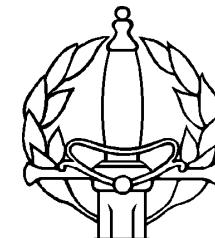


# LALEY

## ACTUALIDAD



Buenos Aires, jueves 24 de junio de 2004

Año LXVIII N° 121 / ISSN 0036-1636

### Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional

Escribe: Fabiana Zonis

**SUMARIO: I. Introducción. — II. Instrumentos jurídicos: Régimen legal aplicable a las inversiones en el estado receptor. — III. La privatizadas: fundamentos jurídicos invocados por las empresas prestatarias de servicios. — IV. Conclusión.**

#### I. Introducción

Desde febrero del 2003 se han iniciado 17 arbitrajes internacionales contra la República Argentina (1). En efecto, “La defensa de los casos que tiene en su contra la Argentina, ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI) (2), tribunal arbitral del Banco Mundial es un complejo problema para el Gobierno.

En conjunto, las demandas de las empresas privatizadas superan los 12.000 (3) millones de dólares, como resarcimiento por la devaluación y pesificación de las tarifas.

Por una parte, el Gobierno está intentando condicionar las renegociaciones (4) contractuales y los eventuales aumentos tarifarios, a que las empresas desistan de estas acciones en el exterior. Sin embargo, las firmas se resisten a dejar a un lado una herramienta que consideran útil para su reclamo, antes de tener una idea clara del tenor de las nuevas reglas en discusión” (5).

“El Gobierno insiste con que para renegociar sus contratos, las empresas

#### Notas

(1) “List of pending cases” in <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>. Ver igualmente el Informe Anual 2003 in <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/main.htm>.

(2) Esta nota es de la autora. En la actualidad se encuentran 27 reclamos ante el CIADI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm> (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Azurix Corp. v. Argentine Republic, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, Siemens A.G. v. Argentine Republic, Sempra Energy International v. Argentine Republic, AES Corporation v. Argentine Republic, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer, Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. v. Argentine Republic, Pan American Energy LLC and BP Argentina, Exploration Company v. Argentine Republic, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Inter-

sas privatizadas deben primero suspender las demandas que han presentado contra la Argentina en el Comité Internacional de Arreglos sobre Diferencia en Inversiones del Banco Mundial en Washington” (...) (6). Esta fuente periodística pudo confirmar que a las 27 empresas que ya figuran en la lista de querellantes, se agregarán próximamente otras 30 más.

En el presente trabajo, expondremos el funcionamiento de los instrumentos jurídicos en los que se amparan las empresas prestatarias de servicios para demandar al Estado nacional y los fundamentos jurídicos invocados por las mismas.

#### I.1. Antecedentes

A partir de 1990 la República Argentina suscribió numerosos Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras (conocidos como BIT's por las siglas en inglés de *Bilateral Investment Treaties*) con distintos países al tiempo que recibía importantes inversiones del exterior.

Los TBI han sido concebidos fundamentalmente como el marco legal dentro del clima de inversiones de un país, para darle protección a la propiedad privada invertida, y ofrecerle al inversionista las garantías mínimas necesarias para que pueda realizar la actividad económica que motivó la inversión (7). El fundamento económico de los TBI es conferir

a las inversiones una protección confiable a través de un instrumento jurídico que no puede ser modificado unilateralmente por los estados receptores de capital (8).

Los TBI otorgan una serie de garantías sustantivas y procesales mínimas claramente identificables para el inversionista. Asimismo, la suscripción de estos instrumentos internacionales es un requisito para el otorgamiento de seguros contra riesgos no comerciales por los aseguradores de los países exportadores a las inversiones de sus nacionales (9).

Durante el siglo pasado, las diferencias relativas a las inversiones llevaban al ejercicio de la protección diplomática, seguido del uso de la fuerza. Razón por la cual los países en desarrollo estaban expuestos al abuso de la protección diplomática y a la intervención armada extranjera. Ello produjo la reacción de los países latinoamericanos que se concretó en la formulación de dos doctrinas, la primera de ellas fue la Doctrina Drago, que aspiraba a prohibir el uso de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los Estados de América Latina. La otra con mayor repercusión fue la Doctrina Calvo, que basándose en el principio de igualdad de los Estados, negaba que los extranjeros tuvieran derechos o privilegios especiales y establecía la necesidad que las controversias de ellos fueran sometidas a los tribunales nacionales y resueltas de conformidad

con la legislación nacional sin que los Estados extranjeros pudieran intervenir.

Una derivación de esa doctrina es la llamada “cláusula Calvo”, establecida en los contratos con extranjeros, por la cual éstos se comprometían a no solicitar la protección diplomática, y a recurrir a los tribunales y leyes del Estado receptor para resolver sus diferencias. Esta cláusula tiene una validez limitada en el ámbito internacional. Pues aunque puede ser obligatoria para el inversionista que la acepta; esto no significa que el derecho del Estado exportador a la protección diplomática o a la reclamación internacional por un perjuicio a sus intereses derivado de la violación del derecho internacional que perjudicó a un nacional suyo, pueda ser renunciado por éste o negado unilateralmente por el Estado receptor.

