) del TBI Italia-Marruecos incluía en la definición de inversión “... cualquier tipo de derechos contractuales que tengan un valor económico...” y “... cualquier derecho de naturaleza económica conferido por una ley o contrato...”, sujeto a la reserva de que los derechos de esta naturaleza “... deberán haber sido aprobados por la autoridad competente...”. El tribunal llegó a la conclusión de que el contrato había sido aprobado de hecho por la autoridad competente y constituía, por tanto, una inversión en el sentido del TBI.

El tribunal tenía entonces que considerar si un contrato constituía una inversión a efectos del artículo 25 del Convenio de Washington, en el que no había definición de este término. El tribunal mantuvo también que los derechos contractuales del demandante eran una inversión en el sentido del artículo 25. El tribunal argumentó que una inversión implica “... aportaciones, una cierta duración del contrato y una participación en los riesgos de la transacción... y ... la aportación al desarrollo económico del Estado Receptor”.²⁷ El demandante había contribuido al proyecto de construcción de la autopista con experiencia, equipo técnico y personal cualificado y había también obtenido un préstamo y garantías bancarias para financiar la ejecución del proyecto. Estos riesgos incluían, por ejemplo, los riesgos legales derivados de la legislación en vigor sobre contratos administrativos públicos (que permitían a ADM retener poderes para dar por finalizado el contrato o imponer modificaciones sin ningún ajuste de precios) y posibles modificaciones legislativas por parte del Estado Receptor que podrían dar como resultado mayores costes laborales para el inversor. Además, el tribunal consideró que la construcción de la autopista era también una cuestión de interés público para Marruecos y equivalía a un proyecto de infraestructura, características que entran dentro de las facultades de un Estado soberano.²⁸

²⁶ (Caso CIADI No. ARB/00/4, Laudo sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, 129 Journal du Droit International 1996 (2002) [original francés]; 42 International Legal Materials 606-624 (2003) (traducción inglesa, con nota introductoria de E. GAILLARD e Y. BANIFATEMI). El significado de la inversión ha sido también recientemente examinado en *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (Caso CIADI N°. ARB/00/2). Laudo de 15 de marzo de 2002, 17 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (2002); (Los gastos de preinversión y desarrollo respecto a un proyecto de central eléctrica en Sri Lanka, que no salió adelante, no suponían una inversión en el sentido del Artículo 25), y *Mondev International Ltd. c. Los Estados Unidos de América* (Caso CIADI N° ARB(AF)/99/2), Laudo de 11 de octubre de 2002, 42 International Legal Materials 85 (2003) en párrafos 76-83 (interpretación de la definición de inversión en el TLCAN).

²⁷ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos*, Laudo sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, párrafo 52.

²⁸ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos*, Laudo sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, en párrafos 53-58.

(2) El contenido de los derechos derivados de un tratado:

El arbitraje inversor-Estado difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional de tipo tradicional en que su base se encuentra en tratados entre Estados (ya sea de tipo multilateral o bilateral) antes que en acuerdos privados. Esta base de tratado y la implicación del Estado Parte significan que el derecho internacional público juega un papel prominente en los arbitrajes inversor-Estado.

La postura convencional en derecho internacional es que los tratados no crean derechos ni obligaciones directas para los individuos privados.²⁹ No obstante, el derecho internacional público ha reconocido de forma creciente que los Estados Parte en algunos tratados, en especial tratados que se ocupan de derechos humanos o de protección de las inversiones, pretenden la creación de derechos para las partes privadas frente a los Estados. Esta intención se ha puesto en práctica mediante el reconocimiento de la "capacidad procesal" de los individuos para hacer valer estos derechos frente a los Estados a través de reclamaciones dirigidas contra los Estados.³⁰

La definición y el contenido de los derechos de un tratado dependerán de los términos del TBI en concreto del que procedan los derechos. La forma de los TBIs varía en gran medida reflejando las diferentes prioridades, enfoques y posiciones de negociación de los Estados. Sin embargo, los TBIs pretenden facilitar la inversión y tratar por tanto cuestiones de leyes, políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. Por consiguiente, cuestiones sobre la admisión de inversiones, el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre transferencia de fondos y compensación de capital y beneficios, la compensación en caso de expropiación y la resolución de controversias se incluyen de forma invariable en los TBIs. Estos últimos podrían también incluir provisiones referentes a requisitos de actuación, subrogación, transparencia de leyes nacionales, así como actividades y sectores reservados.³¹

Hay, sin embargo, un núcleo de derechos genéricos derivados de un tratado, bien fundamentados y definidos en el derecho internacional, que en la práctica han constituido la base de las reclamaciones derivadas de un tratado por parte de los inversores frente a los Estados Receptores. Hay una jurisprudencia arbitral en rápido crecimiento en relación con estos derechos derivados de un tratado que queda, no obstante, más allá del ámbito del presente artículo.

El núcleo de derechos de tratado es el siguiente:

²⁹ IAN BROWNLIE Q.C., *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 5th Edition) 596-597, ("El derecho internacional consuetudinario todavía mantienen la regla de que es el Estado quien tiene la capacidad de presentar reclamaciones internacionales, aun cuando en muchos casos la reclamación sea en lo esencial la de una persona privada... Tal como está ordenada la sociedad internacional en la actualidad, la ley actúa principalmente a través de los Estados y el individuo considera el derecho internacional en muchos aspectos como un orden que tiene que ver con la delegación o delimitación de competencias." Traducción del inglés, pies de página omitidos).

³⁰ Sobre tratados que confieren capacidad procesal a los individuos, ver IAN BROWNLIE Q.C., *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 5th Edition) en 587-598; ver también JAMES CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002) en páginas 209-210.

³¹ Sobre el contenido de los derechos derivados de un TBI en general, ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995), capítulos 3 y 4; para el desarrollo y contenido del modelo de texto TBI de Estados Unidos, ver KENNETH J. VANDEVELDE, *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave*, 14 Michigan Journal of International Law 621-704 (1993).

(a) El Derecho de trato nacional: La mayor parte de los TBIs imponen sobre el Estado Receptor la obligación de conceder al inversor extranjero el mismo trato del que disfrutaban sus propios nacionales. Este derecho protege a los inversores extranjeros de exigencias especiales que se traducirían en una desventaja competitiva en comparación con los inversores nacionales.³²

(b) El derecho de trato de nación más favorecida: Este derecho garantiza a los inversores del Estado Receptor un trato no menos favorable que el que dicho Estado Receptor otorga a los nacionales de cualquier otro país. De nuevo, este derecho protege a un inversor de la exigencia de requisitos especiales y de una desventaja competitiva, esta vez *vis-à-vis* con inversores extranjeros de otros países.³³

(c) El derecho a un trato no discriminatorio: Los TBIs contienen a menudo una prohibición de medidas discriminatorias frente al inversor extranjero.

(d) El derecho a un trato justo y equitativo: El contenido del derecho a un trato justo y equitativo constituye una cuestión controvertida en el arbitraje inversor-Estado en la actualidad. Una opinión, recientemente apoyada por la Comisión de Libre Cambio TLCAN, consiste en que un trato justo y equitativo se considera equivalente al criterio mínimo de protección a extranjeros en el derecho internacional consuetudinario. El punto de vista alternativo es que un trato justo y equitativo constituye un criterio independiente y de contenido propio.³⁴

(e) El Derecho de Compensación por Expropiación: Los TBIs incluyen invariablemente un derecho a compensación si el Estado Receptor llevase a cabo la expropiación de la inversión. El significado de “expropiación” y el alcance de este derecho de compensación, en particular en el contexto de los efectos adversos que la reglamentación medioambiental o de sanidad pública tiene sobre las inversiones extranjeras, constituyen otro asunto contencioso en los arbitrajes inversor-Estado en la actualidad.³⁵

³² Sobre el derecho a trato nacional, ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995), en páginas 65-66.

³³ Ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995), en páginas 63-65; *Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción, de fecha 25 de enero de 2000, (2001) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 212, párrafos 38-64 (original en español disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>).

³⁴ Sobre la difícil cuestión del significado del derecho a un trato justo y equitativo, ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, (La Haya, 1995) en páginas 58-60; J.C. THOMAS, *Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators*, 2002 17 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 21-101; NAFTA FREE TRADE COMMISSION, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*, publicado el 31 de julio de 2001.

³⁵ Ver DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, (La Haya, 1995), capítulo 4; BERNARDO M. CREMADES Y DAVID J. A. CAIRNS, *El Arbitraje en la Encrucijada entre la Globalización y sus Detractores* (2002) 17 Revista de la Corte Española de Arbitraje 15-61; *Diario La Ley*, número 5538, martes, 7 de mayo de 2002; GEORGE H. ALDRICH, *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal*, 88 *American Journal of International Law* 585-610 (1994); PATRICK DUMBERRY, *Expropriation under NAFTA Chapter 11, Investment Dispute Settlement Mechanism: Some Comments on the Latest Case Law*, (2001) *International Arbitration Law Review* 96-104.

PARTE III: ELECCIÓN DE FORO: CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIA TBI

Una cláusula típica de resolución de controversias en un tratado de inversión incluye cuatro pasos diferentes entre el reconocimiento de que ha surgido una controversia y la constitución de un tribunal arbitral:

1. Un periodo de consulta y negociación;
2. Un periodo de espera;
3. Una elección de foro;
4. Una elección de instituciones o reglas de arbitraje.

(1) Consulta y negociación:

En caso de controversia, los tratados bilaterales de inversión recomiendan de forma casi invariable al inversor y al Estado Receptor tratar de alcanzar un arreglo amistoso. Esta exigencia podría llevar a las partes a que *“traten de buscar el acuerdo a través de la consulta y la negociación”* o de una forma más general recomendar que las controversias *“... si fuera posible, se resuelvan de forma amistosa”*.³⁶ El contenido sustantivo de este primer paso en la resolución de controversias podría no ser oneroso, pero la obligación es real, ya que un inversor deberá al menos notificar por escrito al Estado Receptor los motivos de la controversia y tener un deseo de debatir y arreglar dicha controversia antes de llegar a un arbitraje o pleito.

En el arbitraje de *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos*, el Estado Receptor sostuvo que la solicitud de arbitraje era prematura (y el tribunal no tenía por tanto jurisdicción), ya que los diversos documentos en los que se basaban los demandantes tales como la notificación de las controversias eran insuficientes. En concreto, el Reino de Marruecos formuló una distinción especialmente clara entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales, al indicar que la notificación de las controversias efectuada conforme al contrato entre los demandantes y ADM no podía ser atribuida al Reino de Marruecos (a pesar de que el Consejero Delegado de ADM era también Ministro de Infraestructuras). El tribunal arbitral se negó a adoptar una aproximación formalista a la exigencia contenida en el tratado de intentar una resolución amistosa, manifestando que un intento de llegar a un arreglo amistoso incluía esencialmente dos elementos: *“... la existencia de motivos de queja y el deseo de resolver estos asuntos extrajudicialmente”*. El intento de arreglo no necesitaba ser de gran alcance ni detallado y, a la vista de los hechos, las diversas comunicaciones emitidas por los demandantes constituían una solicitud escrita, encaminada al arreglo amistoso de la controversia, que hacía referencia a los mismos motivos de queja planteados en el arbitraje y *“... permitía o debería haber permitido al menos al Reino de Marruecos llegar a conocer la controversia y adoptar las medidas necesarias para hacer posible la resolución de la misma.”*³⁷

(2) El periodo de espera:

La obligación de intentar un arreglo amistoso viene normalmente apoyada por un periodo de espera preceptivo antes de iniciar un arbitraje o pleito. Este periodo puede ser utilizado para la negociación del arreglo amistoso y/o la preparación del arbitraje o

³⁶ Artículo 7 del TBI Argentina-Estados Unidos 8(1) del TBI Italia-Marruecos respectivamente.

³⁷ Caso CIADI N° ARB/00/4, Laudo sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, *129 Journal du Droit International* 196 (2002), (original francés); *42 International Legal Materials* 606-624 (2003) (traducción inglesa), párrafos 11-23 (citas en párrafos 20 y 21), considerando el Artículo 8 del TBI Italia-Marruecos. Cf. *American Manufacturing & Trading c. La República del Zaire*, CIADI ARB/93/1, *XXII Yearbook of Commercial Arbitration* 60 (1997), donde el Tribunal consideraba y aceptaba que había habido de hecho *“... indudablemente serios intentos de negociación emprendidos por [el inversor]...”*.

litigio. Un periodo de tres o seis meses constituye un periodo de espera normal antes del inicio de las actuaciones legales.

(3) La elección de jurisdicción:

El próximo paso para el inversor, si las negociaciones para llegar a un acuerdo no han tenido éxito y el periodo de espera ha terminado, es la elección de jurisdicción. La elección de cláusula de jurisdicción estipula típicamente tres posibles formas de resolución de controversias:

1. Las cortes o tribunales administrativos del Estado Parte;
2. Arbitraje comercial internacional;
3. Cualquier tipo de procedimientos aplicables de solución de controversias previamente acordado.³⁸

El inversor tendrá normalmente derecho a elegir el foro y escogerá de forma casi invariable el arbitraje internacional.³⁹ Sin embargo, la elección por parte del inversor de este foro está sujeta a dos posibles reservas. En primer lugar, hay un requisito de recurso previo a los tribunales nacionales en algunos TBIs. En segundo lugar, lo que a su vez depende de las estipulaciones del TBI referentes al consentimiento del Estado Parte al arbitraje. Estos dos importantes aspectos de la elección de jurisdicción serán examinados a continuación.

(a) Recurso previo ante los tribunales nacionales: Algunos TBIs dan preferencia a la resolución de controversias por parte de los tribunales nacionales mediante el aplazamiento o la fijación de condiciones a la hora de recurrir al arbitraje internacional. Antes de poder ejercer un derecho de arbitraje, el inversor tendría primero que tratar de resolver la controversia en los tribunales nacionales y conceder a estos últimos un periodo de tiempo definido, como por ejemplo dieciocho meses, para solucionar la controversia.

El Artículo X del TBI España-Argentina contiene una cláusula de este tipo.⁴⁰

³⁸ Por ejemplo, Artículo 7.2(b) del TBI Argentina-E.E.U.U.; Artículo 10 del TBI Francia-Argentina.

³⁹ Cf. *Maffezini c. El Reino de España*, Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000, (2001) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 212 (original español disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>), en párrafo 55: (“Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales, mientras que los gobiernos receptores han considerado tradicionalmente que ha de preferirse la protección de los tribunales nacionales. La historia de la preparación del Convenio del CIADI ofrece una amplia evidencia de los puntas de vista contradictorios de quienes favorecían el arbitraje y quienes apoyaban políticas afines a diferentes versiones de la Cláusula Calvo”).

⁴⁰ El Artículo X del TBI España-Argentina dice lo siguiente:

“Artículo X: Solución de Controversias entre una Parte e Inversores de la Otra Parte

1. Las controversias que surgieren entre una de las partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.
2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.
3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

Su significado y efecto fueron examinados por el tribunal de arbitraje en *Maffezini c. El Reino de España*.⁴¹ El Tribunal explicó que, al incluir esta cláusula en el TBI, España y Argentina “... quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional”. Además ⁴²

“... si bien las partes estarían en libertad de recurrir al arbitraje internacional después de transcurridos los dieciocho meses, independientemente del resultado del proceso judicial nacional, es probable que lo harían solo si no quedaran satisfechas con la sentencia del tribunal nacional. Más aún, ciertamente no lo harían si estuvieran convencidas de que el tribunal internacional llegaría a la misma decisión. En tal sentido, se da a los tribunales de las Partes Contratantes la oportunidad de asegurar las obligaciones internacionales garantizadas por el TBI. A la luz del texto del tratado, debe suponerse que ésta es una facultad que las Partes Contratantes quisieron conservar para sus tribunales, aún cuando dentro de un plazo determinado...”

Por tanto, el requisito de recurso previo a los tribunales nacionales (relacionado en particular con anteriores TBIs firmados por Argentina⁴³) está previsto para equilibrar la protección del inversor ante un derecho ejecutable de arbitraje con la preferencia de los Estados (derivado de consideraciones de soberanía nacional e históricamente apoyada por la doctrina Calvo) por resolver las controversias de inversión en sus tribunales nacionales. No se plantea el requisito del agotamiento de los recursos nacionales antes de que un inversor se acoja a modelos internacionales de protección,

-
- a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;
 - b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

4. En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

Si después de un periodo de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado.”

⁴¹ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, (Caso CIADI ARB/97/7), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, de fecha 25 de enero de 2000, (2001) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 212; Laudo de fecha 13 de noviembre de 2000, (2001) 16 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 248 (originales españoles disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>).

⁴² *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, (Caso CIADI ARB/97/7), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, de fecha 25 de enero de 2000, (2001) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 212, párrafos 24-37 (original español disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>), citas en párrafos 35 y 36.

⁴³ Sobre la práctica de tratados de Argentina en este aspecto, ver *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, (Caso CIADI ARB/97/7), Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, de fecha 25 de enero de 2000, (2001) 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 212 (original español disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>), párrafo 57. Ver también DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, (La Haya, 1995) en páginas 149-151, que hace referencia a los TBIs Países Bajos-Jamaica y Países Bajos-Argentina, conteniendo ambos el recurso previo a los tribunales nacionales.

pero sigue existiendo una exigencia más débil de recurso previo a las soluciones jurídicas nacionales.

La decisión de *Maffezini* justifica el derecho ejecutable del inversor al arbitraje. El inversor disfruta de la seguridad de saber que si su foro preferido es el arbitraje internacional, dicha alternativa prevalecerá entonces finalmente, si el inversor estuviera insatisfecho con la marcha o el resultado del recurso previo a los tribunales nacionales.⁴⁴

Una exigencia de recurso previo a los tribunales nacionales no es algo característico de las cláusulas de resolución de controversias TBI. Es más habitual estipular una elección por parte del inversor entre tribunales nacionales y arbitraje internacional, siendo la elección del inversor inmediata y definitiva.

