

La Argentina y los inversores frente al CIADI

autor Beltrán Gambier
viernes, 13 de abril de 2007

Artículo publicado en la revista La Ley (Argentina) el 29 de septiembre de 2006
La Argentina y los inversores frente al CIADI

Por Beltrán Gambier y María Carolina Fabré

Sumario: 1. Introducción. 2. El CIADI y los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de las Inversiones. 3. Jurisdicción de los Tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI para condenar a los Estados al pago de daños y perjuicios. 4. Camino que debieran seguir los inversores extranjeros para conseguir la condena en daños y perjuicios. 5. Supuesto en que el inversor extranjero haya decidido no acudir al CIADI. 6. Conclusiones

1. Introducción

El proceso de privatizaciones que tuvo lugar en Argentina en la década de los noventa contó con un marco jurídico y económico que sufrió una gravísima distorsión con las consecuencias de la crisis política y económica que tuvo lugar a partir de diciembre de 2001. Especial relevancia tuvo la salida del régimen de convertibilidad entre el peso y el dólar.

La renegociación con las empresas de servicios públicos tuvo un inicio muy lento y transcurre en la actualidad con serias dificultades. La Argentina está lejos de recuperar los niveles de seguridad jurídica existentes antes de la crisis.

Iniciada ésta, resultaba tarea muy difícil para las empresas prestadoras de servicios públicos y sus inversores decidir el camino a seguir para defender los derechos que emanaban de los contratos que habían suscripto. La situación era de una gravedad extrema toda vez que en muchos casos las empresas tenían compromisos financieros en dólares mientras que las tarifas fueron congeladas en pesos. Pese a que la letra de los contratos conducía a trasladar a las tarifas los efectos de la devaluación, las medidas de emergencia lo impidieron atendiendo, puede inferirse, a los gravísimos efectos que esto podía generar en la economía general del país.

La crisis mostró la imprevisión de los gobernantes de entonces y los niveles de seguridad jurídica bajaron por debajo de los mínimos. Así, los mecanismos de protección de los contratos, en lo que se refiere particularmente a las tarifas, resultaron inadecuados dejando en evidencia que fueron pensados para devaluaciones de una magnitud totalmente distinta a la que tuvo lugar.

En el marco de esa situación las empresas enfrentaban serias dificultades para obtener una tutela efectiva a través de los remedios procedimentales y procesales ordinarios ofrecidos por la legislación argentina. Al mismo tiempo, debían continuar prestando los servicios de manera eficiente sin entrar en un grado de conflictividad extremo con el Estado, con el que se debía renegociar, que conspirara contra las buenas relaciones contractuales. Era menester buscar caminos creativos y eficientes para proteger las inversiones.

Entre esos caminos se destaca muy especialmente el inicio de demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI).

Analizaremos, seguidamente, algunos aspectos vinculados con ese singular medio de protección que ya ha merecido la atención de la doctrina.

2. El CIADI y los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de las Inversiones

El CIADI fue creado en 1965 en el marco del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, con el objetivo de solucionar tales divergencias mediante procedimientos de conciliación y arbitraje. La puesta en marcha de tales medios de solución de conflictos requiere del consentimiento expreso de las partes en tanto se trata de un sistema voluntario, que, en el caso de los Estados, suele otorgarse por adelantado al suscribir los denominados Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Recíprocas (en adelante, los TBPI).

Mediante la creación del CIADI se buscó generar un clima de confianza entre los Estados y los inversores extranjeros capaz de coadyuvar y estimular el acceso de los capitales internacionales a los países menos desarrollados.

Durante los primeros años de funcionamiento del CIADI su actividad fue mínima. Tal panorama dio un giro inesperado a partir de la celebración de los TBPI, existiendo en la actualidad más de 2000 de ellos. En la mayoría de estos Tratados se prevé, como una de las opciones, la resolución de las disputas por inversiones extranjeras a través de arbitrajes desarrollados en el marco del CIADI. Se trata de procedimientos de arbitraje administrados en los que las partes procuran hacer valer sus derechos derivados de los TBPI.

