

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Escuela de Estudios de Posgrado

**MAESTRÍA EN RELACIONES ECONÓMICAS
INTERNACIONALES**

TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA

El CIADI ante las demandas al Estado Argentino
(1997-2017)

AUTOR: ALBERTO DAMIÁN BAIGORRI

DIRECTOR: EMILIANO BASCO

ABRIL 2024

Resumen

A finales de los años 80, Latinoamérica en general y Argentina en especial, comienzan una notable transformación económica y financiera para atraer inversiones extranjeras con la expectativa de generar desarrollo y crecimiento en sus economías cada vez más deficitarias, en mayor parte debido al modelo económico de Industria Sustitutiva de Importaciones (ISI)¹ hasta ese momento en la región. Los cambios más importantes se relacionaron con la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación del sistema financiero y las privatizaciones de empresas del Estado.

Estos cambios implicaron también una serie de compromisos y garantías como la posibilidad de discutir las controversias sobre inversiones en el ámbito internacional, mediante la adhesión a centros internacionales, principalmente el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)² y la firma de acuerdos internacionales, en general, Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)³, ambos requisitos para la protección de las inversiones extranjeras en los Estados receptores de éstas.

En 1989, Argentina emprende un importante programa de privatización de empresas del Estado, que permitía el acceso a sectores estratégicos como el de servicios públicos y recursos naturales y a la vez saldar parte de sus deudas en el exterior. Además, se pone en marcha el “Plan de Convertibilidad” (1 peso = 1 dólar), el cual era un valor más de atracción, para la inversión extranjera en el país, que perduraría más de una década.

En el año 2001 colapsa el sistema económico y financiero argentino, debido a la inviabilidad e insostenibilidad del modelo económico, e inmediatamente se dictan leyes de orden público que modifican las condiciones macroeconómicas en general y las acordadas con los inversores, en su mayoría en los años 90, situación que inicia la presentación masiva de demandas ante el CIADI, hecho que luego convierte a Argentina, en el país con más demandas sobre inversiones en el mundo.

¹ Modelo de desarrollo que intenta reemplazar los bienes importados por los bienes producidos localmente.

² Se trata de un Centro, que integra la estructura institucional del Banco Mundial que fue creado por el “Convenio sobre las reglas relativas a inversiones entre Estados e inversores de otros Estados”.

La naturaleza del Centro no es resolver diferencias sino, la de proporcionar servicios de conciliación y de arbitraje de estas diferencias en materia de inversiones, a través de los árbitros que obren en las listas del Centro que resolverán conforme al Convenio. Argentina es parte de este Convenio desde el año 1994. Este Convenio puede obtenerse en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

³ Detalle en Capítulo 1, unidad 1.3.

El presente trabajo de investigación analizará el rol del CIADI sobre Argentina para determinar su utilidad y beneficios o no, en el período en que se presentan las demandas (1997-2017), en su mayoría luego de la crisis económica y financiera del 2001, relacionadas al crecimiento de las inversiones, especialmente la Inversión Extranjera Directa (IED)⁴.

Abstract

At the end of the 80s, Latin America in general and Argentina in particular, begin a remarkable economic and financial transformation to attract foreign investments with the expectation of generating development and growth in their increasingly deficient economies, mostly due to the economic model of Imports Substitution Industrialization (ISI) until that moment in the region. The most important changes were related to the liberalization of the economy, the reform of the State, the deregulation of the financial system and the privatization of state-owned enterprises.

These changes also implied a series of commitments and guarantees, such as the possibility of discussing investment disputes at the international level, by joining international centers, mainly the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and the firm of international agreements, in general, Bilateral Investment Treaties (BITs), both requirements for the protection of foreign investments in the States receiving them.

In 1989, Argentina undertook an important program of privatization of state-owned companies, which allowed access to strategic sectors such as public services and natural resources and at the same time pay off some of its debts abroad. In addition, the “Plan de Convertibilidad” (1 peso = 1 dollar) is launched, which was a more attractive value for foreign investment in the country, which would last more than a decade.

In 2001 the Argentine economic and financial system collapsed, due to the unfeasibility and unsustainability of the economic model, and immediately public order laws were enacted which modified the macroeconomic conditions in general and those agreed with investors, mostly in the 90s, a situation that begins a massive presentation of claims at ICSID, a fact that later turns Argentina into a country with more demands on investments in the world.

This research work will analyze the role of ICSID for Argentina to determine their usefulness and advantages or disadvantages, in the period in which the demands are presented (1997-

⁴ Se explica la definición de IED en la Introducción.

2017), mostly after the economic and financial crisis of 2001, related to the growth of investments, especially Foreign Direct Investment (FDI).

Keywords: International Conflict, International Relations, International Organization, International Agreement.

JEL: F510, F500, F530.

Índice

Resumen	1
Introducción	7
Planteamiento del tema	12
Marco teórico	13
Metodología	15
Capítulo 1. Contexto macroeconómico argentino sobre la inversión extranjera	16
1.1. Antecedentes de la inversión extranjera, antes de la década de 1990	16
Latinoamérica	16
Argentina.....	17
1.2. Inversión Extranjera Directa (IED) en los años 90.....	18
1.3. Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs): alcance	25
1.4. Privatizaciones y período de convertibilidad en Argentina.....	33
1.5. Fin del período de convertibilidad.....	37
1.6. Posconvertibilidad y renegociación contractual	40
Conclusión Capítulo 1	42
Capítulo 2. Demandas en las que está involucrado el Estado Argentino	44
2.1. Identificación de los casos ante el CIADI	44
2.2. Descripción de las causas de las demandas	48
2.2.1. Causas de las demandas no relacionadas a la crisis 2001 (Ley de Emergencia Pública 2002)	49
1. Problemas contractuales.....	50
2. Aplicación de impuestos provinciales	53
3. Suspensión de indexación tarifaria (EE. UU. PPI)	54
4. Expropiación	54
2.2.2. Causas de las demandas relacionadas a la crisis 2001 (Ley de Emergencia Pública 2002)	55
1. Pesificación de tarifas de servicios públicos.....	56
2. Pesificación de los contratos privados	61
3. Retención a las exportaciones	62
4. Pesificación de los contratos públicos	64
5. Default de bonos soberanos argentinos.....	65

Conclusión Capítulo 2.....	67
Capítulo 3. Solución de controversias sobre inversiones.....	69
3.1. Mecanismo de solución de controversias	69
Evolución del mecanismo de solución de controversias.....	69
Medios e instrumentos de arbitraje internacional	73
Instituciones y mecanismos de arbitraje internacional	75
3.2. Sistema arbitral y función del CIADI.....	77
Composición del CIADI	79
Jurisdicción y Consentimiento del CIADI.....	80
La Conciliación.....	81
El Arbitraje.....	82
3.3. Consideraciones generales sobre el CIADI.....	83
3.4. La actuación del CIADI sobre las demandas al Estado Argentino.....	86
Conclusión Capítulo 3.....	88
Conclusiones	89
Bibliografía.....	93
Anexos.....	97

Índice de Gráficos

Gráfico 1.2.1. IED por país de origen en Argentina (Período 1992-2002).....	20
Gráfico 1.2.2. IED por sector destino en Argentina (Período 1992-2002)	20
Gráfico 1.3.1. TBIs firmados por Argentina (Periodo 1990-2000).....	27
Gráfico 1.4.1. Privatizaciones por comprador en millones de USD en Argentina (Período 1990-1994)	29
Gráfico 2.1.1. Casos registrados por el CIADI (Período 1997-2017).....	37
Gráfico 2.1.2. Casos registrados por el CIADI para Argentina (Período 1997-2017).....	38
Gráfico 2.2.1. Sector económico de los casos en Argentina (Período 1997-2017).....	41
Gráfico 2.2.2. Nación de la inversión de los casos en Argentina (Período 1997-2017)	42
Gráfico 3.1.1. Elección de foros de arbitraje (global).....	64
Gráfico 3.1.2. Demandas sobre inversiones por región (global).....	65
Gráfico 3.1.3. Demandas sobre inversiones por instrumento (global).....	65
Gráfico 3.4.1. Resultados de los casos en Argentina. Procedimiento original (Período 1997-2017).....	76
Gráfico 3.4.2. Montos de las demandas en millones de USD en Argentina (Período 1997-2017).....	77

Índice de Tablas

Tabla 1. Casos CIADI ante Argentina	38
Tabla 2. Montos demandados por los inversores y otorgados por el Tribunal o Acuerdo entre partes (Argentina).....	89

Introducción

Luego de la segunda guerra mundial, la libre movilidad del capital financiero y de bienes tuvo restricciones cada vez mayores por parte de algunos países, particularmente de Latinoamérica, para asegurar el crecimiento y desarrollo de sus propias industrias nacionales. Las inversiones reales comenzaron a experimentar una notable transnacionalización. Estos capitales extranjeros ingresaron a Latinoamérica con la expectativa de generación de desarrollo y crecimiento económico, en compensación de un déficit de ahorro nacional cada vez mayor (Ghiotto, 2014).

En los años 70 se dio una fase de auge, llegando los flujos externos netos a su máximo en 1981. En esta fase, el desarrollo y la flexibilización de los mercados financieros internacionales facilitaron el acceso y la fluidez de los capitales entre países (Torres, 2004).

Ante el endurecimiento en las condiciones de liquidez internacional, esta fase de auge terminó con la crisis de la deuda en 1982, dando lugar a una fase de contracción en los flujos de capitales. Las economías latinoamericanas enfrentaron una etapa de crisis a partir de las inconsistencias en las políticas económicas internas y la acumulación de desequilibrios macroeconómicos derivados en gran medida por los grandes flujos de capital extranjero en la región y su posterior reversión.

Esta fase de contracción en los flujos de capitales solo pudo ser superada desde 1989, después de la intervención de los organismos multilaterales y la banca mundial para reprogramar la deuda externa de los países más endeudados.

Las recomendaciones de reforma de política económica del Consenso de Washington⁵, a finales de los años 80 y principios de los años 90, para afrontar la crisis de muchos países de Latinoamérica, implicaron una notable transformación como la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación del sistema financiero y la privatización de empresas del Estado, entre otras. Con la garantía del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial (BM), se modificaron leyes nacionales y firmaron TBIs, para poder lograr una mayor atracción de la inversión en la región (Sommer, 2013). Esta última afirmación luego de dos décadas de firmados la mayoría de los TBIs en la década del 90, se torna muy difícil de sostener,

⁵ Paquete de reformas para países en desarrollo afectados por crisis financieras (década del 80 y 90), según las instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, ubicadas en Washington D. C.

En 1989 el economista John Williamson toma el termino de “Consenso de Washington” con el objetivo general de describir ciertas políticas que apoyaban la estabilización macroeconómica, la liberalización económica relacionada al comercio, la reducción del Estado y la expansión del mercado dentro de la economía interna. Obtenido de: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/848411468156560921/pdf/WPS5316.pdf>

ya que estudios académicos y del Banco Mundial no encuentran una correlación directa entre la firma de acuerdos de inversión y la atracción de IED. Además, actualmente los Estados están viendo las consecuencias, tanto monetarias como de limitación para implementar políticas públicas haciendo que se cuestione el sistema internacional de inversiones y también el de arbitraje (Cecilia Olivet et al., 2013).

Cuando hablamos de inversión, el concepto general se caracteriza por constituir un aporte económico que genera un rendimiento en un periodo de tiempo y conlleva un cierto tipo de riesgo. Dentro de este concepto, se encuentran dos tipos de inversiones: la Inversión Extranjera Directa (IED) y la inversión de cartera o portafolio. La primera involucra una relación de largo plazo donde un inversor de una economía busca obtener una participación duradera en una empresa residente de otra economía, tratando de ejercer un grado significativo de influencia. La segunda, no supone ninguna intención de control por parte del inversor, en tanto que generalmente se hace con horizontes de corto plazo (Chudnovsky & López, 2006).

Este trabajo de investigación se enfocará en la IED, la cual tuvo, por ejemplo, niveles récord de crecimiento durante la mayor parte de la década de 1990 en Argentina, debido a la notable predisposición a cambios de política macroeconómica y de reforma estructural como el grado de apertura, las privatizaciones, y una nueva legislación en materia de inversiones extranjeras (Stanley, 2004). Este crecimiento de la IED fue acompañado también con la firma de TBIs. Generalmente, los TBIs se basan en dos principios fundamentales: la protección sobre las inversiones y el apoyo de un sistema de arbitraje para la solución de controversias. Aparte de estos principios, la mayoría de los TBIs incluyen cláusulas como la de Nación Más Favorecida (NMF), Trato justo y equitativo, Solución de controversias, etc. (Ghiotto, 2014).

A fines de los años 80, Argentina emprende un ambicioso programa de privatización de empresas del Estado, donde los acreedores externos podían recuperar parte del capital adeudado y los empresarios nacionales tenían la posibilidad de participar en sectores de los cuales antes no habían tenido acceso, como el de servicios públicos y recursos naturales. Además, permitía al Gobierno, por medio de decretos específicos y con total discreción, la transferencia de muchos de los activos públicos del Estado (Vernabaz, 2011).

A mediados de la década de 1990, cuando ya se habían privatizado la mayoría de las empresas públicas en Argentina, los empresarios locales comienzan a desprenderse de su parte a través de la venta a inversores extranjeros, comenzando un segundo período de privatizaciones. Este tipo de venta se produjo, con el sólo objetivo de mantener a resguardo sus ganancias

patrimoniales en el exterior, frente a los riesgos de la economía local (Vernabaz, 2011). También en este período, una serie de crisis financieras a nivel global comienzan a cambiar la confianza en el modelo económico, para ya a finales de los años 90 empezar un rápido descenso económico y financiero, que terminaría en depresión y crisis.

Como resultado de la crisis en diciembre del 2001, por la cual colapsó el sistema económico y financiero argentino, se dictaron leyes de orden público que modificaron las condiciones acordadas con los inversores, en su mayoría en los años 90. Estas modificaciones, como el cobro de sus ganancias, las cláusulas de estabilización legal en los TBIs, la cancelación de contratos de concesión de servicios públicos, etc., bastaron para el comienzo de diversas demandas ante tribunales internacionales, principalmente en el CIADI (Sommer, 2013).

A partir del año 2002, a modo de resolver el marco regulatorio y contractual argentino a futuro, comienza un proceso de renegociación, el cual evidentemente, ya no sería mantener un esquema dolarizado, inviable para el gobierno, ni otro pesificado sin ajuste, inviable para los inversores. Luego de la presentación de las demandas ante tribunales internacionales de varios inversores, a modo de minimizar el riesgo de expropiación, el gobierno logra acordar con éstos, la suspensión de las acciones de las demandas, al menos durante el proceso de renegociación. (Stanley, 2004).

El Estado argentino recibió 54 demandas ante el CIADI, en el período de 1997 a 2017, número que refleja el 9% del total en todo el mundo en el mismo período, 39 de las cuales tuvieron relación directa con la crisis del año 2001, siendo sus causas más importantes la pesificación de tarifas de servicios públicos y de contratos. Las demandas restantes no tuvieron relación directa con esta crisis y sus principales causas fueron problemas contractuales en general.

Según Vernabaz (2011), los principales factores que se relacionan con la gran cantidad de demandas tuvieron que ver con la forma en que se realizaron las privatizaciones en los años 90, el marco regulatorio favorable para los inversores extranjeros y el fin del régimen de convertibilidad. Otro factor que profundizó el problema fue el exceso de garantías concedidas durante la década de 1990, en el marco general “TBI + CIADI”, para la solución de controversias (Mortimore & Stanley, 2006b).

La solución de controversias, antes de la segunda guerra mundial, por conflictos sobre inversiones afectadas por normas del país receptor de las inversiones, se daba entre Estados, ya que cualquier diferencia entre un Estado y un inversor extranjero, se transformaba de inmediato

en una cuestión de Estados. En Latinoamérica, donde la soberanía jurídica del Estado no era un tema de debate, la mayoría de los países, sostenían la “Doctrina Calvo”, la cual era utilizada en caso de controversias entre un Estado y un inversor extranjero, sometiendo el reclamo ante los tribunales locales del Estado receptor de las inversiones, impidiendo la protección diplomática⁶ o el acceso directo a un tribunal extranjero (Mortimore & Stanley, 2006b). Posteriormente, el CIADI, fue el primer acuerdo multilateral, que trató el tema de controversias sobre inversiones extranjeras de forma privada entre un Estado y un inversor extranjero (Biggs, 2003).

El CIADI surge en 1966 como una institución independiente internacional cuyo objetivo principal ha sido proporcionar los medios y mecanismos de conciliación y arbitraje en relación con las controversias sobre inversiones (CIADI, 2006). Para que una controversia sea apta en el ámbito del CIADI, según Stanley (2004), debe ser jurídica, surgir de una inversión, darse entre un Estado y un inversor de otro Estado y debe existir el consentimiento por escrito al arbitraje por ambas partes.

El sistema del CIADI ha sido cuestionado en relación a la solución de conflictos sobre las inversiones internacionales. Desde varios ámbitos se ha sugerido un análisis más estricto y restrictivo de las demandas, debido a la facilidad con la que los inversores pueden presentarlas, situación que afecta al Estado, principalmente en los costos de arbitraje (Mortimore & Stanley, 2006b). Otro punto en desventaja, debido al armado de tribunales ad-hoc para cada demanda, es la imposibilidad de acumulación o consolidación de causas similares, por lo tanto, una decisión gubernamental que afecte a varios inversores extranjeros podría originar múltiples demandas y posteriores arbitrajes, con alta probabilidad de obtener fallos contradictorios (Mortimore & Stanley, 2006b; Stanley, 2004). Desde el punto de vista económico, según Blanco Herrera (2008), las demandas, y por supuesto las condenas, hacen poco atractivo al país para la inversión extranjera, a lo que agrega Ghiotto (2014), las consecuencias negativas que causan en los foros internacionales y la dificultad de acceso al financiamiento externo.

Con respecto a la actuación del CIADI, sobre los casos demandados al Estado argentino, casi el 90% ya fueron concluidos, dentro de los cuales un 30% fueron por “Acuerdo de Partes” y otro 30% “A favor del Inversor”. Solamente el 7% de los casos fueron “A favor del Estado” (UNCTAD, 2018). Esta estadística pone de manifiesto la desmotivación por parte de varios

⁶ Definición y alcance en la unidad 3.2., del Capítulo 3.

Estados, de los cuales algunos se han retirado del CIADI como Bolivia, Ecuador y Venezuela⁷ tras denunciar el Consenso de Washington, donde casi el 90% de sus TBIs los remitían a este centro para la solución de controversias. Otros Estados fuera de Latinoamérica como , Sudáfrica anunciaron que retirarían las cláusulas relativas a la solución de controversias de sus TBIs, e India y Australia⁸ han comenzado con cuestionamientos sobre el tema (Vilizzio, 2015).

El presente trabajo de investigación en general intentará validar la hipótesis de que, para un país como Argentina, haber estado adherido al CIADI no tuvo relación directa para atraer inversiones ni para luego ayudar a resolver sus controversias, es decir, el rol del CIADI no influyó positivamente al Estado argentino. Esta última parte se demuestra a grandes rasgos, cuando se observan la gran cantidad de demandas admitidas por este Centro.

A lo largo del trabajo, se desarrollará en el capítulo 1, el contexto macroeconómico argentino, profundizando en la IED, los TBIs, las privatizaciones y el período de convertibilidad y posconvertibilidad; luego en el capítulo 2, se identificarán y describirán las demandas al Estado argentino ante el CIADI y sus causas; y en el capítulo 3 se describirán y analizarán los mecanismos de solución de controversias sobre inversiones en general y el CIADI en particular, y su actuación sobre el caso argentino. El trabajo finalizará con una conclusión en general de todos los capítulos y en especial sobre la hipótesis.

⁷ Los motivos del retiro de estos Estados en general fueron, la gran cantidad de demandas, los reclamos millonarios, las áreas sensibles involucradas (energía, agua, salud, etc.), la crítica a los TBI por parte de organizaciones civiles, entre otros.

⁸ El caso de Australia se puede obtener en el siguiente Link: <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investorstate>

Planteamiento del tema

1. El trabajo de investigación analizará el rol del CIADI frente a las demandas de los inversores extranjeros presentadas al Estado argentino, durante el período de 1997 a 2017, para verificar la utilidad de su adhesión y si ésta ha generado beneficios o no.

La investigación tendrá como referencia el contexto internacional, en general Latinoamérica, y en particular Argentina, describiendo y analizando su situación económica y financiera, principalmente en relación con la IED y los TBIs. Además, estos dos últimos conceptos se relacionarán con la solución de controversias sobre inversiones internacionales.