(b) Consentimiento del Estado Parte al Arbitraje: Un arbitraje inversor-Estado conforme a un TBI requiere el consentimiento para arbitrar del Estado Parte. Esto se debe a que (i) como principio general, el arbitraje está basado en el mutuo consentimiento de las partes para arbitrar; (ii) el Artículo 25 del Convenio de Washington requiere expresamente el consentimiento “*por escrito*” de las partes para la presentación de su controversia a la jurisdicción CIADI; el carácter ejecutorio de los laudos con arreglo al Convenio de Nueva York de 1958 está basado en un acuerdo de arbitraje válido. ¿Qué forma reviste entonces el consentimiento para arbitrar en un arbitraje con arreglo a un TBI?.

La respuesta dependerá de la redacción de las cláusulas de resolución de controversias de los TBIs, que varían considerablemente. Sin embargo, en lo que se refiere a las cláusulas de resolución de controversias a las que puede recurrir el inversor, éstas quedarán incluidas en dos categorías. En primer lugar, aquellos TBIs donde los Estados Parte dan expresamente un consentimiento genérico por anticipado en el propio TBI. En segundo lugar, están los TBIs donde el Estado Parte se reserva su aprobación y el arbitraje requiere por tanto el consentimiento expreso para arbitrar de ambas partes, una vez que la controversia ha surgido. En la primera categoría, el inversor tiene un derecho al arbitraje; en la segunda no hay derecho al arbitraje.⁴⁵

⁴⁴ En *Maffezini*, el inversor argentino inició de hecho el arbitraje contra España sin plantear previamente recurso ante los tribunales nacionales españoles con arreglo al Artículo X.2. El Tribunal de Arbitraje declaró sin embargo que tenía jurisdicción sobre la controversia, ya que España había formalizado otros TBIs que no requerían recurso previo a los tribunales nacionales antes del arbitraje. Estos TBIs eran más favorables para el inversor que el TBI España-Argentina, y puesto que la cláusula de nación más favorecida en el TBI España-Argentina era de aplicación a las cláusulas de resolución de controversias, un inversor argentino podía iniciar actuaciones contra el Reino de España sin cumplir en primer lugar el requisito de recurso previo ante los tribunales nacionales.

⁴⁵ Cf. M. SORNARAJAH, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, (La Haya, 2000) en 211-217, que distingue cuatro tipos de cláusulas de resolución de controversias (haciendo referencia a ARON BROCHES, *Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes* en J. SCHULZ AND A. J. VAN DEN BERG (ED.), *The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders* (1982)). Los tres primeros tipos de cláusula no equivalen a consentimiento para el arbitraje y, por lo tanto, no otorgan al inversor un derecho ejecutable de acudir a un arbitraje (correspondiendo así a la segunda categoría del texto), pero tienen diferentes implicaciones en el derecho internacional desde la perspectiva del Estado Receptor.

La primera categoría de un consentimiento expreso en el propio TBI queda bien aclarada por esta cláusula, que ha aparecido en muchos TBIs formalizados por el Reino Unido:⁴⁶

*“Cada Parte Contratante **acuerda por el presente** someter ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones... cualquier controversia legal resultante entre aquella Parte Contratante y un ciudadano o empresa de la otra Parte Contratante, en relación a una inversión de esta última en el territorio de la primera”.*

De un modo parecido, el Artículo VII(2)(a) del TBI Estados Unidos-Zaire dispone:

*“Cada parte **acuerda por el presente** someter las controversias de inversión al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Centro) para su solución mediante conciliación o arbitraje vinculante”.*

En tales tratados, el consentimiento para el arbitraje de los Estados Parte es expresamente otorgado por adelantado. El consentimiento anticipado de los Estados para arbitrar no será vinculante para un inversor individual y así un acuerdo de arbitraje requerirá todavía el consentimiento del inversor, lo que se manifiesta normalmente a través de la presentación de una solicitud de arbitraje.⁴⁷

La naturaleza jurídica del consentimiento para el arbitraje fue examinada en la Decisión Preliminar sobre Jurisdicción en *Lanco Internacional Inc. c. La República de Argentina*.⁴⁸ Este arbitraje incluía una reclamación por parte de un inversor estadounidense contra Argentina conforma al TBI Argentina-Estados Unidos.

El Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos estipulaba una elección de foro por el inversor entre los tribunales nacionales de Argentina, el arbitraje o cualquier tipo de procedimientos aplicables al arreglo de controversias previamente acordados. El inversor eligió el arbitraje. Había también un contrato de concesión entre las partes. La cláusula de resolución de controversias en el contrato de concesión estipulaba su resolución ante los tribunales federales Contencioso-Administrativos de Buenos Aires.

El inversor demandante contaba con el consentimiento para el arbitraje de los Estados Parte contenido en el Artículo VII(4) del TBI, que dice así (traducción del inglés):

“Cada una de las Partes por el presente expresa su voluntad de someter la solución de cualquier controversia en materia de inversión al arbitraje obligatorio de acuerdo con al elección [del inversor].”

⁴⁶ El subrayado no es literal; ver los Tratados Bilaterales de Inversión formalizados por el Reino Unido con Barbados, Nepal, Nigeria, Congo, Guayana y Nepal; y DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995) en páginas 131-136; 147-150.

⁴⁷ Ver *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire*, (Caso CIADI ARB/93/1), Laudo de 21 de febrero de 1997, *XXII Yearbook of Commercial Arbitration* 60 (1997), párrafo 23 (interpretando el TBI Zaire-Estados Unidos), “Parece que al leer esta estipulación del tratado, no podrá sostenerse que el consentimiento de las partes de presentarse ante el CIADI simplemente resulta de un acuerdo preexistente entre los Estados Unidos y Zaire. Es por tanto necesario demostrar que también ha habido un acuerdo entre las partes... En el presente caso, sucede que AMT [el inversor demandante] ha optado por un procedimiento ante el CIADI. AAMT ha expresado su elección sin ambigüedad alguna. Este deseo junto con el del Zaire expresado en el tratado [es decir, en el Artículo VII(2)(a), expuesto en el texto], crearán el consentimiento necesario para validar la asunción de jurisdicción por el Centro.”

⁴⁸ ICSID ARB/97/6, *Preliminary Decision on Jurisdiction*, 8 de diciembre de 1998; *40 International Legal Materials* 457 (marzo de 2001).

Argentina sostuvo que no había consentimiento por escrito al arbitraje a efectos del Artículo 25(1) del Convenio de Washington, debido a que las partes habían acordado con posterioridad resolver las controversias en los Tribunales Contencioso-Administrativos de Buenos Aires.

Conforme al análisis del tribunal arbitral, el consentimiento para arbitrar en el TBI constituía una oferta abierta a los inversores. Esta oferta era aceptada por el inversor al indicar por escrito su elección del arbitraje como forma de resolución de controversias:⁴⁹

“ ... el consentimiento al arbitraje CIADI por un Estado puede provenir de un tratado bilateral. En este sentido el laudo American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire (Laudo SINZA) establece, ante un supuesto de un tratado bilateral con un clausulado muy similar al que nos ocupa, que el consentimiento a efectos del Artículo 25 (1) se entiende prestado por el Estado Parte en la disputa en el tratado bilateral de inversión desde el momento mismo en que le Estado efectúa una invitación genérica a todos los inversores nacionales del otro Estado Contratante para someter la resolución de sus posibles disputas a la jurisdicción del CIADI. Por el contrario, el consentimiento del inversor, nacional del otro Estado Contratante, debe ser prestado por el propio inversor por escrito, dado que el consentimiento de su Estado no obliga al inversor.

§44 En el caso que nos ocupa el consentimiento de la República Argentina proviene del tratado ARGENTINA-EEUU en el que la República Argentina ha realizado una oferta genérica al sometimiento al arbitraje CIADI...

...

El consentimiento por escrito por parte de la República Argentina queda por tanto recogido en el tratado ARGENTINA-EEUU, y para el inversor, ... fue recogido en su carta de fecha 17 de septiembre de 1997 y en la solicitud de arbitraje interpuesta ante el CIADI en fecha 1 de octubre de 1997...”

El Laudo *Lanco* es significativo por su explicación de la naturaleza del consentimiento para arbitrar de un Estado Parte contenido en un TBI. El consentimiento en el TBI es “*consentimiento por escrito*” del Estado para arbitrar de acuerdo con el significado del Artículo 25 del convenio CIADI. Dicho consentimiento no es retirado ni anulado en modo alguno por la posterior ejecución de un contrato de concesión entre el Estado y un inversor particular, conteniendo una cláusula de resolución de controversias. Este aspecto del laudo reconoce y hace efectiva la distinción entre derechos derivados de un tratado y derechos contractuales.

En cuanto al inversor, este consentimiento es una invitación u “oferta abierta” al arbitraje, que podría ser aceptada siempre que surja una controversia relativa a una inversión.⁵⁰ Cuando un inversor elige por escrito resolver este tipo de controversias a

⁴⁹ ICSID ARB/97/6, *Preliminary Decision on Jurisdiction*, 8 de diciembre de 1998; 40 International Legal Materials 457 (marzo de 2001).

⁵⁰ La relación entre cláusulas opuestas de resolución de controversias en un TBI y en un contrato de concesión ha resultado muy difícil para los tribunales arbitrales. Es importante reconocer la distinción entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales. Si la cláusula de resolución de controversias en un contrato se refiere sólo a controversias resultantes del contrato, entonces no será de aplicación, en principio, a una reclamación procedente de un TBI. Si, no obstante, un contrato contuviera una cláusula de resolución de controversias pretendiendo explícitamente incluir controversias resultantes del contrato procedentes de una pretendida infracción del TBI, entonces (al menos de acuerdo con la

través del arbitraje, la “oferta abierta” del Estado es aceptada y, de este modo, queda constituido un acuerdo de arbitraje y hay consentimiento mutuo por ambas partes a efectos del Artículo 25 del Convenio de Washington.

La segunda categoría de TBI se refiere al arbitraje en términos que, de forma expresa o como consecuencia necesaria aplazan el consentimiento o requieren un acuerdo independiente de arbitraje entre el inversor y el Estado. Consideremos, por ejemplo, el Artículo 9(1) del TBI Malasia-Suecia (el subrayado no es literal):

*“En caso de una controversia surgida entre un ciudadano o una compañía de una Parte contratante y la otra Parte contratante en relación con una inversión en el territorio de aquella otra Parte contratante, será sometida a arbitraje **mediante el acuerdo de ambas partes en la controversia** ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, establecido con arreglo con Convenio de Washington...”*

Una cláusula de este tipo no constituye un consentimiento vinculante para arbitrar, de modo que en caso de que surja una controversia, el arbitraje será únicamente posible si el inversor y el Estado formalizan un acuerdo independiente de arbitraje. Dolzer y Stevens hacen referencia a muchos ejemplos de cláusulas de arbitraje que no equivalen a un consentimiento para arbitrar suficiente para establecer la jurisdicción de un tribunal CIADI.⁵¹ Algunos urgen o incluso requieren al Estado para que preste su consentimiento al arbitraje, pero se quedan cortos en cuanto a crear un derecho ejecutable de arbitraje a favor del inversor. La intención de dichas cláusulas parece ser la de expresar una preferencia (y en algunos casos una preferencia muy fuerte) a favor del arbitraje para solucionar las controversias relativas a la inversión y obligar al Estado Receptor, si desea evitar el arbitraje, a tomar una decisión positiva de **no** arbitrar mediante negación de su consentimiento.

Sobre esta base, estas cláusulas parecen diseñadas simultáneamente al efecto de vindicar el principio de que el arbitraje es el medio adecuado para resolver las controversias de inversión, al tiempo que preservan una independencia soberana en los Estados parte para hacer frente a las controversias de inversión en cada caso, según van surgiendo. Su fundamento lógico subyacente es por tanto casi idéntico al mecanismo de recurso previo a los tribunales nacionales considerado más arriba, excepto que el mecanismo de recurso previo otorgar al inversor un derecho vinculante (aunque aplazado y condicional) a arbitrar, mientras que una cláusula que retenga el

interpretación del TBI Argentina-E.E.U.U.) esto no sería más que un “*procedimiento de previo acuerdo de arreglo de controversias*” y este TBI, en cualquier caso, preservará todavía el derecho de elección de foro del inversor (entre tribunales nacionales, arbitraje y el mecanismo convenido). El punto en cuestión es que un Estado Parte no podrá retirar su oferta abierta o consentimiento general al arbitraje por acuerdo con un inversor particular. Es asimismo discutible la medida en que un inversor puede renunciar a un derecho derivado de un TBI a arbitrar antes de que se haya producido realmente una controversia, incluso si un Estado Parte exigiese una renuncia como condición previa a una inversión. Se puede sostener que el derecho de elección de foro continúa hasta el momento en que surja una controversia de inversión, en cuyo momento cualquier elección de jurisdicción es irrevocable. No obstante, las conclusiones deberán expresarse con cuidado que ya en gran parte dependerán de la estipulación contenida en el TBI concreto y del contrato de que se trate.

⁵¹ DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995) en páginas 132-134. Ver también M. SORNARAJAH, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (La Haya, 2000) en 211-217; y DAVID A. R. WILLIAMS, *International Commercial Arbitration and Globalisation: Review and Recourse against Awards Rendered under Investment Treaties*, (2003) *The Journal of World Investment* 251-276 en 253-258 (examinando si el mal redactado Artículo 34 del Acuerdo entre Nueva Zelanda y Singapur sobre una Asociación Económica más cercana equivale a un consentimiento ejecutorio para el arbitraje por parte de los Estados Contratantes).

consentimiento no creará derecho alguno a arbitrar. El balance se desplaza a favor del Estado, que tiene un privilegio para arbitrar una controversia de inversión si el inversor elige esta opción, pero no la obligación de hacerlo así.

Sin embargo, podría ser cierto, tal como sugieren Dolzer y Stevens, que dichas cláusulas refuerzan políticamente la posición del inversor y capacitarían al Estado Nacional inversor para ejercer con mayor facilidad una presión diplomática a favor del arbitraje.

(4) La elección de institución o de reglas de arbitraje:

Una vez que un inversor ha elegido el arbitraje como foro de resolución de una controversia de inversión, surge entonces la cuestión de si el arbitraje debería ser *ad hoc* o institucional y, si se trata de este último, de la elección de la institución que lo administre. Hay una considerable diversidad en este punto en la práctica TBI, pero los TBIs designan con gran frecuencia el arbitraje institucional con el CIADI, lo que no es sorprendente ya que el CIADI fue específicamente creado para dirigir el arbitraje de controversias relativas a la inversión entre Estados y los nacionales de otro Estado. Después del arbitraje del CIADI, otra opción usual es el arbitraje *ad hoc* conforme a las Reglas de Arbitraje UNCITRAL. La Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio es asimismo una institución propuesta en algunos TBIs.

En algunos TBIs, el inversor tiene la facultad de elegir la institución o reglas aplicables, en otros, la elección se efectúa por acuerdo entre las partes (con una alternativa especificada en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo) y en algunos TBIs (donde el Estado Parte tiene el poder de iniciar el arbitraje relativo a una controversia de inversión⁵²) la elección se lleva a cabo por la parte que inicia el arbitraje.⁵³

CONCLUSIÓN

El presente análisis de la relación entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones derivadas de un contrato en las controversias relativas a la inversión y la naturaleza de las distintas cláusulas de jurisdicción elección de estipulaciones de jurisdicción, demuestran la diversidad y complejidad de los requisitos procesales de los modernos tratados de inversión. Un inversor necesita una clara estrategia de resolución de controversias para cualquier controversia inversor-Estado antes de iniciar cualquier tipo de actuaciones o de efectuar una elección de jurisdicción.

Los tratados de inversión han creado una nueva fuente de derechos directamente ejecutables por el inversor, aumentando de ese modo la seguridad jurídica y estimulando los flujos de inversión exterior directa. No obstante, esta nueva fuente de derechos está generando nuevas cuestiones jurisprudenciales y en concreto cuestiones referentes a la posible duplicación de reclamaciones, procedimientos y reparación.

⁵² Por ejemplo, Artículo X(3) del TBI España-Argentina considerado en el arbitraje *Maffezini*.

⁵³ Sobre esta cuestión, ver en términos generales DOLZER AND STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (La Haya, 1995) en páginas 147-156.



Negociación de contratos públicos

Luis Ortega

Catedrático de Derecho administrativo

Despacho Roca Junyent y Asociados

ESQUEMA DE INTERVENCIÓN

1. EL SIGNIFICADO DE LA NEGOCIACIÓN

- No se trata de negociar la concesión del contrato: espacio legal muy limitado. ya que el principio general es la objetivación de la oferta y la objetivación de la selección del contratista.
- Se trata de negociar las situaciones en las que se produce un desequilibrio de las condiciones presentes en el contrato que producen un desequilibrio económico a una de las partes.
- Debe tenerse en cuenta que en material de contratos existe muy poca judicialización de los conflictos, por lo que junto a los acuerdos formales de los que damos cuenta a continuación, existe también un amplio panorama de acuerdos informales sobre actividades de futuro.

2. LAS VIAS DE NEGOCIACIÓN

Existen tres supuestos en los que se ha reconocido la posibilidad de negociar las condiciones del mantenimiento del contrato bajo nuevas circunstancias. Estos tres supuestos son:

- *El ius variandi.*
- *El factum principis*
- *El riesgo imprevisible*

A) *El ius variandi.*

Supone una iniciativa de la Administración para modificar las condiciones de prestación del contrato en base a la necesidad del mantenimiento de la finalidad del mismo y del interés público sobre el que se sostiene el sentido del contrato.

La especificidad de esta causa estriba en que el contratista debe soportar las variaciones introducidas por la Administración sin poder resolver el contrato siempre que dichas variaciones no superen el 20% de su contenido económico. Ello no impide no obstante que se pueda acordar una modificación superior.

En esta negociación puede reclamarse tanto el daño emergente como el lucro cesante.

