

INVERSIONES Y DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA: EL CASO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Ricardo Arredondo*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (TBI) III. LA RECIENTE CRISIS ECONÓMICA ARGENTINA Y LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA IV. LOS CUESTIONAMIENTOS A LAS MEDIDAS GUBERNAMENTALES Y SUS RESPUESTAS

1. INTRODUCCIÓN

A partir de 1989, la República Argentina inició un proceso de liberalización y de apertura de su economía, que conllevó, en el plano interno, la adopción de un conjunto de disposiciones legales tendientes a estimular la radicación de capitales extranjeros. Conjuntamente con la apertura económica se modificó el marco normativo referido a las inversiones extranjeras (Ley N° 21.382, Ley de Inversiones Extranjeras promulgada en 1993 y su Decreto Reglamentario N° 1853/1993). Mediante la nueva normativa se dejaron de lado requisitos de aprobación gubernamental para la participación de empresas extranjeras en determinados sectores y no se establecieron requisitos ni condiciones para la remisión de dividendos -exceptuados además de cualquier tributación específica- y la repatriación de capitales.

A su vez, haciéndose eco de la difusión alcanzada por los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones en el plano internacional, la República Argentina emprendió la negociación de tratados de este tipo con los principales países exportadores de capital. Con tal fin, elaboró su propio modelo de convenio de promoción y protección de inversiones el cual, si bien se apoya en la estructura de los convenios celebrados por terceros países y recoge los requisitos mínimos de tratamiento contenidos en los mismos, presenta ciertas particularidades fundadas en requerimientos de nuestro ordenamiento o tradición jurídica o en razones de conveniencia política.

* El autor es diplomático y profesor honorario de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid. Las opiniones expresadas son de responsabilidad exclusiva del autor y no representan la posición de las instituciones en las que se desempeña.

Consecuentemente con lo señalado, los convenios de promoción y protección de inversiones suscritos por nuestro país tienen por objeto amparar las inversiones extranjeras, las ganancias y las actividades vinculadas con aquéllas, brindándoles seguridad jurídica y garantizándoles un trato no menos favorable que el otorgado a los inversores nacionales o a inversores de terceros países. Incluyen además dos sistemas de solución de controversias: uno para ser aplicado por los Estados Partes a los fines de resolver las controversias que pudieran plantearse entre ellos con motivo de la interpretación o la aplicación del convenio y otro para dirimir las controversias entre el Estado Parte receptor de la inversión y el inversor extranjero respecto de cuestiones reguladas por dicho instrumento.

II. LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (TBI)

Argentina ha firmado un importante número de acuerdos bilaterales (más de 50) a fin de proteger las inversiones y evitar la doble imposición. Los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones constituyen instrumentos internacionales a través de los cuales los Estados se comprometen a garantizar al inversor extranjero un "standard" de tratamiento y protección reconocido a nivel internacional, que consiste en abstenerse de perturbar o interferir en la gestión económica de la inversión con medidas discriminatorias o arbitrarias, de nacionalizar o expropiar sino bajo ciertas condiciones, de interferir en las transferencias de capital relacionados con la inversión, hacia o desde el territorio donde se ha establecido.

Los tratados alcanzados con los países europeos introducen un nivel de disciplina "tradicional", comúnmente aceptados en la mayoría de los tratados de protección de inversiones suscritos en el mundo. Se trata de normas de protección a la inversión que comprenden el derecho de admisión del Estado; normas de trato justo y equitativo, trato nacional y trato de nación más favorecida; reglas en materia de expropiación y de transferencias pero que, en virtud del reenvío a la legislación interna, contenido en la definición misma de "inversión", mantiene las restricciones subsistente al momento de su establecimiento.

En el caso de suscitarse una diferencia entre un inversor extranjero, y el Estado que recibe la inversión, se contempla la posibilidad que el inversor recurra a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, o que someta la controversia a un arbitraje internacional en un foro específico para dirimir este tipo de disputas -el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado en el marco del Banco Mundial por la Convención de Washington de 1965 -.En otras palabras, el inversor privado tiene a su disposición el sistema judicial local o el mecanismo del arbitraje internacional.

No obstante, se debe tener en cuenta que un inversor extranjero tiene la posibilidad de someter una diferencia con la República Argentina en un arbitraje

internacional, *siempre y cuando esa controversia se refiera a inversiones con arreglo a las disposiciones mismas del Tratado en cuestión*. El consentimiento dado por nuestro país -a través de los acuerdos de promoción y protección de inversiones- a la jurisdicción de un tribunal internacional requiere que se cumplan, en aplicación de los mismos acuerdos, determinados requisitos relativos tanto a la naturaleza de las controversias como a las inversiones que las motivan. Una controversia "relativa a inversiones" debe fundarse en una violación de las normas del acuerdo, de las garantías y compromisos asumidos por el Estado Nacional.