El período que abarcará el análisis del trabajo de investigación será a partir de 1997 (fecha que se interpuso la primera demanda) hasta 2017, prestando particular atención al período posconvertibilidad, luego del año 2002, en el cual comienzan a registrarse una gran cantidad de demandas, situación que muestra a Argentina como el país con más demandas internacionales sobre inversiones ante el CIADI.

2. Objetivo general: Analizar el rol del CIADI para el Estado argentino a raíz de las demandas durante el período de 1997 a 2017, para determinar si fue útil y brindó algún tipo de beneficio o no.
3. Objetivos específicos:
 - a. Objetivo específico 1: Describir el contexto macroeconómico argentino enfocado en los años 90, particularmente en relación con la IED y los TBIs.
 - b. Objetivo específico 2: Identificar, describir y analizar las demandas en las que ha estado involucrado el Estado argentino, para determinar sus causas y su relación con la crisis del año 2001 (hecho puntual donde se multiplican las demandas ante el CIADI).
 - c. Objetivo específico 3: Describir y analizar el mecanismo de solución de controversias en general y del CIADI en particular.
4. Hipótesis: La hipótesis principal a la pregunta de investigación (¿Cuál fue el rol del CIADI para el Estado argentino, ante las demandas recibidas durante el periodo de 1997 a 2017?), es que el CIADI, no cumplió un rol neutral, al menos como era percibido en la década del 80 y 90, sino parcial hacia los inversores extranjeros en detrimento del Estado argentino. Es decir, que la suposición de desarrollo de un país a través del ingreso de la inversión

extranjera directa, generando el propio Estado un marco regulatorio flexible y cediendo soberanía para dirimir cualquier situación de conflictividad en tribunales internacionales, hizo que el mismo organismo que debía velar por la imparcialidad de sus decisiones, permitiera un caudal de demandas de forma indiscriminada y así generar perjuicios económicos millonarios y el sometimiento de un Estado frente al panorama internacional.

Marco teórico

El presente trabajo de investigación analizará el rol del CIADI ante las demandas al Estado argentino, por parte de inversores extranjeros, para luego poder entender si ha sido conveniente o no su adhesión en cuanto a los beneficios o perjuicios que generó en un período determinado. En este sentido, es necesario describir una serie de conceptos que nos ayudarán a entender claramente cada uno de los capítulos, los cuales además tienen sus propios conceptos y se explican a lo largo de este trabajo.

La propuesta de conceptos teóricos, que servirá de base para todos los capítulos, por un lado, son el paradigma ecléctico de Dunning y la teoría de la empresa multinacional, de la cual se desprenden la teoría de la internalización y la teoría de la localización. Por otro lado, se expondrá el marco de la solución de controversias sobre inversiones entre Inversor - Estado.

El paradigma ecléctico de Dunning⁹, se utiliza comúnmente para analizar los factores determinantes y motivación de la IED, y la conducta de las Empresas Transnacionales (ET). Por lo tanto, una empresa competitiva y que quiere explotar sus activos (tanto tangibles como intangibles) fuera de sus fronteras, puede elegir entre las siguientes opciones:

1. exportar sus bienes y servicios,
2. otorgar licencias de producción de esos bienes y servicios a otras empresas o,
3. instalar plantas propias o adquirir otras ya existentes fuera de su mercado.

La última opción se conoce como internalización, y para que sea factible deben darse 2 ventajas adicionales. La primera, debe existir una ventaja de localización, es decir, el país externo debe ser atractivo para la inversión extranjera. Como ejemplo, un inversor puede ser atraído por: el mercado interno, los recursos (naturales, humanos, tecnológicos), la estabilidad política y económica del país receptor, la infraestructura, el tipo de cambio, etc. La segunda ventaja, es la de internalización, donde los costos de producción y relacionados deben ser menores a los costos de transacción de la transferencia de los activos hacia un tercero, es decir, el beneficio

⁹ Desarrollado en 1988.

de explotación de los activos de forma internalizada debe ser mayor que la transacción a través del mercado (exportación, licencia, etc.). Por ejemplo, para internalizar deben existir altos costos de transacción, necesidad de proteger la calidad o imagen de la empresa, ciertas políticas públicas en países receptores de la inversión, subsidios entre filiales, etc. (Chudnovsky & López, 2006).

Las causas que podrían originar la internalización en una sola empresa, de actividades de distintos países, se relacionan con las ventajas sobre, la transferencia de tecnología y la integración vertical. Con respecto a la primera, en el caso de una empresa, que, en vez de vender su tecnología, decide obtener los beneficios de sus inversiones a través de filiales extranjeras. Esto evitaría el carácter implícito de cierta tecnología como el funcionamiento de una fábrica y el conocimiento que podrían tener ciertos individuos (conocimiento no escrito). También, si permitiera la utilización de su tecnología a otra empresa, esta podría ser imitada por otras empresas de ese mismo país. La otra causa se relaciona con la integración vertical, donde una misma empresa evitaría los conflictos de precios entre 2 o más empresas, dentro de la cadena de valor, si estas fueran monopólicas y, además, evitaría problemas de coordinación sobre la incertidumbre de la oferta y demanda (Krugman & Obstfeld, 2006b).

El marco de la solución de controversias Inversor – Estado sobre inversiones, puede analizarse desde dos modelos ideales opuestos en un sistema internacional. Uno relacional donde solo intervienen los Estados (se dan relaciones horizontales) y otro institucional que suma nuevos actores como las organizaciones internacionales e inversores (se dan relaciones verticales) (Vilizzio, 2018b).

En el modelo relacional, en general se aplica la protección diplomática, donde el Estado del inversor realiza el reclamo al Estado receptor de la inversión (en la actualidad no se aplica debido a la gran cantidad de acuerdos internacionales firmados que permiten a los inversores extranjeros demandar al Estado mediante tribunales internacionales). Asimismo, se aplica la doctrina Calvo, basada en los principios de igualdad soberana, no intervención y trato igualitario entre extranjeros y nacionales. Los Estados determinan sus políticas, sin intervención extranjera, y los extranjeros que realicen un reclamo, al igual que los nacionales, deben agotar todas las instancias nacionales sin la protección o intervención diplomática de su Estado.

Complementando lo anterior, la doctrina Drago se aplica frente al cobro de deudas, usando la fuerza, por parte de Estados desarrollados¹⁰.

El modelo institucional pareciera tener más protagonismo y efectividad debido a la institucionalización de los arbitrajes y la relación entre Estados, inversores y mediadores, pero el modelo relacional emerge con el descontento por parte de los Estados, por ejemplo cuando se retiran del CIADI, proponen mecanismos alternativos de resolución de controversias, intentan recuperar la competencia de resolver en los tribunales locales conflictos que surgen con inversores extranjeros, la cual fue cedida a instituciones internacionales mediante prórroga de jurisdicción, etc. Por lo tanto, los Estados, por recuperar su soberanía, comienzan a buscar escenarios cada vez más lejanos al modelo institucional, debido a la crítica cada vez mayor sobre el régimen de solución de controversias Inversor – Estado (Vilizzio, 2018b).

Metodología

El estudio de investigación será exploratorio y descriptivo del tipo cuantitativo y cualitativo, ya que se analizará el comportamiento del CIADI y además todos los casos en el periodo correspondiente (universo de 54 casos demandados, en un período de 20 años). Se utilizará el método de análisis cuantitativo de datos secundarios (datos estadísticos). Además, las técnicas de producción a utilizar en su mayoría serán la recopilación de datos existentes (estadísticas), y análisis bibliográfico y documental. Se agrega una entrevista a un testigo y parte de una de las compañías involucradas en las demandas.

¹⁰ A fines de 1902, el Reino Unido, Alemania e Italia, impusieron un bloqueo naval a Venezuela, en respuesta a la gran deuda externa, de la cual su presidente se negaba a pagar.

Capítulo 1. Contexto macroeconómico argentino sobre la inversión extranjera

1.1. Antecedentes de la inversión extranjera, antes de la década de 1990

Esta unidad del capítulo hará una breve síntesis del contexto macroeconómico, con relación a la inversión extranjera, inmediato anterior a la década de 1990 en Argentina. Asimismo, la parte contextualizada para Latinoamérica es la misma que para Argentina, solo que se ha querido enfatizar la ocurrencia en toda la región.

Latinoamérica

Luego de la segunda guerra mundial la libre movilidad del capital, que siempre había gozado de este atributo, comenzó a tener ciertas restricciones de algunos países, para asegurar el crecimiento y desarrollo de sus propias industrias nacionales. De este modo, el capital, generalmente en forma de inversiones, estuvo instalado por mucho tiempo en determinados territorios, para luego experimentar una notable transnacionalización.

La llegada de capitales extranjeros, particularmente en Latinoamérica, se relacionaba con la expectativa de que a través de préstamos e Inversión Extranjera Directa (IED), se generaría desarrollo y crecimiento económico en la región. Este ingreso compensaría el déficit de ahorro nacional, financiando la actividad económica aportando divisas, y por lo tanto generando crecimiento económico. También dicho ingreso, intensificaría el uso de nuevas tecnologías, aumentando la competitividad y la eficiencia, frente a los capitales locales, que carecían en su mayoría de estas cualidades. Este cambio permitiría mostrar a la región en el ámbito internacional y con un potencial exportador, más competitivo (Ghiotto, 2014).

En la década de 1970, los bancos extranjeros que contaban con gran cantidad de liquidez de depósitos y, además, por el alto precio del petróleo (acumulación de eurodólares y petrodólares), comenzaron a buscar un nuevo horizonte para emitir préstamos, en el cual los países recientemente descolonizados¹¹ y los latinoamericanos, eran los más atractivos. Particularmente en Latinoamérica, la disponibilidad de nuevos capitales fomentó un nuevo modelo de crecimiento, el cual desencadenó en una fuerte crisis financiera en 1982¹², por no

¹¹ Gran parte de África y Asia.

¹² Conocida como la “década perdida”.

poder afrontar los compromisos de deuda externa contraída, a pesar de las precauciones de los inversores y los beneficios del nuevo modelo para los deudores.

Dicha crisis tuvo tres etapas importantes. En la primera, los bancos extranjeros intentaron cargar todos los costos a los países deudores a través de préstamos de reestructuración, que significaban comisiones e intereses altísimos y, además, las severas condiciones económicas del Fondo Monetario Internacional (FMI). En la segunda, las instituciones financieras internacionales definieron un programa de reestructuración destinado a ayudar a los países deudores a enfrentar la carga de su deuda, e introdujeron exigencias a los bancos extranjeros para que se prestara más, pero debido a la negativa de estos, en la tercera etapa hubo un respaldo más activo del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos a través de mecanismos para reducir el valor de la deuda (bonos Brady, canje de deuda por capital, etc.). Así, el proceso de reestructuración de la deuda adquirió una naturaleza esencialmente privada y un carácter asimétrico que llevó a los deudores a soportar el mayor peso del ajuste. Dicho proceso perduró hasta que se hizo evidente que la crisis no tendría solución sin reducir la deuda y cargar parte del ajuste a los acreedores principales, decisión que demoró aproximadamente 10 años (Mortimore & Stanley, 2006a).

Para la mayoría de los países receptores de IED dichas inversiones eran más que necesarias, ya que, con el avance tecnológico y las restricciones de financiamiento, a partir de los años 80, el modelo proteccionista era cada vez más difícil de sostener. Con este panorama, la firma de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)¹³ y la adhesión al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁴ se convierten en instrumentos para introducir confianza y credibilidad entre los inversores extranjeros (Stanley, 2004).

Hay que tener en cuenta, que la mayoría de los TBIs firmados la década del 90, argumentaban la relación directa entre la IED y el desarrollo (sin importar la regulación), y que los tribunales internacionales eran antes neutrales para discutir controversias entre un inversor y un Estado (principalmente el CIADI). Luego de veinte años, los propios Estados sienten las consecuencias, tanto monetarias como para implementar políticas públicas, cuestionando el sistema internacional de inversiones y de arbitraje (Cecilia Olivet et al., 2013).

Argentina

¹³ Detalle en Capítulo 1, unidad 1.3.

¹⁴ Detalle en Capítulo 3, unidad 3.2.

Durante el modelo sustitutivo de importaciones, Argentina mostraba distintas formas de establecimientos de los capitales extranjeros. A fines de 1950, se inicia una política favorable, destinada a la exploración y explotación de recursos minerales y petroleros, la cual fue discontinuada a mediados de 1960. Luego, se observa el ingreso de un nuevo flujo de IED, el cual finaliza en 1969. La inestabilidad política y económica que predominó en la primera mitad de la década de 1970 generó una contracción en los flujos de IED. Con el golpe militar de 1976 se abre nuevamente la economía a los capitales extranjeros, etapa que culmina con la crisis de la deuda, donde la entrada de capitales era mínima, al igual que en los demás países de la región. A mediados de la década de 1980 la situación cambia, acelerándose la entrada de capitales del exterior a partir del año 1988, debido a la implementación e inicio del programa de conversión de deuda externa. En este período, que coincide con un cambio de gobierno que se mostraba más liberal a la inversión extranjera, dicha tendencia se solidifica, con niveles récord de ingresos de capitales durante la mayor parte de la década de 1990. Dicho cambio se relaciona con transformaciones entre las cuales las más destacadas fueron: las políticas de reforma estructural como las privatizaciones y el grado de apertura; una nueva legislación en la materia de inversiones extranjeras, y, el cambio en la política macroeconómica (Stanley, 2004).

En 1970 y 1990 especialmente, la inversión extranjera fue muy importante en la economía argentina, ya que alcanzó un máximo de hasta un 8% del Producto Bruto Interno (PBI). Este máximo de ingresos se relaciona con tres clases de inversores. La primera clase con bancos extranjeros que ampliaron préstamos en consorcio, en la década de 1970; la segunda clase con los intermediarios financieros que colocaron grandes sumas en bonos; y la tercera clase con las Empresas Transnacionales (ET) que realizaron fuertes inversiones directas; ambas clases en la década de 1990 (Mortimore & Stanley, 2006b).

1.2. Inversión Extranjera Directa (IED) en los años 90

Antes de hablar de la IED y su incidencia en la región y en especial en Argentina, se dará una definición del término inversión en general.

Los elementos principales que generalmente caracterizan una inversión son:

- 1) que constituya un aporte económico individualizado,
- 2) que genere un rendimiento o similar en el tiempo (individualizado), por lo tanto, no sea una simple adquisición de un producto o servicio y,

3) contener cierto tipo de riesgo, característico al rendimiento supeditado a las ganancias o pérdidas de una inversión.

A continuación, se enumeran distintos tipos de inversiones:

La propiedad de bienes muebles o inmuebles y demás derechos reales; Participaciones en sociedades y otra clase de participaciones; Reclamos monetarios o de prestaciones que tengan un valor económico; Derechos de autor, derechos de propiedad industrial; Procedimientos técnicos, nombres comerciales y valor comercial; Concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de exploración y beneficio; Créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada; Cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato y cualquier licencia o concesión de acuerdo con las disposiciones vigentes que regulan estas actividades económicas, incluyendo la prospección, el cultivo, la extracción y la explotación de los recursos naturales (Sommer, 2013, págs. 97-98).

Dentro del concepto inversión:

La IED involucra una relación de largo plazo en la cual una persona física o jurídica residente de una economía tiene el objetivo de obtener una participación duradera en una empresa residente de otra economía. La IED implica que el inversor pretende ejercer un grado significativo de influencia o control en el manejo de la empresa residente en la otra economía. En contraste, la inversión de cartera o portafolio no supone ninguna intención de control por parte del inversor, en tanto que generalmente se hace con horizontes de corto plazo. Mas allá que la IED pueda ser realizada por personas físicas, en su mayoría es realizada por Empresas Transnacionales (ET), las cuales poseen una casa matriz en su país de origen y filiales en países extranjeros. Generalmente, la casa matriz tiene un cierto porcentaje del capital accionario de las subsidiarias¹⁵ (Chudnovsky & López, 2006, págs. 4-5).

Tal como se comentó anteriormente, el ingreso de nuevos capitales a partir del alto precio del petróleo en los años 70 y 80, y la desregulación de los mercados de capitales, generó interés entre los países en desarrollo para atraer capitales del exterior. Además, en este período, la revolución tecnológica y el proceso de innovación que emprendían las ET, convencían a los países en desarrollo sobre sus preconceptos en torno a la IED. Además, hay que agregar la presión ejercida por parte de los países desarrollados, en términos de política económica, hacia la liberalización de las restricciones sobre las inversiones. Es así como, a partir de los años 80, la mayoría de los países en desarrollo implementa medidas de liberalización en materia de

¹⁵ La tenencia de un 10% del capital votante es considerado el límite mínimo que diferencia a la IED de otras inversiones.

inversiones, introduce nuevos instrumentos jurídicos (particularmente en materia de territorialidad de la disputa), e introduce importantes modificaciones en el marco jurídico nacional.

A nivel regional en la década de 1990, Estados Unidos pierde preponderancia en cuanto al origen de las inversiones, ya que las de origen europeo comienzan a ser más importantes. Este nuevo cambio se relaciona principalmente con el proceso de privatización que se daba en Latinoamérica, junto con el proceso de desregulación que permitía la posibilidad de competir internacionalmente (Stanley, 2004).

El paquete de reformas del Consenso de Washington, a finales de los años 80 y principios de los años 90, para afrontar la crisis de muchos países de Latinoamérica implicó una gran transformación política y económica, a través de la liberalización de la economía, la reforma del Estado, la desregulación del sistema financiero y la privatización de empresas del Estado. A través de este accionar, con el aval del FMI y el Banco Mundial (BM), se modificaron leyes nacionales o firmaron TBIs, para poder lograr una mayor atracción de la inversión en la región, situación que era característica de aquel momento en particular.

Un punto importante con respecto a esto último, es que se deja de lado el marco del derecho internacional público, con su sistema de protección diplomática, y se adoptan mecanismos de solución de conflictos a favor de los inversores, a los cuales se le admite el acceso en tribunales arbitrales, apartando de esta forma a la doctrina Calvo, la cual implicaba que en caso de una controversia entre un Estado y un inversor extranjero, no se debía acudir a la protección diplomática o a un tribunal extranjero, sino someter el reclamo ante los tribunales locales del Estado receptor. En los años 90, el ingreso de flujos de IED hacia Latinoamérica logró una fuerte expansión en forma paralela a la de los flujos de IED global (Sommer, 2013).

Esto trajo aparejado una gran cantidad de demandas, reclamos millonarios, áreas sensibles involucradas (como energía, agua, salud, etc.), crítica a los TBI por parte de organizaciones civiles, entre otros motivos. Este tipo de situaciones en Latinoamérica, llevaron a Bolivia, Ecuador y Venezuela a denunciar el Consenso de Washington y luego a retirarse del CIADI, lugar para solucionar las controversias, donde remitían el 90% en promedio de sus TBI (Vilizio, 2015).

En resumen, tomando las ideas de Chudnovsky & López (2006), el panorama general macroeconómico de los años 90 en la región se caracterizaba de la siguiente forma:

- 1) las economías eran más estables y dinámicas que en los años 80;
- 2) las tasas de inversión no crecieron, o incluso decrecieron, a pesar del ingreso masivo de IED, lo cual puede explicarse por la nueva forma de fusiones y adquisiciones (FyA);
- 3) el desempleo no bajó y creció fuertemente en el caso de Argentina;
- 4) el intercambio comercial externo estaba en expansión, donde las importaciones crecieron más que las exportaciones, debido a la recuperación, la apertura comercial y la sobrevaluación cambiaria en algunos países;
- 5) deterioro de los saldos comerciales y altos déficit en cuenta corriente.

En este contexto se adoptaron planes de estabilización, como la “Convertibilidad” en Argentina y el “Plan Real” en Brasil, para contener la inflación, pero sobrevaluando la moneda local, y a su vez, se implementaron reformas estructurales con apertura hacia el mercado, profundizando la apertura comercial unilateral, privatizando las empresas públicas y desregulando varias actividades económicas. En ambos países, Argentina y Brasil, se dismanteló el régimen regulatorio vigente durante la Industria Sustitutiva de Importaciones (ISI), dando un nuevo marco regulatorio más competitivo y reduciendo fuertemente el papel del Estado.