B) *El factum principis*

Esta figura contempla el caso en el cual las modificaciones de las condiciones de cumplimiento del contrato no derivan de la voluntad expresa de la Administración contratante, sino de una actuación de la Administración ajena al contrato pero que incide en el mantenimiento del equilibrio económico del mismo.

Casos típicos son el cierre de un puerto por razones de Guerra, respecto de las concesiones de explotación del mismo, o las devaluaciones monetarias en contratos en las que es imprescindible la importación de materiales para la ejecución del contrato.

Se trata de una actuación administrativa que genera una responsabilidad que se resuelve en el seno del mismo contrato, modificando las condiciones del mismo de forma que se reestablezca el equilibrio económico. En esta negociación se permite recuperar igualmente tanto el daño emergente como el lucro cesante.

C) El riesgo imprevisible

En este supuesto nos encontramos ante acontecimientos ajenos a la voluntad de cualquiera de las partes pero que afectan a la viabilidad material del contrato, como una subida de precios en el mercado internacional o una guerra entre terceros países.

En este caso, la Administración puede considerar que subsiste el interés general en la continuación del contrato, lo que permite negociar nuevamente las condiciones del mismo. Incluso aunque la Administración no quisiera negociar, el contratista podría acudir ante los tribunales, reclamando al menos compartir los danos producidos.

3. LOS LÍMITES LEGALES DE LA NEGOCIACIÓN

Las posibilidades de negociación son teóricamente muy amplias y cabe, por tanto, modificar casi todos sus elementos, esencialmente la tarifa a cobrar, el canon a pagar, el plazo de vigencia o las condiciones de las inversiones necesarias.

Sin embargo, puede suceder que, en función de la normativa concreta de un determinado país, existan límites legales a estas modificaciones.

Un límite general es el respeto al principio de igualdad, que intenta evitar que se oferte un contrato en unas determinadas condiciones para, una vez seleccionado el contratista, variar tales condiciones. Por ello, las modificaciones deben ser aquellas que se ofrecerían a cualquier contratista y en base a una apreciación objetiva del mantenimiento del interés público que justifica el contrato.

Pero también la legislación puede limitar el periodo máximo de explotación de una concesión o prohibir el cambio del objeto territorial del contrato.

La existencia de estos límites reduce evidentemente los elementos sobre los cuales se puede reconstruir el equilibrio financiero del mismo.

4. LOS LÍMITES MATERIALES DE LA NEGOCIACIÓN

En la negociación de las nuevas condiciones del contrato debe estarse atento a no utilizar elementos que en la práctica pueden ser inviables, como el aumento de tarifas. En una situación de precariedad económica generalizada el aumento de tarifas, además de su hipotética impopularidad, puede dar lugar a la rescisión de contratos de utilización del servicio de forma que el aumento de las tarifas no logra el equilibrio financiero pretendido.

“LA EFICACIA DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS”

Javier Díez-Hochleitner, Catedrático Dº Internacional Público
(Univ. Autónoma Madrid) y Socio de Uría & Menéndez Abogados

1. Instrumentos jurídico-internacionales al servicio de la protección de las inversiones extranjeras

Para atraer inversión extranjera muchos Estados se ven en la necesidad de contrarrestar su falta de estabilidad política con instrumentos jurídicos de carácter internacional (aparte de ofrecer ventajas de carácter fiscal, social, etc.).

Están, en primer lugar, los llamados “*Contratos de Estado*”. Me refiero a la práctica consistente en la celebración entre el Estado huésped y el inversor extranjero de un contrato internacionalizado, que designa como Derecho aplicable el ordenamiento de un tercer Estado, la *lex mercatoria* o, incluso, el propio Derecho Internacional y somete las controversias que pudieran surgir al arbitraje internacional.

La internacionalización de los Contratos de Estado cuenta con el respaldo de foros de internacionales, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI), creado por el Convenio de Washington de 1965. El CIADI tiene por objeto ofrecer medios de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias que en materia de inversiones pudieran surgir entre Estados partes y nacionales de otros Estados partes que hayan consentido su jurisdicción, ya sea

mediante una cláusula contractual, un compromiso arbitral o, incluso, a través de su legislación interna.

Los “Contratos de Estado” no son, sin embargo, la panacea. Por una parte, tan sólo sirven para dar cobertura a determinado tipo de inversiones (tales como las dirigidas a la explotación de recursos naturales o al desarrollo de infraestructuras); por otra parte, no siempre son aceptables -en términos jurídicos y políticos- para el Estado de inversión.

A partir de los años ochenta, sin abandonar los Contratos de Estado, la práctica ha seguido otros derroteros. Me refiero a la celebración de tratados bilaterales y multilaterales en materia de protección de inversiones.

En la actualidad contamos con más de 2.000 *Acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones* (en adelante “APPRI”) celebrados entre Estados industrializados y países en desarrollo, en su mayoría a partir de 1987. Estos acuerdos no sólo han servido de fundamento para reclamaciones formuladas por inversores de países industrializados, como se desprende, entre otros, del laudo del tribunal arbitral CIADI en el asunto *Maffezzini c. España* (al que luego me referiré).

Las similitudes de los APPRI, tanto en su estructura como en sus contenidos, son cada vez mayores. La protección que cada parte asegura a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de la otra parte cubre, entre otros aspectos: (i) el derecho a un tratamiento justo y equitativo; (ii) el derecho a recibir el mismo tratamiento que los inversores nacionales; (iii) el derecho a recibir una indemnización en caso de medidas de expropiación, incluidas medidas de expropiación indirecta; (iv) el derecho a libre transferencia de rentas; y (v) el derecho a recibir el tratamiento dispensado a las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (cláusula de la nación más favorecida).

España y Argentina figuran entre los países que más claramente han apostado por los APPRI. Entre los primeros Acuerdos celebrados por España figuran los APPRI con Marruecos (de 1989) y con Argentina y Chile (de 1991). En la actualidad España es

parte en 47 APPRI, de los cuales 16 con países Latinoamericanos. Por su parte, Argentina ha ratificado hasta la fecha 54 APPRI, entre los que figuran acuerdos con EE.UU., Canadá y la mayor parte de los países de la Unión Europea.

El incesante incremento de APPRI en los últimos años ha dado lugar a una compleja y tupida red convencional que hasta la fecha no ha sido posible sustituir por un sistema multilateral. Como se recordará, el primer intento por lograr un tratado multilateral de protección de las inversiones extranjeras fracasó estrepitosamente; me refiero a la negociación iniciadas en 1995 bajo los auspicios de la OCDE para la celebración del célebre *AMI (Acuerdo Multilateral de Inversiones)*.

En el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, tampoco se han alcanzado hasta la fecha avances significativos. Cierto es que, tras el fracaso del AMI, la OMC ha intensificado los esfuerzos por profundizar en las disposiciones del *Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs)* adoptado en la Ronda de Uruguay, y, sobre todo, por extender su ámbito de aplicación al conjunto de las inversiones extranjeras. Sin embargo, la reciente Conferencia de Cancún ha evidenciado la falta de consenso entre los miembros de la OMC también en esta materia.

Más fructífera ha resultado hasta la fecha la aproximación regional a la materia. Dejando a un lado el caso de la Comunidad Europea que ha hecho de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en los diversos sectores de actividad uno de los pilares de la integración, podemos mencionar el Capítulo XI de NAFTA o el aun *non nato* Protocolo de Colonia adoptado en el ámbito del MERCOSUR, textos cuyos contenidos se asemejan a los de los APPRI.

2. El arbitraje internacional, clave de la eficacia jurídica de los APPRI

La celebración por el Estado huésped de un tratado de protección de inversiones con el Estado de su nacionalidad no representa para el inversor una garantía jurídica suficiente, por muy amplias que sean las obligaciones asumidas. Tampoco basta con que ambos Estados se sometan a mecanismos obligatorios de solución de controversias. El inversor

debe contar con la posibilidad de demandar directamente al Estado huésped ante un órgano jurisdiccional de carácter internacional.

Esta es, precisamente, la principal aportación de los APPRI. En efecto, todos ellos prevén la posibilidad de que los inversores sometan sus controversias con el Estado huésped al arbitraje internacional, incluido normalmente el arbitraje del CIADI.

Nótese el giro que, gracias a los APPRI, se produce en la situación del inversor extranjero. En efecto, su protección frente al Estado huésped de la inversión ya no va a depender de la voluntad del Estado de su nacionalidad de ejercer o no la *protección diplomática* -protección diplomática que, por lo demás, raras veces desembocará en el sometiendo de la controversia ante un órgano jurisdiccional internacional-. Por otra parte, el inversor no se verá en la necesidad de agotar los recursos internos disponibles en el Estado de inversión antes de formular una reclamación arbitral contra él.

El mecanismo de arreglo de controversias diseñado en la mayor parte de los APPRI prevé que el inversor pueda acudir bien a los tribunales internos de aquél bien al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Sin embargo, algunos se apartan de este modelo, comúnmente conocido como “*fork-in-the-road*”, y exigen que el inversor –salvo acuerdo en contrario entre las partes-, someta primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional si, transcurridos 18 meses, no hubieran dictado sentencia o no hubieran atendido sus pretensiones.

La segunda modalidad -menos favorable al inversor y, también, menos frecuente en la práctica- se recoge precisamente en el APPRI España-Argentina. También figura en los APPRI de Argentina con Canadá y con el Reino Unido y el APPRI España-Uruguay.

Sin embargo, a pesar del tenor literal de estos APPRI, el inversor puede evitar el recurso a los tribunales internos de Estado huésped de la inversión y acudir directamente al arbitraje.

En efecto, estos acuerdos también contienen -como todo APPRI- una cláusula de la nación más favorecida, cláusula cuyo significado recordé anteriormente. Pues bien, en la medida en que Argentina y España han celebrado tratados de protección de inversiones con terceros países cuyos mecanismos de solución de controversias excluyen el recurso previo a los tribunales internos, tal exigencia se puede obviar igualmente en relación con las inversiones argentinas en España y españolas en Argentina. Basta mencionar, por lo que se refiere a Argentina, los APPRI celebrados en 1991 con Chile y Estados Unidos, acuerdos que, en esta materia, responden al mismo modelo que los celebrados por España con Chile, Venezuela o México, entre otros.

En apoyo de esta interpretación, podemos invocar la decisión del tribunal arbitral CIADI de 25 de enero de 2000 sobre excepciones a la jurisdicción en el asunto *Maffezini c. España*

En otro orden de consideraciones, debemos advertir que todos los APPRI exigen al inversor que, antes de someter una controversia a arbitraje, entable negociaciones con el Gobierno del Estado de inversión con vistas a alcanzar, si posible, una solución amigable en un plazo determinado (6 meses en el caso del APPRI España-Argentina). La carga que pesa sobre el inversor -más allá del tiempo de espera- no es excesiva. Basta con que solicite formalmente al Gobierno correspondiente el inicio de negociaciones y con que muestre en todo momento disponibilidad para hacerles efectivas. Huelga decir que la negativa del Gobierno a negociar o los obstáculos que pudiera imponer al respecto no inciden en el cómputo del plazo.

Otra nota común a los APPRI es la relativa al Derecho aplicable. Todos los ellos disponen que el tribunal arbitral habrá de resolver conforme a las propias disposiciones del APPRI, las normas de Derecho Internacional general aplicables en la materia y el Derecho interno del Estado en el que se realizó la inversión. Se asegura con ello la inmunidad del inversor extranjero frente a los cambios legislativos del Estado huésped que resulten contrarios al correspondiente APPRI o al Derecho Internacional general.

Por lo que se refiere a la eficacia del laudo arbitral, su ejecución se ve facilitada por el Convenio constitutivo del CIADI, en los casos en que el inversor opta por el arbitraje de esta institución. En efecto, de acuerdo con el Convenio de Washington, el laudo tiene fuerza ejecutiva en el territorio de todos los Estados partes, no estando sometido al procedimiento de *exequatur* previsto en su legislación interno, sino a un mero trámite de verificación de su autenticidad. Consecuentemente, el inversor podrá acudir a los tribunales del Estado de inversión u optar por cualquier otro foro “experto” en el que dicho Estado tenga bienes susceptibles de ejecución.

Más allá de la eficacia jurídica que el Convenio CIADI otorga al laudo, no hemos de olvidar las negativas repercusiones que para el Estado de inversión puede tener el incumplimiento de un laudo del CIADI en sus relaciones con las instituciones financieras internacionales. Recordemos la estrecha relación que existe entre el CIADI y el Banco Mundial, cuyo Presidente es *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo del CIADI.

3. La protección de las inversiones realizadas a través de sociedades locales

Como es bien sabido, buena parte de las inversiones extranjeras se canalizan a través de sociedades locales, la mayor parte de las veces por exigencia del propio Estado huésped. Pensemos, por ejemplo, en las inversiones realizadas en Argentina en el ámbito de las telecomunicaciones.

Pues bien, ¿cuál es el alcance de la protección que recibe el inversor extranjero en estos casos? ¿Podrá formular una reclamación arbitral basada en el correspondiente APPRI frente a medidas de las autoridades locales dirigidas contra la sociedad local? ¿O sólo podrá actuar en este supuesto la sociedad local con fundamento en el derecho nacional y por las vías procesales previstas en él?

La situación se complica aun más en los supuestos -también frecuentes- en que la inversión a través de una empresa local no se lleva a cabo directamente por la empresa matriz, sino por una filial constituida en un tercer país que actúa como mera sociedad interpuesta.

Algunos APPRIs incluyen expresamente a las sociedades locales *controladas* por inversores de la otra parte al definir ya sea su ámbito de aplicación subjetivo u objetivo. Tal es el caso de los Acuerdos celebrados por España con Bolivia, Costa Rica, México, Panamá o Venezuela. Más aun, todos ellos, con excepción del acuerdo con México, amplían la protección del inversor extranjero frente a cualquier medida de expropiación de activos de una sociedad local en la que participe un inversor extranjero, sin exigir que tenga su control.

Ahora bien, ¿cuál es la protección otorgada en los supuestos de inversión a través de sociedades locales cuando un APPRI, como ocurre con el acuerdo hispano-argentino, no las incluye en la definición de inversión ni en su ámbito de aplicación subjetivo?

Es evidente que en este supuesto se abren dos posibilidades de interpretación del tratado. Conforme a una interpretación restrictiva el inversor estaría protegido exclusivamente como accionista. Sin embargo, cabe defender una interpretación amplia, conforme a la cual, a pesar del silencio del APPRI, las sociedades locales entran igualmente dentro del concepto de inversión cuando son objeto de *control efectivo* por inversores de la otra parte. Esta interpretación encuentra respaldo en diversos pronunciamientos arbitrales, entre los que cabe mencionar los laudos de los tribunales CIADI de 21 de febrero de 1997 en el asunto *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) c. Zaire* y de 2 de septiembre de 1998 en el asunto *Antoine Goetz et Consorts c. République du Burundi*. En esta línea se sitúa también el laudo del tribunal UNCITRAL de 13 de septiembre de 2001 en el asunto *CME c. República Checa*.

Debemos advertir a este respecto que el objeto y fin de los APPRIes es proteger no tanto a los inversores de las partes en abstracto sino, más concretamente, a las *inversiones* que realizan en el territorio de la otra parte. En este sentido se expresan todos los APPRIes. ¿Y acaso puede considerarse que se cumple el objeto y fin de los APPRIes si sus disposiciones no resultan de aplicación a las inversiones realizadas a través de sociedades locales sometidas al control del inversor extranjero?

Más aun, algún laudo arbitral reciente, como el dictado por el tribunal arbitral CIADI el pasado 17 de julio de este año en el asunto *CMS c. República Argentina* -en fase de jurisdicción- permitiría entender que incluso los accionistas minoritarios se encuentran protegidos frente a las medidas adoptadas contra la sociedad local, y no sólo en su calidad de accionistas. Es verdad sin embargo que, a salvo disposición expresa del APPRI en tal sentido, esta solución puede ser considerada como excesiva.

4. Eficacia de los APPRI frente a las medidas de política económica y monetaria: el caso Argentino

Una de las cuestiones más controvertidas que suscitan los APPRI es la relativa al alcance de la protección que ofrecen a los inversores extranjeros frente a las medidas de política económica general o a las medidas de política monetaria que pueda adoptar el Estado de inversión. La cuestión cobra especial relevancia en los casos de crisis económicas e institucionales de la magnitud de la que ha vivido Argentina.

En principio, las medidas de política económica general y de política monetaria constituyen medidas legítimas en el ejercicio del poder soberano del Estado. Consecuentemente no cabe en principio que puedan ser consideradas como medidas de carácter expropiatorio (de expropiación indirecta) o contrarias a la obligación de trato justo y equitativo que imponen los APPRI, a menos que resulten discriminatorias, abusivas o arbitrarias.

En este sentido se expresan tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones de los EE.UU. descartó en su sentencia de 6 de enero de 1987 en el asunto *West c. Multibanco Comermex* que una redenominación a pesos mexicanos de depósitos bancarios en dólares en entidades mexicanas pudiera ser calificada como una medida de expropiación indirecta.

En el caso Argentina, no resulta sencillo determinar hasta qué punto las “Medidas de Emergencia” pueden ser calificadas como contrarias a los APPRI celebrados con terceros países. A esta tarea se enfrentan los tribunales arbitrales CIADI que han de

resolver las controversias sometidas a su decisión por un número importante de inversores extranjeros.

Así, por ejemplo, resulta dudoso que el complejo sistema de “pesificación asimétrica” de los préstamos y depósitos bancarios impuesto por las autoridades argentinas pueda considerarse como una simple medida de política monetaria, en la medida en que han comportado un desequilibrio en las relaciones contractuales entre entidades financieras y sus clientes, no compensado de manera suficiente en favor de las primeras. Lo mismo cabe decir de la pesificación de los contratos celebrados con la Administración pública, dejando sin efecto las cláusulas de ajuste o revisión de obligaciones dinerarias por referencia a una moneda extranjera y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios en otros países.