En este sentido, es fundamental tener presente que los mecanismos de solución de controversias consagrados en los acuerdos de promoción y protección de inversiones no tienen como misión suplir a los tribunales locales en la aplicación del derecho interno: frente a una *diferencia con inversores extranjeros cuyo origen primario se encuadra en cuestiones relativas a ejecución contractual- en particular, de contratos de concesión de servicios públicos privatizados -es posición del Estado argentino que tal controversia debe sustanciarse ante la justicia ordinaria nacional*.

Asimismo, es oportuno recordar que, en el marco de la relación contractual establecida en los contratos de concesión, de manera general se incluye la llamada "Cláusula sobre prórroga de jurisdicción", por la que las partes acuerdan libremente una prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales nacionales del lugar en que se realiza la operación. Como consecuencia de dicha inclusión, y frente al incumplimiento del contrato de concesión, las partes tienen habilitada una vía jurisdiccional libremente acordada ante la justicia local, para dirimir las controversias que en consecuencia surjan.

III. LA RECIENTE CRISIS ECONÓMICA ARGENTINA Y LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA

Las características de este trabajo no permiten realizar una descripción pormenorizada de las causas y efectos de la crisis económica producida en la República Argentina. Simplemente baste señalar que, durante el período 1998-2002, se produjo un grave deterioro en las condiciones de vida de los argentinos, reflejados en los indicadores sociales más relevantes.¹ Ese colapso devino en una situación de emergencia al convertirse en un colapso institucional, social y económico de una gravedad y profundidad sin precedentes en la historia del país. El Presidente constitucional de la República Argentina debió renunciar en medio de una fenomenal colapso político-institucional a finales de 2001 y en pocos días se produjo una sucesión de varios presidentes. En ese momento, la moneda nacional ya había sufrido una fuerte devaluación en los mercados internacionales, el sistema bancario argentino había colapsado un mes antes; la crisis social era ya gravísima y los índices de pobreza,

¹ Ver Inés González Bombal, Fabiana Leoni y Mariana Luzzi, *Las nuevas redes sociales: los clubes del trueque* y Cristina Reynals, *Cartoneros: de la informalidad a la organización* en RESPUESTAS DE LA SOCIEDAD CIVIL A LA CRISIS SOCIAL: BRASIL Y ARGENTINA COMPARTEN EXPERIENCIAS (CEDES, Buenos Aires, 4 de noviembre de 2002) (Anexo RA29).

indigencia y desempleo alcanzaban niveles récord. La desocupación superaba el veinte por ciento (20%) de la población activa.

Los indicadores de pobreza e indigencia alcanzaron los niveles más altos de la historia argentina. El nivel de pobreza aumentó al 54,3% de la población urbana del país y el de indigencia llegó al 24,7%. Entre octubre de 1998 y octubre de 2002, el nivel de pobreza se duplicó² mientras que el de indigencia aumentó el 358%.³

La seriedad de la crisis ha sido reconocida por todos los tribunales nacionales e internacionales que han debido considerarla⁴.

Eran también evidentes las dificultades del gobierno para atender a los vencimientos de su deuda soberana. De hecho, a fines de diciembre de 2001 la República Argentina se vio obligada a suspender el pago de sus obligaciones relativas a la deuda soberana con tenedores privados⁵.

Ante esta coyuntura, el Estado nacional se vio obligado a adoptar determinadas medidas para paliar la situación existente. Ello dio lugar a la sanción de normas, tales como la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561 y sus reglamentaciones. La ley N° 25.561 (Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario⁶) derogó la ley de convertibilidad N° 23.928, que establecía la paridad cambiaria obligatoria entre el dólar estadounidense y el peso argentino⁷ y declaró, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en dicha ley, (Art. 1), a fin de 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.

Casi cuatro años después de la sanción de esta ley pueden apreciarse sus efectos en cuanto a la creación de condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública.

El Artículo 9 autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, para lo cual se crea la Comisión de Renegociación de Contratos.

IV. LOS CUESTIONAMIENTOS A LAS MEDIDAS GUBERNAMENTALES Y SUS RESPUESTAS

² En octubre de 1998, el índice de pobreza era del 25,9%.

³ En octubre de 1998, el índice de indigencia era del 6,9%.

⁴ Al respecto es ilustrativo el fallo de la Corte de Casación Italiana, "RGN 6532/04".