Respecto a Brasil, a diferencia de Argentina, nunca ratificó el Convenio de Washington¹⁶, y luego propondría un nuevo modelo de acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI), con cláusulas similares a los TBI, como el Trato Nacional y Trato de Nación Más Favorecida, y no incluiría obligaciones vinculantes para los inversores y sus inversiones. También se focalizaría en el sistema de solución de controversias para proponer volver a los tribunales nacionales (los internacionales solo para chequear el proceso), la actuación de árbitros solo de la OMC, y la posibilidad de recusar a los árbitros y garantizar su imparcialidad (Arroyo Picard y Ghiotto, 2017).

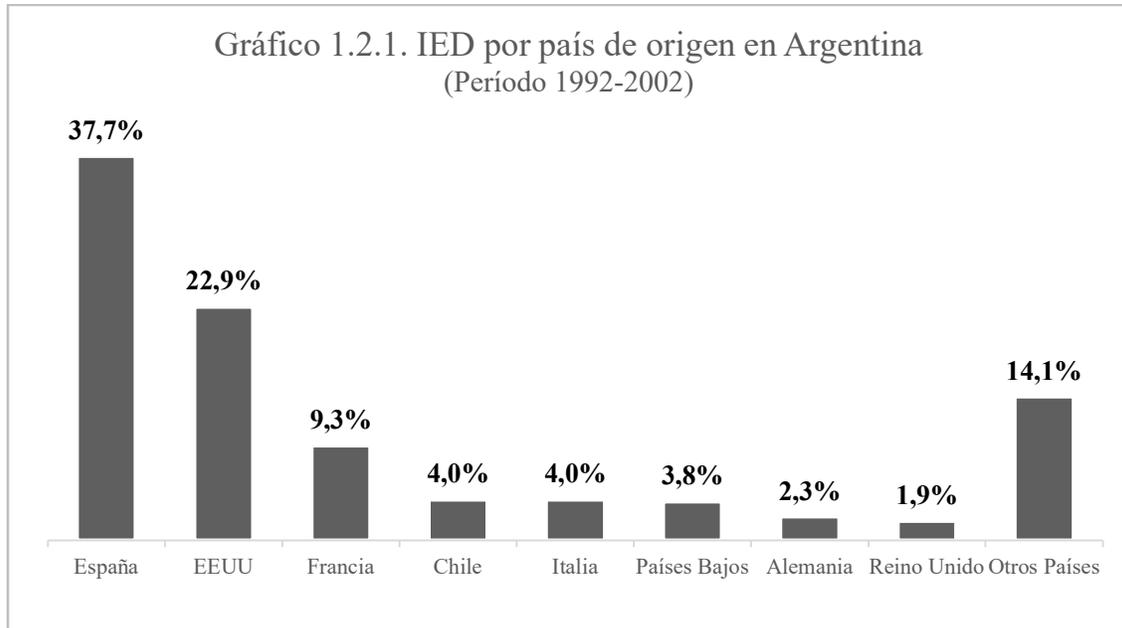
En Argentina, un factor importante para la promoción de la IED fue la modificación de la regulación local para el ingreso a nuevas formas de inversión internacional. Por ejemplo, se modificaron normas de alcance público que permitieron el ingreso de inversores extranjeros en la participación de la administración de servicios públicos, o se eliminaron restricciones legales que impedían el sometimiento a jurisdicciones extranjeras (de los mismos inversores

¹⁶ Rechazo al Consenso de Washington desde un inicio por considerar la vulneración de la normativa relacionada a la Doctrina Calvo (Vilizzio, 2018a).

extranjeros). En la década de 1990, durante el proceso de reformas del Estado, bajo la convertibilidad de la moneda¹⁷, la apertura comercial y financiera, la desregulación y la privatización de las empresas del Estado, ingresó inversión al país que fue directamente en su mayoría hacia empresas de servicios públicos y de extracción de recursos naturales, como el petróleo y el gas. Este nuevo marco sostenía y garantizaba principalmente, la igualdad de trato entre inversores extranjeros y locales, la realización de inversiones en el país, sin autorización previa por parte del Estado y la repatriación de los rendimientos de las inversiones en cualquier momento (Sommer, 2013).

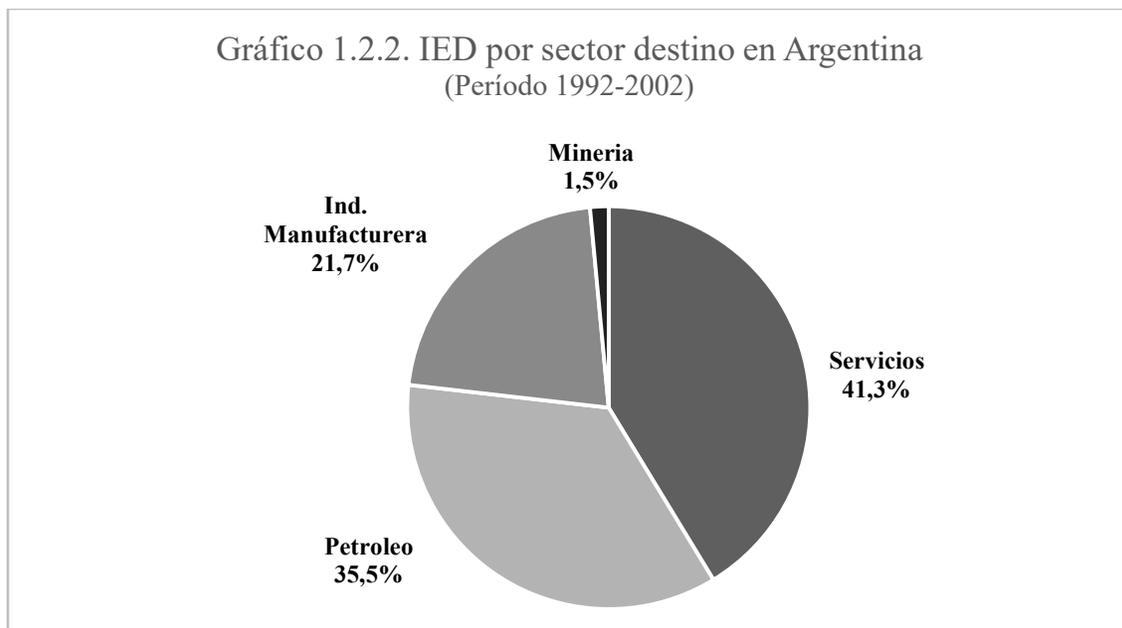
Relacionado a los países que lideraron la IED en la década de 1990 en Argentina, período desde 1992 a 2002, tal como se muestra en el Gráfico 1.2.1., la inversión de España representó casi un 40%. Los sectores de destino de esta inversión fueron empresas públicas privatizadas como telecomunicaciones, transporte aéreo, energía y agua. En cambio, a finales de la década, la IED fue hacia sectores como el bancario y petrolero. También se puede observar que Estados Unidos, ocupó el segundo lugar, con un decline durante la década de 1990. El tercer puesto lo ocupó Chile, sin tener en cuenta Europa, a mediados de los años 90, donde los principales sectores de destino fueron, la generación y distribución de electricidad y el comercio minorista. Por otra parte, Francia ocupó un segundo lugar en la década de 1990, dentro de las inversiones de origen europeo, para luego retirarse parcialmente en los años 2000. Estas inversiones se dirigieron principalmente a los sectores de comunicaciones, energético, automotriz, bancario y al comercio minorista (Bezchinsky, et al., 2007).

¹⁷ 1 peso = 1 dólar.



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Bezchinzky, et al. (2007).

Con respecto a los sectores de la economía argentina, el sector principal de destino de la IED en los años 90, en particular en el período de 1992 a 2002, fue el de servicios con más del 40% de la IED, luego con casi un 36% fue la industria petrolera, y finalmente con casi un 22% el sector manufacturero que queda en tercer lugar, como muestra el Gráfico 1.2.2.



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Bezchinzky, et al. (2007).

En todos los rubros dentro del sector servicios en general, el principal motivo de la IED fue la búsqueda de nuevos de mercados. En detalle, el sector servicios fue privilegiado gracias al

programa de privatización de empresas estatales en los años 90. Los rubros electricidad, gas natural y agua absorbieron más de 10% del total de la IED en todo el período, y casi un 31% entre 1992 y 1994; transporte y comunicaciones recibieron un 8%. Por otra parte, el sector bancario recibió un 10% de los flujos totales. La mayor parte de la inversión extranjera en este sector tuvo lugar a mediados de la década de 1990 y durante la crisis de finales de la década.

Con respecto al sector petrolero, a principios de los años 90 el gran ingreso de IED se debe, principalmente, a la desregulación del mercado energético, en tanto que, a fines de la década, el nuevo ingreso se relaciona a las FyA.

El sector manufacturero no tuvo la misma atracción que los demás sectores, en los años 90, de todas maneras, dentro del sector, el principal destino de la IED fue la industria química (incluyendo petroquímicos), la industria alimenticia y por último la industria automotriz (Bezchinsky, et al., 2007).

A nivel global luego del año 2000 comienza un fuerte descenso de la IED, comparado con la fuerte actividad que tuvo en los años 90. La tendencia decreciente siguió en los primeros años, siendo la causa, de acuerdo con varios informes de la UNCTAD¹⁸, el menor crecimiento en los países desarrollados y la menor actividad financiera, que desencadenaron un menor volumen de las inversiones extranjeras, en particular las relativas a FyA, las cuales habían generado el mayor crecimiento en aquel momento.

En el año 2004 los flujos de fondos globales, tanto en valor como en cantidad, se recuperaron gracias a una mayor presencia de FyA, siguiendo la tendencia en el año 2005. También en este período, los principales países receptores de IED fueron el Reino Unido, quien desplazó a Estados Unidos del primer lugar, a quien siguieron China y Francia. En cuanto a los países en desarrollo, los primeros fueron China y Hong Kong (región administrativa especial de China, ya que no es un país independiente. Ley Básica de Hong Kong) seguidos por Singapur, México y Brasil.

Con respecto a Latinoamérica, las tendencias del ingreso de IED hasta la primera mitad de los años 90 tuvieron un promedio anual de 20.000 millones de dólares, pasando luego en la segunda mitad de esa misma década a 70.000 millones de dólares. En el año 2001, la IED tuvo un descenso pronunciado, el cual en el año 2004 volvió a casi los mismos valores de la segunda

¹⁸ United Nations Conference on Trade and Development (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo)

mitad de la década de 1990 (casi 70.000 millones de dólares). Además de las fluctuaciones, la composición de la IED cambió, perdiendo protagonismo el papel importante que tuvieron las privatizaciones. Un dato importante para destacar es la diferencia en cuanto al origen de las inversiones: la mayoría de las inversiones realizadas en México provenía de Estados Unidos, mientras que en América del Sur la mayoría eran de Europa (Bezchinsky, et al., 2007).

1.3. Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs): alcance

Históricamente las negociaciones y relaciones multilaterales habían mostrado determinadas dificultades con relación a las inversiones, es por eso que, a partir de los años 90, una nueva estrategia sobre las inversiones extranjeras comienza a consolidarse: el bilateralismo.

El bilateralismo es el resultado del fracaso multilateral, como se dijo anteriormente, es por eso por lo que distintos observadores responsabilizan de dicho fracaso al desinterés por parte de Estados Unidos en consensuar este tipo de esquema, priorizando el esquema bilateral, es decir su postura mayormente unilateral. Debido a la ausencia de un marco multilateral, es cuando comienzan a utilizarse los TBIs en el plano jurídico, para la protección de las inversiones. El primer TBI se firma en 1959 entre Alemania y Pakistán, mientras que, en la región, el primer TBI se firma en 1982 entre Panamá y Estados Unidos¹⁹ (Stanley, 2004).

La firma de un TBI, de acuerdo con Vernabaz (2011), busca establecer un compromiso por parte de los Estados firmantes para la protección de las inversiones extranjeras tratando de asegurar la estabilidad del marco legal y de las reglas sobre el trato de estas en el país receptor. Esta situación un tanto controvertida, se relaciona con los cambios anteriores (Consenso de Washington) que un Estado receptor de inversiones extranjeras realiza para crear un clima favorable para los inversores extranjeros.

Por otra parte, Blanco Herrera (2008) agrega que los países industrializados, en general los desarrollados, realizan inversiones hacia los países en desarrollo a cambio de ciertas exigencias para poder optimizar sus ganancias y minimizar el riesgo empresarial. Estas exigencias son, por ejemplo, un marco jurídico favorable, flexibilización de los derechos laborales, exenciones impositivas en algunos casos, y la suscripción de TBI, los cuales luego de mucho tiempo volvieron a la escena internacional con más protagonismo en los años 90, momento en el cual de acuerdo con Ghiotto (2014), se produce una multiplicación de los TBIs (de 1.857 en total,

¹⁹ El primer TBI firmado por Argentina fue con Italia en 1990, luego se firmaron varios, principalmente con países de Europa y América.

1.472 fueron firmados en esa década), como protectores de las inversiones extranjeras, los cuales en los años 50 solo era uno.

Ahora que tenemos una noción del uso que tiene un TBI, a continuación, se verá la definición de inversión dentro de estos. Como la mayoría de los TBIs tienen generalmente un modelo estándar, tomemos como ejemplo el TBI entre Argentina y Dinamarca:

La inversión es: “(a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles así como cualquier otro derecho real respecto de todo tipo de activo; (b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades y empresas conjuntas; (c) títulos y acreencias o cualquier otro derecho a una prestación que tenga valor económico; los préstamos solamente estarán comprendidos cuando estén directamente relacionados a una inversión específica; (d) derechos de propiedad intelectual, incluyendo en particular derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, transferencia de conocimientos y valor llave; (e) concesiones económicas conferidas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales; (f) ganancias que se hayan reinvertido” (Ghiotto, 2014, pág. 13).

En esta parte nos enfocaremos en el alcance que estipulan los TBIs en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, que se plasman a través de diferentes cláusulas.

Generalmente, los TBIs están basados en dos principios importantes: la protección sobre las inversiones y el apoyo de un sistema de arbitraje para la solución de controversias. Aparte de estos principios, la mayoría de los TBIs incluyen las siguientes cláusulas (Stanley, 2004):

a) **Ámbito de aplicación:** éste delimita, en general, el concepto de inversión e inversor, pero en la práctica no hay una sola definición del alcance. Por este motivo, algunos tratados, con una visión más generalista, involucran carteras de inversiones, mientras que otros se inclinan por las inversiones reales como las IED en general. Respecto al inversor, se utilizan tanto el concepto de personas físicas como jurídicas.

b) **Nación Más Favorecida (NMF):** trato establecido a los inversores donde en el supuesto que un TBI otorgue un mejor trato a un inversor de un tercer Estado, pero donde ambos hayan firmado un TBI con el Estado receptor, se pueda aplicar el TBI más favorable al inversor en cuestión.

La invocación de esta cláusula para acceder a la jurisdicción de tribunales arbitrales, para evitar el agotamiento de recursos internos del Estado receptor, ha generado diversas controversias²⁰. Esto ha generado, por parte del inversor, abusos sobre los alcances del uso de los TBI²¹ (Sommer, 2013).

La Cláusula de NMF, es una cláusula de remisión normativa, ya que le da al inversor extranjero, los privilegios de derechos y garantías establecidos en otros Tratados (TBI), es decir, permite recurrir a otros Tratados para completar o complementar el Tratado acordado con un Estado determinado (Borjas, 2007).

Estas alternativas de aplicación de la cláusula de NMF, a las cuales algunos inversores han solicitado para lograr acceder a los ámbitos arbitrales internacionales, para evitar los tribunales nacionales de los Estados receptores, está originando que los alcances de estas cláusulas estén cada vez más difusos. Por tal motivo, la aplicación desmedida de la cláusula de NMF sería contraria a los alcances de la buena fe que debería regir en el término “trato favorable” a concordancia con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (Sommer, 2013).

Aunque las cláusulas de NMF se deberían aplicar solo a temas sustantivos, a lo largo del tiempo se han extendido a temas procesales a través de la jurisprudencia (Mortimore, 2009).

En resumen, la finalidad de esta cláusula en general, es asegurar al inversor y su inversión la igualdad en el campo de la competencia, ya que iguala el tratamiento que el Estado receptor de las inversiones otorga a todas éstas (nacionales y extranjeras) en su territorio.

Relacionado con esta cláusula, un inversor aspira a la protección de sus inversiones por medio de una “multilateralización de los tratados”, es decir: “Este estándar de tratamiento acordado a los inversores implica que en aquellos supuestos donde un TBI otorgue un mejor trato a un inversor de un tercer Estado, pero en que ambos hayan firmado un TBI con el Estado receptor, pudiera aplicarse el TBI más favorable al inversor.” (Sommer, 2013, pág. 107).

²⁰ Caso Maffezini vs. Reino de España: de acuerdo al tribunal, las disposiciones relativas a controversias de inversiones de otro tratado similar, sin disposiciones en contrario, pueden aplicarse a un inversor de un tercer Estado, ya que el fin del TBI es proteger a los inversores extranjeros y sus derechos (Sommer, 2013) .

²¹ En el caso Maffezini vs. Reino de España, según el tribunal, la diferencia entre los derechos y beneficios de la aplicación de la cláusula de NMF por una parte, y la aplicación optativa de tratados para cambiar los objetivos de política de algunas disposiciones específicas por la otra, debe quedar debidamente separada y clara (Sommer, 2013).

c) Trato nacional: exige al Estado receptor de la inversión a conceder al inversor e inversión extranjera un trato similar al otorgado al inversor e inversión nacional. Los Estados no pueden discriminar a los inversores e inversiones extranjeras. Es decir, el Estado debe asegurar el mismo trato, y brindar, no asegurar, un tipo de protección relativa, ya que dependerá de la interpretación de las normas dictadas por el Estado para regular a tales inversiones e inversores (Borjas, 2007).

El principio de no discriminación está establecido en una norma que exige un trato que no sea menos favorable al que se da a los inversores nacionales “en situaciones similares”. En caso de estar en una situación de trato menos favorable al de los nacionales, se puede alegar discriminación en base a la norma de trato nacional en los acuerdos internacionales de inversión. Por tal motivo, si un Estado quisiera apoyar a empresas nacionales, debe asegurarse de que estas se encuentran en situaciones desiguales, para evitar que haya cualquier tipo de reclamo entre inversores y Estado, o anticipar en el acuerdo correspondiente de esta situación (Mortimore, 2009).

Un ejemplo de interpretación sobre trato nacional, es el artículo 1102 del TLCAN, el cual determina qué parámetros se usan de referencia para determinar el trato que se otorgará luego. En general, este artículo es utilizado por los tribunales arbitrales para determinar si un Estado receptor de inversiones no cumple con la obligación de dar trato nacional tanto a los inversores como a sus inversiones extranjeras. Estos tribunales identifican a las partes para comparar, consideran el trato que cada parte recibe, y verifican si hay trato distinto. Luego corroboran que las partes comparadas están en “circunstancias similares” o que haya algún tipo de diferencia de trato justificada (Mortimore, 2009).

d) Trato justo y equitativo:

A todo inversor se le debe garantizar el poder de ejercer sus inversiones en el país receptor, libre de toda injerencia de los órganos del Estado o de terceros que puedan implicar acciones discriminatorias o abusivas, y que, a su vez, impliquen una desventaja frente a otros sujetos públicos o privados. [...] El trato justo y equitativo no será en ningún caso menor que el acordado por las normas y principios del derecho internacional. Es decir que todo inversor debe poder recibir un trato no menos favorable que el recibido por otro inversor o un nacional (Sommer, 2013, pág. 105).

Las normas de trato justo y equitativo ofrecen mucha flexibilidad para que la protección de los inversores extranjeros sea plena en distintas situaciones. Por eso, la mayoría de los procedimientos de arbitraje entre inversores y Estado incluyen un punto sobre el trato justo y equitativo (Mortimore, 2009).

Esta cláusula evita un trato arbitrario del país receptor de las inversiones hacia los inversores extranjeros. En general, esta cláusula se aplica juntamente con la de NMF y la de Trato Nacional y surgió sobre la relación asimétrica entre países en desarrollo y desarrollados.

En particular respecto al Trato justo y equitativo, el caso “TECMED S.A. Técnicas Medioambientales v. the United Mexican Status”, ICSID case No ARB(AF)/00/2 (Laudo del 29 de mayo de 2003)²², más allá que pertenece a otros Estados, sigue siendo un ejemplo entre los actuales acuerdos suscritos por Argentina, para el rechazo a que las controversias de inversión se resuelvan solamente por la vía de las reglas de procedimiento de arbitraje del CIADI. En relación con este caso, el Tribunal Arbitral dispuso que México había violado la obligación de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional establecida en el artículo 4 del APPI²³ entre México y España.