De hecho los inversores que han formulado reclamaciones al amparo ante el CIADI consideran tales medidas como contrarias a las obligaciones consagradas en los APPRI celebrados por Argentina de otorgar a los inversores extranjeros un trato justo y equitativo y de no adoptar medidas de expropiación indirecta a menos que medie una compensación adecuada y efectiva.

Creo, sin embargo, que, dada la magnitud de la crisis sufrida por la Argentina, la superación de estas diferencias debiera buscarse a través de la negociación. Esta es, a mi juicio, la única salida razonable. Argentina evitaría los riesgos de unos procesos arbitrales cuyos resultados le pueden ser adversos y, sobre todo, ayudaría a recobrar parte de la confianza perdida entre los inversores. Estoy por lo demás persuadido que la mayor parte de los inversores extranjeros que han realizado inversiones a largo plazo también prefieren esta vía de solución pues, a la postre, la recuperación de la Argentina representa para ellos la única esperanza de éxito a medio y largo plazo.



“Los Tratados de Protección de la Inversiones Extranjeras. Eficacia de los Mismos”

Por Osvaldo Siseles

Subsecretario de Asuntos Legales del Ministerio de Economía de la República Argentina

1. INTRODUCCION

El tema de la protección de las inversiones extranjeras en la República Argentina es un motivo de especial preocupación tanto para el Gobierno como para la ciudadanía en general pues repercute en variados aspectos de su desarrollo económico, calidad de vida y actividad institucional.

A saber:

- a- Sobre las relaciones exteriores del país en tanto y en cuanto las empresas involucradas son empresas extranjeras o de capital mayoritariamente extranjero lo que motiva que, en forma simultanea con el reclamo de las mismas, se reciban reclamos por parte de los representantes diplomáticos de sus respectivos países e, incluso, de mandatarios de sus gobiernos.
- b- Sobre la calidad de vida de los argentinos por cuanto muchos de los actuales reclamos han sido formulados por empresas prestadoras de servicios públicos lo que involucra el tema de las tarifas, la calidad de los servicios y el nivel de inversión en infraestructura básica.
- c- Sobre la propia estructura económica financiera de las empresas extranjeras radicadas en la Argentina por cuanto las medidas de emergencia dictadas desde fines del año 2001 han afectado la capacidad de pago, de algunas de ellas, respecto de sus deudas contraídas en el exterior.
- d- Sobre la jurisdicción aplicable a las controversias derivadas de los contratos relativos a la prestación de servicios públicos circunstancia que ha dado lugar a una "internacionalización" de las controversias en la medida que, en virtud de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (TBI), las controversias que se dilucidaban por ante tribunales federales o locales de las provincias -por el carácter administrativo de

- los contratos- pasaron a ser resueltos por órganos ajenos a la estructura judicial de la Argentina.
- e- Sobre los costos de la economía argentina por cuanto, como se expresó, un número importante de las controversias planteadas involucran temas tarifarios.

2. LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS TRATADOS.

Resulta de importancia, como cuestión limitar, hacer una somera referencia a la ubicación institucional que los tratados internacionales tienen en el ordenamiento jurídico argentino. En ese sentido corresponde hacer mención de los Artículos 31 y 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional según el texto que surge de la reforma aprobada en el año 1994.

Artículo 31: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859."*

Artículo 75 Inc. 22: Atribuciones del Congreso. *Corresponde al Congreso: "Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Surge de tales textos, entonces, que los TBI, si bien no tienen jerarquía constitucional - la que está reservada a los Tratados de Derechos Humanos - gozan de una jerarquía superior a la de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional.

Sin perjuicio de la claridad de las normas constitucionales antes indicadas es dable señalar que, aún antes de la sanción de la Reforma Constitucional del año 1994, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ya había sentado principios semejantes. En este sentido en el caso "Ekmekdjian", sentencia del 7 de julio de 1992, nuestro máximo Tribunal sostuvo:

"Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -aprobada por ley 19865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 17 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27. Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el Tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel, hacen federal trascendente."

En sentido concordante, en el caso " Cafés La Virginia S.A.", sentencia del 13 de octubre de 1994, la Corte Suprema afirmó:

"La aplicación por los órganos del estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado -además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional- vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (causa F.433.XXIII "Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (10), del 7/7/93; arts. 31 y 75 inc. 22 CN (11)).9. Que lo afirmado por esta Corte en la causa citada en el considerando precedente -y que modifica la doctrina de

Fallos 257-99 (12) y 271-7 (13)- en el sentido de que el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino –una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales- asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el artículo 31 de la Carta Magna, bastaría para rechazar el agravio del Fisco Nacional. Ahora bien, según lo expresado, el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de la jerarquía de las normas (art. 31 CN) y sería un acto constitucionalmente inválido. "

De lo expresado surge, en forma indubitable, a mi entender, que no puede haber duda alguna en punto a la vigencia y jerarquía normativa de los TBI que fueron aprobados por la República Argentina de conformidad con el procedimiento constitucional establecido al efecto.

3. LOS TBI Y SUS OBJETIVOS

A la fecha, la República Argentina tiene en vigencia más de cuarenta TBI, aproximadamente; todos ellos fueron suscriptos en la década de 1990 y, la mayor parte, entraron en vigencia entre los años 1992 y 1995. Fueron suscriptos con países de las más diversas características así como también resulta disímil la naturaleza de las relaciones que la República Argentina mantiene con ellos; entre los TBI suscriptos pueden mencionarse los firmados con España, Estados Unidos, Austria, Bolivia, Holanda, Túnez, Turquía, Italia, Hungría, Ecuador, etc.

Tales TBI se ajustan, en lo principal, al modelo típico que se ha seguido en el orden internacional basando su estructura en dos pilares básicos: la protección de las inversiones y la necesidad de dar certeza a las mismas y la consagración de sistemas de arbitraje para resolver las controversias que se pudieran suscitar.

Las cláusulas, como se expuso, son las usuales en este tipo de Tratados: el standard de trato justo y equitativo, la cláusula de trato nacional y nación más favorecida, las cláusulas de estabilidad e intangibilidad, etc; todas ellas fueron objeto de análisis por el colega que me precedió en el uso de la palabra todo lo cual me releva del análisis de las mismas.

Sin perjuicio de ello y, en atención a que el tema que se me asignó es el de la "eficacia" de los Tratados, estimo indispensable referirme a los objetivos que los Estados parte tuvieron en mira al momento de suscribirlos. Ello así pues tales normas - las de los TBI - solo serán eficaces en la medida que se alcancen los objetivos que el legislador tuvo en mira al momento de aprobarlas. Es decir que la eficacia debe analizarse en función de la aptitud de la norma para cumplir con su objeto y fin.

El juicio respecto de su eficacia solo puede realizarse a partir de la interpretación y aplicación realizada por los sujetos obligados y por los órganos llamados a verificar su cumplimiento ya sean judiciales, arbitrales, administrativos, etc.

En este sentido, a juicio del suscripto, los TBI responden a los siguientes objetivos de las partes signatarias:

- No discriminar al inversor extranjero respecto de los inversores nacionales.
- No proceder a la expropiación de inversiones extranjeras sin la adecuada y justa compensación.
- No privar ni limitar el acceso a la justicia al inversor extranjero.

Es a la luz de estos objetivos que debe analizarse lo ocurrido en la República Argentina, a partir de la sanción de las normas de emergencia de los años 2001 a 2003, con relación a las inversiones extranjeras sin que ello implique, en modo alguno, poner en duda la validez de los TBI que la República Argentina suscribió oportunamente.

Así es como podemos verificar que:

- Las medidas de emergencia afectaron por igual a nacionales y extranjeros sin discriminación alguna.
- Ningún inversor extranjero fue privado de su propiedad. Por ejemplo, las empresas prestadoras de servicios públicos, incluidas aquellas cuyo capital accionario es detentado por accionistas extranjeros, siguen prestando sus servicios con todos sus activos y facturan y perciben las tarifas y tasas en forma normal y habitual.
- Ninguna empresa extranjera o sus accionistas vieron limitado su acceso a la justicia e, incluso, algunas de ellas promovieron acciones judiciales.

Todo ello nos lleva a sostener tanto la validez de los TBI suscriptos, como el uso desviado que de los mismos se está realizando en muchos casos.

4. LOS RECLAMOS CONTRA LA REPÚBLICA ARGENTINA

4.1.¿ Cuáles son los reclamos que, a la fecha, enfrenta nuestro país?

Podemos afirmar que son de cuatro tipo diferenciados:

- a- Los basados en rescisiones contractuales tales los casos de dos concesiones de agua, Compañía de Aguas del Aconquija, en la provincia de Tucumán y Azurix Corp. en la provincia de Buenos Aires - en los que se hizo valer la responsabilidad del Estado Nacional- y el contrato de Siemens AG relativo a la provisión y confección de documentos de identidad.

- b- Los basados en la supuesta violación de cláusulas de estabilidad impositiva tal el reclamo de Enron Corp. con motivo de impuestos de sellos aplicados por las provincias de Río Negro y Neuquén.
- c- Los originados en contratos de prestación de servicios públicos tal los planteados por empresas prestadoras del servicio de agua, transportadoras de gas, distribuidoras de electricidad, etc.
- d- Los planteados por empresas que invocan encontrarse afectadas en sus relaciones contractuales con el Estado Nacional - tal el supuesto de Unisys Corp. por servicios y suministros al Poder Judicial de la Nación - o bien con particulares tal el caso de Metalpar S.A.

A la fecha, existen veinticuatro reclamos registrados por ante el CIADI y otros treinta reclamos, aproximadamente, en la etapa de gestiones amistosas previstas en los TBI. A los fines de encarar tales gestiones así como asesorar en los procesos de arbitraje, por Decreto N°965/03, de fecha 24 de octubre de 2003, se creó la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral, integrada por los Ministerios de Relaciones Exteriores y Culto, de Economía y Producción y Planificación e Inversión Pública la que es presidida por el Procurador del Tesoro de la Nación.

4.2 .¿Cuáles son los hechos alegados por los inversores extranjeros?

Los hechos principales en que se basan los reclamos son los siguientes:

- a- Suspensión y posterior derogación de los ajustes tarifarios por índices de precios tal como estaban contemplados en los contratos de prestación de servicios públicos. En lo que a este reclamo se refiere cabe recordar que la primera suspensión fue dispuesta por el Poder Judicial en una acción entablada por el Defensor del Pueblo de la Nación con fundamento en que tales ajustes violaban a la Ley de Convertibilidad sancionada en el año 1991.
- b- Eliminación de tarifas en dólares con motivo de la sanción de la Ley 25.561.
- c- Restricciones en transferencias al exterior.

En base a tales hechos los inversores extranjeros han alegado que han sufrido la expropiación de sus inversiones sin la adecuada indemnización habiéndose violado el standard de trato justo y equitativo.

En este estado corresponde señalar que un 80%, aproximadamente, de los reclamos en trámite corresponden a empresas prestadoras de Servicios Públicos por lo que los mismos, muy probablemente, tengan adecuada solución en el marco del proceso de renegociación de tales contratos que está llevando a cabo la República Argentina.

5. LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

Surge de lo reseñado que la mayor cantidad de reclamos pretende encontrar fundamento en los perjuicios supuestamente causados por medidas generales adoptadas por la República Argentina con motivo de una crisis económica y social sin precedentes para ella y de mayor gravedad que la sufrida por cualquier otro país en los últimos años. Dichas medidas de "policía", dictadas por el Gobierno Nacional en un verdadero estado de emergencia, obliga a entrar de lleno en el espinoso tema de aquellas acciones del Estado que deben dar lugar a compensación, en el marco de los TBI, y cuales son aquellas otras que, al no constituir una "expropiación indirecta", no son indemnizables.

Justo es reconocer que los TBI vigentes no suministran criterios claros y categóricos al respecto; como excepción, el Tratado de Libre Comercio, suscrito entre Chile y Estados Unidos a mediados del año 2003, contiene algunas pautas generales para conceptualizar la "expropiación indirecta".

Ello obliga a valorar diversos criterios pues no cualquier medida adoptada por un Estado soberano puede dar lugar a una indemnización; en este sentido, entre otros criterios deberá valorarse:

- a- El grado de interferencia con el derecho de propiedad: la privación de la propiedad debe ser total y definitiva. Cualquier restricción, por si sola, no puede dar lugar a indemnización.
- b- La duración de la regulación: Los Estados pueden adoptar medidas temporarias; únicamente una restricción definitiva puede llegar a otorgar derecho a una indemnización.
- c- El propósito del Estado y el contexto económico y social en que se adoptan las medidas: Los Estados están obligados a velar por la paz social y el bienestar de sus ciudadanos y, en tal mérito, deben adoptar las medidas conducentes al cumplimiento de dichos objetivos; no solo debe ponderarse el efecto de la medida sobre el patrimonio del inversor.

Aplicando tales principios al caso argentino podemos comprobar que las medidas económicas adoptadas solo tuvieron en mira superar una aguda crisis económica; en modo alguno, en su aplicación, existió discriminación o intención de perjudicar al inversor extranjero.

El "Estado de Emergencia" no solo justificaba la adopción de tales medidas sino que imponía su adopción a las autoridades competentes para evitar males mayores tanto a nacionales como extranjeros.

6. ALGUNAS EXPERIENCIAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

La eficacia de los TBI y, más aún, la continuidad de su vigencia más allá del lapso original previsto por las partes signatarias, puede entrar en crisis ante decisiones arbitrales que no se ajustan a la intención de los Estados signatarios y a la invocación de sus prescripciones para casos no previstos. En este sentido me permito comentar la experiencia de la República Argentina en dos casos recientes que tramitan por ante el CIADI.

- a- CMS Gas Transmission Co. vs. República Argentina (Caso N° ARB/01/8). El Tribunal ha reconocido la legitimación para accionar a un accionista minoritario que posee el 24% de Transportadora de Gas del Norte (TGN).
Esta protección no solo no está prevista en el Tratado con Estados Unidos sino que abre las puertas a un número de conflictos imposible de precisar por un mismo contrato. Varios accionistas de una misma sociedad y, por un mismo contrato, estarían habilitados para registrar, en forma separada, sus reclamos pudiéndose llegar, incluso, a decisiones contradictorias de los tribunales "ad hoc" para un mismo supuesto de hecho sin que exista mecanismo de unificación alguno.
- b- Metalpar S.A. vs. República Argentina (Caso ARB/03/5). Esta empresa, dedicada a la venta de partes de vehículos para el transporte público, reclama por la afectación de los contratos que celebró con sus clientes privados con motivo de la "pesificación" decretada por el Gobierno Argentino. La situación de la reclamante es la misma que la de cualquier ciudadano argentino que hubiera celebrado un contrato similar; todos ellos, nacionales y extranjeros tienen expedita la vía judicial para recomponer los derechos afectados conforme las normas vigentes que prevén mecanismos adecuados. No se trataba de una inversión y el caso nunca debió ser registrado.

7. ALTERNATIVAS DE MEJORAMIENTO DEL SISTEMA

Debo reiterar, una vez más, que la República Argentina no desconoce los TBI firmados y pretende mantener el sistema pero estima que resulta imprescindible el ajuste del mismo y la reformulación de algunos de sus procedimientos. La experiencia recogida en sus últimos 40 años y el incremento de casos registrados recientemente justifica ampliamente que todas las partes involucradas analicen y propongan alternativas para tornar más eficientes los mecanismos existentes. Humildemente, pretendo aportar mis reflexiones personales en el sentido antes indicado:

- a- Adecuación de normas y procedimientos atendiendo a las particularidades de los demandados.

El sistema del CIADI, por ejemplo, ha nacido bajo la notoria influencia del arbitraje comercial; debe ponderarse que las controversias que se plantean son contra Estados soberanos con objetivos y responsabilidades diversas a los de una empresa comercial. Las normas de fondo y de forma deben reconocer esta circunstancia.

- b- Publicidad, transparencia y participación: Lo expresado precedentemente obliga a dar adecuada publicidad a todas y cada una de las actuaciones en atención a las obligaciones de los funcionarios públicos que representan a los Estados parte y al control que, sobre estos, ejercen tanto los órganos de control interno de cada país como sus ciudadanos. En este sentido, las audiencias deben ser públicas y se debe facilitar la participación de ONG y entidades intermedias así como publicitar, de inmediato, toda presentación de las partes y decisiones de los Tribunales.
- c- Registro de reclamos: Debe efectuarse un examen más riguroso del pedido de registro de un reclamo evitando a un Estado verse involucrado, innecesariamente, en un costoso proceso arbitral.
- d- Sistema recursivo: El mecanismo del CIADI para resolver controversias no constituye un "sistema"; se trata de Tribunales "ad hoc" respecto de cuyas decisiones sólo procede un limitadísimo recurso de nulidad.
Debe articularse un mecanismo que permita la unificación o "casación" de decisiones arbitrales todo lo cual daría mayor solidez al procedimiento actual. Se evitarían así soluciones contradictorias.
- e- Acumulación de procesos: Deben otorgarse mayores facultades a la Secretaría del CIADI en punto a disponer, cuando ello resulte procedente, la acumulación de procesos evitando la multiplicación de tribunales para decidir sobre supuestos de hecho idénticos.
- f- Inmediación en los procesos arbitrales: El CIADI debe instar a los tribunales "ad hoc" a constituirse para sesionar y recibir las pruebas en los lugares donde se desarrollaron los hechos tomando conocimiento "in situ" de las circunstancias del caso. No parece apropiado que el proceso se lleve a cabo a miles de kilómetros del lugar de los hechos.

Estas son tan solo algunas de las cuestiones que, a mi juicio, deben ser analizadas en mira al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias.

8. CONCLUSIÓN

De lo expresado y de la experiencia vivida por mi país en los últimos años se desprende la necesidad de volver sobre los TBI para perfeccionar su funcionamiento. Ante las interpretaciones desviadas formuladas tanto por sujetos supuestamente afectados como por algunos tribunales se impone que las partes signatarias aclaren mediante la firma de los documentos necesarios, cual fue su verdadera intención y los objetivos buscados.