En estos Tratados suelen incluirse una serie de definiciones. Así, se establece, por ejemplo, qué debe entenderse por "inversión", qué por "nacional", qué por "ganancia", etc.. Del mismo modo, se contemplan una serie de principios jurídicos. Entre ellos destacamos el del "trato no discriminatorio"; el del "trato justo y equitativo"; el de "la nación más favorecida"; el de la "prohibición de expropiación y nacionalización". Los Estados parte se comprometen a respetar estos principios que no sólo intentan generar un patrón común de tratamiento, sino que también funcionan como pautas de interpretación de los Tratados.

Así, por ejemplo, el compromiso estatal de no accionar en forma discriminatoria respecto de los inversores extranjeros se funda, como es natural, en el principio de igualdad. Será necesario analizar en cada caso si el accionar del Estado receptor de la inversión genera algún tipo de discriminación y si del mismo se deriva un daño para el inversor.

Otro de los estándares es el del "trato justo y equitativo". A los efectos de interpretar su contenido, y frente al silencio del tratado, podría acudir a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido, y siguiendo el modo de razonar de los seguidores de esta doctrina, será el intérprete quien decida si se ha producido o no este tipo de trato. Para ello podrá valerse del sentido de dichos términos, del contexto en el que fueron utilizados y de los principios generales del derecho.

3. Jurisdicción de los Tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI para condenar a los Estados al pago de daños y perjuicios

Una cuestión de enorme trascendencia es la vinculada con la posibilidad de que los tribunales del CIADI tengan competencia para emitir pronunciamientos condenatorios contra los Estados consistentes en el pago de daños y perjuicios por violación de los TBPI.

En este sentido, resulta claro que en el caso de que un Estado decida expropiar un bien por razones de utilidad pública siguiendo para ello la normativa aplicable, existe la posibilidad de que el resultado de esa operación jurídica se contraponga con los estándares que, al efecto, fijan los TBPI. Si se verificare tal situación, el inversor extranjero perjudicado podría acudir al CIADI para reclamar que la expropiación se ajuste en todos sus términos a las disposiciones del tratado. Si sigue este camino, el inversor extranjero podrá intentar que el laudo arbitral condene al pago de una diferencia. Ese inversor tiene la posibilidad, también, de reclamar eso mismo ante los tribunales nacionales.

Si la expropiación fuera indirecta existe la posibilidad, por estar expresamente previsto, de que un tribunal arbitral del CIADI condene por daños y perjuicios a algún Estado.

Las dudas surgen en casos en los que, no habiendo mediado expropiación –directa o indirecta- o nacionalización, los tribunales arbitrales condenan al Estado demandado al pago de daños y perjuicios por violación a otras cláusulas de los TBPI en las cuales no se menciona la procedencia de una compensación.

Consideramos oportuno en tales casos, tratándose de un tribunal arbitral que actúa en el marco del CIADI, referirnos a la existencia o no de competencia para decidir esas cuestiones, por cuanto referirse a la existencia o inexistencia de jurisdicción aludiría más bien a la presencia o no de consentimiento de los Estados para que el CIADI resuelva los conflictos. Para sostener esto tenemos en cuenta las disposiciones del Convenio de Washington. Éstas, al referirse a la jurisdicción del CIADI, la vinculan a las diferencias que los Estados aceptarían que sean zanjadas a través de los mecanismos previstos en tal Convenio, relacionando la jurisdicción a la voluntad -previa al surgimiento de la disputa- del Estado de resolver las desavenencias en materia de inversiones a través de los procedimientos establecidos en el marco del CIADI. Esta es una cuestión de tipo general y previa a la dilucidación de la existencia de competencia del Tribunal en cada caso. En este supuesto se analizan las cuestiones vinculadas a la existencia del consentimiento de las partes, la concurrencia de una disputa de naturaleza jurídica, la presencia de una inversión, entre otras.