El tribunal dispuso en el fallo:

“El Tribunal Arbitral estima que la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4 del Acuerdo es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional, aunque para su violación no es menester que la parte estatal haya actuado de mala fe: To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith” (párrafo 153 del Laudo Arbitral).

Sobre el fallo expuesto anteriormente, se interpreta:

“El Tribunal Arbitral entiende que los alcances de la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4 del Acuerdo... son los que cabe asignarle tanto si se la interpreta de forma autónoma, teniendo en cuenta para ello el texto del artículo 4 del Acuerdo que la formula conforme a su sentido normal u ordinario (art. 31 de la Convención de Viena), o conforme al derecho internacional y al principio de buena fe a la luz del cual debe juzgarse los alcances de las obligaciones asumidas bajo el Acuerdo y la conducta relativa a su satisfacción” (OLIVOS, 2007).

La conclusión a la que arriba la UNCTAD sobre la jurisprudencia de las normas de trato justo y equitativo, se extiende no solo a los abusos del poder del Estado, frente al inversor y sus inversiones, sino al no cumplimiento de los requisitos de gobernanza, transparencia, protección de los inversores, libertad, debido proceso y buena fe, entre otros (Mortimore, 2009).

e) Expropiación: esta cláusula surge ante el temor de los inversores extranjeros, por medidas unilaterales de los países receptores de la inversión, con relación a la expropiación, la cual, en

²² <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tecmec-award.pdf>

²³ Acuerdo sobre Protección y Promoción de Inversiones.

la década de 1970, era una práctica corriente de nacionalización (tanto entre los países en desarrollo, principalmente aquellos relacionados en el proceso de descolonización, como entre los países desarrollados, como Francia). Actualmente, la expropiación física de los activos no es lo más importante, sino las medidas que afecten los derechos adquiridos de los inversores extranjeros.

Es importante también definir la expropiación indirecta, la cual se configura cuando un acto o una serie de éstos, por medio de una de las partes, tienen un efecto semejante al de una expropiación directa, sin que exista la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Este tipo de expropiación, aplica medidas similares a la expropiación directa y a su vez, necesita que la privación sea permanente, y no a través de una medida transitoria.

Las expropiaciones indirectas son más complejas de aplicar debido a que no se priva físicamente de los bienes o del patrimonio del inversor, sino que refleja acciones que el Estado receptor establece, ya sea por la aplicación de medidas excesivas o arbitrarias, tanto impositivas, administrativas como judiciales. Estas medidas equivalentes a una expropiación tienen autonomía frente a la expropiación directa, sin embargo, mantienen los mismos requisitos para su configuración. Por tal motivo, algunos TBIs reflejan estas posibles situaciones (Sommer, 2013).

En Argentina, por un lado, el Estado fue reconocido como responsable por los efectos de las leyes de emergencia o la pesificación de los contratos públicos, pero por otro lado los alcances de los requisitos de expropiación no fueron reconocidos por los tribunales. (Sommer, 2013)

La expropiación no es cuestionada, si tiene un propósito público, no es discriminatoria, existe compensación y un debido proceso. Con respecto a la compensación que debería abonarse al inversor en caso de expropiación, la mayoría de las posturas plantea una compensación “justa y razonable”²⁴. La mayoría de los TBIs actualmente, consideran al monto compensatorio como al monto igual al valor de la inversión expropiada al momento previo a la fecha en que la expropiación fue realizada.

²⁴ Una de las posturas más reconocidas por los inversores extranjeros se relaciona con la adopción de la “Fórmula Hull”, según la cual, el Estado que expropia debe recompensar al inversor en forma “rápida, adecuada y efectiva” (Stanley, 2004).

Las medidas de carácter general no serían consideradas expropiatorias, por lo tanto, una medida de política económica, con efectos sobre los activos de los inversores, no puede considerarse como expropiatoria sí la misma no es discriminatoria (por ejemplo: una devaluación).

En principio, todo Estado está legitimado a expropiar los bienes que se encuentren en sus territorios, basado en un acto de soberanía o de ley. Sin embargo, esas expropiaciones no pueden ser arbitrarias. La expropiación a la que pueden estar sometidos los inversionistas extranjeros solo puede ser admitida cuando sirva a un interés o fin común del Estado, sin que implique un acto discriminatorio o direccionado contra un inversor en particular, en el contexto de la legalidad y de un debido proceso, medida que debe estar ligada a una debida y justa indemnización previa. Si estas condiciones no se manifiestan, se estará, más bien, frente a una “confiscación” de los bienes o derechos del inversor (Sommer, 2013, pág. 116).

f) Cláusula de admisión: medidas emanadas del país receptor de las inversiones relacionadas tanto con la regulación a la entrada, como al establecimiento de empresas extranjeras. Estas regulaciones pueden ser absolutas (como impedir la entrada de empresas extranjeras a ciertos sectores de la economía nacional) o relativas (cuando la autorización previa es fijada como condición necesaria para el establecimiento en el país). Históricamente estas medidas se utilizaban con el objetivo de preservar la soberanía o por motivos de seguridad nacional.

g) Solución de Controversias: sistema donde se prevé que el inversor pueda optar por acudir a los tribunales internos en donde se ha establecido o al arbitraje internacional. Cabe aclarar que no necesariamente el que recurre debe ser el inversor y que no todos los arbitrajes son de carácter supranacional.

Es una instancia supranacional para la defensa de los intereses de los inversores extranjeros. Esta cláusula se la conoce también como prórroga de jurisdicción, donde los países receptores de la inversión ceden su soberanía en justicia frente a las demandas de los inversores extranjeros (Ghiotto, 2014).

La solución de controversias se verá más en detalle en el Capítulo 3.

h) Cláusula de estabilización: las partes se comprometen a no modificar las condiciones contractuales y jurídicas de la inversión, pero en caso de modificación, ésta no afectará los intereses privados. Esta cláusula se basa en el principio de inmutabilidad de los contratos del derecho internacional, en la cual se compromete al Estado a no aplicar medidas que perjudiquen los intereses de los privados (Ghiotto, 2014).

i) Efecto residual de la duración de los TBIs: extensión de la protección sobre las inversiones, aunque el TBI en cuestión ya no tenga efecto o si el país ya no es signatario del Convenio del CIADI, por ejemplo. La mayoría de los TBIs duran en promedio 10 años, pero continúan aplicándose por un plazo similar. También se renuevan automáticamente salvo que sean denunciados por alguna de las partes. Esta cláusula intenta preservar la estabilidad de la inversión, por un período mayor (Ghiotto, 2014).

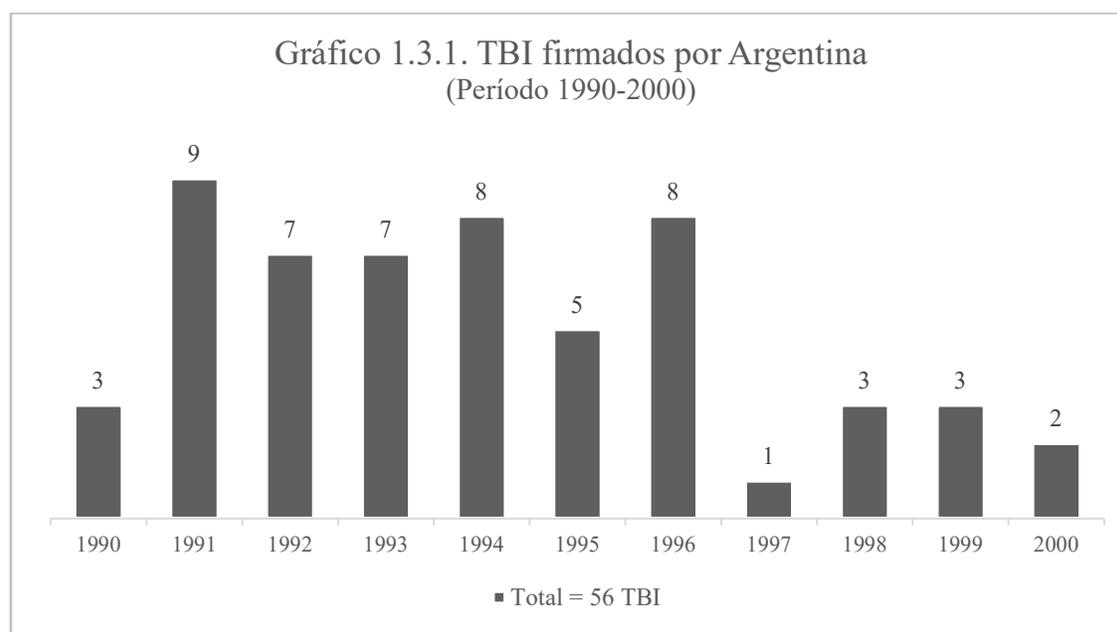
Respecto a esta cláusula, un claro ejemplo es cuando los Estados se retiran del CIADI, muestran un mensaje político negativo con el sistema de solución de controversias internacional, y evitan que inversores los demanden ante este Tribunal, aunque los TBIs sigan vigentes (igualmente si no están vigentes, la mayoría de los tratados incluyen la cláusula de supervivencia, por medio de la cual, después de la denuncia del tratado, el Estado receptor de inversiones debe seguir otorgando protección a los inversores que ya se encuentren en el país por 5, 10, 15 y hasta 20 años, según el caso), los inversores pueden recurrir a otros tribunales (Cecilia Olivet et al., 2013).

j) Cláusula paraguas: disposición de trato que impone la obligación a cada Estado contratante, el respeto a todas las obligaciones que sobre una inversión específica haya suscripto con los inversores de otro Estado contratante. Consecuentemente determina, que el respeto de tales acuerdos sea considerado una obligación bajo el tratado, y cuya violación imponga responsabilidad internacional. Incluye las acciones establecidas por el Estado, dentro del marco de un TBI, que no son obligatoriamente expropiatorias ni denegatorias de trato justo y equitativo, estableciendo un efecto de cláusula residual.

Por ejemplo, de acuerdo con las normas de un TBI, se considera violación de este, el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado receptor, sean estas de naturaleza del TBI o contractual. De esta manera, ante un incumplimiento contractual por parte del Estado receptor de las inversiones, el inversor tiene la posibilidad de accionar de dos formas, una de naturaleza contractual y otra, derivada del TBI (Sommer, 2013).

El Gráfico 1.3.1. muestra los 56 TBIs en total firmados por Argentina. Los países que firmaron fueron los siguientes: 1990 (3) Bélgica-Luxemburgo, Gran Bretaña e Italia; 1991 (9) Alemania, Canadá, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Polonia, Suecia y Suiza; 1992 (7) Austria, China, Dinamarca, Egipto, Holanda, Turquía y Túnez; 1993 (7) Armenia, Bulgaria, Finlandia, Hungría, Rumania, Senegal y Venezuela; 1994 (8) Bolivia, Corea del Sur, Croacia, Ecuador, Jamaica, Malasia, Perú y Portugal; 1995 (5) Australia, Cuba, Indonesia, Israel y Ucrania; 1996

(8) Brasil, El Salvador, Lituania, Marruecos, México, Panamá, República Checa y Vietnam; 1997 (1) Costa Rica; 1998 (3) Sudáfrica, Rusia y Guatemala; 1999 (3) Nueva Zelanda, Filipinas e India; 2000 (2) Argelia y Tailandia. En todos los casos son acuerdos para la promoción y protección de inversiones, salvo para China que se firmó un acuerdo para la promoción de empresas binacionales y para Brasil que se firmó un Convenio de Facilitación de Actividades Empresariales.



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Mortimore & Stanley (2006b).

1.4. Privatizaciones y período de convertibilidad en Argentina

A nivel internacional en la década de 1960 y 1970, la tendencia a la asociación de empresas extranjeras con empresas locales, conocida como “Joint-ventures”, se intensifica notablemente. En oposición a esta tendencia, ya desde fines de los años 50 en Argentina, durante el proceso de ISI, estas empresas no realizaron grandes acuerdos con empresas locales, más bien, la mayoría de ellas mantuvo desde el inicio de sus actividades en el país, un notable grado de control sobre el capital de sus filiales locales. A partir de la privatización de las empresas públicas, en la década de 1990, se consolidan las asociaciones entre ambas, y se modifica el comportamiento que habían tenido hasta ese momento las ET (Vernabaz, 2011).

Durante el proceso de ISI, hasta fines de la década de 1980, los gobiernos en Argentina se mostraron reacios con respecto a los inversores extranjeros, situación que oscilaba entre a veces optimista o de fuerte rechazo. De todas maneras, independientemente si el tipo de gobierno era

civil o militar, siempre hubo consenso sobre los sectores limitados para los inversores extranjeros, como los servicios públicos y la propiedad de los recursos naturales. Esta situación cambia con el nuevo gobierno en los años 90, el cual comienza un proceso de reformas macroeconómicas importantes y, además, rompe con el consenso preexistente, permitiendo el ingreso de capitales extranjeros en sectores previamente limitados (Mortimore & Stanley, 2006b).

La crisis a finales de la década de 1980 tuvo mucha relación con el modo en que las empresas estatales fueron privatizadas en los años 90, en el sentido en cómo, entre los empresarios nacionales y los acreedores externos, buscaban apoderarse del excedente nacional. La cuestión era que los acreedores externos reclamaban el pago de los servicios de la deuda, mientras que los empresarios nacionales pretendían mantener los privilegios obtenidos desde mediados de los años 70, sobre la obtención de recursos del Estado, por medio de los regímenes de promoción industrial y la compraventa de bienes y servicios. En definitiva, los acreedores externos, lograron sus exigencias a través de las privatizaciones y la apertura del mercado. De esta manera, especialmente a través de las privatizaciones, los acreedores externos podían recuperar parte del capital adeudado y los empresarios nacionales tenían la posibilidad de participar en sectores de los cuales antes no tenían acceso. La valuación de los activos públicos y el sistema de tarifas prometían grandes beneficios futuros, no tanto por la explotación de los servicios de empresas privatizadas, sino por su venta por parte de los empresarios nacionales (Vernabaz, 2011).

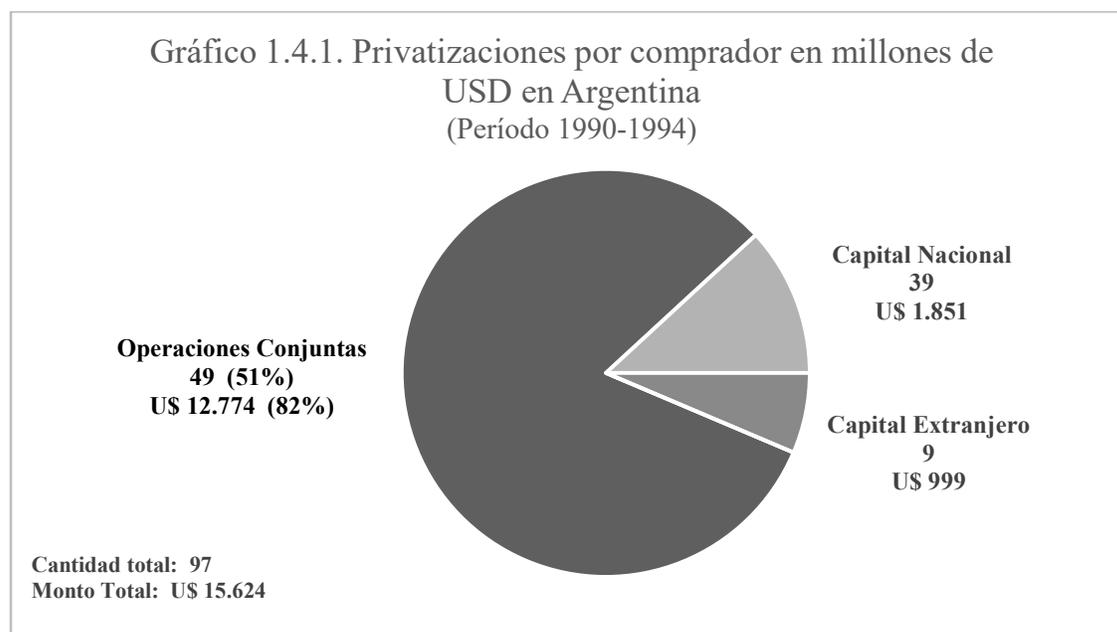
Como parte de esta política, se pone en marcha el programa de privatizaciones de empresas públicas en 1989, a través de la Ley de Reforma del Estado Nro. 23.696, la cual permitía al Poder Ejecutivo, por medio de decretos específicos y con total discreción, la transferencia de muchos de los activos públicos del Estado. En su Artículo 11, esta ley establece que:

“Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional para proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones a obras cuya gestión actual se encuentre a su cargo, o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional, que hayan sido declaradas ‘sujetas a privatización’ conforme con las previsiones de esta ley.[...] Siempre y en todos los casos cualquiera sea la modalidad o el procedimiento elegido, el Poder Ejecutivo Nacional, en áreas que considere de interés nacional se reservará en el pliego de condiciones la facultad de fijar las políticas de que se trate.” (Vernabaz, 2011, pág. 143).

A su vez en ese mismo año, se implementa la Ley de Emergencia Económica Nro. 23.697, la cual principalmente, disminuía los privilegios obtenidos por los empresarios nacionales, anteriormente comentados.

Un punto importante sobre las privatizaciones es que, dado el contexto de los años 90, los empresarios locales no podían ignorar a los inversores extranjeros, debido a que no tenían la capacidad económica, financiera y a veces técnica para hacerlo. A pesar de estas ventajas, los inversores extranjeros tampoco podían prescindir de la presencia local de los empresarios, ya sea por el conocimiento del medio, como por su capacidad para influir en las políticas estatales. De esta manera, se forma una “sociedad” entre capitales locales y capitales extranjeros en relación con las empresas privatizadas (Vernabaz, 2011).

Los datos del Gráfico 1.4.1. debajo, muestran tal “sociedad” en relación con las privatizaciones, donde la mayoría del monto total de capitales extranjeros que adquirieron empresas públicas lo hicieron en operaciones conjuntas con capitales nacionales, generándose intereses mutuos sobre las empresas adquiridas, es decir que, más de la mitad de las privatizaciones realizadas entre el año 1990 y 1994, las cuales representaban más del 80% del valor, se realizaron en conjunto.



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Vernabaz (2011).

Debemos recordar que, a fines de los años 80, los títulos de la deuda pública argentina en manos de acreedores extranjeros habían perdido mucho de su valor y a la vez su cobro era incierto. La nueva política de privatización permitió a estos acreedores, capitalizar dicha deuda con el objetivo de comprar empresas públicas. Durante este mecanismo hasta mediados de los años

90, el valor de títulos de deuda externa para la compra de estas empresas fue de casi 5 mil millones de dólares, pero el valor de propiedad de estos activos públicos casi triplicó su valor, siendo la suma casi 14 mil millones de dólares. En resumen, por cada dólar de deuda externa de acreedores extranjeros, obtenían tres dólares de activos públicos. Cabe agregar que además de la venta de empresas públicas, también se otorgaron largas concesiones de servicios y obras públicas a sectores estratégicos como el petrolero, eléctrico, de transporte, de saneamiento de aguas, etc. (Vernabaz, 2011).

El régimen de convertibilidad (sustentado por la Ley 23.923) fue el contexto en el cual se llevaron a cabo las privatizaciones, iniciado a principios de 1991, en el cual se establecía el valor de 1 peso argentino, igual a 1 dólar estadounidense. Esto significaba, por ejemplo, que las tarifas de los servicios públicos habían sido dolarizadas, es decir, las empresas calculaban las tarifas en dólares y facturaban a los usuarios en pesos, inmediatamente convertibles en dólares. Los objetivos, de este régimen, eran en forma resumida, por un lado, a través de la política monetaria de tipo de cambio fijo, estabilizar el nivel de precios, disminuyendo la inflación y así recuperar la moneda local. Por otro lado, este sistema fue sostenido gracias a las condiciones favorables de financiación externa de los años 90, debido al programa de conversión de la deuda externa latinoamericana, la disminución de la tasa de interés en los mercados internacionales, y además las privatizaciones. A todo esto, hay que agregar, en la mayoría de los casos, los beneficios extraordinarios que generaron: el efecto nocivo por el incumplimiento de las inversiones comprometidas; la indexación en dólares por un índice de precios estadounidense a las tarifas de los servicios, prohibido por la ley de convertibilidad; y la ausencia del traslado de reducciones impositivas y de aumentos de productividad, a las tarifas pagadas por los usuarios (Vernabaz, 2011).