Encontrándose próximo el vencimiento del plazo originario de vigencia - diez años- de casi todos los TBI suscriptos por la República Argentina, la oportunidad de hacerlo parece ser la más conveniente. Ello impedirá la posibilidad de denuncia de los TBI en la forma y plazos previstos en cada uno de ellos.

Simultáneamente todos los interesados - inversores, abogados, árbitros, funcionarios internacionales, académicos, etc. - deberán abocarse a la revisión y adecuación de las normas procesales vigentes a la luz de las experiencias recogidas.

Todas estas acciones redundarán en otorgar mayor seguridad jurídica tanto a los inversores como a los países receptores de las mismas y a sus ciudadanos.

Esta es la tarea que queda por delante.



EL PROCESO DE RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS EN LA REPUBLICA ARGENTINA

DR. GUSTAVO SIMEONOFF

SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS
MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Buenos días a todos, en primer lugar quiero agradecer al Real Instituto El Cano el haberme invitado a este seminario y darme así la oportunidad de explicarles algunos aspectos del proceso de renegociación de los Contratos de Servicios Públicos en la República Argentina.

Para comenzar voy a referirme brevemente al impacto de la crisis económica de la Argentina en general y respecto de los contratos de servicios públicos en particular.

Luego de varios años de una profunda recesión económica, que produjo un alarmante e incontrolable aumento de los índices de pobreza, desocupación y marginación social, la Argentina afrontaba a fines del año 2001 la pérdida del control sobre las variables macroeconómicas más importantes del sistema, la falta de gobernabilidad institucional, así como la instalación de una diversidad de conflictos sociales de difícil resolución.

Esa crisis, en su estado terminal, condujo a un trágico estallido social que produjo el derrumbe del entonces gobierno constitucional y llevo al país a un estado de ingobernabilidad en términos políticos, institucionales, sociales y económicos.

Al asumir el Presidente Duhalde el gobierno de transición en las primeras horas del año 2002, el Congreso de la Nación dictó la denominada Ley de Emergencia Económica, que declaró la situación de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo las facultades para dictar todas las medidas necesarias para hacer frente dicha situación.

Por dicha Ley, el Congreso Argentino dispuso formalmente la salida del régimen de convertibilidad del peso con el dólar, o sea la paridad un peso igual a un dólar, que rigiera durante diez años y cuyo colapso se produjo a fines del año 2001.

Dicha medida dio forma legal a una realidad impuesta por los hechos, y que era, desde un tiempo atrás, motivo de análisis tanto de los agentes económicos internos como externos que predecían ese colapso.

Consecuentemente con tal decisión, el Parlamento de la Nación dispuso que el Poder Ejecutivo se abocara a la renegociación de los contratos de los servicios públicos privatizados, cuyas variables económicas habían entrado en crisis por la salida de la convertibilidad, principalmente en razón que los precios y tarifas habían sido convenidos oportunamente en dólares.

En ese contexto el gobierno inició la primera etapa de la renegociación de los contratos, adoptando medidas que tuvieron por finalidad reestablecer el funcionamiento de las instituciones básicas de la economía, como la intermediación financiera, la moneda, el presupuesto público, la administración impositiva y los servicios públicos entre otros aspectos.

Dichas medidas intentaron minimizar, con diverso grado de éxito, el impacto sobre las relaciones contractuales y morigerar las consecuencias derivadas de la inevitable devaluación de la moneda.

La legislación de emergencia al incluir la renegociación de los contratos de servicios públicos, implicó ante un estado de necesidad innegable, el establecimiento de normas que responden claramente a una situación especial y cuya naturaleza jurídica es la de un régimen de excepción.

De esta forma, se instaló necesariamente un proceso de negociación que abarcaba a todos los sectores de los servicios públicos, involucrando a un conjunto por ese entonces de 62 contratos de gestión privada de tales servicios.

Dada la magnitud y características de este proceso de renegociación masiva de contratos públicos, se estaba frente a una situación que carecía de antecedentes similares en nuestro País, y de difícil comparación con el resto del mundo. Es así que la renegociación debió comenzar bajo las severas condiciones imperantes en el marco de la crisis más profunda y extensa que registrara nuestra Nación.

A partir de las decisiones adoptadas, el Gobierno Nacional reafirmó en todo momento su voluntad de avanzar en dicho proceso, asumiendo compromisos expresos en tal sentido ante la Comunidad Internacional, como también ante las Agencias y Organismos multilaterales de Financiamiento.

Para ello se dispusieron un conjunto de normas y reglamentos para llevar a cabo la negociación, con el fin de articular un proceso que posibilitara las instancias de discusión y búsqueda de acuerdos con las empresas concesionarias.

Las decisiones adoptadas y los procedimientos cumplidos, se efectuaron sin ningún tipo de discriminación ni preferencia respecto a las empresas o capitales controlantes de las empresas concesionarias de origen nacional.

Asimismo las medidas implementadas apuntaron a asegurar la continuidad de los servicios y proteger los derechos de los usuarios a recibir servicios públicos eficientes.

DEBE SEÑALARSE QUE DURANTE EL DESARROLLO DE ESTA PRIMER PARTE DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN, ES DECIR DURANTE EL AÑO 2002 Y EN EL PRIMER SEMESTRE DEL AÑO 2003, SE CONJUGARON DIVERSOS FACTORES INSTITUCIONALES, ECONÓMICOS Y SOCIALES QUE EN FORMA DIRECTA O INDIRECTA INCIDIERON SOBRE LAS POSIBILIDADES DE AVANZAR EN EL DESARROLLO DE ACUERDOS PARCIALES QUE HUBIERAN PERMITIDOS RESOLVER PROBLEMAS COYUNTURALES.

Al asumir en mayo de este año, la nueva gestión gubernamental a cargo del Presidente Néstor Kirchner, se reafirma la voluntad de la Argentina de llevar a cabo y

concluir el proceso de negociación, impulsándose para ello la sanción de diversas Leyes, como también la sanción de decretos y normas complementarias dirigidas a implementar los procedimientos para alcanzar los acuerdos contractuales pendientes.

En la actual instancia, la responsabilidad gubernamental de llevar a cabo el proceso se encuentra a cargo de la UNIDAD DE RENEGOCIACION Y ANALISIS DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS – UNIREN – que es presidida por los Ministros de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Economía y Planificación y dentro de la cual me corresponde desempeñarme como su Secretario Ejecutivo

La UNIDAD DE RENEGOCIACIÓN Y ANALISIS fue creada por el Decreto N° 311/03 y constituye una norma complementaria de la Ley de Emergencia N° 25.561, a través de la cual el Poder Ejecutivo estableció los mecanismos institucionales y procedimientos para implementar esta segunda etapa del proceso de renegociación.

La UNIREN que es un órgano especialmente creado por el Gobierno Federal, tiene asignadas las funciones de:

- Efectuar el análisis de situación y cumplimiento de los contratos más allá de del impacto de la emergencia.
- Llevar a cabo las instancias de negociación con los concesionarios.
- Suscribir los acuerdos de renegociación ad referéndum del PODER EJECUTIVO NACIONAL.
- Elevar los proyectos sobre adecuaciones transitorias de precios, tarifas y/o cláusulas contractuales relativas a los servicios públicos bajo concesión o licencia.
- Efectuar recomendaciones respecto de los contratos y del funcionamiento de los respectivos servicios; y
- Formular un proyecto de Ley sobre el nuevo Marco Regulatorio General para el funcionamiento de la totalidad de los servicios públicos.

La Unidad también está conformada por un Comité Sectorial, integrado por todos los Secretarios de Estado que actúan como Autoridad de Aplicación sobre los distintos sectores de servicios públicos y por Equipos Técnicos Sectoriales, integrados por especialistas en las distintas disciplinas.

Asimismo, es importante señalar a este Auditorio, que actualmente se están culminando las gestiones para definir la cooperación a brindar por el Banco Mundial en el desarrollo del proceso de renegociación, lo cual seguramente constituirá un importantísimo aporte para la labor de la UNIDAD.

Conforme a las normas vigentes, la labor de la UNIDAD DE RENEGOCIACION debe hallarse cumplida antes de finalizar el año 2004, resultando deseable para el Gobierno Argentino que con anterioridad a dicha fecha se hallan concretado a los acuerdos con las empresas concesionarias.

En lo que respecta la información referida a la evolución y grado de cumplimiento de cada uno de los contratos, ésta es suministrada a la UNIDAD por los distintos Organismos de Control de cada uno de los sectores.

Durante la negociación, tanto la Autoridad de Aplicación de cada contrato, como también los respectivos Organos de Control, continúan ejerciendo sus competencias y facultades, en la medida de su concurrencia con las normas y procedimientos dispuestos para adecuar el proceso de negociación.

Conforme al régimen de aplicación vigente al proceso, el Poder Ejecutivo está facultado a disponer, durante el curso de las negociaciones, medidas de carácter transitorio respecto a los contratos de las concesionarias o licenciatarias, las que deberán oportunamente integrarse a los acuerdos definitivos a los que se arribe con las empresas involucradas.

Los acuerdos de negociación conforme lo dispuesto por la reciente Ley N° 25.790, pueden presentar durante desarrollo del proceso distintas variantes, determinándose que los acuerdos que se suscriban puedan contemplar:

- aspectos parciales de los contratos de concesión o licencias
- fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias del contrato
- revisiones periódicas contractuales pautadas, o
- adecuaciones de los parámetros de calidad de los servicios

Una vez que se establecen las bases y términos de los acuerdos contractuales por parte de la UNIREN con las empresas, deben adecuarse los procedimientos establecidos por las normas vigentes para su posterior aprobación y convalidación.

En tal sentido el marco normativo, establece que los acuerdos deberán hallarse sujetos:

- a las consultas públicas basadas en preceptos constitucionales para articular la participación de los usuarios y demás Actores Sociales
- a la suscripción de los acuerdos, a los dictámenes de los distintos Organismos Estatales de Contralor
- a la aprobación de los Acuerdos por parte del Poder Ejecutivo
- y su remisión al Congreso de la Nación.

La intervención del Congreso Nacional, se efectuará una vez suscriptos los acuerdos por parte de la Unidad y aprobados por el Poder Ejecutivo. Dicha participación se realizará mediante un proceso que implique la ratificación o el rechazo del acuerdo sin posibilidad de modificación total o parcial en el ámbito legislativo. Para ello el Poder Legislativo tendrá un plazo de 60 días, en el término del cual podrá aprobar los acuerdos o bien observarlos y solicitar al Poder Ejecutivo la revisión de los mismos. Vencido dicho plazo, y en caso de silencio, los Acuerdos se consideran automática convalidados.

Es indudable que en virtud de la trascendencia que presenta el proceso de renegociación, el heterogéneo conjunto de los Actores Políticos, Económicos y Sociales argentinos, aún desde posiciones distintas, coinciden en adjudicarle una marcada importancia a la renegociación, colocándola dentro de los temas relevantes de la Agenda Pública y del futuro crecimiento del país.

Por tal motivo, se considera clave para avanzar en este proceso, el fortalecimiento del ámbito central de la negociación, para que los mencionados Actores directamente involucrados, realicen sus respectivos aportes a través de la voluntad de negociar, la asunción de compromisos, la implementación de acciones concurrentes y por supuesto la toma de decisiones

Simultáneamente, para favorecer las condiciones de viabilidad del proceso, corresponde atender adecuadamente los distintos espacios e instancias de la negociación, y a cada uno de los actores en general posibilitando que su participación sirva para reforzar las reglas de juego planteadas y aceptadas por las partes, y ampliar las perspectivas de avanzar con mayor solidez.

Hechas todas estas aclaraciones me gustaría expresarles que es lo que el Gobierno Argentino entiende por “renegociar”:

- **RE-CONOCER** que la actual realidad argentina difiere de la situación que existía al momento de efectuarse las privatizaciones, lo cual exige necesariamente grados de flexibilidad para alcanzar cualquier tipo de acuerdo
- **RE-VISAR** el grado de cumplimiento de los contratos, única forma de tener información calificada sobre la situación de cada empresa respecto a los compromisos que asumiera oportunamente
- **RE-CUPERAR** un ámbito de análisis compartido con las empresas, para favorecer un diálogo fecundo que permita avanzar en el proceso negocial y más allá de éste.
- **RE-COMPONER** la confianza mutua y la disposición constructiva que debe guiar todo proceso de acuerdos, sin ningún tipo de discriminaciones ni privilegios para ninguna empresa
- **RE-TOMAR** la voluntad negociadora y conciliadora que debe primar para sentar los términos para la continuidad de los contratos, todo ello a partir de la buena fe contractual, incluyendo todas las cuestiones y reclamos que pudieran plantearse
- **RE-INSTALAR** el espacio que la infraestructura de servicios públicos debe necesariamente tener como un área de interés para las empresas que deseen asociarse con el futuro de nuestro país y quieran comprometerse con su comunidad
- **RE-ESTABLECER** las condiciones que posibiliten asegurar las inversiones necesarias y garantizar la continuidad y seguridad de las prestaciones, y los derechos de las partes

- **RE-ADECUAR** los institutos y mecanismos de regulación contractual a efectos de posibilitar su compatibilidad respecto a la evolución de la economía y de la situación social de nuestro país.
- **RE-DEFINIR** de común acuerdo términos aceptables y convenientes para ambas partes, contemplando los distintos intereses y expectativas, para alcanzar un nuevo esquema de equilibrio contractual que resulte sustentable en el tiempo

Ahora entrando en el contenido de la negociación en los términos recién descriptos, puede decirse que existen diversos aspectos a analizar, revisar y redefinir.

En cuanto al tema tarifario, el esquema adoptado preveía que la determinación de las tarifas de los servicios públicos, debían satisfacer los costos operativos aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retorno razonable.

A partir de la crisis contractual, derivada de la situación de emergencia, dicho criterio debe servir de base para los términos de la negociación con vistas a determinar y consensuar mecanismos para establecer un nivel tarifario que resulte compatible tanto con las condiciones del servicio efectivamente brindado, como con la evolución económica y social de nuestro País.

Dentro del aspecto social, entiendo que deberían incluirse las cuestiones vinculadas a la accesibilidad a los servicios a los sectores de menores recursos, como también la tarifa social cuyo trámite ha recibido sanción de la Cámara de Senadores en forma unánime.

Entre otros temas contractuales podemos enunciar los siguientes :

- La revisión de la metodología para valuar la base de capital;
- La revisión de los costos operativos en función de la emergencia;
- La determinación de la metodología para determinar la tasa de rentabilidad.
- La revisión del régimen de calidad de servicio
- La revisión del régimen de sanciones
- El tratamiento de las deudas del Estado Nacional;

- La elaboración de un plan de inversiones
- El acuerdo sobre una metodología de seguimiento de los costos y las inversiones
- La Revisión de la carga impositiva a los consumos de electricidad y otros impuestos
- La elaboración de un programa para la regularización del contrato en el mediano plazo, atendiendo a la situación socioeconómica y la sustentabilidad del servicio.

Por último y a modo de consideraciones finales quiero decir que la superación de las restricciones y dificultades que justificaron la declaración de emergencia en el año 2002, requiere del esfuerzo de todos los sectores de la comunidad, lo que permitirá paulatinamente, como lo demuestra la realidad al cabo de dos años, reencauzar el rumbo de la seguridad, el crecimiento y el bienestar general.

En este contexto es donde debe ubicarse el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos, el cual se desarrolla asumiendo el ESTADO NACIONAL la responsabilidad indelegable de velar por las condiciones necesarias para garantizar la prestación de los servicios públicos a la población y la seguridad para los prestatarios de dichos servicios.

La renegociación en marcha, reconoce sus lineamientos en los principios establecidos por la ley de Emergencia Económica esto es evaluar

- el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos;
- la calidad de los servicios y los planes de inversión cuando ellos estuviesen previstos contractualmente
- el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios
- la seguridad de los sistemas comprendidos; y
- la rentabilidad de las empresas.

El resultado del proceso de negociación, es decir los acuerdos que se alcancen entre el ESTADO NACIONAL ARGENTINO y las Empresas, deberá contemplar en forma adecuada la necesaria compatibilización de las expectativas, intereses y derechos de los distintos sectores y actores involucrados.

Es indudable que, para responder a tales premisas, la renegociación en curso requiere cumplirse a través de un conjunto de reglas, instancias y procedimientos que se desarrollen bajo condiciones de transparencia, solvencia, racionalidad, objetividad y equidad, tal que resulten adecuadas y suficientes para alcanzar el objetivo trazado.

Creo que todos los que estamos aquí, sabemos que la única forma de encontrar salida a la actual situación es que la Argentina pueda contar con un crecimiento económico sostenido y sustentable desde el punto de vista social y político.

A su vez, el crecimiento económico sostenido y sustentable es una condición básica para la necesaria mejora de los servicios públicos en la Argentina.

Por otra parte los acuerdos que puedan alcanzarse deben ser correctos y aceptables para las partes, y legitimados por los mecanismos institucionales establecidos.

La inversión extranjera en el sector de los servicios públicos, es fundamental para afirmar la tendencia de la recuperación económica y debe basarse sobre los mismos derechos y obligaciones que la inversión local, asumiendo que las nuevas condiciones en las que habrán de desenvolverse, les demandará mayor capacidad y calidad.

Reconociendo tales circunstancias y factores, podremos transitar juntos el Gobierno Nacional y las Empresas Prestadoras de los Servicios, el camino de la renegociación, esperando que el esfuerzo que nos demande se vea compensado por el logro de los objetivos que ambas partes desean.

Agradezco la atención que me han brindado durante estos minutos y nuevamente quiero expresar mi gratitud por la oportunidad de haberme invitado a participar en este Seminario que considero por el escuchado hasta ahora que nos resultará de mucha utilidad a todos.

Muchas gracias a todos.



ABOGACÍA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Fernando Pombo

1) Introducción General. La abogacía.