La doctrina y cláusula Calvo, nacidas para hacer frente a determinadas circunstancias históricas, fueron justificadas en su momento, pero con la evolución de la economía internacional y de las normas que rigen las relaciones internacionales entre los Estados, se volvieron anticuadas y fueron dejadas de lado (10).

Los TBI prevén en su articulado mecanismos de solución de controversias referidas a las disputas surgidas entre inversores particulares de uno de los Estados Contratantes y el

otro Estado Contratante receptor de la inversión. Así, el inversor extranjero que se considere perjudicado por una medida adoptada por el país receptor de la inversión tiene la posibilidad de someter la disputa a un procedimiento arbitral en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones (11) (en adelante CIADI), o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI).

Las principales obligaciones asumidas por los Estados en los TBI se refieren a la admisión y al tratamiento de la inversión.

#### II. Instrumentos jurídicos: Régimen legal aplicable a las inversiones en el Estado receptor

Los acuerdos internacionales de inversión (AII) utilizan generalmente estándares de trato. Así por ejemplo Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), prevé en su artículo 1102 el trato nacional (TN) (12) y en su artículo 1103 el trato de la nación más favorecida (TNMF) (13). Estos principios se caracterizan por ser estándares relativos; es decir están sujetos a una comparación entre el trato dado a los inversores extranjeros y el otorgado a los inversionistas nacionales o a los inversionistas

(Continúa en pág. 2) ▶

ragua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic, Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic, Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, Telefónica S.A. v. Argentine Republic, Enersis, S.A. and others v. Argentine Republic, Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic, EDF International S.A., SAUR International S.A. and Léon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, Unisys Corporation v. Argentine Republic, Azurix Corp. v. Argentine Republic, BP America Production Company and others v. Argentine Republic; CIT Group Inc. v. Argentine Republic.

(3) Se calcula que se eleva a 16.000 millones al 1º de junio del 2004.

(4) La ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen cambiario autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional bajo normas de derecho público, incluyendo los de obras y servicios públicos, estableciendo los criterios que deben seguirse en el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos. En virtud de esta disposición legal, el dec. 293/02, encomienda al Ministerio de Economía e Infraestructura la renegociación de los contratos alcanzados por las previsiones del art. 8º de la ley 25.561 que tengan por

objeto la prestación de obras y servicios públicos.

(5) Diario el “Clarín” 17 de diciembre del 2003.

(6) Diario “El Clarín” 4 de febrero del 2004.

(7) Conforme a lo expresado en los preámbulos de los TBI, los mismos tienen por objetivo: “promover una mayor cooperación económica entre los países contratantes” para lograr “el desarrollo económico de los países” y “el incremento de la prosperidad de los pueblos” y, especialmente en “estimular la iniciativa económica privada y el flujo de capitales privados” como así también “mantener un marco estable para las inversiones y un trato justo y equitativo a las inversiones”.

(8) Recordemos aquí que el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional Argentina dispone que los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional son jerárquicamente superiores a las leyes internas.

(9) YMAZ VIDELA, Esteban M., “Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales, sus Efectos en las Contrataciones Administrativas”, La Ley, 1999.

(10) PETTERS, Paul y SCHRIJVER, Nico, “Latin American and International regulation of foreign Investment: Changing Perceptions”, N°113, ps. 2/3.

Institute of Social Studies, The Hague, 1991, Working Paper Series. Aunque corresponde advertir que en los primeros tratados firmados por la Argentina, se establecía que previo a ir al arbitraje internacional, el inversor extranjero debía someter su controversia a los tribunales nacionales por un período de 18 meses, después de los cuales estaba en libertad de ocurrir a la jurisdicción internacional. A esta cláusula se la llamaba “Half heartened Calvo Provision” o “Soft Calvo”. El punto de inflexión lo marcó el convenio celebrado con Francia el 03/07/91 que estableció la opción para el inversor entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción arbitral internacional; la opción es definitiva.

(11) A tal efecto, la República Argentina aprobó mediante ley 24.353 (B.O. 02/09/94) (Adla, LIV-C, 2861) el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965), por el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y se aprueban mecanismos de solución de controversias basadas en la conciliación y en el arbitraje.

(12) Artículo 1102: Trato nacional: 1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones; 2. Cada una de las Partes brindará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones; 3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, en relación con cualquier Estado o provincia, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado por ese Estado o provincia, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante (...).

(13) Artículo 1103: Trato de nación más favorecida : 1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones; 2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

## Las empresas...

(Viene de pág. 1) ▶

de un tercer país. Otra disposición que se utiliza generalmente junto con el TN y TNMF es el trato justo y equitativo cuya función es de respaldar estos principios (14). Esta norma está prevista entre otras en el artículo 1105 del TLCAN (15).