De esta manera, tomando las ideas de Mortimore & Stanley (2006a), Argentina pudo realizar las reformas en un tiempo récord, lo cual generó la confianza y aceptación de la comunidad financiera internacional y de las instituciones financieras internacionales como el FMI y el BM entre otros.

A mediados de la década de 1990, específicamente en el año 95, cuando ya se habían privatizado la mayoría de las empresas públicas, los empresarios locales comienzan a

desprenderse de éstas a través de su venta a inversores extranjeros, comenzando un segundo período de privatizaciones²⁵, disolviendo la “sociedad”, explicada anteriormente.

Este tipo de venta se produce, con el solo objetivo de mantener a resguardo las ganancias patrimoniales de los empresarios nacionales en el exterior, frente a la economía cíclica local. Con la compra de las empresas públicas en condiciones muy favorables (subvaluación, renegociación continua de tarifas y marcos regulatorios beneficiosos, etc.), los empresarios nacionales obtuvieron una rentabilidad extraordinaria frente al resto de las empresas. Los inversores extranjeros aún estaban dispuestos a la compra total de dichas empresas, ya que el marco regulatorio era beneficioso y además eran más rentables que en otros países. También, hay que tener en cuenta, que, en el momento de venta de estas empresas públicas, los inversores extranjeros contaban con la confianza del régimen de convertibilidad y ya la mayoría de los TBIs estaban firmados (Vernabaz, 2011).

1.5. Fin del período de convertibilidad

La solución al desbalance fiscal y la generación de confianza y seguridad jurídica, hacia los inversores extranjeros, fueron unos de los objetivos prioritarios del proceso de privatizaciones. A través de estos, les fueron otorgados a los inversores ciertos derechos, a través de leyes, normas y TBIs en un ambiente confiable y seguro, que luego tornaron inviable la adaptación de los contratos ante cualquier contingencia imprevista. Estas limitaciones impuestas por el mismo gobierno, a través del marco regulatorio, se proponía solucionar el problema de compromiso, minimizando la posibilidad de renegociación de los contratos con las empresas privatizadas.

Durante el régimen de convertibilidad funcionaba la dolarización de las tarifas, a las cuales también se permitía su ajuste por el índice de precios de Estados Unidos y se fijaba un esquema de contratos en dólares, que tenía como objetivo fundamental asegurar la rentabilidad a los inversores extranjeros. La inconsistencia de este sistema se demostró con la alteración en los precios relativos entre Argentina y Estados Unidos. La apreciación del tipo de cambio y la gran diferencia entre la inflación de ambos países se tornaba insostenible, impidiendo cualquier modificación del esquema de indexación, ya que iba en contra de las restricciones legales vigentes.

²⁵ En este momento sólo faltaba privatizar el Correo Argentino (1997), el Sistema Nacional de Aeropuertos (1998) e YPF (1999).

En el caso de la devaluación, los contratos en moneda extranjera pensados para perdurar en el tiempo o al menos durante el período de la concesión, no preveían la posibilidad de una modificación del sistema. De todas maneras, se podrían renegociar los contratos, lo cual para el gobierno era inviable debido a su alto costo.

Todo esto hacía que el marco regulatorio se torne inconsistente (Stanley, 2004).

Antes de que estallara la crisis en Argentina, pudo superarse la crisis del efecto tequila en México, antes de lo previsto, situación que generó confianza en el modelo. Luego, a mediados de los años 90, una serie de crisis financieras, a nivel global, cambia esta situación, para ya en el año 98 comenzar un rápido descenso económico y financiero, que terminaría en depresión y crisis. Según Mortimore & Stanley (2006a), varias son las causas que explican el fracaso del esquema de convertibilidad, pero entre las cuales las más importantes son: la sobrevaluación del tipo de cambio, la falta de disciplina fiscal del gobierno; y las expectativas irreales del modelo.

Cuando estalla la crisis económica en diciembre del 2001, que llevaría al abandono del régimen de convertibilidad, se promulga la Ley 25.561 en enero de 2002, de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, la cual afectaba de manera directa a los inversores extranjeros (en su mayoría propietarios de empresas de servicios públicos) en lo que respecta al marco regulatorio de las tarifas, conocido como la “pesificación de las tarifas”. El precio de las tarifas de los servicios públicos continuaría según la relación 1 peso = 1 dólar, pero la relación de cambio entre el peso y el dólar iba a depender de la cotización en el mercado cambiario, que en muy poco tiempo pasaría de 3 pesos = 1 dólar, evidentemente generando una pérdida en los ingresos de las empresas prestadoras de servicios públicos. Asimismo, las tarifas se congelaron al nivel existente en ese momento, impidiendo ya cualquier ajuste estipulado en los marcos regulatorios de los servicios públicos o en los contratos de concesión (Vernabaz, 2011).

Con el fin de la convertibilidad, la depreciación real del tipo de cambio provocó la disminución de los precios relativos de los servicios, tanto públicos como privados, y de los salarios reales, pero incrementó los ingresos de la producción agropecuaria y los márgenes industriales. Esto sumado al desempleo deterioraron fuertemente la distribución del ingreso. En resumen, la devaluación generó una diferencia a favor de los sectores productores de bienes transables (exportables) y un abaratamiento relativo de la mano de obra. Además, medidas como las restricciones a la extracción de dinero en efectivo de los bancos y el control sobre la compra de divisas a fines del año 2001, muestran la primer gran ruptura de contratos luego de una década

de vigencia de la “Convertibilidad”. Posteriormente, se declara el default sobre la deuda soberana, y a comienzos del año 2002 se anuncia de manera oficial el fin del régimen de tipo de cambio fijo (Bezchinsky, et al., 2007).

Como resultado de la crisis económica del año 2001, por la cual colapsó el sistema económico y financiero argentino, se dictaron leyes de orden público que modificaron las condiciones acordadas con los inversores, en su mayoría en los años 90. Estas modificaciones, como el cobro de sus ganancias, las cláusulas de estabilización legal previstos en los TBIs, la cancelación de contratos de concesión de servicios públicos, etc., bastaron para el comienzo de diversas demandas ante los tribunales internacionales²⁶ (Sommer, 2013).

En esta última parte se expondrán los artículos de la Ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, más relevantes con relación a esta sección del capítulo:

Capitulo II. De las obligaciones originadas en los contratos de la Administración regidos por normas de Derecho Público.

Artículo 8. Dispónese que, a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas quedan establecidos en pesos a la relación de cambio UN PESO (\$ 1) = UN DOLAR ESTADOUNIDENSE (U\$S 1).

Artículo 9. Autorízase al Poder Ejecutivo nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el Artículo 8° de la presente ley. En el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, 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.

Artículo 10. Las disposiciones previstas en los artículos 8° y 9° de la presente ley, en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

²⁶ Principalmente ante el CIADI.

1.6. Posconvertibilidad y renegociación contractual

Debido a la crisis del año 2001, el contexto macroeconómico cambia y en lo que respecta a las ET, a partir de ese momento y durante los primeros años, algunas de las consecuencias fueron las siguientes:

1. El valor en pesos de la deuda en dólares se triplicó con el sector privado en el exterior.
2. Caída brusca de la demanda interna y de los ingresos en moneda nacional.
3. Imposibilidad del acceso al crédito interno y externo para las empresas.
4. No hubo un salvataje desde el gobierno para las deudas privadas en el exterior.
5. Las perspectivas sobre la evolución económica eran muy inciertas.

El cambio de contexto mostraba un escenario distinto según si la actividad de la empresa se relacionaba al sector transable o no, con variables en juego como la depreciación del peso, los bajos costos de producción en dólares, los precios internacionales altos de ciertas materias primas, la regulación de los precios de los servicios privatizados, etc.

El sector de bienes no transables, principalmente el de servicios, sufrió la caída de las ventas del consumo interno y el aumento del nivel de la deuda en pesos. Este sector no pudo beneficiarse de la exportación a modo de compensación. Además, hay que aclarar que dentro de este sector estaban las empresas de servicios públicos con tarifas congeladas. Por el contrario, el sector de bienes transables pudo compensar la crisis y el descalce financiero, con la exportación.

A pesar de las diferencias entre los sectores, en general el período de que va desde el año 2002 al 2005, tuvo una recuperación sostenida de la renta (más rápido en el sector transable).

Luego del período de convertibilidad, el país tuvo un período consecutivo relativamente corto de desendeudamiento y reestructuración, más allá que luego de la devaluación iniciada en el año 2001, la deuda empresaria era alta, no se contaba con crédito interno ni externo y el consumo interno había caído fuertemente. Este nuevo período pudo darse gracias al nuevo contexto, favorable para la exportación, la recuperación de la economía interna, los factores externos (aumento del precio de los commodities), y las expectativas de los inversores extranjeros en cuanto al mercado en general y su rentabilidad (Bezchinsky, et al., 2007).

A partir del año 2002, a modo de resolver el marco regulatorio y contractual a futuro, comienza un proceso de renegociación, el cual evidentemente, ya no sería mantener un esquema dolarizado de las tarifas, inviable para el gobierno, ni otro pesificado sin ajuste, inviable para

los privados. Es así como debido a que muchas de las empresas ya habían comenzado sus demandas ante tribunales internacionales, el gobierno primeramente propone el retiro de estas, para comenzar la renegociación de los contratos, situación que luego cambia en forma más razonable, para ambas partes, aceptando los inversores, solo la suspensión de las acciones de las demandas, a modo de minimizar el riesgo de expropiación, mientras durase el proceso de renegociación.

La aceptación de la propuesta en la renegociación por parte de las empresas tuvo más relación con el mantenimiento de sus negocios en el mercado argentino, dada las expectativas, que por la pérdida generada luego del cambio de esquema regulatorio (Stanley, 2004).

El proceso de renegociación se inicia con la sanción de la Ley 25.561 (Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario), la cual en un capítulo dedicado a los contratos públicos dispone:

1. Cualquier cláusula de ajuste queda sin efecto (dólar, otras divisas extranjeras, índices de otros países, cualquier otro mecanismo indexatorio, entre otros).
2. Pesificación de los precios o tarifas de estos contratos.
3. El Poder Ejecutivo Nacional queda autorizado a renegociar estos contratos.

También, la ley establecía determinados criterios durante la renegociación como: el impacto de las tarifas en la economía, la calidad de los servicios, los planes de inversión, la accesibilidad de los servicios, la seguridad de los sistemas involucrados y la rentabilidad de las empresas.

Una vez aprobadas las normas de procedimiento, el objetivo principal y el alcance de la renegociación fueron:

“Procurar, en la medida de las posibilidades y con el criterio de sacrificio compartido, adecuar de común acuerdo los contratos de concesión o de licencia, durante el período de emergencia y hasta tanto sea superada dicha situación, sin introducir cambios estructurales, a efectos de preservar la vida del Contrato y las condiciones originalmente pactadas con miras a su restablecimiento futuro”. (Stanley, 2004, pág. 66).

En la crisis financiera del año 2001, comparada con la del año 1980, Argentina evidenció un mayor poder de negociación, frente a varios acreedores de bonos, desparramados y poco organizados, en vez de una estrategia unificada de bancos extranjeros al momento de la crisis, situación que la liberó de renegociar bajo presión. También, en ese momento, las instituciones

financieras internacionales, en especial el FMI, estaban pasando por un período de cuestionamiento público, por sus políticas llevadas a cabo, es por eso su escasa, casi nula, participación en la renegociación. Además, sumada la división dentro del Grupo de los Siete (G7)²⁷, dejaron libre el campo de acción para la solución casi unilateral de Argentina.

A más de un año y medio después de declarada la cesación de pagos, y sin intervención del FMI, Argentina logró revertir el estado de incumplimiento, en el momento en que obtuvo una aceptación de más del 75% de su oferta entre los acreedores de bonos, alcanzando un hecho inédito hasta el momento: el recorte de la deuda, la extensión del plazo de pago y la reducción de las tasas de interés, hecho que en otras renegociaciones solo se aceptaron algunas de las tres medidas (Mortimore & Stanley, 2006a).

Con respecto a la crisis financiera global del año 2008, Latinoamérica en general se vio en una posición muy diferente respecto de las crisis anteriores, por ejemplo, la del año 1980, ya que un mejor manejo de la política macroeconómica en general, le permitió reducir el endeudamiento, pactar mejores condiciones y aumentar sus reservas internacionales, generando mayor de liquidez y solvencia, como nunca había sucedido.

En el período previo a la crisis, en la región se habían incrementado las tasas de ahorro, con las cuales no hubo tanta dependencia de los recursos del exterior y, además la reducción de las deudas externas de los gobiernos, compensaron la mejor utilización de crédito internacional por parte del sector privado. Este tipo de comportamiento, además de ayudar a sobrepasar las dificultades financieras reiteradas en crisis similares, amplió el campo para poder aplicar mayor cantidad de políticas públicas, con un fin social y de contención frente a la crisis (Kacef & Lopez Monti, 2010).

Conclusión Capítulo 1

Un marco regulatorio muy favorable y un exceso de garantías para los inversores extranjeros hizo de Argentina, al igual que otros países de Latinoamérica excepto Brasil, un país atractivo para las inversiones, las cuales en un período de abundancia a nivel global llegaron para cubrir el déficit de un modelo nacional y proteccionista macroeconómico que necesitaba de esos capitales extranjeros. Pero a su vez, la imposición de un sistema regulatorio muy rígido, con tal de atraer inversiones, impuesto por el propio gobierno, hizo que termine estallando todo el

²⁷ Países relevantes a escala global en el marco político, económico y militar. Está conformado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido (la Unión Europea cuenta con representación política).

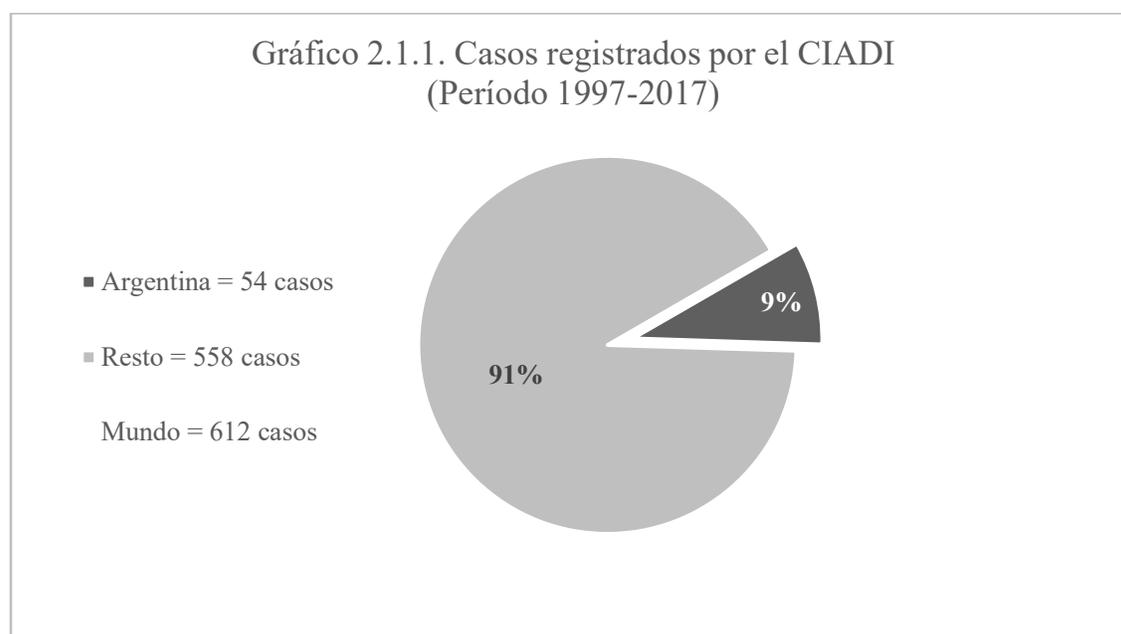
sistema económico y financiero, sin tener en cuenta el cumplimiento de reglas previamente acordadas.

La crisis del año 2001 dejó varios elementos a analizar, como la fragilidad y a la vez la rigidez de un sistema regulatorio pensado a favor de los inversores extranjeros a cambio de IED en abundancia, la entrega de activos nacionales muy subvaluados a través de las privatizaciones, varias demandas que comprometerían varias generaciones, entre otros, pero se destaca un poder de negociación del Estado digno de ser copiado, sin intervención de institución internacional alguna.

Capítulo 2. Demandas en las que está involucrado el Estado Argentino

2.1. Identificación de los casos ante el CIADI

En esta sección se van a identificar todos los casos en los que el Estado argentino fue demandado ante el CIADI, en el período que va desde el año 1997 al año 2017, pero antes de realizar tal identificación, es necesario ver el contexto general de los casos. Para esto, el Gráfico 2.1.1. muestra para el período antes mencionado la cantidad total de casos en el mundo, que son 612 de los cuales 54 pertenecen a Argentina, es decir un 9% del total, quedando 558 casos para el resto de los países (91%). Otro dato importante es que, el total de casos a nivel mundial desde 1972²⁸ hasta el 2017 fueron 650²⁹, es decir, que el período analizado abarca el 94% del total de los casos registrados.



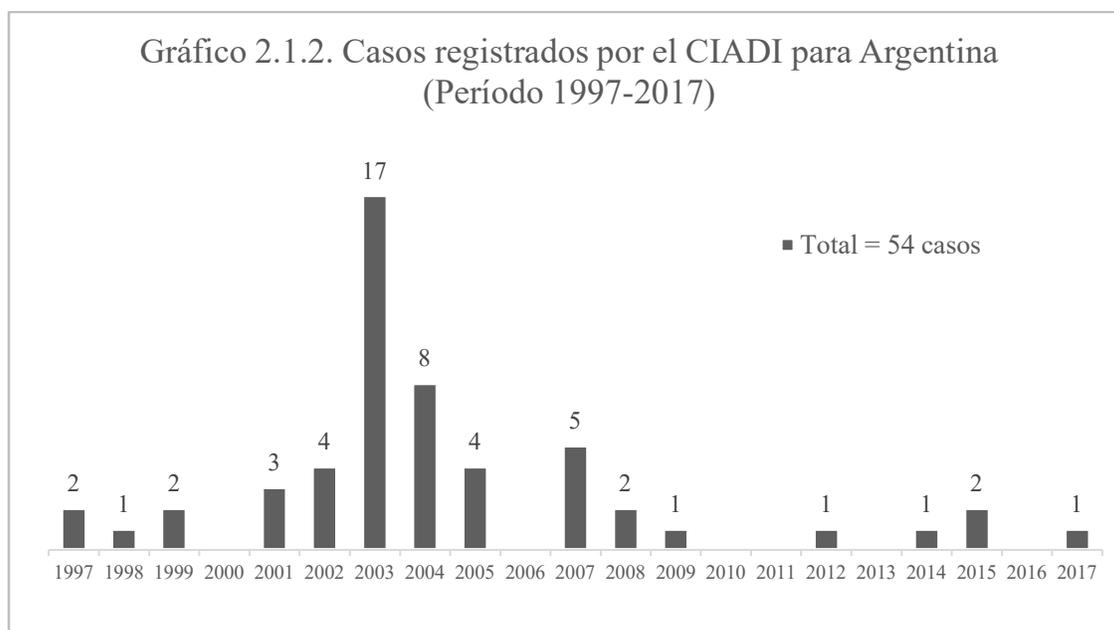
Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de CIADI, 2018 y página web oficial del CIADI, <https://icsid.worldbank.org>

El Gráfico 2.1.2. detalla la cantidad de casos registrados por año para Argentina en el período de 1997 a 2017, ante el CIADI. Tal como puede observarse el año 2003 registra la mayor cantidad de casos, 17, que sería un 33% del total de casos en 20 años (54 casos). Asimismo, como dato adicional, ese mismo año a nivel mundo se registraron 31 casos, de los cuales un 55% fueron para Argentina.

²⁸ Fecha que se registra el primer caso.

²⁹ Bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.

Gráfico 2.1.2. Casos registrados por el CIADI para Argentina
(Período 1997-2017)



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de página web oficial del CIADI, <https://icsid.worldbank.org>

En la Tabla 1, se pueden observar todos los casos presentados al Estado argentino ante el CIADI, desde el año 1997 al 2017. Los casos están ordenados por año de registro en el CIADI, con su correspondiente sigla de caso, el nombre del demandante, el estado de caso³⁰ y el tema de la controversia u objeto. Además, por un tema de organización cada caso tiene un número de orden, para facilitar su búsqueda y posterior análisis, en las próximas secciones.