⁵ V. Discurso del entonces Presidente de la Nación, Adolfo Rodríguez Saa, ante la Asamblea Legislativa del 22 de diciembre de 2001.

⁶ 6 de Enero de 2002, BO 7 de enero de 2002. Esta ley es reglamentada por los Decretos 71/02 y 264/02.

⁷ Art. 3.- Deróganse los artículos 1, 2, 8, 9, 12 y 13 de la Ley N. 23.928 con las modificaciones incorporadas por la Ley N. 25.445.

Las medidas adoptadas por el Gobierno argentino fueron cuestionadas por los inversores extranjeros sosteniendo que dichas normas dispusieron la modificación y eliminación unilateral de cláusulas regulatorias y contractuales y que estos alegados incumplimientos contractuales, debido a su entidad y a su efecto combinado, constituyen al mismo tiempo violaciones específicas de los Acuerdos para la Promoción y protección Recíproca de Inversiones suscriptos por la República Argentina.

En general, aquellos inversores que plantearon sus demandas ante el CIADI sostienen que la República Argentina ha violado los TBIs al no dar un trato justo y equitativo a su inversión, adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias que los perjudicaron, no observar sus obligaciones frente a los inversores extranjeros y expropiar en forma directa o indirecta sus activos, lo que –según su criterio- redundó en daños y perjuicios que deben ser compensados. Muchos de los demandantes afirman - básicamente- que la Argentina incumplió sus compromisos y garantías expresadas al no reconocerles el derecho a percibir tarifas en dólares estadounidenses ajustadas por cláusulas de indexación.

La República Argentina ha dado un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras, plasmado en un marco regulatorio y contratos que los propios inversores consintieron. Las medidas alegadas como violatorias son proporcionales a la situación en la que fueron dictadas y razonables. La razonabilidad de las medidas se basó en reestablecer un equilibrio entre todos los actores económicos de la sociedad. Las medidas no fueron inconsistentes por cuanto no sólo contemplaron a la totalidad de la sociedad, sino que cumplieron en readaptar las circunstancias a la situación económica imperante.

A fin de readecuar la situación entre el Estado argentino y las empresas extranjeras se ha puesto en marcha un proceso de renegociación de contratos de servicios públicos, en el cual la mayoría de los inversores extranjeros se encuentra participando activamente.

Hacia mediados del año 2003 los hogares argentinos en promedio apenas podían cubrir una canasta de bienes y servicios elementales para su subsistencia. En aquel contexto cualquier incremento adicional en el costo de servicios públicos hubiera implicado el condenar a la población Argentina a una privación compulsiva de necesidades básicas alimenticias y/o de servicios.

No puede dejar de mencionarse que las medidas cuestionadas por los inversores, como la regulación de un servicio público y la adopción de medidas en tiempos de grave colapso, fueron dispuestas por los órganos competentes y en su ámbito encuentran adecuada resolución.⁸ Por ello, ninguna de ellas tiene *a fortiori* virtualidad para constituir una violación del TBI. En efecto, no puede argumentarse que la devaluación

⁸ Cnfr. “Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine”, CASO CIADI ARB/00/9, Laudo (16 de septiembre de 2003), ¶20.33 (AL RA 1).

de la moneda que realiza un Estado viole norma alguna ni del TBI ni del derecho internacional. Por el contrario, cada Estado tiene el derecho soberano de fijar el valor de su moneda⁹ y, de conformidad con el derecho de libre determinación,¹⁰ establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural.¹¹

A la luz de los criterios establecidos en el caso *Tecmed c. México*, no puede sostenerse que la República Argentina haya expropiado las inversiones extranjeras realizadas en el país. El Tribunal definió de manera precisa el concepto de expropiación indirecta bajo el derecho internacional en los siguientes términos:

(...) se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que «...toda manera de explotarlos...» ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido¹².

Como lo señala Christie, debe diferenciarse un caso de *restricción legítima* de un caso *expropiatorio*¹³. Lo mismo pensó el Tribunal Arbitral del caso “Pope & Talbot v. Canada”, que tuvo que tratar de diferenciar una regulación legítima de una regulación expropiatoria¹⁴.

Por otra parte, sin las medidas tomadas por el Gobierno desde enero de 2002, los negocios de los inversores extranjeros hubiesen carecido de sustentabilidad, ya que cabe preguntarse qué capacidad de pago tenían los usuarios de servicios públicos para pagar una tarifa aproximadamente un 300% más elevada, cuando paralelamente el salario real

⁹ Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Serbian Loans)”, II WORLD COURT REPORTS 340 (ed. by Manley O. Hudson, 1935), p. 371 (AL RA 4).