El TN y de TNMF son las dos normas más importantes en materia de trato de la inversión. Ambas persiguen asegurar la no discriminación, en el primer caso entre inversiones extranjeras e inversiones nacionales, y en el segundo entre inversiones extranjeras de distintos países. Se trata de una obligación del Estado anfitrión de brindar, por lo general, un trato "no menos favorable" que el otorgado a las inversiones nacionales o a las de otros países. Son, en consecuencia, normas relativas, cuyo contenido se define en relación con otro conjunto de reglas, aquellas aplicables al inversionista local (16).

Examinaremos en particular estas disposiciones juntamente con otras que se incluyen en general en los TBI. En efecto, éstos estipulan "Estándares de protección" consistentes en normas de tratamiento general. Se trata de obligaciones asumidas por los Estados receptores de la inversión.

### Estándar absoluto:

**Tratamiento justo y equitativo:** Este concepto proviene del derecho internacional consuetudinario, y se considera una obligación absoluta cuyo propósito fundamental es ofrecer a la inversión un estándar de protección mínimo de acuerdo a los principios del derecho internacional (17). Este principio es un estándar básico que no está relacionado con la legislación interna del Estado anfitrión y sirve como un elemento auxiliar en la interpretación del tratado y las disposiciones sobre inversión en los tratados comerciales e inclusive puede suplir eventuales lagunas normativas en los ordenamientos internos. Normalmente se relaciona con que el tratamiento dado por el Estado receptor deberá responder a medidas ra-

zonables que no sean arbitrarias, injustificadas o discriminatorias.

### Estándares relativos:

**Tratamiento nacional:** Esta disposición exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales.

Este principio junto con el de TNMF se considera la piedra angular de las disposiciones sobre el tratamiento de las inversiones. Por éste, las Partes Contratantes asumen la obligación de, una vez que la inversión extranjera ha sido admitida, otorgarle a la misma un tratamiento no menos favorable que el concedido a la inversión de inversionistas nacionales.

**Trato de nación más favorecida (18):** Este estándar de tratamiento pretende asegurarle a la inversión del inversionista de cualquiera de las Partes un tratamiento no menos favorable que el otorgado por la Parte receptora a la inversión de inversionistas de terceros Estados. Este trato generalmente se exceptúa de las ventajas que se conceden por medio de diversos esquemas de integración económica, como zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, etc.

En principio estos "estándares" se utilizan para el período posterior a la admisión de la inversión, aunque en el tratado con Estados Unidos, se lo aplica también a la admisión de la inversión.

El estándar de NMF puede dar lugar a la "multilateralización" (19) de los tratados, en materia de la definición de inversión, las transferencias, la repartición de capitales, expropiación, nacionalización, daños, solución de controversias, etc., salvo en el ámbito personal de los acuerdos.

De acuerdo a la Comisión de derecho Internacional, la cláusula de NMF, da derecho al beneficiario al tratamiento acordado con un tercer Estado antes o después de que el tratado bilateral suyo entre en vigencia (20).

### Notas

(14) "United Nations Conference on Trade and Development" UNCTAD, International Investments: A Compendium, v. III, ps. 75, 107 y 143 a 195.

(15) Artículo 1105: Nivel mínimo de trato: Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena (...).

(16) United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC), Key Concepts in International Investment Arrangements and Their Relevance to Negotiations on International Transactions in Services, p. 11. (New York, February 1990).

(17) UNCTAD (1996), p. 182.

(18) En el caso "Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España" (CIADI N° ARB/97/7), el demandante argumentaba que los inversionistas chilenos en España recibían un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y que, por consiguiente la cláusula de TNMF contenida en el TBI entre el Reino de España y la República Argentina le otorgaba la opción de someter la controversia a arbitraje sin recurrir pre-

**Principio de no discriminación:** Para que un acto sea discriminatorio deben darse dos circunstancias:

A) la medida debe resultar en un actual daño para el inversor.

B) el acto debe haber sido realizado con la intención de dañar al inversor.

**Principio de Buena Fe:** En jurisprudencia Internacional se entiende que se viola este principio cuando existiendo una controversia, el Estado receptor falta a su compromiso de someter a arbitraje las disputas.

Los AII como los TBI estipulan ciertos estándares de tratamiento específico:

**"Cláusula de Estabilización":** Esta cláusula tiene por objeto garantizar que en el supuesto que la normativa sea modificada se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación de la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los contratos o tratados.

**Transferencias de divisas:** (21) Otra de las garantías que los TBI ofrecen a la inversión extranjera establecida en el territorio de una de las Partes Contratantes, es la del permitir la transferencia de todo tipo pagos relacionados con la inversión.