Tabla 1
Casos CIADI ante Argentina

Nro.	Caso	Año de registro	Demandante	Estado	Tema de controversia
1	ARB/97/3	1997	Aconquija	Concluido	Contrato concesión de servicios de agua
2	ARB/97/6	1997	Lanco	Concluido	Contrato de concesión de terminal portuaria
3	ARB/98/1	1998	Houston	Concluido	Concesión distribución y venta de electricidad
4	ARB/99/1	1999	Mobil I	Concluido	Empresa de exploración y producción de petróleo
5	ARB/99/4	1999	ENES.A.	Concluido	Concesión hidroeléctrica
6	ARB/01/3	2001	Enron	Concluido	Compañía de transporte de gas natural
7	ARB/01/8	2001	CMS	Concluido	Empresa de transmisión de gas

³⁰ Al 30 de junio de 2019.

Nro.	Caso	Año de registro	Demandante	Estado	Tema de controversia
8	ARB/01/12	2001	Azurix I	Concluido	Contrato concesión de servicios de agua
9	ARB/02/1	2002	LG&E	Concluido	Empresa de distribución de gas
10	ARB/02/8	2002	Siemens	Concluido	Contrato de servicios informáticos
11	ARB/02/16	2002	Sempra	Concluido	Empresa de suministro y distribución de gas
12	ARB/02/17	2002	AES	Pendiente	Operación generación y distrib. de electricidad
13	ARB/03/2	2003	Camuzzi	Concluido	Empresa de suministro y distribución de gas
14	ARB/03/5	2003	Metalpar	Concluido	Empresa de vehículos de motor
15	ARB/03/7	2003	Camuzzi	Concluido	Empresa de distrib. y transporte de electricidad
16	ARB/03/9	2003	Continental	Concluido	Compañía de seguros
17	ARB/03/10	2003	SDG	Concluido	Empresa de suministro y distribución de gas
18	ARB/03/12	2003	Pioneer	Concluido	Concesión hidrocarburos y electricidad
19	ARB/03/13	2003	Pan American	Concluido	Concesión hidrocarburos y electricidad
20	ARB/03/15	2003	El Paso	Concluido	Concesión hidrocarburos y electricidad
21	ARB/03/17	2003	Suez I	Concluido	Concesión de servicios de agua
22	ARB/03/18	2003	Suez II	Concluido	Concesión de servicios de agua
23	ARB/03/19	2003	Suez III	Concluido	Concesión de servicios de agua
24	ARB/03/20	2003	Telefónica	Concluido	Empresa de telecomunicación
25	ARB/03/21	2003	Enersis	Concluido	Empresa de distribución de electricidad
26	ARB/03/22	2003	EDF I	Concluido	Empresa de distribución de electricidad
27	ARB/03/23	2003	EDF II	Concluido	Empresa de distribución de electricidad
28	ARB/03/27	2003	Unisys	Pendiente	Proyecto de gestión y almacenamiento de inf.
29	ARB/03/30	2003	Azurix II	Concluido	Contrato de concesión de servicios de agua
30	ARB/04/1	2004	Total	Concluido	Proyecto producción y distrib. de gas / generación de energía
31	ARB/04/4	2004	SAUR	Concluido	Contrato concesión de servicios de agua

Nro.	Caso	Año de registro	Demandante	Estado	Tema de controversia
32	ARB/04/8	2004	BP America	Concluido	Concesión hidrocarburos y proyecto de generación eléctrica
33	ARB/04/9	2004	CIT	Concluido	Empresa de leasing
34	ARB/04/14	2004	Wintershall	Concluido	Prod. de petróleo y gas
35	ARB/04/16	2004	Mobil II	Concluido	Concesiones de producción de gas
36	ARB/04/18	2004	Telecom	Concluido	Concesión de telecomunicación
37	ARB/04/20	2004	RGA	Concluido	Servicios de reaseguros financieros
38	ARB/05/1	2005	Daimler	Concluido	Servicios financieros y leasing
39	ARB/05/2	2005	CGE	Concluido	Concesión distribución de electricidad
40	ARB/05/5	2005	TSA Spectrum	Concluido	Concesión de telecomunicación
41	ARB/05/11	2005	Asset Recovery	Concluido	Contrato de cobro
42	ARB/07/5	2007	Abaclat	Concluido	Instrumentos de deuda
43	ARB/07/8	2007	Giovanni Alemanni	Concluido	Instrumentos de deuda
44	ARB/07/17	2007	Impregilo I	Concluido	Concesión de servicios de agua
45	ARB/07/26	2007	Urbaser	Concluido	Concesión de servicios de agua
46	ARB/07/31	2007	HOCHTIEF	Pendiente	Contrato de construcción del sistema vial
47	ARB/08/9	2008	Ambiente Ufficio	Concluido	Instrumentos de deuda
48	ARB/08/14	2008	Impregilo II	Concluido	Concesión de obras viales
49	ARB/09/1	2009	Teinver	Concluido	Servicios de transporte aéreo
50	ARB/12/38	2012	Repsol	Concluido	Empresa de producción de petróleo
51	ARB/14/32	2014	Casinos Austria	Pendiente	Industria del juego
52	ARB/15/39	2015	Salini Impregilo	Pendiente	Proyecto de construcción del sistema vial
53	ARB/15/48	2015	Abertis	Concluido	Proyecto de construcción del sistema vial
54	ARB/17/17	2017	MetLife	Pendiente	Sistema de pensiones

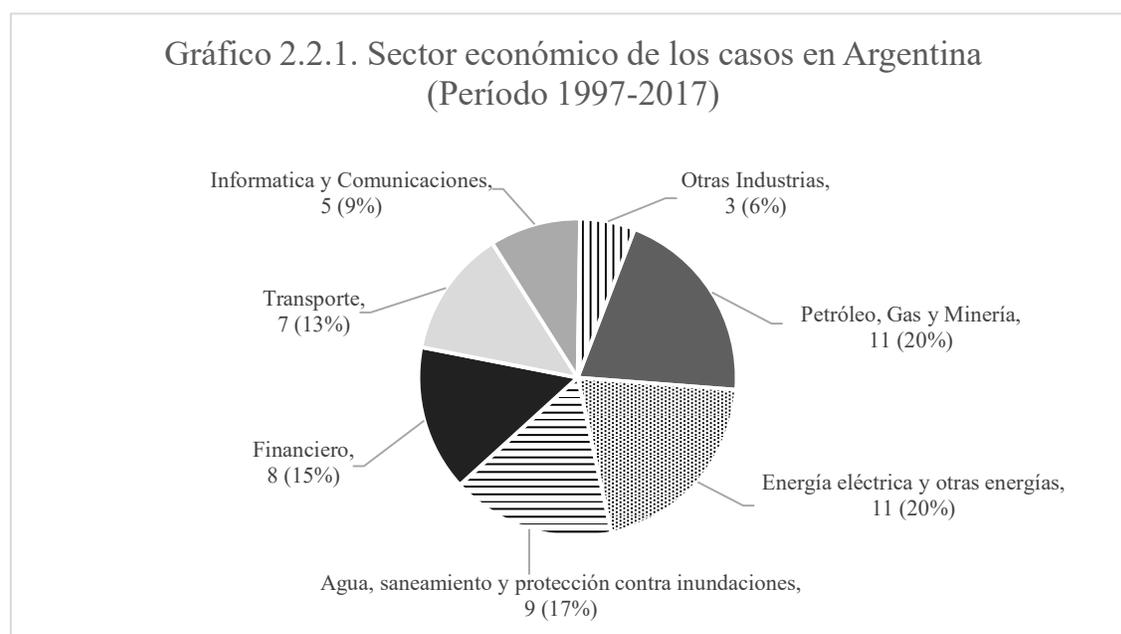
Nota: Casos registrados en el CIADI desde el año 1997 hasta el año 2017. Estado de los casos actualizado hasta el 30.06.2019 (nombre del demandante abreviado para simplificar la tabla).

Fuente: Pagina web oficial del CIADI, <https://icsid.worldbank.org>

2.2. Descripción de las causas de las demandas

Esta sección será dividida en 2 subsecciones, las cuales se relacionan o no con la crisis económica y financiera del año 2001, y con su consecuente Ley de Emergencia Pública de principios del año 2002. Dentro de cada subsección se detallarán las causas de las demandas encuadrando dentro las mismas el detalle del caso (reclamo), el sector económico involucrado y el monto estimado de la demanda en USD³¹.

Antes de analizar las causas y su correspondiente detalle, en las 2 subsecciones siguientes, los 2 siguientes gráficos mostrarán para el período de 1997 a 2017 la distribución del sector económico y la nacionalidad del inversor en cuestión. Comenzando con el Gráfico 2.2.1., se presentan los 54 casos distribuidos por sector económico de Argentina, siendo los más importantes el sector de “Petróleo, Gas y Minería”, y “Energía eléctrica y otras energías”, ambos con 11 casos y un 20% cada uno. Luego siguen, el “sector Agua, saneamiento y protección contra inundaciones” con 9 casos y un 17%, el sector “Financiero” con 8 casos y un 15%, el sector “Transporte” con 7 casos y un 13%, el sector “Informática y Comunicaciones” con 5 casos y un 9% y por último “Otras Industrias” con 3 casos y un 6% del total.

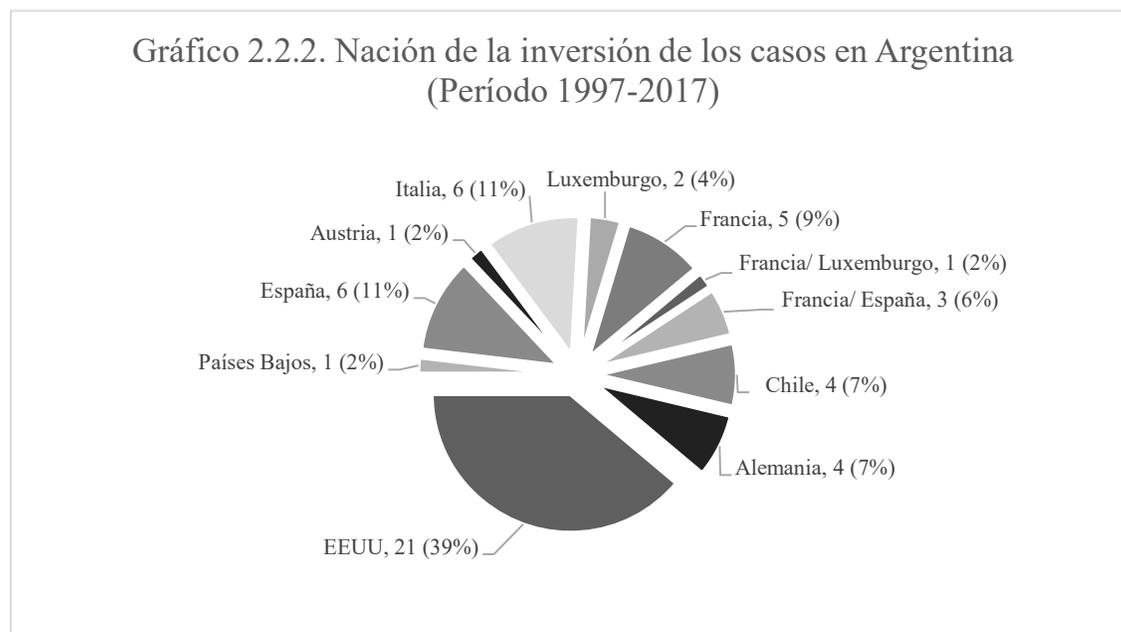


Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de página web oficial del CIADI, <https://icsid.worldbank.org>

El Gráfico 2.2.2. también presenta los 54 casos, pero distribuidos por nacionalidad del inversor, es decir, por el país del inversor extranjero. El primer puesto lo ocupa EE. UU. con 21 casos y

³¹ Dólares estadounidenses.

un 39%, muy lejos de los demás países. Luego, siguen España e Italia con 6 casos y un 11% cada uno, Francia con 5 casos y un 9%, Chile y Alemania con 4 casos y un 7% cada uno, Luxemburgo con 2 casos y un 4%, y Países Bajos y Austria con 1 caso y un 2% cada uno. Además, hay que agregar a inversiones donde hubo más de 1 inversor, como Francia/ España con 3 casos y un 6%, y Francia/ Luxemburgo con 1 caso y un 2% del total.



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de página web oficial del CIADI, <https://icsid.worldbank.org>

En las 2 subsecciones siguientes (2.2.1. y 2.2.2.), para cada caso y dentro de cada causa, se han utilizado varias fuentes para poder homogeneizar su contenido y evitar la sobrecarga de los casos, con excepción del monto estimado, que tiene su fuente individualizada. Las fuentes utilizadas son: (Informe Nro. 66, 2006), (Informe Nro. 94, 2016), (Informe Nro. 107, 2017), (Perrone, 2007), (Stanley, 2004) y (UNCTAD, 2018).

2.2.1. Causas de las demandas no relacionadas a la crisis 2001 (Ley de Emergencia Pública 2002)

En esta subsección comenzarán a detallarse las causas en primer lugar, junto con el detalle del caso. Particularmente, las causas a tratar son las que no tuvieron relación directa con la crisis del año 2001 y su inmediata posterior Ley de Emergencia Publica de principios del año 2002. Esta subsección abarcará la causa principal, más allá que luego se hayan ampliado las demandas o tengan más causas que pertenezcan a otra clasificación, es decir, se ha tomado un criterio

orientativo para individualizar las causas más relevantes. Según lo anteriormente dicho, las causas relevantes de cada caso son las siguientes (15 casos en total):

1. Problemas contractuales (7 casos)
2. Aplicación de impuestos provinciales (3 casos)
3. Suspensión de indexación tarifaria - EE. UU. PPI³² (2 casos)
4. Expropiación (3 casos)

1. Problemas contractuales

Antes de describir cada uno de los casos relacionados con esta causa, hay 2 que casos que merecen especial atención por la modalidad de acceso a las concesiones públicas.

Debido a la Ley de Emergencia Económica de 1989, antes de la gran crisis del 2001, era frecuente la interrupción en los contratos de concesión, donde las empresas relacionadas al sector de agua y saneamiento fueron las más afectadas. Uno de los casos más importante fue el de Azurix (ARB/01/12), donde la compañía, a través de una licitación, obtuvo la concesión del servicio de agua potable y saneamiento en la provincia de Buenos Aires. La compañía ofertó un canon donde se comprometía a invertir USD 500 millones y mejorar e incrementar la prestación del servicio, que luego tuvo que pedir una renegociación debido a que el monto no cubría las inversiones. Al no llegar a un acuerdo, se cancela el contrato y se termina la concesión de manera unilateral por medio del gobierno. El caso de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (ARB/97/3), es similar al anterior también por la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, pero en la provincia de Tucumán, que luego de varios conflictos es abandonado. De estos casos se desprende que, los gobiernos pueden actuar de forma oportunista, pero lo más importante es que las empresas privadas, ya que conociendo la debilidad del sistema de licitaciones ofertan muy por debajo del mercado, para luego renegociar el contrato (Mortimore & Stanley, 2006b). Es decir, los inversores extranjeros aprovechan el marco regulatorio favorable, como uno de los puntos sugeridos para los Estados receptores de inversiones por el “Consenso de Washington”, para obtener beneficios exorbitantes incluso sin

³² Índice de precios mayoristas de Estados Unidos, Producer Price Index.

importar el laudo más bien por la renegociación de tarifas de los servicios. Un caso similar a estos fue el de Bolivia³³.

Otros casos en Latinoamérica como Ecuador³⁴, muestran su defensa sobre la protección de los recursos naturales, estratégicos para el Estado, a raíz de la experiencia de contaminación y procesos jurisdiccionales con la petrolera Chevron. También, El Salvador presenta un claro ejemplo de defensa del medioambiente frente a la minería metálica (minera Pac Rim) (Vilizzio, 2018a).

1. Caso: ARB/97/3. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (Argentina) y Vivendi Universal S.A. (Francia).

Detalle: Inversor francés, con participación en filial argentina, reclama diferencias derivadas de decretos, resoluciones, leyes y opiniones legales de la República Argentina y de la provincia de Tucumán, para desmejorar el contrato de concesión de 30 años, para operar los sistemas de aguas y cloacas.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 317 millones (UNCTAD, 2018).

2. Caso: ARB/97/6. Lanco International Inc. (EE. UU.).

Detalle: Reclamo, por un accionista minoritario, por el supuesto incumplimiento de un acuerdo de concesión para el desarrollo y operación de una terminal portuaria en Buenos Aires.

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: Indeterminado.

3. Caso: ARB/98/1. Houston Industries Energy Inc. (EEUU), Empresa Distribuidora de Electricidad de Santiago Del Estero S.A. (Argentina) e Industrias Eléctricas de Houston S.A. (Argentina).

Detalle: Reclamo por incumplimiento de las condiciones de licitación, concesión y compra de acciones y demás leyes por parte de la provincia de Santiago del Estero, con el objeto de privar

³³ Primer Estado en denunciar el “Convenio de Washington” en 2007. Caso Aguas del Tunari (CIADI caso Nro. ARB/02/3) (Vilizzio, 2015).

³⁴ Es uno de los casos más emblemáticos de Latinoamérica y el mundo, dado que es el segundo país en retirarse del CIADI y entre 2008 y 2017 denunció todos sus TBI, alertando sobre los riesgos que el régimen de solución de controversias Inversor – Estado implicaba para Ecuador (Vilizzio, 2018a).

a los inversores de los intereses y beneficios de la inversión (concesión de distribución de electricidad).

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: USD 10 millones (Laudo ARB/98/1, 2001)

8. Caso: ARB/01/12. Azurix Corp. (EE. UU.).

Detalle: Incumplimientos por parte de la Provincia de Buenos Aires del servicio de agua potable. Inversor de EE. UU. que controlaba Filial Argentina.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 685 millones (UNCTAD, 2018)

10. Caso: ARB/02/8. Siemens A.G. (Alemania).

Detalle: Reclamo por suspensión y posterior rescisión del contrato para establecer un sistema de control de migración e identificación personal (DNI). Inversor alemán que controlaba Filial Argentina. Sobre este caso en particular, se realizó una entrevista a un testigo y parte del caso que se puede encontrar en el Anexo I.

Sector económico: Informática y Comunicaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 462,5 millones (UNCTAD, 2018)

40. Caso: ARB/05/5. TSA Spectrum de Argentina S.A. (Argentina)

Detalle: Inversor holandés, reclama por la rescisión del contrato de enlace satelital, a través de una resolución que decide que la autoridad nacional de telecomunicaciones operará las instalaciones y los activos que fueron objeto de dicho contrato, por supuesto pago de sobornos del inversor al gobierno anterior.

Sector económico: Informática y Comunicaciones.

Monto estimado de la demanda: Indeterminado.

51. Caso: ARB/14/32. Casinos Austria International GmbH (Austria) y Casinos Austria Aktiengesellschaft (Austria).

Detalle: Reclamo por la rescisión de licencia de explotación de juegos de azar y lotería (hasta el año 2030) en la Provincia de Salta por presunto lavado de dinero.

Sector económico: Otras Industrias.

Monto estimado de la demanda: USD 62 millones (UNCTAD, 2018)

2. Aplicación de impuestos provinciales

Con respecto a esta causa, los 3 casos que siguen a continuación eran empresas privatizadas en el sector de energía que demandaron al Estado argentino por un cambio de normativa, la cual no preveía la determinación de impuestos provinciales, lo cual fue entendido por los demandantes como una expropiación indirecta, ya que tales impuestos no estaban previstos antes de la privatización. Estos casos concluyeron por acuerdo entre las Partes (Mortimore & Stanley, 2006b).

En el caso Enron (ARB/01/03), luego se amplía la demanda por las consecuencias económicas de la crisis del año 2001, y su posterior Ley de Emergencia Pública del año 2002.

4. Caso: ARB/99/1. Mobil Argentina S.A. (Argentina).

Detalle: Reclamo por la tentativa de aplicación de impuestos provinciales, en particular a los Ingresos Brutos, luego de la firma del contrato para la exploración y producción de petróleo en la provincia de Salta.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: Indeterminado.

5. Caso: ARB/99/4. Empresa Nacional de Electricidad S.A. (Chile).

Detalle: Reclamo por la tentativa de aplicación de impuestos provinciales luego de la firma del contrato, para operar una central hidroeléctrica en la provincia de Neuquén.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: Indeterminado.