¹⁰ La Corte Internacional de Justicia ha reconocido el carácter *erga omnes* del derecho de libre determinación. La instancia más reciente de ese reconocimiento es: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, párr. 88. Ver también East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, pág. 102, párr. 29. (AL RA 6)

¹¹ Ver artículos 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹² “Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos”, CASO CIADI ARB-AF/002, Laudo (29 de mayo de 2003) (*Tecmed*) (citas omitidas), para. 116. En el mismo sentido puede verse el caso *Tippets*, págs. 225-226).

¹³ Ver G. C. CHRISTIE, What constitutes a taking of property under international law, 38 BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW, (1964), p. 307.

¹⁴ Así procedió el Tribunal en el caso “Pope & Talbot v. Canadá” en los párrafos 99 (nota a pie de página 73) y 102 del Laudo Interlocutorio. Otros casos que ilustran este punto son “Ronald S. Lauder v. República Checa”, UNCITRAL ARBITRATION (3 de Septiembre de 2001) para. 203; “AMCO Asia Corp. v. Republic of Indonesia”, Laudo, 20 de noviembre de 1984, 1 ICSID REPORTS, (1993), para. 158; “Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica”, CASO CIADI ARB/96/1, Laudo Arbitral (17 de febrero de 2000), para. 78; “Eudoro Armando Olguín v. República del Paraguay”, CASO CIADI ARB/98/5, Laudo Arbitral (8 de agosto de 2000), para 65(d) y “S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada”, UNCITRAL/NAFTA, Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000).

registraba una caída a diciembre del 2002 del 24%¹⁵, la inflación acumulada a diciembre del 2002 había superado el 40% y la demanda de servicios públicos en general presentaba una continua retracción ya desde comienzos del año 2001.

Adicionalmente, se hubiera producido un notorio incremento de la pobreza y de la marginalidad en la Argentina, cuyas consecuencias serían irreversibles no sólo para los habitantes de la República Argentina sino también para toda inversión radicada en el país. En otros términos, la generación de mayor pobreza no hubiera venido acompañada por una mayor ganancia ni siquiera sectorizada. Mantener en valores constantes en términos de dólares las tarifas de los servicios públicos, hubiera implicado un aumento en la pobreza del 10,2 %, esto es, hubiera pasado del 54,2 % al 64,6 %. Por su parte, la población indigente hubiera pasado del 26,9% al 28,4 %. En otras palabras, entre diciembre de 2001 y julio del 2002, 5 millones de personas hubieran pasado a ser pobres y 2,6 millones a considerarse indigentes.

No puede sostenerse una pretensión expropiatoria cuando el Estado receptor de la inversión esté embarcado en un proceso de reestructuración y renegociación para minimizar o neutralizar el supuesto impacto negativo de medidas temporarias, generales, no discriminatorias y destinadas a conjurar el más grave colapso social, económico y político de un país soberano. El concreto avance en la renegociación de los contratos de servicios públicos por parte de la UNIREN,¹⁶ determinan la clara, concreta y consistente voluntad de la República Argentina de readecuar los contratos de servicios públicos.

Los lineamientos generales ofrecidos y aceptados por la mayoría de las empresas prestadoras de servicios públicos, incluyen: (a) el establecimiento de un período de transición hasta que finalice el estado de emergencia; (b) revisión tarifaria integral a cargo del ente regulador competente, para ser aplicada luego del periodo de transición, que asegure una tarifa justa y razonable; (c) tarifas fijadas en pesos argentinos para el mercado local, tal como lo establece la normativa vigente, previéndose mecanismos de revisión tarifarias en base a la evolución de costos y no por ajustes automáticos; (d) prohibición de pagar dividendos o similares, sin haber cumplido antes con los planes de inversiones pactados; y (e) compromisos de renuncias de las empresas y sus accionistas a entablar demandas fundadas en la situación de emergencia que atraviesa nuestro país, entre otras condiciones.

La intención de la República Argentina es concluir el proceso de renegociación de manera tal que se asegure la prestación adecuada del servicio público y la obtención

¹⁵ Si bien la caída que se consigna abarca a todos los sectores asalariados, esta caída en el poder de compra resulta muy superior en el sector asalariado no registrado, esto es aquellos trabajadores que se desempeñan informalmente, registrando estos una caída a diciembre del 2002 del 33%. Esto equivale a decir que este sector, el cual abarca aproximadamente el 50% de la población empleada de la Argentina, perdió en promedio como efecto de la inflación y recesión económica un tercio de su capacidad de compra en el mercado de bienes y servicios finales.

¹⁶ Antonio Rossi, Renegociaron el 50% de los contratos de privatizadas, CLARÍN, 21 de junio de 2005 (Anexo RA 39)

por el inversor extranjero de tarifas justas y razonables.