Las transferencias se realizarían en los términos y con las limitaciones impuestas por la legislación nacional, siempre que estén relacionadas directamente con una inversión como por ejemplo repatriación de capitales por concepto de dividendos, intereses, utilidades u otros rendimientos, el capital producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión, los montos por concepto de indemnización, honorarios, salarios, reembolso de préstamos, etc. Estas se efectuarán libremente, sin demora y en moneda de libre convertibilidad y a la tasa de cambio vigente al día en que se realiza la transacción. En definitiva, se concede tanto a la inversión nacional como la extranjera la posibilidad de realizar sus transferencias sin ningún tipo de restricciones.

**Indemnización por pérdidas:** Conforme al derecho internacional, el

compensar por pérdidas ocasionadas por guerra o disturbios civiles no es obligatorio. Sin embargo, muchos TBI han incluido esta protección para los casos en que los Estados otorgan algún tipo de restitución, la inversión extranjera pueda participar recibiendo un trato nacional o de nación más favorecida, lo que le sea más favorable al inversionista afectado.

**Expropiación (22):** Una de las razones principales que motivaron este tipo de acuerdos ha sido para establecer garantías contra expropiaciones arbitrarias. Normalmente, las disposiciones en este tema prohíben la expropiación de inversiones, salvo que se cumplan una serie de requisitos.

Los AII utilizan lenguaje amplio que abarca nacionalización o expropiación y medidas equivalentes a éstas (expropiación indirecta).

En relación con el tratamiento que los TBI le dan a este tema, es importante diferenciar el concepto utilizado para definir lo que es una expropiación de las condiciones que este tipo de tratado exigen para las mismas sean aceptados.

### i. Definición

Los TBI generalmente no definen propiamente el acto expropiatorio, normalmente se hace referencia expresa al término "expropiación", y generalmente se añade la fórmula de "cualquier otro acto que tenga efectos equivalentes" como por ejemplo el supuesto de la "expropiación de hecho".

Se pueden diferenciar dos tipos de expropiaciones:

a) Expropiación directa: medidas gubernamentales: expropiaciones, nacionalizaciones e incumplimientos graves;

b) Expropiación indirecta: medidas como una excesiva discriminación impositiva; prohibición de repartición de capitales, desigual trato por autoridades que no interrumpen la actividad del inversor pero al ser rui-

noso se convierte en desposesiones o expropiaciones indirectas.

### ii. Condiciones de la expropiación

Cada país tiene discreción, de acuerdo a los principios generales del derecho, para ejercer su potestad de imperio y proceder a expropiar algún bien privado con el objeto de satisfacer un interés público. No obstante, deben darse una serie de condiciones mínimas para que una expropiación se considere legítima. De acuerdo al derecho internacional estas condiciones son:

a) la existencia de un interés público legalmente comprobado, conforme a la legislación de cada país, y que la expropiación se realice sobre una base no discriminatoria.

b) que la expropiación se haga conforme a los principios del debido proceso, y que

c) se indemnice al expropiado de una manera pronta, adecuada y efectiva.

**Indemnización (23):** En relación con la indemnización, los TBI generalmente imponen la obligación que la misma corresponda al valor real del mercado del bien expropiado. En nuestra Ley de Expropiaciones, la indemnización debe corresponder al "valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación". El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación interna de la Parte Contratante que realiza la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial y otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con el debido proceso.

### III. Las privatizadas: fundamentos jurídicos invocados por las empresas prestadoras de servicios

#### III.1. Antecedentes

A principios de la década del 90, casi coincidentemente con las prime-

riamente a los tribunales nacionales. La Decisión sobre Jurisdicción, del 25 de enero de 2000 expresa en el párrafo 56 "... si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de nación más favorecida...".

(19) Autor y obra citado en la nota 8.

(20) United Nations Centre of Transnational Corporations "Bilateral Investment Treaties", ps. 33 y 34, UN, New York, 1988.

(21) Este tipo de cláusulas las encontramos por ejemplo en el artículo 1109 del TLCAN: Transferencias 1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen... (22) Cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia, en lo referente a las transacciones al contado ("spot") de la divisa que vaya a

transferirse. (...). Por su parte el tratado con Chile prevé en el artículo 5.3 que "Una transferencia se considera realizada sin demora cuando se ha efectuado dentro del plazo normalmente necesario para el cumplimiento de las formalidades de transferencia [...] que en ningún caso podrá exceder de dos meses...". El artículo 5.1 del tratado con Estados Unidos dispone "Cada Parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o que salgan de él se realicen libremente y sin demora". Y el artículo 6 del tratado Franco-Argentino expresa "Cada Parte Contratante, en cuyo territorio o zona marítima de los inversores de la otra Parte Contratante hayan efectuado inversiones, otorgará a dichos inversores la libre transferencia de sus activos líquidos" (...). "Los nacionales de cada una de las Partes Contratantes que han sido autorizados para trabajar en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante con relación a una inversión admitida, serán igualmente autorizados a transferir a sus respectivos países de origen una parte apropiada de su remuneración. Las transferencias a las cuales se refieren los párrafos precedentes se efectuarán sin demora al tipo de cambio normal aplicable a la fecha de la transferencia, conforme con los procedimientos

previstos por la legislación del país en cuestión, entendiéndose que ellos no podrán denegar, suspender o desnaturalizar la libre transferencia".