En materia arbitral, y los arbitrajes en el marco del CIADI no son la excepción, es el propio Tribunal arbitral quien resuelve sobre su competencia teniendo en cuenta para ello las normas legales y contractuales que resulten aplicables y los principios generales del derecho. Será una cuestión de competencia determinar si un tribunal arbitral, en el marco del CIADI, puede condenar en daños y perjuicios a un Estado, fuera del caso de la expropiación indirecta.

A nuestro modo de ver del ordenamiento jurídico que estamos examinando no surge con claridad que los árbitros pueden condenar al Estado suscriptor de un TBPI al pago de daños y perjuicios por existir violación a sus normas.

Esto no quiere decir que no pueda existir obligación de indemnizar si se ha violado el TBPI. No se trata de determinar si existe norma para sustentar el reclamo del demandante a percibir una indemnización, sino de analizar en qué norma se basa el tribunal arbitral a los efectos de atribuirse competencia para condenar al pago de la indemnización.

En este sentido, partiendo de la base de que la jurisdicción del CIADI está dada por la presencia de una diferencia surgida en el marco de una inversión extranjera y la existencia de consentimiento de someterse al CIADI, cabe preguntarse si el consentimiento prestado por el Estado presunto violador del TBPI de someter las diferencias en materias de inversiones con nacionales de otros Estados al CIADI alcanza para otorgarle competencia al tribunal arbitral

para que dicte una condena de daños y perjuicios.

La existencia de una inversión, del consentimiento y de la controversia no necesariamente supone que el Tribunal pueda expedirse sobre las consecuencias patrimoniales de la violación del TBPI. Esto significa con toda seguridad que el Tribunal posee competencia para determinar si ha existido una violación del Tratado, pero en ausencia de una norma que especifique cuáles son las consecuencias de esa violación no necesariamente ellas han de ser determinadas por el Tribunal arbitral.

Cabe analizar si para resolver esta cuestión pueden aplicarse los principios utilizados para determinar la competencia de los órganos. En esta línea de razonamiento es necesario determinar si alcanza con sostener que el Tribunal arbitral posee competencia para hacer todo lo que las normas expresamente le conceden, también lo que en forma implícita se derive de ellas, y lo que surja de acuerdo a la aplicación del principio de especialidad .

Creemos que se impone la respuesta negativa pues ya ha quedado puesta de relieve la inexistencia de norma expresa y no parece que pueda derivarse de las normas de los Tratados en forma implícita tal competencia ni que resulte inherente. Tampoco creemos que pueda surgir de los fines que hacen a su institución, nos referimos a la propia existencia de la justicia arbitral, el determinar las consecuencias de la violación de un Tratado cuando los Estados receptores de la inversión tienen, en sus ordenamientos, unos medios procedimentales y procesales para formular los reclamos necesarios.

Esta afirmación no supone reconocer que esos medios de protección resulten idóneos para lograr una eficaz y temporánea tutela. Por lo demás, tratándose de un tema de tanta envergadura para los Estados no resulta admisible que la posibilidad de condenar a un Estado en daños y perjuicios posea una justificación tan débil .

El examen del caso de Argentina frente a la reciente condena que sufriera en el caso “CMS” nos permite pensar que es probable que el Estado argentino haya firmado los TBPI en el entendimiento de que éstos establecían las consecuencias de expropiar una inversión . Es posible, además, que no se haya considerado que la solución en materia de reclamaciones de daños y perjuicios respecto de la violación de otras cláusulas de tales Tratados quedaría excluida de los tribunales nacionales . Serían éstos los que debieran determinar la existencia del daño y su cuantificación a la luz del ordenamiento jurídico argentino y no a través de la aplicación de estándares internacionales .

En materia de inversiones la seguridad jurídica debe existir para los inversores y para el Estado receptor de la inversión. Por ello, los Estados deben tener bien en claro el alcance de los compromisos asumidos para no encontrarse en situaciones ciertamente equívocas como la actual.

En definitiva, se puede sostener que deben ser los tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI los encargados de dilucidar, en presencia de una disputa relativa a una inversión extranjera, si ha mediado violación al TBPI por parte del Estado receptor de la inversión. Los laudos tendrán que precisar con todo detalle en qué consiste esa violación porque ello será necesario para que los jueces locales competentes determinen el alcance de la indemnización.