Las medidas adoptadas por el Gobierno argentino fueron proporcionales a la magnitud de la situación que debía enfrentar. En tal sentido, cabe recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos analizó el concepto de *proporcionalidad* en el caso “Mellacher v. Austria”¹⁷ y “Pressos Compañía Naviera v. Bélgica”¹⁸, donde reiteró el examen de *proporcionalidad* que ya había inaugurado en “James and Others”, que también citó el Tribunal *Tecmed*, y sostuvo:

Según lo aseguró el Tribunal en la sentencia James and Other ... el párrafo 2 del Artículo 1 del Protocolo N° 1 (P1-1) se debe entender en el marco del principio establecido en la primera sentencia del Artículo (P1-1). En consecuencia, la interferencia debe lograr el “equilibrio justo” entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requisitos de protección de los derechos fundamentales de los particulares ... La búsqueda de este equilibrio se refleja en la estructura del Artículo 1 (P1-1) en su totalidad (ibid.) y, por lo tanto, también en el párrafo 2. Debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.¹⁹

No puede el inversor extranjero pretender una suerte de *super derecho* que lo inmunice contra cualquier situación externa, aún cuando se alterase todo el esquema macro económico sobre el que opera, o, peor aún, contra cualquier decisión empresaria.

Las medidas tomadas con posterioridad al 6 de enero de 2002 fueron decididas en un claro contexto de colapso social, económico y político, en el cual era necesaria una readaptación de las condiciones regulatorias.

La República Argentina no expropió ni directa ni indirecta ni en forma progresiva las inversiones extranjeras realizadas en el país. Las medidas tomadas por el Estado son de carácter temporario, adoptadas en el marco de una situación de emergencia que dispuso, entre otras, la renegociación de las Licencias, necesaria por el cambio radical de circunstancias y el imperio del colapso, disparado por una devaluación del peso por el propio mercado²⁰, acto que excede el ámbito de los arbitrajes plateados ante el CIADI, por tratarse de una facultad soberana del Estado. El Estado no ha manifestado voluntad alguna para apropiarse de la inversión, dispuso medidas neutralizadoras y de buena fe, ejercida dentro de sus poderes de policía, sin excederse bajo ninguna consideración razonable, tomando en cuenta todos los posibles

¹⁷ “In the Case of Mellacher and Other v. Austria”, CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia N° 48 (19 de diciembre de 1989), para. 44.

¹⁸ “In the case of Pressos Compañía Naviera v. Bélgica” CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia N° 38/1994/485/567 (20 de noviembre de 1995).

¹⁹ Id., ¶48.

²⁰ Ver Testimonio FOLGAR, ¶30 y ss.

intereses afectados y dirigida, centralmente, a **preservar la estructura del mercado** en el que operan los inversores extranjeros, a fin de que sigan prestando el servicio.²¹

Asimismo, debe destacarse que la República Argentina ha brindado a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo de conformidad con el Derecho Internacional, aún sin necesidad de aplicar el estándar a la luz del devastador colapso que tuvo lugar y, por lo tanto, más aún si se tienen en cuenta el contexto particular en el que las medidas fueron aplicadas²².

La República Argentina ha venido sosteniendo en todos sus escritos que el trato justo y equitativo es el **trato mínimo internacional, entendiéndose por éste un estándar que signifique razonabilidad y proporcionalidad**. Esta posición es también sostenida por una parte importante de la doctrina y especialmente por los Estados Soberanos (Estados Unidos de América²³, Canadá²⁴, México, Ecuador, Chile, entre otros). En consecuencia, no deben identificarse el estándar de trato justo ni con el deber de plena protección y seguridad ni con el deber de debida diligencia. Al respecto corresponde recordar que la Corte Internacional de Justicia, en su fallo de 20 de julio de 1989, sostuvo:

“Constant protection and security cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed (CIJ *Recueil*, 1989, ¶ 108, p. 65)

La práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales²⁵ considera que el estándar de trato justo y equitativo: (a) “no obliga a tratamientos adicionales o más allá de lo que se requiere en virtud del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de extranjeros”; (b) se relaciona con conceptos como la denegación de justicia o la no discriminación; (c) no se refiere, de acuerdo al entendimiento de los Estados, a la estabilidad del marco legal y de negocios, o a las expectativas de los inversores.

Las medidas adoptadas por la Argentina, tanto antes como después de

²¹ Merece destacarse el juicio aprobatorio que el proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos ha recibido del Comisario de Comercio de la Unión Europea, Sr. Pascal Lamy. Ver diario CLARÍN DIGITAL, edición del 11 de diciembre de 2003, en Internet, sitio www.clarin.com (Anexo RA 44).