(22) El artículo 1110 del TLCAN establece que "ninguna de las Partes podrá directamente o indirectamente... expropiar una inversión... o adoptar una medida equivalente... a una expropiación... salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y (d) mediante indemnización...". "Una medida" se define en el artículo 201(1) como aquélla que incluye "cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica". El artículo 5 del TBI con Francia prevé "Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes Contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el artículo 3 del presente Acuerdo. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la con-

dición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

(23) El TBI con Francia dispone que las medidas mencionadas (medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión) que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión. Artículo 1110: Expropiación y compensación El TLCAN en su artículo 2 punto 2. expresa "2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conocía con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado".

ras privatizaciones, se combatió un proceso hiperinflacionario disponiendo un tipo de cambio fijado por ley a una relación de igualdad con el dólar americano (\$1 = US\$ 1), prohibiendo además la utilización de todo índice o mecanismo de actualización y disponiendo que debían existir tantas reservas como pesos en circulación a dicha paridad. Al mismo tiempo se fueron fijando las tarifas en dólares americanos ajustadas al IPC (Índice de Precio al Consumidor) de Estados Unidos. La economía estaba en su mayor parte dolarizada, estando expresados en dicha moneda la mayoría de los contratos.

A fines de 2001 estalló una grave crisis financiera que determinó que el Gobierno Nacional restringiera el retiro de los depósitos bancarios que, acompañado por un alto índice de pobreza, indigencia y desempleo motivó una serie de protestas populares que derivaron en un efímero estado de sitio, saqueos, la renuncia de Primer Ministro de Economía primero y del presidente de la Nación después.

En este contexto y con el propósito de encarar la emergencia, el Congreso Nacional dictó una ley de orden público dejando sin efecto el tipo de cambio fijado al dólar y autorizando al ejecutivo a adoptar la política cambiaria. Se dispuso la libre flotación con intervención estatal en el mercado de cambios. Se fijaron todas las obligaciones expresadas en dólares a la misma cantidad de pesos, haciendo lo mismo con las tarifas de los servicios públicos. En los contratos entre particulares se estipuló el principio de la renegociación entre las partes como forma de adecuar las prestaciones, las que serían sometidas ante la justicia en caso de desacuerdo y se autorizó al estado nacional a renegociar los contratos de servicios públicos para adaptarlos al nuevo escenario económico. A tal fin se estableció "que deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas" (24). La moneda nacional fue inmediatamente depreciada llegando en pocos meses a su cotización actual, que implicó una devaluación del 360% en nueve meses, quedando en evidencia la previa sobrevaluación del peso.

Con la salida de la convertibilidad y posterior devaluación del peso, se modificaron ciertas "reglas de juego" (25). En efecto, las disposiciones de urgente necesidad llevadas a cabo por el gobierno nacional a raíz de la emer-

gencia económica dispuso una serie de medidas, que afectaron a las empresas prestadoras de servicios públicos. Los impactos se originan a partir de la ya citada Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561 (Adla, LXII-A, 44).

### III.2. Fundamentos alegados por las empresas privatizadas

Las privatizadas fundamentan su reclamo ante el CIADI, argumentando que: La ley 25.561 es una medida arbitraria y que ésta juntamente con el resto de las medidas (26) adoptadas por el gobierno nacional tienen un efecto similar al de la expropiación (expropiación indirecta).

Recapitulando lo mencionado anteriormente, el contenido de los TBI es muy similar y la mayoría garantiza a los ciudadanos de otro Estado:

- libertad para invertir;
- tratamiento justo y equitativo y no discriminatorio;
- imposibilidad de expropiación o medida equivalente sin indemnización;
- libre transferencia de las rentas.

Las privatizadas argumentan en general que Argentina ha infringido las siguientes obligaciones:

- a) De proteger en su territorio y no obstaculizar las inversiones realizadas por los inversionistas.
- b) De garantizar en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones extranjeras.
- c) De no adoptar medidas de características o efectos similares a una expropiación sin acordar una pronta y adecuada indemnización.

Surge de lo expresado que los argumentos más aludidos en los reclamos corresponden a los artículos de los TBI referentes a la protección de las inversiones, al trato justo y equitativo, a la expropiación y a la discriminación.

En el marco de las modificaciones impuestas en el contexto macroeconómico descrito, el Poder Ejecutivo inició una ronda de negociaciones con las empresas privatizadas con la finalidad de analizar el impacto de este contexto en el desempeño de las firmas y la prestación de los servicios.