Esto se asemeja a lo que ocurre en nuestro país cuando la Administración revoca un acto administrativo por considerarlo nulo y es el órgano judicial el que interviene, a solicitud de quien haya sufrido el daño, para determinar el alcance de la reparación.

Es por eso que creemos que los tribunales arbitrales no pueden atribuirse competencia, en estos casos, para condenar a los Estados al pago de los daños y perjuicios aplicando por analogía la cláusula referida a la expropiación . Una cuestión tan delicada para los Estados receptores de la inversión no puede quedar librada a la aplicación analógica de una norma . Este tipo de técnica supone la existencia de un vacío legal que, a nuestro modo de ver, no se presenta en este caso.

Así, nos preguntamos: ¿por qué los Estados suscriptores de los TBPI se preocuparían en incluir expresamente las consecuencias que se siguen a la expropiación de una inversión y no las que se siguen de cualquier otra violación a las normas del Tratado? Sobre todo si se tiene en cuenta que siendo la expropiación el instituto que en mayor medida afecta la inversión, debiera de ser el que menores dudas generara respecto de sus consecuencias. Adviértase que este instituto ha recibido la atención de los países signatarios a la hora de establecer las consecuencias de la violación de los TBPI a través de la aplicación del mismo, deseando despejar cualquier duda al respecto. Mientras que el resto de los supuestos de violación de las normas contenidas en el Tratado, que son las que mayores dudas han de generar respecto de sus consecuencias, han sido redactados en forma de declaración o, mejor dicho, de asunción por parte de los Estados de diversos compromisos pero sin establecer la consecuencia de su incumplimiento, ni el órgano encargado de determinarlas.

4. Camino que debieran seguir los inversores extranjeros para conseguir la condena en daños y perjuicios

Para el supuesto en que el inversor extranjero obtenga una decisión arbitral favorable a la existencia de violación de un TBPI , como ya adelantamos, por carecer el Tribunal arbitral de competencia para establecer las consecuencias de tal

incumplimiento por parte del Estado -y en el caso su cuantificación- corresponde detenerse a examinar cuáles han de ser los caminos que tales inversores debieran seguir para obtener una indemnización.

La cuestión en realidad gira alrededor de establecer si una vez que el inversor obtiene un laudo que reconoce la violación del TBPI tiene alguna forma de hacer valer tal decisión en el país para que los tribunales locales determinen la indemnización.

Siendo coherentes con lo antes expuesto, creemos que reclamos de este tipo deben prosperar y para nosotros serán competentes los tribunales federales en lo contencioso administrativo para entender en una demanda contra el Estado Nacional en la que se alegue y pruebe el daño que la violación al TBPI generó en el inversor. Es decir, no se tratará de un reclamo con base en el incumplimiento contractual, pues si ese fuera el caso, sólo estaría legitimado para demandar el cocontratante de la Administración, y no sus accionistas.

La pretensión procesal estará ceñida al reclamo del daño que la conducta del Estado Nacional, ya probada y declarada por un Tribunal, acarreó al inversor.

Ahora bien, por no tratarse de una demanda basada en incumplimiento contractual alguno, no corresponderá exigir el agotamiento de la vía administrativa previa. A tales efectos el actor necesitará acompañar a la demanda copia certificada por el Secretario General del Tribunal que dictó el laudo que reconoció la violación del Tratado.

No se nos escapa que todo lo que hasta aquí venimos diciendo convierte al procedimiento ante el CIADI y la subsiguiente etapa de reclamación en el país receptor de la inversión, en un costoso y largo camino cuyo recorrido no garantizará el recupero económico por parte de las empresas afectadas por las violaciones a los TBPI.