6. Caso: ARB/01/3. Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) (EE. UU.) y Ponderosa Assets L.P. (EE. UU.).

Detalle: Reclamo por la determinación de oficio del impuesto a los Sellos sobre Transportadora de Gas del Sur S.A. (TGS), de la cual Enron tenía el 35,3%. Luego, Enron inversor de EE. UU. amplía la demanda, con la posibilidad de incluir el índice EE. UU. PPI en la indexación tarifaria y por las medidas de emergencia económica a partir de la crisis del año 2001.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 582 millones (UNCTAD, 2018)

3. Suspensión de indexación tarifaria (EE. UU. PPI)

Los 2 casos que siguen a continuación tienen como principal causa, el reclamo por el cual el contrato original acordaba ajustar de las tarifas por el índice de precios mayorista de los Estados Unidos, para evitar una distorsión inflacionaria, debido a las diferencias entre la economía argentina y americana. Por tal motivo, ambas inician una demanda por el cambio de normativa. Además, el caso LG&E amplía la demanda por las medidas de emergencia económica del año 2002 (Mortimore & Stanley, 2006b).

7. Caso: ARB/01/8. CMS Gas Transmission Company (EE. UU.)

Detalle: CMS inversor de EE. UU., que tenía un 29,4% de Transportadora Gas del Norte S.A. (TGN), reclama por la posibilidad de incluir el índice EE. UU. PPI en la indexación tarifaria y poder realizar ajustes por inflación.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 261,1 millones (UNCTAD, 2018)

9. Caso: ARB/02/1. LG&E Capital Corp. (EE. UU.), LG&E Energy Corp. (EE. UU.) y LG&E International Inc. (EE. UU.)

Detalle: LG&E inversor de EE. UU., que tenía participación en varias empresas argentinas de gas, reclama la posibilidad de incluir el índice EE. UU. PPI en la indexación tarifaria. Luego se amplía la demanda por consecuencias derivadas de la Ley de Emergencia Pública del año 2002.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 268 millones (UNCTAD, 2018)

4. Expropiación

Los siguientes casos tienen la característica de pertenecer a sectores completamente distintos, el detalle se encuentra en cada uno.

49. Caso: ARB/09/1. Teinver S.A. (España), Transportes de Cercanías S.A. (España) y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (España).

Detalle: Reclamo por expropiación de participación accionaria en las compañías aéreas Aerolíneas Argentinas SA y Austral Cielos del Sur SA.

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: USD 1.590 millones (UNCTAD, 2018)

50. Caso: ARB/12/38. Repsol, S.A. (España) y Repsol Butano S.A. (España).

Detalle: Reclamo por nacionalización del 51% de las acciones de la compañía petrolera Repsol, luego del descubrimiento de nuevas reservas de hidrocarburos en yacimiento Vaca Muerta. No se acredita la existencia de una causa de utilidad pública.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 10.500 millones (UNCTAD, 2018)

54. Caso: ARB/17/17. MetLife Inc. (EE. UU.), MetLife Servicios S.A. (Argentina) y MetLife Seguros de Retiro S.A. (Argentina).

Detalle: Reclamo por la nacionalización del sistema privado de pensiones de Argentina en 2008 y la incautación de las inversiones.

Sector económico: Otras Industrias.

Monto estimado de la demanda: Indeterminado.

2.2.2. Causas de las demandas relacionadas a la crisis 2001 (Ley de Emergencia Pública 2002)

Esta segunda subsección también comenzará a detallar las causas y el detalle de cada caso. En particular, las causas enfocadas son las que tuvieron relación directa con la crisis del año 2001 y su inmediata posterior Ley de Emergencia Pública de principios del año 2002. Tal como la subsección anterior, la causa principal será la más relevante, más allá que haya habido

ampliaciones de demandas o contengan demás causas de otra clasificación. De este modo, las causas son las siguientes (39 casos en total):

1. Pesificación de tarifas de servicios públicos (19 casos)
2. Pesificación de los contratos privados (5 casos)
3. Retención a las exportaciones (6 casos)
4. Pesificación de los contratos públicos (6 casos)
5. Default de bonos soberanos argentinos (3 casos)

1. Pesificación de tarifas de servicios públicos

11. Caso: ARB/02/16. Sempra Energy International (EE. UU.).

Detalle: Sempra inversor de EE. UU., que tenía participación en 2 empresas argentinas distribuidoras de gas, reclama la posibilidad de incluir el índice EE. UU. PPI en la indexación tarifaria.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 209 millones (UNCTAD, 2018)

12. Caso: ARB/02/17. AES Corporation (EE. UU.)

Detalle: Reclamo por el reajuste tarifario preacordado, en generación de energía eléctrica. AES inversor de EE. UU., que controlaba 8 compañías generadoras y 3 de distribución eléctrica argentinas.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: USD 416,8 millones (Informe Nro. 66, 2006)

13. Caso: ARB/03/2. Camuzzi International S.A. (Luxemburgo)

Detalle: Camuzzi inversor de Luxemburgo, que controlaba 2 empresas argentinas distribuidoras de gas, reclama por la posibilidad de incluir el índice EE. UU. PPI en la indexación tarifaria y además las consecuencias de la pesificación de las tarifas por la Ley de Emergencia Pública del año 2002.

El caso se resolvió en 2007 cuando este Inversor suspendió, y no retiró, la demanda, donde el Estado argentino aceptó renegociar las tarifas del servicio de gas. Este caso ejemplar muestra que el interés primario de los inversores no es que se cumpla con la demanda, sino que se revierta la política pública, para seguir generando ganancias como antes de la demanda. La mayoría de los inversores que demandaron ante el CIADI siguen operando en la Argentina, y las que retiraron o suspendieron sus demandas llegaron a renegociar tarifas, para ganar en poco tiempo nuevamente lo que ganaban antes de la crisis de 2001 (Cecilia Olivet et al., 2013).

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 337 millones (Informe Nro. 66, 2006)

15. Caso: ARB/03/7. Camuzzi International S.A. (Luxemburgo).

Detalle: Camuzzi inversor de Luxemburgo, que controlaba indirectamente 2 empresas distribuidoras y 1 transportista, argentinas, de energía eléctrica, reclama la posibilidad de incluir el índice EE. UU. PPI en la indexación tarifaria y además las consecuencias de la pesificación de las tarifas por la Ley de Emergencia Pública del año 2002.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: USD 215 millones (UNCTAD, 2018)

17. Caso: ARB/03/10. Gas Natural SDG S.A. (España).

Detalle: SDG inversor de España, con participación del 50% en empresa de gas argentina, reclama la posibilidad de incluir el índice EE. UU. PPI en la indexación tarifaria y por las medidas de emergencia económica derivadas de la crisis de diciembre de 2001.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 136 millones (UNCTAD, 2018)

21. Caso: ARB/03/17. Suez (Francia), Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (España) e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (España).

Detalle: Inversores europeos, participantes en empresas de prestación de servicios de agua potable, reclaman por el ajuste de tarifas preacordadas en los contratos y por las medidas económicas dictadas a partir del año 2002.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 257,7 millones (UNCTAD, 2018)

22. Caso: ARB/03/18. Aguas Cordobesas S.A. (Argentina), Suez (Francia) y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (España).

Detalle: Inversores europeos, participantes en empresas de prestación de servicios de agua potable, reclaman por el ajuste de tarifas preacordadas en los contratos y por las medidas económicas dictadas a partir del año 2002.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 112 millones (UNCTAD, 2018)

23. Caso: ARB/03/19. Suez (Francia), Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (España) y Vivendi Universal S.A. (Francia).

Detalle: Inversores europeos, participantes en empresas de prestación de servicios de agua potable, reclaman por el ajuste de tarifas pre acordadas y por las medidas económicas dictadas a partir del año 2002.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 834,1 millones (UNCTAD, 2018)

24. Caso: ARB/03/20. Telefónica S.A (España).

Detalle: Telefónica, titular indirecta de filial de telecomunicaciones argentina, reclama por las medidas económicas dictadas a partir del año 2002 (pesificación, eliminación de cláusula de indexación).

Sector económico: Informática y Comunicaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 2.800 millones (UNCTAD, 2018)

25. Caso: ARB/03/21. Enersis S.A. (Chile), Chilectra S.A. (Chile), Elesur S.A. (Chile) y Empresa Nacional de Electricidad S.A. (Chile).

Detalle: Inversores chilenos, participantes en empresas de generación eléctrica, reclaman por las medidas económicas dictadas a partir del año 2002.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: USD 1.307 millones (UNCTAD, 2018)

26. Caso: ARB/03/22. Electricidad Argentina S.A. (Argentina) y EDF International S.A. (Francia).

Detalle: Inversores franceses, participantes en empresas de generación eléctrica, reclaman por las medidas económicas dictadas a partir del año 2002.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: USD 1.200 millones (UNCTAD, 2018)

27. Caso: ARB/03/23. EDF International S.A. (Francia), SAUR International S.A. (Luxemburgo) y León Participaciones Argentinas S.A. (Francia).

Detalle: Inversores franceses y de Luxemburgo, participantes en empresas de generación eléctrica, reclaman por las medidas económicas dictadas a partir del año 2002.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: USD 270 millones (UNCTAD, 2018)

29. Caso: ARB/03/30. Azurix Corp. (EE. UU.).

Detalle: Reclamo por deficiencias en la concesión del servicio de agua potable de la provincia de Mendoza por el cambio de condiciones económicas a partir de la crisis de diciembre de 2001. Inversor de EE. UU. que controlaba filial argentina.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: Indeterminado (inversión total USD 75 millones), (Informe Nro. 66, 2006)

30. Caso: ARB/04/1. Total S.A. (Francia).

Detalle: Total, con participación en empresas argentinas en los sectores de transporte de gas natural, generación de energía eléctrica y exploración y producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos, reclama por las medidas económicas y jurídicas del Gobierno argentino relacionadas con las tarifas de transporte de gas (incluyen los ajustes por variaciones en el EE.

UU. PPI), remuneración del sistema de generación de energía eléctrica, derechos y restricciones a la exportación de hidrocarburos, modalidades del mercado de cambios y pesificación.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 940 millones (UNCTAD, 2018)

31. Caso: ARB/04/4. SAUR International (Francia).

Detalle: Reclamo por deficiencias en la concesión del servicio de agua potable de la provincia de Mendoza por el cambio de condiciones económicas a partir de la crisis de diciembre de 2001.

Inversor francés que controlaba filial argentina.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 143,9 millones (UNCTAD, 2018)

36. Caso: ARB/04/18. France Telecom S.A. (Francia).

Detalle: Inversor francés, con participación en empresas argentinas de telecomunicaciones, reclama por las medidas económicas dictadas a partir de la crisis de diciembre de 2001.

Sector económico: Informática y Comunicaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 300 millones (UNCTAD, 2018)

39. Caso: ARB/05/2. Compañía General de Electricidad S.A. (Chile) y CGE Argentina S.A. (Chile).

Detalle: Inversor chileno, con participación en empresas concesionarias del servicio de distribución de energía eléctrica, reclama por las medidas económicas dictadas a partir de la crisis de diciembre de 2001, al Estado argentino y las provincias de San Juan, Tucumán y Jujuy.

Sector económico: Otras Industrias.

Monto estimado de la demanda: USD 125 millones (UNCTAD, 2018)

44. Caso: ARB/07/17. Impregilo S.p.A. (Italia).

Detalle: Inversor italiano, con participación en la empresa AGBA, reclama ajuste de tarifas dado su congelamiento por la Ley de emergencia económica del año 2002, en el marco del

contrato de concesión para privatizar los servicios de agua y alcantarillado de la provincia de Buenos Aires. Luego se rescinde el contrato y pasa a una empresa estatal.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 119 millones (UNCTAD, 2018)

45. Caso: ARB/07/26. Urbaser S.A. (España) y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (España).

Detalle: Reclamo por la participación indirecta en Aguas del Gran Buenos Aires “AGBA”, titular de la concesión de servicios de agua potable y saneamiento en la Provincia de Buenos Aires, y respecto de medidas relativas al régimen tarifario, plantas de tratamiento y categorizaciones de clientes.

Sector económico: Agua, saneamiento y protección contra inundaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 211,2 millones (UNCTAD, 2018)

2. Pesificación de los contratos privados

14. Caso: ARB/03/5. Metalpar S.A. (Chile) y Buen Aire S.A. (Chile).

Detalle: Reclamo por las consecuencias económicas de la Ley de emergencia pública del año 2002, la cual afectó la actividad de fabricación, venta y financiación de parte de vehículos para el transporte público, de los inversores chilenos que controlaban filiales argentinas.

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: USD 18 millones (UNCTAD, 2018)

16. Caso: ARB/03/9. Continental Casualty Company (EE. UU.).

Detalle: Reclamo por la prohibición a la libre transferencia de divisas y consecuencias de la crisis del año 2001. Inversor de EE. UU. que controlaba indirectamente a aseguradora de riesgo de trabajo.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: USD 114 millones (UNCTAD, 2018)

33. Caso: ARB/04/9. CIT Group Inc. (EE. UU.).

Detalle: CIT, compañía financiera (leasing) que controlaba empresa argentina, reclama por compensaciones supuestamente debidas a raíz de la pesificación obligatoria, originada por la Ley de Emergencia Pública del año 2002.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: USD 124 millones (UNCTAD, 2018)

37. Caso: ARB/04/20. RGA Reinsurance Company (EE. UU.).

Detalle: Inversor estadounidense, con participación en una administradora de fondos de jubilación y pensiones (AFJP), que otorgaba a las compañías de seguros un reaseguro del seguro por invalidez y fallecimiento, reclama por las medidas de emergencia económica consecuencia de la crisis del año 2001.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: Indeterminado.

38. Caso: ARB/05/1. Daimler Financial Services AG (Alemania) y DaimlerChrysler Services AG (Alemania).

Detalle: Inversor alemán, accionista de una empresa de financiamiento de bienes de capital, reclama por las medidas económicas dictadas a partir de la crisis de diciembre de 2001.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: USD 243 millones (UNCTAD, 2018)

3. Retención a las exportaciones

18. Caso: ARB/03/12. Pioneer Natural Resources Company (EE. UU.), Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. (Argentina) y Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. (Argentina).

Detalle: Pioneer (participante en la exploración, desarrollo y extracción de hidrocarburos de filiales argentinas) reclama por las nuevas medidas cambiarias y las retenciones en los Derechos de Exportación de Hidrocarburos, a raíz de la crisis del año 2001.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: USD 650 millones (UNCTAD, 2018)

19. Caso: ARB/03/13. Pan American Energy LLC (EE. UU.) y BP Argentina Exploration Company (EE. UU.).

Detalle: Pan American (participante en la exploración, desarrollo y extracción de petróleo y gas, y generación de energía de filiales argentinas) reclama por las medidas económicas sancionadas a partir de la crisis de diciembre de 2001.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: entre USD 906 y 1321 millones (Informe Nro. 66, 2006)

20. Caso: ARB/03/15. El Paso Energy International Company (EE. UU.).

Detalle: El Paso inversor de EE. UU., que tenía participación en empresas argentinas de generación eléctrica, reclama por las medidas económicas dictadas a partir de la crisis de diciembre de 2001.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: entre USD 228,2 millones (UNCTAD, 2018)

32. Caso: ARB/04/8. BP America Production Company (EE. UU.), Pan American Continental S.R.L. (Argentina), Pan American Fueguina S.R.L. (Argentina) y Pan American Sur S.R.L. (Argentina).

Detalle: Consolidado con ARB/03/13.

Sector económico: Energía eléctrica y otras energías.

Monto estimado de la demanda: ver caso ARB/03/13.

34. Caso: ARB/04/14. Wintershall Aktiengesellschaft (Alemania).

Detalle: Inversor alemán, quien tenía participación en empresas argentinas sobre la concesión de la producción y explotación de hidrocarburos en Neuquén, Santa Cruz y Tierra del Fuego, reclama por las medidas de emergencia económica consecuencia de la crisis del año 2001.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 300 millones (UNCTAD, 2018)

35. Caso: ARB/04/16. Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina (EE. UU.) y Mobil Argentina S.A. (Argentina).

Detalle: Inversores estadounidenses, que tenían participación en empresas argentinas en la exploración, desarrollo y extracción de petróleo, reclaman por las medidas económicas sancionadas a partir de la crisis de diciembre de 2001.

Sector económico: Petróleo, Gas y Minería.

Monto estimado de la demanda: USD 200 millones (UNCTAD, 2018)

4. Pesificación de los contratos públicos

28. Caso: ARB/03/27. Unisys Corporation (EE. UU.).

Detalle: Unisys, que controlaba indirectamente a filial argentina, reclama por falta de pago del contrato de servicio de sostenimiento de la red informática del Poder Judicial de la Nación.

Sector económico: Informática y Comunicaciones.

Monto estimado de la demanda: USD 25,3 millones (Informe Nro. 107, 2017)

41. Caso: ARB/05/11. Asset Recovery Trust S.A. (Argentina).

Detalle: Inversor estadounidense, con participación en empresa argentina, reclama por incumplimiento de un contrato de gestión de cobranza a bancos públicos en la provincia de Mendoza y por las medidas económicas dictadas a partir de la crisis de diciembre de 2001.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: USD 20 millones (UNCTAD, 2018)

46. Caso: ARB/07/31. HOCHTIEF Aktiengesellschaft (Alemania).

Detalle: Reclamo respecto de las medidas de emergencia económica del año 2002, adoptadas en relación con la concesión para la construcción y posterior operación y mantenimiento de un puente y un camino de 60 kilómetros que unen las ciudades de Rosario y Victoria en la provincia de Santa Fe.

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: USD 157,2 millones (UNCTAD, 2018)

48. Caso: ARB/08/14. Impregilo S.p.A. (Italia).

Detalle: Inversor italiano, con participación en la empresa Caminos de las Sierras S.A. (Casisa), reclama ajuste de tarifas y pesificación, en el marco del contrato de concesión que la provincia de Córdoba le había adjudicado para la construcción y el mejoramiento de una red de caminos.

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: USD 250 millones (UNCTAD, 2018)

52. Caso: ARB/15/39. Salini Impregilo S.p.A. (Italia).

Detalle: Reclamo respecto de las medidas de emergencia económica del año 2002, adoptadas en relación con la concesión para la construcción y posterior operación y mantenimiento de un puente y un camino de 60 kilómetros que unen las ciudades de Rosario y Victoria de la provincia de Santa fe.

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: USD 285,3 millones (Informe Nro. 107, 2017)

53. Caso: ARB/15/48. Abertis Infraestructuras S.A. (España).

Detalle: Reclamo respecto de las medidas de emergencia económica del año 2002, adoptadas en relación con la concesión de obra pública por peaje de 2 de los principales accesos viales Norte y Oeste a la ciudad de Buenos Aires.

Sector económico: Transporte.

Monto estimado de la demanda: USD 1.230,1 millones (Informe Nro. 107, 2017)

5. Default de bonos soberanos argentinos

42. Caso: ARB/07/5. Abaclat y otros (Italia).

Detalle: Grupo de tenedores de títulos de deuda soberana que tenían títulos al monto de declararse la suspensión del pago de la deuda a partir de la crisis del año 2001 y que no ingresaron en ninguno de los canjes que se abrieron.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: USD 3.000 millones (UNCTAD, 2018)

43. Caso: ARB/07/8. Giovanni Alemanni y otros (Italia).

Detalle: Grupo de tenedores de títulos de deuda soberana que tenían títulos al monto de declararse la suspensión del pago de la deuda a partir de la crisis del año 2001 y que no ingresaron en ninguno de los canjes que se abrieron.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: USD 14 millones (UNCTAD, 2018)

47. Caso: ARB/08/9. Ambiente Ufficio S.p.A. y otros (Italia).

Detalle: Grupo de tenedores de títulos de deuda soberana que tenían títulos al monto de declararse la suspensión del pago de la deuda a partir de la crisis del año 2001 y que no ingresaron en ninguno de los canjes que se abrieron.

Sector económico: Financiero.

Monto estimado de la demanda: USD 10,7 millones (UNCTAD, 2018)

Finalmente, luego de haber repasado y detallado las causas, en particular de esta última subsección, es importante agregar según Vernabaz (2011), ciertos factores específicos que se relacionan con la gran cantidad de demandas al Estado argentino ante el CIADI, entre el período 2002 a 2005, los cuales son los siguientes:

1. La forma en que se realizaron las privatizaciones,
2. La unión de capitales locales y extranjeros, atraídos por el marco regulatorio de principios de los años 90,
3. Los TBIs firmados con los países de los principales inversores extranjeros de las empresas privatizadas,
4. El oportunismo y desconfianza de los empresarios locales del sistema local, para luego vender sus activos,
5. El marco regulatorio y tarifario favorable para la compra de los activos en manos de empresarios locales por parte de los inversores extranjeros, dentro del régimen de convertibilidad,
6. El fin del régimen de convertibilidad.