### III.3. Fundamentos alegados por el gobierno nacional

El Procurador del Tesoro de la Nación, R. M. Citara, sostiene que "estas medidas abarcaron a todos por igual, motivo por el cual no pueden alegar

medidas discriminatorias. Más aún, que la vocación del Estado por mantener el equilibrio sinalagmático en consonancia con la preservación de la paz nacional y el orden público, queda evidenciada desde la misma constitución de la 'Comisión de Renegociación de los Contratos que tengan por objeto la prestación de obras y servicios públicos', creada por dec. 293/2002 (Adla, LXII-B, 1644), hasta la sanción de la ley 25.790 (Adla, LXIII-E, 4966), que dispone hasta el 31/12/2004 la extensión del plazo para llevar a cabos la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos". El Procurador, señala a propósito del principio de no discriminación, la emergencia social y económica y el reclamo de los inversores extranjeros, que es oportuna la aplicación de la "Doctrina de la Comunidad de Fortuna" formulada por el doctor Luis A. Podestá Costa, en el año 1922, la cual afirma que el inversor obra en virtud de una resolución personal, libremente adoptada, cuando el mismo, o sus bienes, se sitúan en otro Estado. Al adoptar esa determinación sabe cuáles son las ventajas e inconvenientes previsibles y entra a participar de las alternativas materiales y morales del nuevo medio en que se ha decidido actuar. Como los demás habitantes de ese medio, debe gozar de los beneficios que ellos gozan y no pueden sustraerse a los males que padecen. Se constituye así un pacto tácito entre el Estado y el extranjero, una relación de convivencia, que crea un vínculo de reciproca solidaridad, una verdadera comunidad de fortuna" (27).

Por su parte, el gobierno de Néstor Kirchner embistió contra el tribunal arbitral en otros ámbitos internacionales, descalificándolo como instancia para solucionar controversias.

A través de una presentación realizada en París ante la OCDE, y luego también elevada a la Cepal, la Procuración del Tesoro cuestiona "el sesgo comercialista" de ese órgano del Banco Mundial que, entre otras debilidades, "no considera variables socioeconómicas", como las que desembocaron en la devaluación y pesificación y hoy impiden satisfacer las aspiraciones de los inversores. "Hay una proporción creciente de argentinos que se alimentan con desperdicios", señala ese texto, en un intento de mostrar al mundo la magnitud del derrape económico local. La otra cara de la estrategia defensiva oficial es sumar a organizaciones sociales para que se presenten como "terceros" en los expedientes que iniciaron las empresas privatizadas, advirtiendo sobre los negativos efectos que tendría sobre la empobrecida población local un ajuste de tarifas. El CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) estaría entre los primeros. La Argentina tiene acumulada alrededor del 80 por ciento de las demandas presen-

tadas en el CIADI contra un Estado Nacional por eventual ruptura de contratos. Una categoría de reclamos es la que formularon las empresas privatizadas, que exigen en conjunto una indemnización de 16 mil millones de dólares por la pesificación de sus tarifas, que por contrato o normas posteriores estaban ligadas a la evolución del dólar.

El mensaje final hacia los demandantes del Estado es que pueden conseguir fallos a su favor pero les resultará muy difícil cobrarlos. Una prueba de esto están teniendo los tenedores de bonos en default, para quienes resultará poco menos que una proeza conseguir algún bien para embargar y cobrar de esa manera lo que Economía no paga, según se había comprometido el Estado antes de la cesación de pagos.

### IV. Conclusión

Los argumentos tanto de las privatizadas como los del Estado Nacional, merecen ciertas observaciones. En efecto, la racionalidad y el sentido común indicarían que si bien es cierto que la situación económica abarcó a todos por igual, no habiendo discriminación entre inversores extranjeros y nacionales, también es cierto que el Estado produjo un daño por el cual debería responder. Ahora bien, una de las cuestiones más controvertidas que suscitan estos tratados 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. 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 TBI 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.

Pero, 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. 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.

Parecería igualmente desacertada la comparación del gobierno nacional entre los tenedores de bonos en default con aquellos inversores que han obtenido un laudo arbitral favorable, toda vez que el mismo es obligatorio y las partes se han comprometido a hacerlos ejecutar en su territorio como si fueran una sentencia firme de sus tribunales. Todo ello, sin perjuicio de que en caso de incumplimiento por parte del Estado receptor, renace el derecho a la protección diplomática pudiendo incoar procedimientos en contra del Estado recalcitrante ante la Corte Internacional de Justicia.

Por otra parte y en referencia a la citada "doctrina de la comunidad de fortuna" sostenida por el Procurador del Tesoro de la Nación, es conocido que la rentabilidad de una actividad económica tiene, entre otros factores, relación directa con el riesgo empresarial enfrentado (cuanto mayor el riesgo involucrado, mayor el margen de beneficios que cabe esperar). Los rasgos distintivos de los servicios públicos privatizados (monopólicos, con demanda cautiva y reservas legales de mercado) suponen un menor riesgo empresarial que el que se desprendería de casi cualquier otra actividad económica. Y esto es también lo que se "ofreció" al inversor extranjero para "invitarlo y seducirlo" a invertir en el país, conjuntamente con la firma de más de 54 TBI (28).