Desde el siglo II a. C., por influencia helénica, se introduce la retórica en los tribunales romanos, dando lugar por ese entonces a una actividad peculiar, la *abogacía*, cuya función radicaba en la asistencia y defensa de los ciudadanos ante los tribunales.

En sus umbrales el ejercicio de la abogacía –*patroni causarum, causidici, advocati*– se reducía sólo al patronato. Más adelante oradores con título, patricios y plebeyos, se dedicaron a esta profesión, ilustrada por los triunfos de *Cicerón*, de *Hortensio* y de tantos otros.

Con el correr del tiempo, ya en la época del *Bajo Imperio*, los ciudadanos que se consagraban a esta profesión recibieron el nombre de *advocati*, debiendo prestar en sus actuaciones el llamado *iuramentum calumniae*, equivalente al compromiso de proceder de buena fe, principio que rige nuestro actuar profesional.

En sus primeros pasos, ya se avizoraba que nuestra profesión representaría un pilar fundamental para el mantenimiento de la República. Uno de los textos escritos por León y Antemio a Calícatres es una clara muestra de esto, allí señalaban que “*Los abogados, que aclaran los hechos ambiguos de las causas, y que por los esfuerzos de su defensa en asuntos frecuentemente públicos y en los privados, levantan las causas caídas y reparan las quebrantadas, son provechosos al género humano, no menos que si en batallas y recibiendo heridas salvaran a su patria y a sus ascendientes. Pues no creemos que en*

nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados; porque militan los patronos de causas, que confiados en la fuerza de su gloriosa palabra defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren”.

Este sentido atribuido a la abogacía, como una significación guerrera, se mantuvo en el tiempo a través de la historia. El proceso oral o escrito con su batalla dialéctica, los pensamientos de algunos literatos franceses del siglo XIX que creían la acción civil como *le droit casqué et armé en guerre*, el carácter indubitablemente conflictivo de buena parte de la humanidad, el engrعيمiento de la lucha por el derecho que se forja en la obra de Ihering, y mucho más, ha logrado que a lo largo de los siglos se conciba al abogado como un *soldado del derecho*.

No obstante ello, debemos señalar que la abogacía y sus formas de ejercicio son experiencia histórica. Sus insuficiencias, aun sus ideales, mutan en la medida en que pasa el tiempo y nuevos requerimientos se van haciendo sucesivamente presentes ante el espíritu humano.

Hoy, las exigencias de la libertad humana, el respeto por los derechos fundamentales y las imposiciones de la justicia social constituyen las notas dominantes de la abogacía, pero a su vez, esa libertad y esa justicia pertenecen a un orden general, dentro del cual interfieren, colisionan y contienden otros valores.

Constantemente, los ciudadanos, batallando por sus derechos, se enzarzan en conflictos, se empeñan en discrepancias, se enfrentan entre sí o con los poderes. De la mano de sus abogados, y por medio de su voz exigen justicia. La enorme tarea de avanzar hacia ella debe ser persistente.

Sólo a través de la seguridad jurídica se hará efectiva la libertad civil y la posibilidad de hacerla cierta. Para ello, debemos recurrir a su aspecto dinámico y eficiente, entendiendo por este, el debido proceso legal basado en el estado de derecho.

Este debido proceso legal es inconcebible sin la asistencia letrada, sin la eficaz tutela técnica, nota fundamental de la seguridad jurídica. Así lo establece el propio Código de Ética

del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires donde señala que *“es misión esencial de la abogacía el afirmar la justicia y la intervención profesional del abogado, función indispensable para la realización del derecho”* y que *“es deber del abogado preservar y profundizar el estado de derecho”*.

La abogacía es, desde el punto de vista político, la disciplina de la libertad dentro del orden. Los conflictos entre la libertad y la autoridad, entre el individuo y el poder, constituyen el tema de cada día. En medio de esos conflictos, cada vez más dramáticos, el abogado no es un barco sin timón. Por el contrario, desde la autoridad que crea el derecho o desde la defensa que pugna por su justa aplicación, el abogado es quién desata muchas veces ráfagas de tempestad y puede mantener el rumbo.

No puede existir seguridad jurídica, ni tampoco Estado de Derecho, sin ejercicio libre y profundamente responsable del abogar.

El oficio de la defensa añade a la condición y a los atributos del abogado una cualidad que define el sentido de su profesión como de defensor de la libertad y del derecho, aun a costa de su propia tranquilidad, pues le obliga a la lucha, no sólo contra el adversario sino también contra la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad cuando ésta se ha afirmado por esos medios. De ahí que Justiniano comparase a los abogados con los guerreros.

El jurista no debe, ni aun en los momentos más difíciles de su vida, olvidar los principios que forman precisamente el espíritu de justicia y el sentido de seguridad jurídica que debe mantener, profesar y enseñar, sobre todo cuando la pasión política, el odio y la ofuscación de los partidos o las facciones hacen olvidar las garantías jurídicas establecidas en la Constitución y en las leyes, en defensa de la vida, del honor y de la propiedad.

En la República Argentina, el tradicional respeto de la sociedad al abogado, como así también, su actuación e influencia social, en razón de ser *letrado*, ha logrado conservar la prístina dignidad de la profesión.

Históricamente, Argentina ha sido y es en la actualidad cuna de grandes juristas que desde el principio de la república han contribuido, de manera contundente, al engrandecimiento de esa nación.

Entre otras, la obra “*Las Bases*” del jurista Juan Bautista Alberdi, a comienzos del siglo XIX, evidencia claramente el compromiso de los abogados argentinos en la creación, mantenimiento y fortalecimiento del Estado de Derecho, en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En definitiva, el abogado debe ser persona digna, honorable e irreprochable, es decir, un *bonus vir*.

2) La crisis económica, institucional y financiera de la República Argentina. La seguridad jurídica.

Grave y preocupante es la situación actual de Argentina.

Todos sabemos y estamos constatando de primera mano con ocasión de este interesante ciclo de conferencias la grave y preocupante realidad de nuestro país hermano.

Pero nuestra primera tarea como juristas nos demanda un espíritu crítico que, lejos de contentarse sólo con las apariencias o con las sombras de la realidad (del mismo modo que el mito de la caverna de Platón reflejaba vagos movimientos que no eran sino visiones oníricas de la real existencia de los individuos que se desplazan en la cueva) debe avanzar unas reflexiones que nos sitúen en un plano más elevado.

Esta visión necesariamente más alta y a la vez más profunda y penetrante, ha de hacernos identificar una serie de lugares comunes a la profesión de abogado y al principio general del Derecho que constituye la seguridad jurídica.

Resulta evidente que en estos últimos tiempos la Argentina sufre su peor crisis económica, institucional y financiera, que se ha visto profundizada, entre otros factores, como consecuencia de un desordenado dictado de normas de distinta índole y rango, las

cuales, sin siquiera esbozar solución definitiva alguna, han representado un papel decisivo en el devenir histórico del actual trance argentino.

Como consecuencia de dicha anarquía normativa se originó un crudo enfrentamiento entre los distintos poderes y sectores de la sociedad desencadenando, en forma caótica e imprevisible, innumerables acontecimientos institucionales, legales y jurisprudenciales, que ahondaron la crisis. En este aspecto, debemos puntualizar que algunas de las leyes, decretos y resoluciones dictadas, aunque creemos fueron pensadas para paliar la crisis, sólo lograron profundizarla llegando a límites impensados para un país tan pudiente como Argentina.

Son innumerables las causas que han dado origen a la actual crisis, sin poder afirmar si alguna de ellas ha sido la preponderante. Podremos pensar en distintos orígenes como ser la aplicación de un liberalismo exacerbado, la globalización, la política llevada adelante en la década del noventa, el exacerbado déficit fiscal, la incompetencia de algunos gobernantes, la incapacidad generalizada de una clase política, las estrategias del FMI, etc.

Sin embargo, creemos que la crisis actual deviene de la sumatoria de todos estos factores enunciados, por lo que nos es imposible pensar otra solución que el retorno al respeto de las instituciones, de los poderes y sobre todo a una clase política que actúe en favor de los intereses de la sociedad argentina.

Hemos de comenzar efectuando una breve mención de los rasgos más característicos de esta crisis, los cuales, creemos se remontan varios años atrás, para luego, plantear la preeminente consideración que merece la seguridad jurídica en todo sistema de normas.

Como primer punto, observamos que el reflejo jurídico de la crisis, se ha amparado en la declaración de emergencia, la cual se ha extendido en Argentina a todos los campos y por mucho tiempo, excediendo el que podemos entender por *razonable*, con lo que se ha creado un sentido y alcance distinto de lo que entiende por estado de emergencia.

Etimológicamente, emergencia proviene de emerger, es decir, transitar desde un estado a otro, que, en el caso, se trata de un tránsito desde la excepcionalidad hacia la normalidad.

Con esto queremos señalar que la prolongación indefinida en el tiempo de la declaración de emergencia –social, económica e institucional- que va virando en su contenido y actores, ha suscitado en la sociedad un sentimiento de descreimiento del normal funcionamiento de las instituciones y de la siempre defendida división de poderes y primacía del Estado de Derecho.

Sin la metódica aplicación de los principios generales en los cuales debe apoyarse todo Estado de Derecho resulta imposible mantener el equilibrio necesario y la subordinación del Estado al Derecho, que determina sus márgenes de actividad y los medios que debe utilizar para alcanzar sus fines.

Este modelo de Estado debe descansar en sus tres principios esenciales: imperio de la ley, división de poderes y reconocimiento de derechos y libertades.

- Imperio de la ley. Junto a la limitación del poder aporta una carga axiológica, consistente en la exigencia de que el Derecho responda a la idea de justicia y a la defensa de la libertad y la propiedad; sólo así puede diferenciarse el Estado de Derecho del Estado legal, aquél donde, de acuerdo con Lowenstein, el Derecho se convierte en un instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos en la comunidad.
- División de poderes. El sometimiento del poder al Derecho y el control de aquél por este se materializa en gran medida gracias a la separación del poder en distintos órganos que asumen funciones diversas y actúan como contrapeso recíproco.
- Reconocimiento de los derechos y libertades. La incorporación de unos derechos básicos de los ciudadanos a textos jurídicos positivos como la “*Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia*” (1776) y la “*Declaración de derechos del Hombre y el Ciudadano*” (1789), unido al imperio de la ley, resulta trascendental en la consolidación de la separación de esferas públicas y privadas y en la limitación de los medios de acción del poder.

García Pelayo observa que el Estado de Derecho, cuya total actividad ha de desarrollarse en el marco de preceptos jurídicos que establecen un sistema de competencias delimitado con precisión, parte de la vigencia condicionada de esa estructura jurídica a la normalidad de su cumplimiento y cuando no sucede así se trata de un supuesto *excepcional* al que, por su propia naturaleza, no es aplicable la norma general sino medidas excepcionales, siempre que se trate verdaderamente de un fenómeno de naturaleza anormal y duración *limitada*, pues de lo contrario se trata de un cambio general de supuestos que lo que exige es una nueva norma general.

El conocido aserto de Cicerón “*salus publica, suprema lex*” es tomado como máxima por filósofos de tan clara tendencia liberal como Locke, que señala que “*es una regla tan justa y fundamental que quien la sigue sinceramente no puede errar peligrosamente*” y la aplicación de esta máxima al constitucionalismo moderno deriva de que, como bien señala Smein, un régimen constitucional no puede perecer por la noble razón de que se mantiene respetuoso con los principios y las libertades.

La justificación filosófica de los ataques a las libertades con el fin de garantizarlas en situaciones extremas, a partir de la Revolución Francesa, ha llevado a la elaboración de dos grandes corrientes: (i) la idealista alemana -de acuerdo con la que Derecho y legalidad están a servicio del Estado y por ello sólo le vinculan en la medida que sirven de salvaguardia para su pervivencia- y (ii) la racionalista francesa -los hechos contra el orden constitucional son ataques frontales a la voluntad general y al poder constituyente, lo que puede excusar provisionalmente ciertas reacciones del poder-.

Por tanto, la existencia de situaciones de anomalía, fenómenos agrios y no pocas veces sangrientos, conlleva la necesidad de un Derecho excepcional que prevea la anomalía y la normativice. Esta necesidad se plantea sólo en los Estados de Derecho -en los autocráticos el poder no se haya sometido al Derecho- que se enfrentan a la dificultad extrema que podría resumirse en la pregunta de Donoso Cortés: *¿Cómo se organiza el caos?*. La respuesta del Estado de Derecho a tan inquietante interrogante se ha desarrollado a través de varias vías de entre las cuales ha de destacarse la institución del *etat de siege* o estado de guerra por estar, dice García Pelayo, rigurosamente dentro de los

principios del imperio de la ley y de la delimitación de competencias que caracterizan a ese modelo de Estado, algo que la experiencia demuestra que no ocurre con los decretos de necesidad del constitucionalismo germánico.

Resulta evidente que en la Argentina existe un ciclo, apartado de los principios esenciales antes enunciados, que se inició con emergencias esporádicas, las cuales, con posterioridad, se han transformado en permanentes. Los períodos de anomalía han sido tan numerosos y variados que resulta sumamente difícil establecer si la construcción teórica sobre las emergencias puede situarse dentro o fuera del orden jurídico. Cabría entonces analizar si la doctrina sobre las emergencias resulta paralela al sistema jurídico y si se impulsa ante la aparición de circunstancias excepcionales que la justifican o si, por el contrario, la emergencia origina un trato agravado dentro de la sistematización.

Si nos remontamos al pasado podemos ver claramente las graves crisis del 30, luego la del 89 y la actual que, tristemente, se han ido conectando entre sí ocasionando la delicada y tolerada permanencia del estado de emergencia que perjudica peligrosamente a cualquier país que lo sufra.

No podemos perder de vista que la declaración de emergencia supone una finalidad que da justificación a los medios utilizados, mientras que en el estado de derecho la legalidad implica la razón que revela la toma de decisiones.

Debemos señalar que el Estado, desde el punto de vista histórico, es una forma de organización política que, de acuerdo con Weber es la obra predilecta del Renacimiento, lo que Heller atribuye a que es cuando se produce en Europa occidental la concentración de los instrumentos de mando que emancipa una unidad jurídica de territorio y población caracterizada por su autoridad.

De esta concepción resulta una vinculación de las ideas de Derecho y Estado preñada de consecuencias, la primera de las cuales es que, si bien la doctrina se ha planteado tradicionalmente la cuestión de la preexistencia del Estado al Derecho o viceversa, algunos autores como García Pelayo señalan que son momentos de una misma realidad y como tales no sólo se suponen sino que se condicionan mutuamente. Por su

parte Burkhardt afirma que el Derecho rige porque es impuesto por la organización, pero esta, como institución jurídica que es, supone el Derecho; por ello, lo esencial en las relaciones entre Estado y Derecho es su mutuo condicionamiento.

Dejando de lado posibles ideologías políticas, logramos ver claramente que los últimos gobiernos argentinos, involucrando a sus tres poderes, cada cual en su esfera de competencia, no han podido encontrar, aún habiéndose apartado de los preceptos que hacen al mantenimiento del estado de derecho, las soluciones necesarias que pudieran detener a la crisis actual que a fines del año 2001 encontró su peor momento.

Ante esta crítica situación y a falta de respuestas claras, fue la sociedad en su conjunto, y sin color político alguno, la que emergió a escena para demostrar el gran descontento general respecto del avasallamiento de sus derechos fundamentales.

Las restricciones al derecho de propiedad – citando como mayor rasgo distintivo el dictado de numerosas normas que, entre otras originaron el famoso “*corralito financiero*”- sumadas a una serie de desconuelos que la sociedad viene soportando desde hace tiempo determinaron una reacción que llegó a límites impensados.

Como consecuencia de esa complicada evolución normativa se originaron graves perjuicios para gran parte de la sociedad. Amparados en una nueva declaración de emergencia se intentó avasallar nuevamente los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna.

Un claro y triste ejemplo del contradictorio dictado de normas imperante en esa época, es lo acaecido con el dictado de la ley sobre intangibilidad de los depósitos dinerarios captados por entidades financieras, los cuales, según la propia norma no podrían, “*en ningún caso*”, sufrir alteraciones en las condiciones pactadas. Agregando que dicha ley era de orden público y que los derechos adquiridos serían protegidos por la Constitución Nacional.

Sin embargo, ello no duró demasiado, al poco tiempo la “*emergencia*”, a través de otra ley, suspendió la aplicación de la intangibilidad dejando de lado lo establecido meses atrás, determinando que lo intangible dejaba de serlo.

Esta ha sido la suerte que ha corrido el derecho de propiedad en la Argentina de los últimos tiempos, siendo reflejo de las contradicciones operadas al momento de delinear el límite entre la emergencia y los derechos constitucionales.

Lógicamente, este caos originó idas y vueltas que no hicieron mas que profundizar, en mayor medida, la crítica situación que atravesaba el país. Sin entrar en detalles, no podemos dejar de mencionar el aluvión de acciones de amparos incoadas por los particulares contra el Poder Ejecutivo y las distintas entidades financieras con el fin de proteger su derecho de propiedad, lo cual produjo opiniones contradictorias en el seno de la sociedad.

Creemos que esta hiperactividad judicial, demuestra en forma fehaciente que la gravedad actual de la situación argentina excede el denominado estado de emergencia que justifica el intervencionismo estatal. Asimismo, la ya comentada crisis institucional y económica se encontraba apoyada en una anómala y excesiva delegación de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo.

Con referencia a este punto es dable señalar que ya en la época de la República, los romanos utilizaban la institución del *diktador* al cual se le otorgaban plenos poderes, pero siempre acotados temporalmente. Una vez vencido el término otorgado, los poderes caducaban. En una oportunidad esta condición fue incumplida, como fue el caso de Julio César, determinando el comienzo del imperio y el fin de la República, de ahí la importancia de fijar límites claros y precisos a la emergencia.