²² Véase “Noble Ventures, Inc. (Claimant) and Romania (Respondent)”, CASO CIADI ARB/01/11, Laudo (12 de octubre de 2005), para. 181. En el mismo sentido, puede verse “Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos”, CASO CIADI ARB-AF/002, Laudo (29 de mayo de 2003), para 122.

²³ *Waste Management II*, para. 90. También puede verse Andrea Menaker, *Standard of Treatment: National Treatment, Most Favoured Nation Treatment & Minimum Standard of Treatment*, APEC WORKSHOP ON BILATERAL AND REGIONAL INVESTMENT RULES AND AGREEMENTS, APEC COMMITTEE ON TRADE AND INVESTMENT EXPERTS GROUP, p. 111; y el 2004 Model BIT de los Estados Unidos de América (Art. 5).

²⁴ El texto completo del TBI modelo canadiense se encuentra disponible en www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp

²⁵ United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC), *Bilateral Investment Treaties*, (1988), pág 42.

diciembre de 2001, no vulneran los parámetros exigidos por el estándar de trato justo y equitativo: respondieron a una situación de emergencia grave, un colapso social y claramente, una conmoción pública. Contrariamente a lo que los inversores extranjeros pretenden, la pesificación de la tarifa no es un ataque a su propiedad, ni siquiera una limitación a su propiedad basada en el poder de policía, sino un remedio intentado por el Poder Legislativo de la República Argentina para reconstituir el sistema entero de derechos de propiedad y la cohesión social afectados por la devaluación del peso argentino. Tal devaluación fue producto de la desconfianza del mercado acerca de la fortaleza y sustentabilidad del régimen monetario bajo la Ley de Convertibilidad. La Ley de Emergencia no importó un trato arbitrario ni injusto sino que constituyó un remedio universal, aplicable a todas las relaciones jurídicas dolarizadas. Nótese además que la renegociación de los contratos fue un principio general que se aplicó a todas las relaciones contractuales observadas en la Ley de Emergencia. La devaluación del peso produjo que todos los miembros del compacto social tuvieran menos si su propiedad se mide o se cotiza –económicamente hablando– en moneda extranjera (por ejemplo, dólares o euros).

Más aún, semejante aumento sería inconstitucional, ilegal e ilegítimo –y en los propios términos del TBI hasta expropiatorio– pues la tarifa habría dejado de reflejar los *costos operativos, amortizaciones, impuestos y una ganancia razonable*, para convertirse en una tarifa abusiva, ilegítima e inconstitucional.

En este sentido, constituye un principio clásico y ampliamente reconocido del derecho internacional el que establece que cada Estado tiene el derecho de regular su propia moneda y por ende fijar su valor.²⁶

Las medidas alegadas como violatorias fueron *proporcionales* a la situación en la que fueron dictadas y razonables. La razonabilidad de las medidas se basó en reestablecer un equilibrio entre todos los actores económicos de la sociedad. Las medidas no fueron inconsistentes por cuanto no sólo contemplaron a la totalidad de la sociedad, sino que cumplieron en readaptar las circunstancias a la situación económica imperante.

Las medidas adoptadas por la República Argentina *no fueron injustificadas* por cuanto fueron razonables y proporcionales al fin buscado, *ni fueron discriminatorias* puesto que se trató de medidas generales sin que se establezca distinción irrazonable alguna.

Paralelamente a la adopción de estas medidas, el Gobierno Argentino emprendió entonces, junto con las empresas de servicios públicos una ronda de negociaciones a fin de normalizar su situación²⁷. En los últimos meses de 2002, el

Poder Ejecutivo impulsó tres iniciativas para concretar un aumento de

²⁶ Ver *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, (1929), Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, No. 20, pág. 44 y II WORLD COURT REPORTS 340 (ed. by Manley O. Hudson, 1935), p. 37 (AL RA 4).

²⁷ Decreto N° 293/02 (A RA 75).

emergencia de las tarifas de los servicios públicos de gas natural y de electricidad. Estas iniciativas fueron suspendidas por la justicia a raíz de recursos interpuestos por organizaciones de usuarios y defensores del pueblo.²⁸ A comienzos del año 2003, el Gobierno Argentino llevó adelante un nuevo intento de incrementar las tarifas mediante dos decretos de necesidad y urgencia.²⁹ Sin embargo, ambos decretos también fueron suspendidos cautelarmente por el Poder Judicial.³⁰

El 25 de mayo de 2003 asumió una nueva administración que dio inicio a un período de estabilización institucional. El Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 311/03 por el cual se creó la Unidad de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos (UNIREN) –continuadora de la anterior Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos–, que actúa en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.³¹ Dicha norma amplió el marco del proceso de renegociación, incluyendo el análisis del grado de cumplimiento de las empresas para con los contratos y licencias.