5. Supuesto en que el inversor extranjero haya decidido no acudir al CIADI

Si los inversores extranjeros no hubieran optado por acudir al CIADI –cierto es que también pudieron combinarse las vías -, se hubiesen encontrado en la necesidad de elegir el difícil camino procedimental y procesal necesario para defender sus derechos frente a la gravísima situación en la que quedaron colocados en virtud de la emergencia. Hubieran tenido que considerar el posible reclamo por incumplimiento contractual combinado con el cuestionamiento de normas generales y el reclamo de daños y perjuicios.

Así, si hubiesen pretendido obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, hubieran debido activar los mecanismos internos de la sociedad contratista del Estado, de la que forman parte, con el objeto de conseguir que sea ésta quien intente peticione lo que corresponda. De este modo, hubiera sido a la contratista a quien le hubiera correspondido efectuar los pertinentes reclamos frente al Estado.

En estos supuestos, revestirá la mayor importancia el fundamento del reclamo. En efecto, si se alega la violación del contrato a raíz del incumplimiento de las cláusulas tarifarias por parte de la Administración contratante, se tratará de un incumplimiento directo por parte de la misma, en cuyo caso la empresa contratista se hubiera encontrado en la necesidad de transitar con cierto grado de simultaneidad el proceso de renegociación con el camino administrativo necesario para, en caso de fracaso, acceder a la instancia judicial.

En el supuesto que la empresa contratista prestadora de servicios públicos hubiera considerado que la afectación provenía de leyes o reglamentos tendría que considerar el complicado encuadre de su reclamo resarcitorio. Esto es, si lo plantea en el marco de la ejecución del contrato, en cuyo caso hubiera tenido que considerar la vía del reclamo administrativo previo, o si optaba por reclamar daños y perjuicios.

Si lo que se hubiese deseado era obtener la reparación de los daños causados fuera del contrato, es decir, no alegando incumplimiento contractual alguno, hubieran podido accionar tanto la contratista como los “inversores”, sean éstos extranjeros o no.

En el caso de que se hubiera pretendido hacerlo dentro del contrato, la contratista podría haber considerado la interposición de una acción por daños y perjuicios generados por las medidas que la afectaron (devaluación, pesificación, prohibiciones de girar divisas al exterior, etc.) sin necesidad de interponer el reclamo administrativo previo.

Otro supuesto posible estaría dado en el caso de que sea el “inversor extranjero” quien quiera plantear los daños y perjuicios alegando que sus derechos emanan, entre otras normas, del TBPI que lo ampare como tal. Es decir, en vez de recurrir al CIADI, se presenta ante los tribunales locales reclamando los daños y perjuicios que la violación al TBPI le acarreó. Ello así por cuanto los TBPI aprobados por Argentina forman parte de nuestro derecho interno y por ende son invocables ante los tribunales argentinos. Claro que, en este caso, el quantum de la indemnización que el inversor pudiera obtener no se fundaría en las normas del TBPI sino, entre otras normas, en los artículos de la Constitución que garantizan el derecho de propiedad.

6. Conclusiones

La conclusión principal a la que arribamos en este trabajo es que los Tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI no tienen atribuida competencia para condenar a la Argentina al pago de daños y perjuicios cuando éstos derivan de supuestos distintos al de la expropiación indirecta. Corresponderá a aquéllos declarar el tipo de incumplimiento en que incurrió la Argentina y a los tribunales locales determinar el alcance de la indemnización.

Sin embargo, entendemos que el camino a seguir para las empresas prestadoras de servicios públicos es demasiado extenso y poco eficaz, razón por la cual debería contemplarse la posibilidad de modificar los tratados en vigor para ofrecer una mejor solución tanto para las empresas como para el Estado .

En la práctica, el camino del CIADI seguido por las empresas ha servido y sirve como herramienta de presión aunque con resultados variables según los casos. En algunos supuestos las empresas prestadoras de servicios públicos han aceptado suspender el trámite de los arbitrajes y en otros han renunciado a la vía. No se nos escapa que esas decisiones pudieron ser tomadas en el marco de una contrapresión ejercida por el Gobierno argentino que ha hecho todo lo posible, en la actual gestión, por descalificar el empleo de este remedio procesal.