A partir del otorgamiento de esas facultades extraordinarias, objeto de duras críticas, y de la realidad fáctica que demostraba un continuo vaciamiento de los depósitos bancarios, mediante la tan temida “*fuga de capitales*” se determinó la sanción del Decreto que inició el proceso de “*quebrantamiento*” del derecho de propiedad privada y el claro descontento de la población en general. Este tantas veces nombrado Decreto 1570, conocido por ser la norma

que dio creación al ya mencionado “*corralito bancario*”, instauró ciertas restricciones a la libre administración y disposición de dinero en efectivo que se encontraba en poder de las entidades financieras. Por un plazo, en principio de noventa (90) días, la norma obligaba tanto a las personas físicas y jurídicas, a retraer el uso y goce de sus depósitos dinerarios.

Pasando por alto el relato detallado de la caótica situación económico y social que se vivió en esos tiempos, arribamos al quiebre institucional que determinó la renuncia del entonces electo Presidente de la Nación Argentina –Dr. Fernando De la Rúa–.

Días después se produce la elección, mediante Asamblea Legislativa, de un nuevo presidente -Dr. Adolfo Rodríguez Saa-, quien en su primer discurso, pese a haber permanecido en el cargo por escasos cinco días, anunciaba otra penosa consecuencia de la crisis que aquejaba al país; que la Argentina entraba en cesación de pagos “*default*” de sus compromisos internacionales, incumpliendo, entre otras cuestiones, el pago de la deuda externa.

No obstante lo expuesto, aún quedaba pendiente de producirse acontecimientos de extrema gravedad que acrecentarían la terrible crisis económica que aquejaba al país. Así, ya durante el mandato del anterior Presidente Dr. Eduardo Duhalde, se dictaron la ya mencionada ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, seguida de una serie de reglamentaciones, que introduce reformas trascendentales al ya desbarrancado sistema económico.

Mediante el dictado de estas normas se derogaba, en forma desordenada e incompleta, (i) la convertibilidad monetaria que había entrado en vigor a principios de la década de los noventa produciendo, como efecto de ello, la devaluación de la moneda argentina con relación a su par norteamericana, (ii) se determinaba el congelamiento de los depósitos ya “confinados” en el corralito y (iii) se establecía la famosa “*pesificación*”, fijando un cambio monetario arbitrario para ciertas obligaciones en moneda extranjera.

Esta nueva declaración de emergencia delegaba una serie de facultades en cabeza del Poder Ejecutivo, tales como “*proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el*

nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales; reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario”.

Sin embargo resulta a todas luces evidente que los fines perseguidos por esta ley quedaron muy lejos de llevarse a cabo, sólo basta con ver los acontecimientos de público conocimiento que se fueron sucediendo.

El cambio político reciente (con la entrada del Presidente Kirchner) parece haber reorientado el enfoque socioeconómico de la situación, sin perjuicio de que los problemas antiguos persisten.

Este apartamiento del Estado de Derecho sustentado en la protección de los derechos colectivos y finalidades sociales, trajo aparejado un desborde normativo a todas luces irrazonable y contrario a los principios fundamentales, pero por sobre todas las cosas la pérdida del principio de *razonabilidad* que da sustento a la tarea legislativa.

A partir de este momento, se desata abiertamente una lucha frontal, un conflicto de poderes en el gobierno. Entra en acción la máxima autoridad del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declarando en la causa “*Smith*” la inconstitucionalidad del “*corralito*” en virtud de que viola el derecho de propiedad, entre otras consideraciones.

De este modo el máximo Tribunal abandonó su postura sostenida de antaño en la que en distintas ocasiones admitió las sucesivas emergencias económicas dispuestas por el Poder Ejecutivo amparándose en situaciones *extraordinarias o excepcionales*. En este sentido es evidente que la doctrina de la emergencia ha sido sucesivamente aprovechada por las administraciones políticas con el fin de apartarse de los preceptos constitucionales.

Uno de los principales objetivos de esta exposición es analizar, desde nuestra posición de profesionales del derecho, cómo garantizar el respeto al principio de seguridad jurídica frente a las crisis sociales como la que venimos comentando.

Es por ello, que debemos detenernos para realizar un escueto análisis de la resolución adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la mencionada causa “*Smith*” para intentar determinar si su nueva postura podría sentar las bases para encontrar una posible solución jurídica a tan grave crisis.

Con relación a la nueva doctrina del Máximo Tribunal existen diversas opiniones, algunos analistas jurídicos consideran que la Corte Suprema ha fallado sobre una entelequia, sobre una situación ideal que no tiene sustento alguno en la realidad económica.

Así, desde esa postura se entiende que la seguridad jurídica no ha mejorado con la actuación del Poder Judicial en la emergencia, ya que se considera que la Justicia, en todas sus instancias, ha dictado fallos a sabiendas de la imposibilidad de su cumplimiento y a pesar de que no existen dudas sobre la primacía de la defensa del derecho de propiedad, debió sopesar las consecuencias que sus decisiones jurídicas acarrearían en un todo integral.

Como posición contraria se encuentra la considerada por los defensores, *sine qua non*, del intervencionismo judicial como guardián de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, misión esta que hace al fin último de ese poder.

Lógicamente, esta postura deberá tener límites precisos, caso contrario, podría caerse en el supuesto peligro del gobierno de los jueces, sin legitimación democrática ni responsabilidad.

Que ese actuar judicial interfiera directamente en el proceso político y en la actividad de los órganos estatales que lo protagonizan, con el siempre presente riesgo de ruptura del propio sistema que se trata de garantizar, supondrá una intensificación de la exigencia de fundamentar la motivación del fallo. Deberá justificarse detallada y explícitamente en principios que trasciendan la apreciación singular del caso que no pueden ser sino los expresados en la Constitución o los claramente deducibles de ellos. Sólo así las sentencias del Tribunal podrán cumplir su alta función de protección de los derechos fundamentales.

Entendemos que la posición jurídica de la Corte Suprema debe ser la de un poder neutro que se limita a sostener el sistema defendiendo la Constitución. Es una representante del poder constituyente para el sostenimiento de la norma creada, manteniendo los poderes instituidos en la norma suprema en su calidad de poderes constituidos.

En síntesis, creemos que la Constitución es un acto de autodeterminación fundamental de la comunidad por el que sus miembros deciden constituirse en comunidad política soberana regulando la organización de sus poderes.

En este contexto, estamos de acuerdo con lo expuesto por Hamilton en “*El Federalista*” donde manifiesta que *la Constitución debe ser preferida a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes, y ello no supone una superioridad del poder judicial sobre el legislativo, sólo supone que el poder del pueblo es superior a los dos.*

... Que el Poder Judicial no tiene ni la bolsa ni la espada sino solamente el juicio y que la libertad de los ciudadanos no tiene nada que temer del departamento judicial, sin embargo, ha de temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros dos poderes.

Ya en el tratamiento de nuestro segundo tema señalamos que la seguridad jurídica, es un concepto histórico que encontramos en el mundo moderno, como fase final de una evolución que no es difícil arrancar de la Edad Media, donde el intento de superar el temor y las dudas del hombre medieval son consecuencia de su inserción en una comunidad, en un gremio, en una corporación donde desde su nacimiento es formado, orientado y protegido hasta su muerte.

Pero el núcleo central de la idea de seguridad jurídica es una creación del pensamiento jurídico liberal, del Estado parlamentario representativo. Su colofón estaría en el nuevo Estado Social y Democrático de Derecho, con el carácter particular que dicha idea política general –posterior a la hecatombe de hombres e ideas que representó la Segunda Guerra Mundial- encuentra en las más avanzadas naciones modernas del mundo civilizado y desarrollado. Sin duda alguna estamos hablando del caso de Argentina y España.

Sentado lo anterior, la seguridad jurídica ha sido tradicionalmente identificada como uno de los más claros ejemplos de eso que los juristas (sea cual sea la parte del ordenamiento en la que trabajemos prioritariamente) siempre identificamos como los conceptos jurídicos indeterminados.

Efectivamente indeterminada en su concreción final (aunque estemos hablando de seguridad), existen sin embargo una serie de atributos predicables de ella que conviene atender y destacar. Vamos a destacar en nuestro análisis los tres que siguen:

A) La seguridad jurídica como certeza del derecho aplicable.

A la norma es exigible en primer lugar (sea de origen legal o reglamentario) que se integre en el ordenamiento de forma que su mera presencia no sea motivo de duda en cuanto a su ubicación o inclusión sistemática.

La positividad y la publicidad deben garantizar la necesaria determinación de la existencia del precepto aplicable y su engarce con el resto del sistema. Esta es una constante histórica de todo sistema de derecho que se precie de serlo, siendo clásica la afirmación de Benthan:

“El fin de las leyes es dirigir la conducta del ciudadano, y para que esto se verifique son necesarias dos cosas: primero, que la ley sea clara, esto es, que ofrezca al entendimiento una idea que represente exactamente la voluntad del legislador; segundo, que la ley sea concisa, para que se fije fácilmente en la memoria. Todo lo que contribuye a la brevedad contribuye también a la claridad.”

Jaime Guasp conceptuó la nota de contingencia como característica del Derecho. Pero tal necesidad de cambio de la norma no puede convertirse en una amenaza para el propio funcionamiento interno del conjunto, el cual queda desprovisto de legitimidad en la medida en que se coloca en una situación por completo alejada de la diafanidad de lo claro, entrando en el ámbito de lo enmarañado, espeso e inasequible.

La exigencia de certeza impone a los poderes públicos la obligación de que la producción de normas se ajuste a las pautas y moldes preestablecidos por la cultura jurídica del país, lo que redundará en la identificación de los cuerpos normativos y sus alteraciones, integrando en el sistema general cualquier modificación que se registre.

El propio ordenamiento jurídico debe proceder a su autointegración, contemplando mecanismos que permitan adaptar con naturalidad cualquier norma a las preexistentes. Y que sus destinatarios puedan saber con tiempo y detalle lo que se les aplica, bajo que norma viven y como se entiende derechamente su aplicación ordinaria.

B) La seguridad jurídica como razonable averiguación del sentido de la norma y su aplicación habitual, frente a normas excepcionales.

Como continuación de la característica anterior, como lógica prolongación de su contenido, la seguridad jurídica debe abonar la habitualidad y la cotidianeidad en la aplicación del precepto.

En definitiva, la normal aplicación del derecho por los profesionales debe partir del derecho ordinario o preestablecido históricamente, producto acabado de una evolución interna en la que se reflejan el modo de ser y de pensar jurídicamente de una colectividad durante un ciclo histórico.

Frente a ello, la seguridad jurídica proscribe y ultrarestringe el Derecho excepcional. Tales normas excepcionales (a las que sólo por superiores y atípicas fundamentaciones se puede llegar, siempre con un marcado matiz temporal) son propias de momentos de emergencia. Y que, como toda emergencia, tienen siempre limitado el lapso de su vigencia.

La seguridad jurídica, en definitiva, supone la eliminación de la excepcionalidad, la interdicción de lo arbitrario y la postergación de lo que no es común al sistema jurídico. Otra cosa es atacar directamente a la seguridad jurídica.

C) La seguridad jurídica como interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Colofón de los dos caracteres superiores es el hecho de que la seguridad jurídica tiene un claro mandato de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos. Frente a lo seguro del Derecho, no puede imperar nunca lo arbitrario de un poder que –por esta sola causa- puede ser considerado ilegítimo.

En el ámbito español las referencias se contienen con precisión en el artículo 9.1 de la Constitución Española:

“Los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”

En nuestro ordenamiento, la seguridad jurídica (garantizada a continuación en el artículo 9.3) arranca nada menos que de la Constitución, norma fundamental y fundamentadora, de la que se deriva un valor superior que se erige en norma suprema del ordenamiento jurídico.

Siguiendo en el continente europeo lo que fue la tradición americana inaugurada por el Juez Marshall cuando afirmó que la Constitución constituía *“The Supreme law of the land”*, nuestro Tribunal Constitucional, máximo intérprete del texto constitucional, ha venido a señalar (STC 16/1982, de 28 de abril) en la que fue una de sus primeras sentencias y precisamente en relación al citado artículo 9.1 y el principio que nos ocupa, lo que sigue:

“Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos... están sujetos a ella.”

En el más puro origen del poder público, en el poder constituyente (y este principio es válido para todos los Estados, incluso en momentos anteriores a serlo, como en el caso revolucionario francés), ya se halla el principio de seguridad jurídica.

La sujeción a la Constitución de los ciudadanos y los poderes públicos supone tanto el deber positivo de realizar sus funciones con arreglo a los preceptos constitucionales como el deber de fidelidad y acatamiento al texto constitucional.

Nuestra organización republicana de gobierno indica que serán los jueces los encargados de defender y hacer cumplir las leyes resguardando el derecho de los particulares frente a los atropellos que pudieran provenir de las autoridades constituidas.

Sólo la defensa constitucional servirá de impedimento a los abusos de nuestros derechos fundamentales, entre ellos el derecho de propiedad, generados por el excesivo dictado de medidas económicas irrazonables. Esa es nuestra mayor garantía.

3) Sobre la función de los abogados en relación a la seguridad jurídica.

Fácil es introducir la presencia del abogado en una situación como la descrita.

Junto a los grandes mandatos dirigidos a los poderes y a las instituciones (que no son sino ficciones jurídicas tributarias del dogma de la persona jurídica pública, fielmente asentado sobre las más modernas tesis de Ferrara y las más antiguas de los tratadistas romanos), son los abogados muy cualificados garantes de la seguridad jurídica.

Y veamos como podemos aproximarnos a la finalidad expuesta en un triple ámbito de labor del profesional del Derecho:

A) El abogado como garante de la seguridad jurídica de los particulares.

Lejos de las bambalinas del poder y en la dura cotidianeidad de la aplicación de la norma es el abogado el primer referente del necesario ajuste entre la realidad y la ley.

El día a día de la profesión jurídica muestra a las claras como la tarea del abogado impregna tanto la actuación de los particulares entre sí como la relación de las empresas con los poderes económicos. A todos se aplica la Ley. Y el abogado, con la sola arma de la ley (¡nada menos que con la ley!), puede hacer avanzar particularmente el Estado de Derecho.

Cuando ante un Tribunal o ante una instancia administrativa existe un abogado que exige el cumplimiento de un precepto de la norma –sea cual sea- hay una patentización clara y evidente de que el Estado de Derecho triunfa en su aplicación cotidiana: porque un profesional del Derecho y de la Ley (esta vez ambos con mayúsculas) está solicitando su aplicación y su respeto.

Cuando en los pueblos pequeños y alejados de las capitales, cuando en los lugares más remotos de la geografía de un país un abogado, en solitario y por derecho, representa a un cliente solicitando la aplicación de la Ley, todo la vieja idea del Estado, en su más pura formulación clásica, triunfa en su conjunto y tiene más sentido que nunca.

La Constitución, el Código, el Reglamento, no son sino apéndices de una idea de seguridad jurídica que permite al abogado actuar sin más límites que los del principio de legalidad, sin complejos y sin temores. Cuando ello no se verifica con tal libertad de movimientos, todo el ordenamiento jurídico lo padece en su conjunto.

B) El abogado como garante de la seguridad jurídica en su exigencia frente a los poderes públicos.

Muy cualificada es la posición del abogado con relación a los poderes jurídicos puesto que tiene que mantener una situación de independencia en momentos y lugares difíciles. De ahí la complejidad del trabajo y lo elevado y meritorio del esfuerzo a realizar.

Enfrentándose a la fuerza del poder administrativo y su presunción de legalidad tradicional, debe acometer en muchas ocasiones una tarea de paciente espera y constante lucha, sin pausa, en lo que García De Enterría ha llamado la lucha contra las inmunidades del poder.

Frente a la interpretación interesada de la norma o cuando se altera la recta aplicación de su contenido, el abogado debe estar preparado para rebelarse (jurídicamente siempre) contra la desviación de poder y la aparente evidencia de lo establecido.

La tenacidad del jurista ha sido siempre un magnífico valladar frente a la discrecionalidad elevada en ocasiones al grado de máxima arbitrariedad. Una cosa son los conceptos jurídicos indeterminados y otra cosa muy diferente la interesada indeterminación de una categoría jurídica, a veces sostenida precisamente por quienes tienen a su cargo el cuidado último de la Comunidad.

C) La abogacía como referente de la estabilidad institucional y de respecto al principio de la seguridad jurídica.

Como colofón de todo lo anterior se desprende que la Abogacía con mayúsculas, viene protagonizando y está llamada a protagonizar significativos episodios en la lucha por la consecución y el mantenimiento de la seguridad jurídica.

En definitiva, la profesión de abogado esta llamada a ofrecer un cualificado contenido a un principio general del Derecho propio del Estado Social contemporáneo, puesto que sólo su auténtico ejercicio diario puede afirmarse que constituye una auténtica expresión del superior principio de legalidad.

Couture, afirma que la abogacía implica un constante ejercicio de la virtud; que el abogado puede hacer de su cometido la más noble de todas las profesiones o el más vil de todos los oficios. Por tanto, el abogado debería ser un persistente defensor de los valores superiores que rigen la conducta humana.

En virtud de que el derecho no es un fin sino sólo un medio de acceso para alcanzar el valor justicia, que es fin en sí mismo, creemos que el abogado que procuramos debe ser quien utilice las reglas del derecho para dar solución a todo conflicto, fundamentándose en los principios de lealtad, probidad y buena fe para así conseguir la consumación de la seguridad jurídica, alcanzando la justicia.



EL ABUSO DEL PODER DE POLICÍA Y LA INVERSIÓN

Emilio J. Cárdenas

*Ex Embajador de Argentina en la ONU
y presidente de la Internacional Bar Association*

Antes que nada, quiero agradecer la amable invitación del Real Instituto Elcano para disertar en este seminario que examina, con oportunismo, el estado de la relación bilateral entre Argentina y España. Una relación auténticamente “especial”, que liga a dos naciones hermanadas por la historia, la cultura y -en buena medida- por la misma sangre. Quiero también aclarar que mi intervención en el mismo es de carácter estrictamente personal.