En relación con el plazo para llevar a cabo los procesos de renegociación, el Congreso Nacional sancionó primero la Ley N° 25.790 y luego la Ley N° 25.972 que amplió el plazo hasta el 31 de diciembre de 2005.

El proceso de renegociación es sumamente complejo y ha transitado por diferentes etapas. En el último año, se han logrado avances importantes³². El Estado Argentino ya ha logrado acordar y normalizar más de la mitad de los contratos de servicios públicos afectados por la emergencia.³³ Los acuerdos alcanzados entre la UNIREN y las prestadoras de servicios públicos han llegado a 40 de 64 contratos y licencias sujetos a renegociación³⁴. Hay algunos que ya fueron aprobados por el Congreso. El avance de este proceso de renegociación pone en evidencia la buena fe y la predisposición de la República Argentina para readecuar los contratos y licencias de servicios públicos al nuevo contexto. En síntesis, sin perjuicio de la magnitud y de las

²⁸ Ver Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Ministerio de Economía e Infraestructura”, en L.L. 2002-F, p. 369 (2002) (AL RA 94); Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Ministerio de Economía e Infraestructura –Resol. s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2 CPCCN)”, del 14 de noviembre de 2002 (AL RA 95); y Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 1, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Poder Ejecutivo Nacional”, del 10 de diciembre de 2002, en L.L. (20/12/02) (AL RA 96).

²⁹ Ver Decreto N° 120/03 (Anexo RA 53) y Decreto N° 146/03 (Anexo RA 54).

³⁰ Ver Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional”, del 4 de marzo de 2003, en J.A. SUPLEMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (30/7/03) (AL RA 97); Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, del 4 de marzo de 2003, en J.A. SUPLEMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (30/7/03) (AL RA 98).

³¹ Decreto N° 311/03 (A RA 55)

³² La evolución del proceso de renegociación, reuniones, audiencias, etc., puede seguirse en www.uniren.gov.ar.

³³ Ver Diario Clarín “Renegociaron casi el 50% de los contratos de privatizadas”, del 21 de junio de 2005 (Anexo RA 39).

³⁴ Ver Informe UNIREN, pag. 1.

características de este proceso global, sin antecedentes similares, la República Argentina avanza firmemente en el proceso de renegociación y normalización de los contratos y licencias de servicios públicos.

Por otra parte, debe subrayarse que las licenciatarias de servicios públicos en la República Argentina no estaban exentas del riesgo país (del riesgo de que Argentina entrase en *default* y abandonase su política económica de tipo de cambio fijo) y, por esa razón, en el cálculo de las tarifas se utilizaron tasas de descuento más altas que implicaron tarifas superiores a las que se hubiesen aplicado en países más estables.

Adicionalmente, la República Argentina afirma que la situación de colapso que la afectó y la sigue afectando constituye estado de necesidad que la exime de responsabilidad internacional³⁵ en tanto: a) el Estado no ha contribuido a que se produzca tal estado de necesidad; b) las medidas adoptadas constituyeron el único modo para salvaguardar ese interés esencial de un peligro grave de disolución social y anarquía política; c) no se ha afectado gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados en relación con los cuales existe la obligación, o de la comunidad en su conjunto, ni se ha visto afectado el cumplimiento de ninguna obligación de *ius cogen*; d) no se ha tratado de modo desigual a los inversores extranjeros en relación con los argentinos ni a los inversores con relación al resto de los inversores de la misma actividad; y e) los TBIs no excluyen la posibilidad de invocar el estado de necesidad.

El Estado no ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad. Por el contrario, hubo innumerables factores exógenos que contribuyeron de manera decisiva a conformar la situación de emergencia (suba de tasas de interés, colapso en mercados emergentes, devaluación en Brasil, caída del valor de los productos de exportación, etc.) sobre los que la República Argentina tuvo nula o irrelevante participación y que, acumuladas, generaron un *cóctel explosivo* que superó con creces el umbral de causalidad que requiere el proyecto de la CDI. Razonar de modo contrario equivaldría a presumir que ciertos Estados (en el caso, la Argentina) tienen vocación autodestructiva, quedando de este modo habilitados los tribunales internacionales para intervenir en beneficio de la comunidad suicida.³⁶ Las medidas adoptadas constituyeron el único modo para salvaguardar un interés esencial de un peligro grave e inminente.