Surge de lo expuesto precedentemente que el "caos normativo" sumado a la imprecisión dada por la dificultad de calificar determinadas situaciones y conductas trae aparejada una compleja situación.

Parecería que el objetivo de las empresas privatizadas al presentar sus reclamos ante el CIADI es colocarse en una mejor situación ante el Estado Nacional, para lograr una negociación más beneficiosa. No olvidemos que el CIADI es una organización que forma parte del grupo del Banco Mundial y que la asistencia crediticia que puede otorgar dicha institución de ninguna manera resulta indiferente para el Estado Nacional (29).

Por ello, creemos que la mejor opción para los inversores extranjeros y para la Argentina es precisamente la negociación íntegra y global de los contratos dispuesta por el gobierno nacional. ♦

### Notas

(24) Regulación de Mercados, "La Participación de los Usuarios en la Renegociación de los Servicios Públicos en Argentina", Ariel R. Caplan Representante de los Usuarios en la Comisión Revisora de los Servicios Públicos.

(25) PANERO, Santiago, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los tratados bilaterales de inversión", LA LEY, 2003-E, 1482.

(26) Las principales medidas adoptadas por el Gobierno Nacional modifican-

do la legislación vigente hasta ese momento, son: (a) la devaluación del peso argentino respecto del dólar estadounidense y la pesificación de ciertos activos y pasivos que estaban expresados en moneda extranjera mantenidos en el país; (b) la pesificación de las tarifas de servicios públicos anteriormente pactadas en dólares, dejando sin efecto las cláusulas servicios públicos anteriormente pactadas en dólares, dejando sin efecto las cláusulas indexatorias basadas en índices de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio que se encontraba en los Contratos de Concesión; (c) la

introducción de restricciones al retiro de fondos depositados en las instituciones financieras; (d) la restricción a realizar transferencias al exterior en concepto de servicios de capital de préstamos financieros, excepto los otorgados por organismos internacionales y por bancos participantes en la financiación de proyectos de inversión cofinanciados por dichos organismos y de distribución de dividendos sin la previa autorización del Banco Central de la República Argentina y (e) el incremento de los precios internos (inflación) aún por encima de la revisión gubernamental.

(27) CITARA, Rubén Miguel, "El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (T.B.I) frente a la existencia de la jurisdicción pactada", LA LEY, 2004-A, 1400.

(28) Ver al respecto el artículo sobre "¿Por qué invertir en Argentina?" documento elaborado por la Agencia de Desarrollo de Inversiones en Septiembre de 2003, www.inversiones.gov.ar.

(29) Fundado en 1944, el Grupo del Banco Mundial es uno de los principales proveedores de asistencia para el

desarrollo en todo el mundo. El Banco, que en el ejercicio de 2001 otorgó préstamos por valor de US\$17.300 millones a los países que recurrieron a sus servicios, actualmente lleva a cabo actividades en más de 100 economías en desarrollo, y aporta una combinación de financiamiento e ideas para mejorar el nivel de vida de la población y eliminar las peores formas de pobreza. En cada uno de esos países, el Banco colabora con organismos estatales, organizaciones no gubernamentales y el sector privado para elaborar estrategias de asistencia.

# LA LEY

## ACTUALIDAD

4 Buenos Aires, jueves 24 de junio de 2004

### La función notarial. Responsabilidad penal del notario

En la sede de la Universidad Notarial Argentina (UNA), Guido 1841, se realizarán los días miércoles, desde el 11 de agosto hasta el 29 de setiembre, de 10.30 a 12.30 el curso sobre "La función notarial, responsabilidad penal del notario".

El temario será el siguiente:

1) Función notarial: El notario creador de la forma legal. El acto notarial. Documentos notariales.

2) Escritura pública. Actas, formalidades, requisitos, fe de conocimiento, declaraciones de las partes. Constancias notariales. Enmiendas. Otorgamiento. Forma. Imposibilidad de firma en blanco. Firma en los testamentos. Escrituras que pueden carecer de firma. Autorización. Copias. Diferencia entre la matriz y la copia.

3) Disposiciones legales sobre documentos extraproto-

colares. Certificación de firmas e impresiones digitales. Formalidades. Requisitos. Libro de requerimiento. Folios de autenticación de la certificación, certificación de más de un ejemplar. Certificación posterior al requerimiento. Certificación de fotocopias. Jurisprudencia.

4) Impugnación de autenticidad del documento. La fe pública como bien jurídico protegido. Falsificación de instrumentos públicos. Falsedad y simulación. Falsedad y nulidad. Impugnación por validez, existencia, eficacia e inoponibilidad. Invalidez del acto y del instrumento.

5) Nociones generales de responsabilidad penal. Delitos cometidos en ocasión del ejercicio de la función. Deberes y obligaciones. Responsabilidad penal; autoría, participación.

Dolo. Culpa. Dolo eventual. Falsedad instrumental e ideológica.