En el mensaje de “Introducción” distribuido a los participantes, los organizadores sugieren, entre otras cosas, que “el caso argentino enseña que los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico y en los contratos firmados para preservar las reglas de juego propuestas a la hora de invertir pueden ceder ante la profunda gravedad de la crisis”. Esto es -tal vez- cierto “intramuros”, en el país receptor de las inversiones. Pero está todavía por verse si ello terminará -o no- siendo también efectivamente así “extra muros”, o sea más allá de su jurisdicción nacional. El resultado de toda una ola de pleitos ya iniciados en el exterior (si no logran resolverse -prestantemente- a través de negociaciones directas) probablemente nos dé la respuesta y el costo final de una estrategia que lamentablemente no buscó prevenirlos “ex-ante”. El tiempo, entonces, dirá. Como sucede, siempre.

Carlos Malamud, en un excelente trabajo presentado con motivo de este seminario nos dijo: “las relaciones bilaterales hispano-argentinas no pasan por su mejor momento”. Es así. Pero está en nosotros trabajar para tratar de re-encauzarlas, con espíritu de comprensión recíproca. Y de frente a la realidad de la enorme crisis económico-social por la que Argentina atraviesa. Con la misma actitud y amistad alguna vez exteriorizada, con hechos, por la Argentina ante circunstancias gravísimas por las que en su momento atravesaba España.

Argentina, después de siete años de dictadura, está ahora cumpliendo 20 años de democracia formal. En medio de los efectos de dos hiperinflaciones sucesivas; “corralitos” y “corralones” financieros; una devaluación mayúscula, que culminó el fracaso del régimen de la “convertibilidad”; una sorprendente sucesión de presidentes de frustrantes gestiones; y, como si ello fuera poco, el “incumplimiento” más grande de deuda externa que registra la historia. Cual plagas de Egipto, abatidas sobre su población.

En los últimos 25 años, cabe apuntar, el ingreso nacional de los argentinos se mantuvo en el orden de los 8.000 dólares per cápita anuales. Para, lamentablemente, caer ahora, a la mitad.

En ese marco no debe sorprender entonces que la confianza no haya aún retornado a los argentinos, lo que es testimoniado por los 15 billones de dólares que aún se “fugan” anualmente de su país.

La historia española en el mismo cuarto de siglo es radicalmente distinta, por exitosa ciertamente. De un ingreso anual per cápita de 4.000 dólares, en 1978, España pasó a los 20.000 dólares anuales de que hoy goza. Con trabajo y esfuerzo. Y una dirigencia exitosa, que condujo admirablemente la doble transición política y económica. Con coherencia ejemplar y una visión compartida del camino a recorrer redujo, desde el Pacto de la Moncloa, la conflictividad laboral en un 95%. España es hoy la séptima potencia económica del mundo.

1. **El problema de la gobernabilidad**

1.1. Hay señales de todo tipo que sugieren que la Argentina tiene un problema complejo de orden institucional. De orden político, entonces. Que, desde hace rato, la tiene maniatada.

Algunas son señales “internas”, porque vienen desde adentro. Una reciente encuesta de “Rouvier y Asociados” (publicada hace pocos días por “El Cronista”) sugiere que el 47,5% de los argentinos aspira a tener “un mejor sistema político”. Otra, de Latinbarómetro, de agosto de 2003, destaca que hay un 64% de argentinos, nada menos, que se manifiestan “insatisfechos” con su marco institucional (“Ambito Financiero”, del 10/12/03, pág. 18.)

Otras señales, en cambio, nos vienen de afuera. Un trabajo reciente del “World Economic Forum” que “mide” la situación en materia de “calidad institucional” en 102 países ubica a Chile en el 19° lugar, a México en el 50°, y a Brasil en el 53°. Argentina, en cambio, aparece en el lugar 88°; delante de la convulsionada Venezuela de Chávez, donde los ciudadanos -con el reciente “reafirmazo”- luchan dentro de la ley por desembarazarse de la pesadilla que el colorido Chávez supone, que aparece en el 89° lugar; y también cerca de Zimbabwe del dictatorial Mugabe, que aparece 90°, y de Angola, que ocupa el puesto 91°. Lamentable compañía, por cierto. Por lo que ella refleja. Pero un excelente alerta que delata lo mucho que hay que mejorar y corregir, para cambiar de “vecindario”.

Y, finalmente, hay asimismo señales que “los de afuera” nos dan “desde adentro”. Como la reciente encuesta realizada entre los empresarios europeos con presencia en la Argentina (“Ambito Financiero”, 10/12/03, pág. 2) que delata que el 77,5% de los encuestados cree que la inseguridad jurídica y personal es la peor “desventaja” de la Argentina; seguida por la corrupción (58,8%); la intolerable presión fiscal (46,9%); y el “marco político” (33,8%).

Esto no nos sorprende. Porque el Estado argentino pareciera haberse puesto despreocupadamente por encima de la ley. De espaldas al pueblo y a sus ciudadanos. Invulnerable, puesto que contra él hasta las sentencias judiciales son declarativas. Al ser inembargable, paga sus “condenas” cuando y como quiere. A veces con “bonos” a 15 años de plazo, de valor descontado casi nulo. Y porque la crisis moral se ha extendido al plexo social, como demuestra la ausencia colectiva de “vergüenza por no pagar”, que señalara recientemente Sebastián Edwards (“Ambito Financiero”, 31/10/03, pág. 6).

1.2. La cuestión institucional.

Alguna vez dije que los estudiosos del desarrollo económico parecen focalizarse, cada vez más, en los aspectos institucionales del crecimiento. Particularmente en todo lo que atañe a la gobernabilidad. De allí que se sostenga que la economía de mercado no funciona adecuadamente en aquellos escenarios en los que las instituciones y las prácticas públicas son deficientes, porque en ellos se frustra el “clima” que requiere la inversión, que debe estar edificado sobre la estabilidad y el estado de derecho. Esto explica la llamada “paradoja de la abundancia”, que demuestra que para una sociedad contar con una atractiva dotación de recursos naturales no es, en sí mismo, suficiente para alcanzar el éxito económico.

Para poder crecer sostenidamente se requiere, entonces, contar con cinco tipos de capitales:

- Capital financiero. Si éste falta, es claramente imposible la activación del ciclo inversión-empleo-riqueza.
- Capital físico. Esto es, una infraestructura básica completa y adecuada, lo que es responsabilidad principal del Estado.
- Capital humano. Para esto es imprescindible priorizar al máximo la educación y el entrenamiento. Lo que no estamos haciendo.
- Capital institucional (según Thomas Friedman, el “*software*” del desarrollo). Esto supone, entre otras cosas, una administración previsible y eficiente, capaz de operar con reglamentaciones equilibradas y supervisión efectiva; ausencia de corrupción; un Poder Judicial independiente y de alta calidad profesional; un sistema financiero eficiente y transparente, y un esquema tributario simple, soportable y respetado. (Ese es el “*hardware*” del desarrollo. Sin él, difícilmente aparecen las políticas macroeconómicas sensatas, que la inversión exige).

- Capital social. Lo que supone una sociedad confiada en su futuro, convencida de la necesidad del civismo, dispuesta a la asistencia, tolerante y respetuosa, y preocupada por el bien común, con actitud de cooperación social, disposición de obediencia a la ley y convicción en la defensa de las libertades individuales.

1.3. La comunidad cívica.

Según estén disponibles, o no, esos diversos capitales, habrá entonces lo que Robert Putnam denomina “comunidad cívica” o lo que Larry Diamond califica como “sociedad predatora”.

En una “comunidad cívica” hay abundancia de capital social y hasta una suerte de simbiosis entre lo cultural y lo institucional. Lo que se traduce no solo en confianza en uno mismo, sino en el comportamiento de los demás, en igualdad política y de oportunidades, en un interés generalizado por la cosa pública (que es la conducta propia de los ciudadanos) y en el reconocimiento social extendido de las virtudes cívicas.

En una sociedad “predadora”, el escenario es ciertamente el inverso. No hay sentido de comunidad, tampoco visiones compartidas. Ausente el respeto, lo reemplaza el cinismo. Campean los privilegios y las pujas distributivas. Los patronos y los clientes, entonces. También las mentiras y la explotación de los resentimientos, los que -a su vez- alimentan las frustraciones.

Es difícil convivir en democracia sin respeto a la ley, confrontados con la manipulación del poder. De allí que cuando se vulnera el Estado de derecho aparezcan los cismas, la violencia, las extorsiones y hasta las utopías. Y también muchos que procuran obtener, para sí, las más distintas rentas, a costa siempre de los demás.

1.4. Los caminos del cambio.

En las sociedades “predadoras” las instituciones se transforman en biombos; todo se fragmenta o distorsiona. Y hasta florece el crimen organizado. La prensa misma puede, en este ambiente, dejar de desempeñar su rol democrático e integrarse a las pujas, asumiendo un papel que la desnaturaliza. La corrupción deviene endémica. La administración, ineficiente. Y el uso del poder, fácilmente abusivo. Lo más grave es que el círculo vicioso se retroalimenta constantemente.

Para salir de la instancia “predadora” hay, por lo menos, cuatro avenidas, que no son excluyentes entre sí:

- La que provee la democracia a través de los procesos electorales, sin reglas tramposas. Ella permite cambiar; extirpar tumores y desplazar a las oligarquías políticas que pudieran haberse enquistado en el poder.

- La que representa la acción de la prensa, cuando ella es realmente libre y no está sumida en la puja distributiva para defender posiciones económicas o, peor, posiciones monopólicas.
- La de la sociedad civil y sus múltiples organizaciones (incluyendo las religiosas). Ellas pueden hacer presión en dirección al cambio desde dentro.
- Y, finalmente, la de los actores externos. Como muchos de Uds. Que nos miran con la cuota de profundidad y perspectiva que normalmente provee la distancia, y que son capaces de inducir desde afuera.

Cualquiera fuere la vía por la que en definitiva se marche el objetivo es el cambio de las expectativas, es decir, poder dejar atrás el momento en que una sociedad se ha vuelto “predadora” para regresar lo más pronto posible a la “comunidad cívica”, porque sólo ésta nos permitirá volver a creer en nosotros mismos, y crecer con el bien común como meta. Es hora de intentarlo, conscientes de que depende de nosotros mismos. Porque, también en esto, el fracaso se instala cuando cesa el esfuerzo.

2. **El “semi-autoritarismo”, amenaza para las democracias.**

En la década de los 80, un número importante de naciones en desarrollo - deshaciéndose de gobiernos despóticos- abrazó la democracia. En la de los 90, cual fea contra ola, apareció un fenómeno diferente: el de los gobiernos “semi-autoritarios”, que constituyen una grave amenaza para esa forma de gobierno.

En el hemisferio norte comienzan a aparecer ensayos sobre esta nueva realidad. Entre ellos, un reciente trabajo de Marina Ottaway (“Democracy Challenged”, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 2003) a quien corresponde la maternidad de la caracterización del “semi-autoritarismo”.

Los regímenes que pueden calificarse de “semi-autoritarios”, pese a su diversidad, son relativamente fáciles de indentificar. Sobre todo desde adentro.

Son aquellos que combinan (i) una adhesión -retórica- a la democracia liberal; (ii) la existencia -formal- de instituciones democráticas caracterizadas por su baja calidad; (iii) un respeto -declamado- por las libertades individuales; la ley; los contratos; y el “estado de derecho”, en general; y (iv) un ejercicio de corte autoritario de los poderes de gobierno, con administraciones proclives a abusar del “poder de policía”, poderes judiciales infectados de arbitrariedad, parcialidad y corrupción, y parlamentos subalternos, desprestigiados ante la opinión pública.

Pese a esas características, esos regímenes (no sin picardía) posibilitan un cierto nivel de debate político. Reaccionando, sin embargo, de manera amenazadora frente a cualquier opinión que -por sustancialmente diferente- estimen peligrosa. Por sobre todo, ellos restringen de mil maneras las posibilidades reales de que terceros puedan efectivamente acceder al poder.

El “semi-autoritarismo”, como fenómeno político, suele aparecer en países en los que convergen tres factores diferentes. Una tradición autoritaria, instituciones políticas frágiles, y la existencia circunstancial de fuertes disparidades económicas, con la carga de resentimiento que ellas suelen generar.

2.1. Un fenómeno diferente.

Los gobiernos “semi-autoritarios” no son ciertamente obra de la casualidad. Son, en cambio, el resultado de estrategias políticas cuidadosamente concebidas y ejecutadas que apuntan a edificar y mantener un diseño específico de poder con las características antes descriptas.

Tampoco son, como algunos todavía parecen creer, democracias “no-consolidadas” que con el paso del tiempo -y el esfuerzo coherente consiguiente- pueden evolucionar en dirección a la democracia real. Ni, menos aún, democracias “imperfectas”, que transitan en procura de mejor calidad.

Nada de eso. Son otra cosa, bien distinta. Porque, mas o menos solapadamente, procuran mantener en el tiempo el “semi-autoritarismo” que los caracteriza, de modo que -mas allá de lo superficial- en esencia nada cambie. Porque ese es, precisamente, su “negocio” político.

De allí que esos gobiernos deban ser identificados como lo que realmente son, para evitar frustraciones y costosas equivocaciones.

La lista de países donde aparece el “semi-autoritarismo” es larga y diversa. Entre ellos están, en los más distintos confines del mundo: Kazajistán; Azerbaiján; algunos de los países de la ex Yugoslavia (con la notoria excepción de Eslovenia); Pakistán; Malasia; Singapur; Venezuela; etc. Y otros, ciertamente.

2.2. La manipulación, como constante.

En general, los gobiernos “semi-autoritarios” justifican sus actitudes antidemocráticas en la necesidad de “defender” o “proteger” a la gente del “egoísmo individualista” que -sostienen- caracteriza a las democracias liberales. Y parecen no querer advertir que el socialismo -por utópico- desnudó su incapacidad de generar bienestar sostenido al tiempo de la caída del muro de Berlín, colapso que hizo ostensible su fracaso. A comienzos de la década de los 90, entonces.

Los gobiernos “semi-autoritarios” saben perfectamente como “jugar” a la democracia, sin por ello arriesgar el poder. Manejan constantemente las apariencias, profesionalmente. Lo hacen recurriendo normalmente a técnicas de “patronazgo” político. Esto es, al “distribucionismo”. Se los ve, entonces, repartiendo empleos o toda suerte de “bienes públicos” a cambio de lealtades al tiempo de concurrir a las urnas. Hay, está claro, muchas y variadas formas de “comprar” efectivamente votos.

Recurren también, asiduamente, a instalar “temores” en la sociedad. De manera de presentarse como “indispensables” en cada coyuntura. Para que la gente, preocupada, suponga que solamente “de su mano” (cual “lazarillos”) logrará evitar catástrofes que, de otro modo, ocurrirían “inevitablemente”.

Para mantenerse en el poder, los gobiernos “semi-autoritarios” no vacilan en manipular, de mil maneras, las elecciones. Sutilmente o con el descaro que fuera necesario. Así a veces eligen cuidadosamente las oportunidades para convocar a las urnas. Otras, con o sin excusas, evitan la concentración de elecciones de diferentes niveles cada vez que los momentos lucen adversos. Y, cual denominador común, montan verdaderas “máquinas” electorales para asegurarse de que la gente sufrague como ellos quieren. Para esto recurren a técnicas como la de las “listas sábanas” y al manejo de la calle, estimulando incesantes y ruidosas manifestaciones a través de las cuales pretenden por una parte, sembrar ansiedad e intimidar y, por la otra, instalar opiniones, como si de la vociferante repetición de “slogans” pudiera llegar a aparecer la razón. Esta última estrategia tiene siempre un gran riesgo: el desborde.

Es sumamente frecuente que, particularmente en momentos de inestabilidad, esos gobiernos procuren y obtengan el concurso -obsecuente o interesado- de los medios de comunicación masiva, que ellos se encargan de corromper, de mil maneras.

2.3. Desenmascarando la verdad.

El “semi-autoritarismo” actúa entonces con la intimidación como arma política. Ese es un “arte” grosero, en el que sus dirigentes se transforman rápidamente en maestros. Particularmente a través de la utilización -abusiva- del llamado “poder de policía” administrativo, mecánica con la que no solo logran “torcer” voluntades, o silenciar adversarios, sino también sumar poco sinceros “endosos”.

El “semi-autoritarismo” es, en rigor de verdad, esencialmente un biombo que, ocultando las realidades, se empeña -fingiendo- en postergar la consolidación de la democracia. Para ello suele fabricar “enemigos”; construir “distracciones”; y llenar el ambiente político todo de espesas cortinas de “humo”.

El objetivo central, para quienes lo practican, es siempre el mismo: encaramarse primero, consolidarse enseguida y no abandonar el poder.

Pareciera que es hora de identificar esta relativamente nueva “categoría” política, por lo mucho que, en esto, hay en juego. Nada menos que la posibilidad misma de poder vivir en democracia y libertad.

Hay, pese a todo, razones para la esperanza, desde que existen experiencias como la de Taiwan, que sugieren que es posible superar el “semi-autoritarismo”. Pero, para ello, hay que saber cuando se está efectivamente frente a él y asumir el

compromiso de enfrentarlo. Y conocer que este nuevo riesgo existe y es real. Para poder evitarlo o para adoptar estrategias correctivas, en su caso.

Me gustaría concluir con una exhortación. Hoy los diarios de Madrid publican un discurso espléndido del Príncipe de Asturias a los empresarios españoles. El que leyerá en la CEOE (ABC, 12/12/03, pág. 22). Su Alteza Real, entre otras cosas, dice: “España confía en que los empresarios incorporen plenamente los principios de responsabilidad social corporativa”, de modo de continuar su “esfuerzo solidario con el que los empresarios han contribuido a convertir a España en una nación abierta, próspera y moderna”. Los argentinos también. Hoy, ante la adversidad, más que nunca.

Muchas gracias