El colapso del Estado y de la sociedad argentina no está aún superado y existen numerosos aspectos de la vida social, institucional y económica que deben ser aún *normalizados*. Entre las cuestiones pendientes se encuentra la reducción a niveles

³⁵ El Derecho Internacional reconoce que el estado de necesidad excluye la ilicitud de un hecho del Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional. La Argentina atravesaba un momento donde se cernía un peligro grave para la propia existencia del Estado, para su supervivencia política y económica y para el mantenimiento de la paz interna. Se trataba de acontecimientos que hacían imposible que el Estado procediera de conformidad con las obligaciones pactadas internacional e internamente.

³⁶ Un criterio de subestimación en la capacidad de reacción de la comunidad argentina puede leerse en el artículo de Ricardo Caballero y Rudiger Dornbusch titulado *Argentina: a rescue plan that Works*, FINANCIAL TIMES, 3 de marzo de 2002 (Anexo RA 67).

razonables de la enorme pobreza e indigencia, la mejora de los niveles de producción y empleo, la reducción de la conflictividad social, la renegociación de los contratos con los prestadores de servicios públicos y la *normalización* del sistema bancario, habiéndose concluido recientemente la reestructuración de las obligaciones con tenedores privados de deuda soberana argentina.

Apelando a la metáfora del cuerpo enfermo, podría decirse que la eficacia de los remedios que se aplican a un paciente sólo pueden efectivamente medirse a partir del restablecimiento de la salud originariamente quebrantada. Bien claro que se trata aun de un cuerpo (social, político, institucional y económico) convaleciente, pero que marcha hacia el restablecimiento completo. Basta con mirar atrás para advertir la mejoría y para deducir 'que hubiera pasado' si los remedios aplicados al enfermo no hubieran sido los adecuados.

España ha prestado una ayuda y un apoyo invalorable tanto en el plano de la solidaridad como en diferentes foros internacionales. Es uno de los mejores socios en materia de inversiones y ha comprendido mejor que nadie la necesidad de dar inicio a un nuevo ciclo de inversiones. En ese sentido, corresponde destacar que durante el año 2005

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la potestad tarifaria reside en el Poder Administrador³⁷, habiéndose sostenido que la responsabilidad del Estado concedente y su autoridad no se detienen en el momento del otorgamiento de la concesión. Por ello, resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado, a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación (Fallos 321:1784). Si bien la inversión extranjera directa requiere que el Estado garantice "seguridad jurídica", ésta no debe confundirse, en principio, con la "intangibilidad" de las normas jurídicas, ya que la función del Estado es precisamente velar por los intereses generales de la Nación sobre los intereses particulares, circunstancia que requiere de su potestad regulatoria.

Esta posibilidad del Poder Ejecutivo Nacional se potencia cuando se ejerce en el contexto de acontecimientos extraordinarios que puedan modificar las condiciones tenidas en cuenta al contratar, afectando la ecuación económico- financiera del contrato, y frustrando el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la continuidad del servicio público involucrado. El resultado del proceso de renegociación deberá contemplar la necesaria compatibilización de las expectativas, intereses y derechos de los consumidores y de las empresas.

No puede dejar de mencionarse que este proceso de renegociación por su magnitud y características desconoce antecedentes similares en nuestro país, pues nunca en nuestra historia reciente habíamos tenido que afrontar una crisis de la magnitud de la

³⁷ Fallos 184:306 y 322:3008; Dictámenes 145:303 y 146:20, entre otros

experimentada hace unos años. El Estado nacional, actuando bajo la legislación de orden público y estado de emergencia, se vio obligado a adoptar las medidas mencionadas precedentemente en razón de esta situación de excepcionalidad, debiendo a su vez velar por la protección de los derechos de los consumidores y usuarios a recibir servicios públicos de calidad y eficiencia.

La inversión extranjera directa requiere que el Estado garantice "seguridad jurídica". Pero esta no debería confundirse, en principio, con la "intangibilidad" de las normas jurídicas, ya que la función del Estado es precisamente velar por los intereses generales de la Nación sobre los intereses particulares, circunstancia que requiere de su potestad regulatoria.

Finalmente, quisiera concluir esta presentación señalando que los países cuyas empresas han hecho inversiones en Argentina seguramente podrán convenir, con sus más y sus menos, que los argentinos no hemos caído en una tentación maniquea y estamos transitando una vía de permanente negociación con cada inversor, tratando de equilibrar los intereses presentes y futuros del conjunto social, de cada empresa, de los usuarios. En el entendimiento de que esas empresas y los argentinos estamos en el mismo barco y compartimos expectativas vitales sobre el futuro.