6) Análisis casuístico. Conductas pasibles de persecución penal. Mecanismos tendientes a facilitar la defensa penal. Resolución de conflictos.

7) Escritura pública: fe de conocimiento vs. Fe de identidad. Casos. Escritura pública. Documentos de identidad idóneos. Funcionario público. Escritura Pública. Apreciación por parte del funcionario público de la capacidad y habilidad del otorgante.

8) Certificación de firmas autenticación de fotocopias.

9) Falsificación; sellos de pago de impuestos- oficios judiciales. Responsabilidad de los órganos judiciales, del registro del Inmueble y del escribano.

10) Escribano: obligación de denunciar eventuales comisiones de delito. Secreto profesional.

11) Escritura pública: su falsedad denuncia o querella.

12) Escrituras públicas: otorgamiento de las mismas por personas privadas de su libertad.

13) protocolo notarial. Traslado, pericias, exhibición, requerimiento de organismos no judiciales.

14) Resoluciones judiciales condena, absolución, procesamiento, prisión preventiva, sobreseimiento. Inhabilitación. Implicancias en el ejercicio de la profesión.

Los interesados deben dirigirse a Guido 1841, tel. 4804-7743 o en La Plata, Av. 51. número 435, tel. 421-0552

### Disertaciones en el Colegio Público de Abogados de Capital Federal

Dr. FELIX A. TRIGO REPRESAS

"Relación de causalidad"

Dr. MARCELO J. LOPEZ MESA

"Responsabilidad civil derivada de la utilización abusiva de la informática o Internet"

Presentación de la obra de los expositores "Tratado de la Responsabilidad Civil", La Ley, 2004, a cargo del Dr. Alberto J. Bueres.

24 de junio de 2004 - 18:30 hs. - Salón Auditorio del Colegio Público de Abogados de Capital Federal - Av. Corrientes 1441 - Entrada libre y gratuita.

### "Tratado de la buena fe en el derecho"

Ed. La Ley 2004

Director: Dr. MARCOS M. CORDOBA

Coordinadoras: Dra. LIDIA M. GARRIDO CORDOERA  
Dra. VIVIANA KLUGER

Presentación a cargo del Dr. Atilio A. Alterini, del Dr. Gustavo A. Bossert y del Dr. Marcos M. Córdoba.

5 de julio de 2004 - 18:00 hs. - Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

### Instituto Argentino de Derecho Comercial

En la Asamblea General Ordinaria del 27 de abril de 2004 fueron elegidas las siguientes autoridades del Instituto.

Presidente: Martín Arecha

Vicepresidente 1: Benjamín Gelis

Vicepresidente 2: Ariel Angel Dasso

Secretaria: Silvia Cirmi Obon

Prosecretario: Leandro Caputo

Tesorero: Edgardo Adrián Vinacur

Protesorero: Héctor Fernández

Vocales titulares: Bautista Kuyumdjian; Marcelo Gustavo Barreiro; Víctor Zamenfeld; Lidia Vaizaer; Edgardo Daniel Truffat

Vocales suplentes: Ignacio A. Escuti (h.); Ariel Gustavo Dasso; Horacio Meinke; Esther Mitelpunkt; Adriana López Corte Real; Rubén Pardo.

Comisión revisora de cuentas. Adolfo Scorofitz y Raquel Winik.

### Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba realizó un acto público en su sede de Artigas 74, en Córdoba, en el que se designó como académico correspondiente al Chaco al doctor Antonio Juan Rinessi, quien pronunció una conferencia sobre "La capacidad de los menores".

Estuvieron presentes, el presidente Olsen Ghirardi; el vicepresidente Ricardo Haro y el secretario, Ernesto Rey Caro.

La Escuela de Economía y Negocios de la Universidad de Belgrano y el instituto Argentino de Negociación, Conciliación y Arbitraje anuncian el Curso Internacional de Posgrado de Derechos Humanos en las Américas (del 9 al 20 de agosto); El IV Congreso internacional de Seguridad Personal sin violencia ante el Delito (del 17 al 19 de agosto) y el III Congreso Internacional de Administración y Resolución de Conflictos (negociación, mediación, arbitraje), del 17 al 19 de agosto.

Todas estas actividades se realizan en la Argentina, ciudad de Buenos, Marcelo T. de Alvear 1560, tel. 4812-6460 y 9680-0509 de 12 a 20. Escu-4001@ub.edu.ar

Alvear 1560 y cuenta con el auspicio de importantes instituciones y del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Nación, y la primera de las mismas con el auspicio de la UNESCO.

El detalle de los temarios, disertantes y costos pueden ser consultados en el sitio <http://ianca.com.ar> y los interesados pueden dirigirse a Larrea 1051, piso 1, Ciudad de Buenos Aires, tel. 4825-4699-4910 de 10 a 18 o en la Escuela de Economía y Negocios de la Universidad de Belgrano, Marcelo T. de Alvear 1560, tel. 4812-6460 y 9680-0509 de 12 a 20. Escu-4001@ub.edu.ar