Con respecto al último punto del párrafo anterior, el fin del régimen de convertibilidad, que duró aproximadamente una década, fue el inicio de la mayoría de las demandas al Estado argentino. A esto último, se agrega lo siguiente:

Es importante notar que la mayoría de los casos contra el país son iniciados como consecuencia de la ruptura del régimen de convertibilidad en enero de 2002, situación que cambia las "reglas del juego" para actores locales y extranjeros por igual. Desde esta perspectiva, juzgar al país por su grado de incumplimiento no parece muy serio, ya que resulta poco realista presumir que los contratos originales podían ser mantenidos después de una crisis como la experimentada por la Argentina. Esto también podría estar demostrando lo inadecuado del esquema de arbitraje, al autorizar tal cantidad de demandas. Sin embargo, la crisis tampoco explica (o justifica) porque el país ya se había destacado en el periodo precedente, durante la vigencia de la convertibilidad (Mortimore & Stanley, 2006b, pág. 203).

Otra situación que profundizó el problema fue el exceso de garantías concedidas durante la década de 1990, en el marco general "TBI + CIADI" y el marco regulatorio y privatizador de ciertos sectores estratégicos, que causó serios problemas frente a los inversores extranjeros, quienes, debido a estas garantías, gozaban de cierta inmunidad cuando comienza el cambio regulatorio con la Ley de emergencia pública del año 2002. Este exceso de garantías pensado para superar crisis y resolver problemas coyunturales generó costos futuros muy elevados, que se trasladaron a las siguientes administraciones de gobierno, es por eso que, a la hora de la firma de ciertos acuerdos, este punto debería ser discutido y tenido en cuenta tanto por varios actores de la sociedad, como del propio gobierno de turno (Mortimore & Stanley, 2006b).

Conclusión Capítulo 2

Argentina ha sido el país con más demandas recibidas a nivel mundial, al menos en el CIADI, esta es una afirmación que no tiene duda. De esto se desprende que, de todas las demandas, más del 70%, en un período de 20 años, se relacionan con las consecuencias económicas y financieras de la crisis del año 2001, específicamente con la pesificación y congelamiento de tarifas de servicios públicos y también de los contratos privados. El 30% restante, generalizando, se diría que son demandas relacionadas a incumplimientos contractuales. Es decir, que en general la crisis del año 2001 fue un punto para acentuar notablemente, un comportamiento que ya había comenzado a tener con anterioridad el Estado argentino, sin embargo la crisis del 2001 afectó tanto a inversores nacionales como extranjeros y las medidas de emergencia económica fueron dictadas a favor de la supervivencia de un Estado, hecho que no fue tenido en cuenta tanto por los inversores extranjeros que siguieron en el país para

renegociar tarifas y demás, ni por CIADI, el cual debía velar por los intereses de ambos, entendiendo la situación de un Estado en emergencia.

En consecuencia, por un lado, todos los hechos ocurridos se relacionan con el incumplimiento general de un Estado, que no pudo cumplir los compromisos previamente acordados, tal como los contratos, las regulaciones y el mantenimiento general del sistema económico y financiero, con el sólo objetivo de obtener financiamiento externo a través de la IED, en general. Por otro lado, frente a una gran crisis económica y financiera, asumir que los contratos podrían seguir en las mismas condiciones que las pactadas, no sería muy coherente de sobrellevar. Sumado a esto último, la gran suma de demandas aceptadas indiscriminadamente por el CIADI, hace al menos tomar resguardo y distancia sobre su accionar, el cual provocó y sigue provocando cuestionamientos por varios actores de la sociedad internacional.

Capítulo 3. Solución de controversias sobre inversiones

Este capítulo se referirá a la solución de controversias, a través de su mecanismo haciendo una breve descripción de sus aspectos más importantes con relación a las inversiones internacionales, para luego enfocarse particularmente, en el CIADI. Cabe destacar que no se profundizará en los aspectos puramente jurídicos del tema, sino en la descripción de su funcionamiento y rol específico en el caso argentino. El primer subcapítulo tratará sobre el mecanismo de solución de controversias, comenzando por su evolución y luego se detallarán los medios e instrumentos por un lado y por el otro lado, las instituciones y mecanismos, ambos temas como los más importantes que se utilizan en el arbitraje internacional. Luego en el segundo subcapítulo se definirá al CIADI, y sus aspectos más importantes como su composición, jurisdicción y consentimiento, y el procedimiento de Conciliación y Arbitraje. El tercer subcapítulo describirá las consideraciones más importantes del CIADI, específicamente realizará una revisión de la literatura acerca de las características generales de éste y por último el cuarto subcapítulo, se enfocará sobre la actuación del CIADI en particular sobre el caso argentino.

3.1. Mecanismo de solución de controversias

Evolución del mecanismo de solución de controversias

Antes de la segunda guerra mundial, la solución de controversias, por conflictos emergentes sobre inversiones afectadas por normativas del país receptor de las inversiones, se daba entre Estados, ya que cualquier diferencia entre un Estado soberano y un inversor extranjero, se transformaba automáticamente en una cuestión de Estados (Mortimore & Stanley, 2006b). Por tal motivo, “el esquema de protección de inversiones histórico vigente hasta la posguerra se caracterizaba por un régimen de solución de controversias de carácter “diplomático”, donde el respaldo que obtenían los inversores dependía de la voluntad del Estado originario de la inversión en ejercer o no su protección.” (Stanley, 2004, pág. 18). Esta situación garantizaba y protegía los derechos del inversor extranjero fuera de su país de origen, ya que por su condición extraterritorial podía no gozar de los mismos derechos y garantías que un inversor nacional dentro del Estado receptor de la inversión. Esto último, se daba con frecuencia en los países en desarrollo, particularmente en Latinoamérica, donde la soberanía jurídica del Estado no era un tema de debate, y en su mayoría, sostenían la “Doctrina Calvo”³⁵ (Mortimore & Stanley,

³⁵ Esta doctrina, por su relevancia, se incorporó en varias constituciones de Latinoamérica, por ejemplo, en la de México en 1873 (Sommer, 2013).

2006b). Esta doctrina, tomando la explicación sencilla de Sommer (2013), era aplicada en caso de controversias entre un Estado y un inversor extranjero, e impedía acudir a la protección diplomática o a un tribunal extranjero, sometiendo la controversia ante los tribunales locales del Estado receptor.

Desde el lado de los inversores extranjeros, en general empresas de países desarrollados europeos y estadounidenses, frente a esta situación, utilizaban la “Doctrina de la Protección Diplomática”³⁶, la cual justificaba la intervención de un Estado en otro, con el fin de proteger a sus ciudadanos inversores en este caso. En inicios del siglo XX, muchas de las intervenciones, armadas o no, en Latinoamérica fueron justificadas gracias a esta doctrina, la cual en general se confrontó con la “Doctrina Calvo” (anteriormente descripta) y además con la “Doctrina Drago”, esta última utilizada a favor del no uso de la fuerza para cobrar deudas por parte de acreedores europeos y estadounidenses (Biggs, 2003).

Hasta mediados del siglo XX, para la solución de controversias se utilizaban mecanismos de arbitraje comercial entre privados, ya que eran similares en aquel momento, a los casos de controversias sobre inversiones (entre Estado e inversor). Tales procedimientos habían sido propuestos por la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³⁷ y se ajustaban a las leyes de arbitraje internacional³⁸. Sumado a esto, se extiende el campo en materia jurisdiccional, cuando se elimina el requerimiento del laudo de cumplir con las leyes del Estado donde tenía que aplicarse, por las del Estado donde se realizaba el procedimiento de arbitraje.

Posteriormente, el CIADI, a través de su Convenio, fue el primer acuerdo multilateral, que trató el tema de controversias sobre inversiones extranjeras de forma privada entre Estado e inversor. Su principal objetivo era reemplazar la jurisdicción nacional por la internacional, a través de tribunales arbitrales, en relación con la solución de controversias sobre inversiones extranjeras e impedir la protección diplomática (Biggs, 2003).

Antes del uso generalizado de los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI), también conocidos como Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), algunos inversores extranjeros habían sufrido expropiaciones por parte de los Estados de los países en desarrollo,

³⁶ Desarrollada por Vattel en el siglo XVIII (Biggs, 2003).

³⁷ Se crea en 1919.

³⁸ Foros de arbitraje internacional más comunes: CIADI, incluido su mecanismo complementario, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la LCIA, y otras alternativas ad-hoc. Los mecanismos en general utilizan las normas de arbitraje del CIADI y la CNUDMI (Mortimore, 2009).

intromisiones de los Estados (tanto del propio como el receptor de las inversiones) sobre sus demandas, desigualdad en cuanto a la protección soberana de los Estados, entre otras, que hicieron que el mecanismo de solución de controversias no fuera apropiado, posterior a la segunda guerra mundial (Mortimore, 2009). Luego en los años 90, con una acentuada liberación de los flujos de capital y con ello la inversión, principalmente la inversión extranjera directa (IED) hacia Latinoamérica, comienza una gran transformación, según el siguiente detalle:

La competencia de los Estados entre sí para atraer capitales los condujo a la suscripción de un sinnúmero de acuerdos internacionales que, merced a las cláusulas contenidas en cada uno de ellos, ha formado una red de tratados que supera las viejas dicotomías Norte-Sur y Este-Oeste. Tales acuerdos abandonaron el clásico esquema del Derecho Internacional Público, con su sistema de protección diplomática, y adoptaron mecanismos de resolución de conflictos que admiten un *ius standi*³⁹ en tribunales arbitrales a favor de los inversores, modificando así la tradición de mantener la doctrina Calvo como una vía de exclusión para acceder a la jurisdicción internacional (Sommer, 2013, pág. 99).

En la actualidad el mecanismo de solución de controversias permite al inversor extranjero realizar una demanda al Estado receptor de la inversión, directamente ante un tribunal arbitral internacional (Mortimore & Stanley, 2006b). Esto es lo que se denomina la prórroga de jurisdicción, a través de la cual los Estados conceden su soberanía en términos jurídicos ante las demandas de los inversores extranjeros (Ghiotto, 2014).

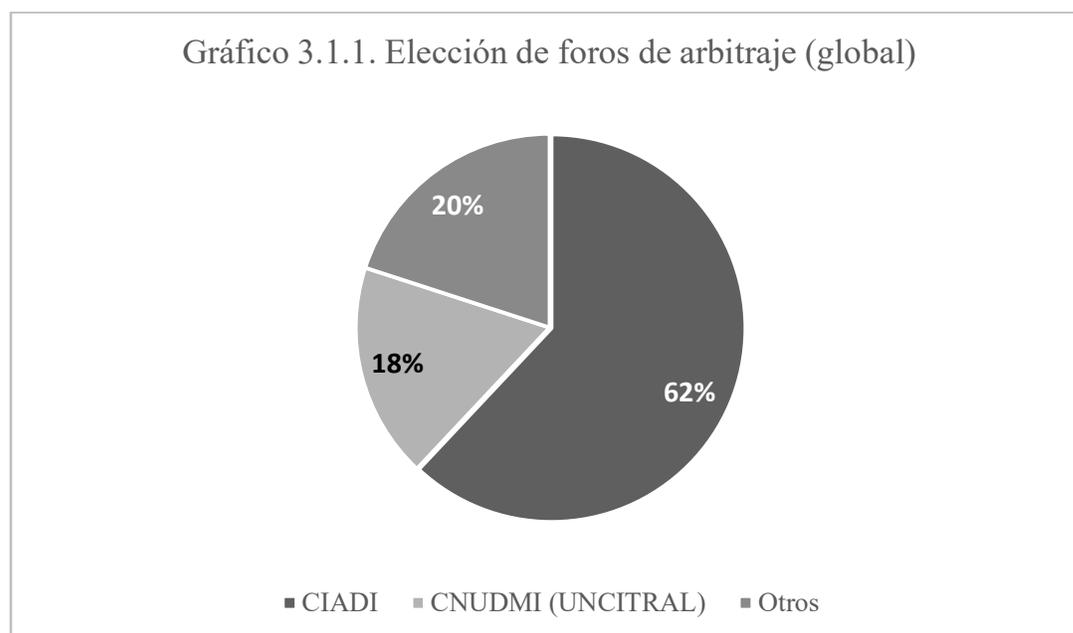
De todas formas, según el tipo de acuerdo, algunos de ellos primero invitan a negociar a las partes, otros determinan períodos de tiempo para hacer una presentación formal ante un tribunal, o exigen que primero se agoten todas las instancias locales, antes de llegar a la instancia internacional⁴⁰ (Mortimore & Stanley, 2006b).

A continuación, se expondrán datos estadísticos que proporcionan un panorama general acerca de la utilización a nivel global del sistema de solución de controversias (foros, región e instrumentos). Dichos datos correspondientes al año 2008 fueron obtenidos de Mortimore (2009).

³⁹ Derecho de personarse (derecho de acceso ante un órgano jurisdiccional).

⁴⁰ Caso argentino: Los primeros Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) firmados por Argentina con algunos países como Italia, Alemania, Austria y Canadá, a principios de los años 90, establecían que, en caso de alguna demanda internacional, primero el inversor extranjero tenía que ir a los tribunales locales, para agotar todas las instancias nacionales, para que el Estado receptor de las inversiones intente solucionar cualquier tipo de diferencia, y evite el ámbito internacional. A partir del TBI firmado con Francia en 1991, se establece la posibilidad de someter la controversia ante instancias internacionales, sin tener que agotar la instancia nacional (Sommer, 2013).

El foro más importante en cuanto a la elección de arbitraje internacional es el CIADI con un 62%, la CNUDMI con un 18%, y otros con un 20%, siendo los más importantes de estos últimos, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la CCI y la LCIA, tal como se observa en el Gráfico 3.1.1.

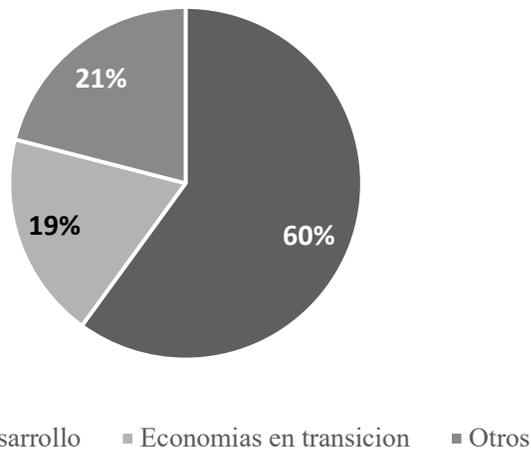


Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Mortimore, 2009.

La mayor cantidad de demandas sobre inversiones en los arbitrajes internacionales, son hacia los países en desarrollo con un 60% del total, seguido por las economías de transición con un 19% (en general economías de Europa del Este en transición de un sistema planificado o comunista a uno de mercado o capitalista) y otros con un 21%, los cuales se observan en el Gráfico 3.1.2.

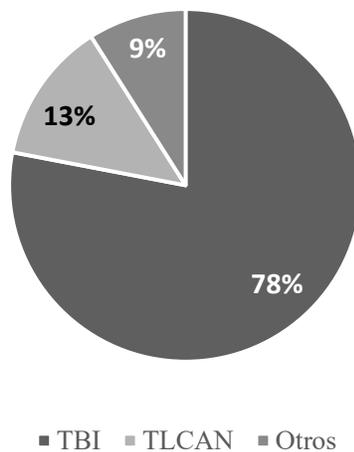
Finalmente, en relación con los instrumentos en los que se fundan esas demandas, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) son los principales con un 78%, luego el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) con un 13% y otros con un 9%, los cuales se observan en el Gráfico 3.1.3.

Gráfico 3.1.2. Demandas sobre inversiones por región (global)



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Mortimore, 2009.

Gráfico 3.1.3. Demandas sobre inversiones por instrumento (global)



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Mortimore, 2009.

Medios e instrumentos de arbitraje internacional

A continuación, se listarán los principales medios e instrumentos de arbitraje internacional (Biggs, 2003) y se realizará un breve detalle de cada uno de ellos, para entender su función e importancia en el ámbito internacional de la solución de controversias.

1. La Convención de Nueva York de 1958: se utiliza en el arbitraje comercial internacional y se aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, referidos a diferencias que hayan surgido entre personas naturales o jurídicas. Los laudos pueden ser dictados por árbitros específicos o por organismos permanentes de arbitraje.

Esta Convención además cumple un rol importante en el reconocimiento, ejecución y arbitraje en virtud del mecanismo complementario del CIADI, aplicables a las diferencias en materia de inversiones⁴¹.

A diferencia del Convenio del CIADI, el reglamento de arbitraje (mecanismo complementario) no contiene un mecanismo de reconocimiento y ejecución. Dado que el Convenio del CIADI es inaplicable (artículo 3 del reglamento del mecanismo complementario), el reconocimiento y la ejecución de todo laudo dictado con arreglo al mecanismo complementario se rige por el derecho del lugar del arbitraje, incluidos los tratados aplicables.

El artículo 19 del reglamento de arbitraje (mecanismo complementario) dispone que los procedimientos de arbitraje conforme a dicho reglamento pueden celebrarse solamente en los Estados que sean parte en la “Convención de Nueva York”. Esto significa que los laudos dictados en el marco de casos en virtud del mecanismo complementario se encuentran sujetos al régimen de reconocimiento y ejecución de la Convención de Nueva York⁴².

Asimismo, los Artículos I y II de la Convención de Nueva York establecen:

“Artículo I. 1. “La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”.

(...)

Artículo II. 3. En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”⁴³.

⁴¹ Obtener más información en el siguiente link:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

⁴² Obtener más información en el siguiente link:

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/AFR_%202006_Spanish_final.pdf

⁴³ Obtener más información en el siguiente link:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

2. La Convención de Panamá de 1975⁴⁴: su objetivo es establecer y mantener un sistema opcional de solución de controversias comerciales interamericano mediante la conciliación, el arbitraje, y otros mecanismos. Fue criticada por ser considerada muy similar a la Convención de Nueva York, aunque, adquirió relevancia cuando estableció por primera vez en Latinoamérica un sistema jurídico comercial internacional supranacional.
3. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): es utilizado directamente por las Partes, no siendo una institución supranacional independiente, y son quienes forman los tribunales para la solución de controversias relacionadas al Tratado. Las controversias sobre inversiones se pueden iniciar por un inversor de alguna de las Partes (Canadá, USA y México). En estos casos, cada Parte debe cumplir el laudo dentro de su propio territorio, pero, en caso de incumplimiento, el inversor puede exigir su ejecución según las normas del CIADI, la Convención de Nueva York o la Convención de Panamá. En relación con las controversias sobre inversiones (Capítulo XI - TLCAN), estas podrán ser solucionadas a través de alguno de los siguientes mecanismos: el CIADI, su mecanismo complementario y el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. Además, el inversor puede acudir a los tribunales del Estado receptor de la inversión (Biggs, 2003).
4. Los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI): han sido los más destacados en relación con la solución de controversias sobre inversiones en el arbitraje internacional. Fueron inspirados en los tratados de amistad, libre comercio y navegación del siglo XIX⁴⁵ y contenían cláusulas para la solución de controversias entre los Estados, pero no para las de un inversor de un Estado y otro Estado. Actualmente, incluyen el consentimiento anticipado y prohíben la protección diplomática respecto de cualquier controversia que un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, hayan aceptado someter al arbitraje del CIADI, el cual ha sido el más utilizado junto con su Mecanismo Complementario y el Reglamento de la UNCITRAL.

Instituciones y mecanismos de arbitraje internacional

Las instituciones, generalmente, tienen la ventaja de ser más rápidas (eliminando recursos ante tribunales locales), tener menor costo, contar con árbitros de calidad profesional, poseer confidencialidad, seguridad de ejecución, entre otras. Seguidamente, se detallarán las

⁴⁴ También conocida como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Biggs, 2003).

⁴⁵ El primero se habría firmado entre Alemania y Pakistán, en 1959 (Biggs, 2003).

instituciones y mecanismos más importantes (Biggs, 2003) en el ámbito internacional para la solución de controversias.

1. La Corte Permanente de Arbitraje (CPA): el arbitraje internacional surge con la primera Conferencia Internacional de la Paz⁴⁶, el cual toma la primera Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, y forma la CPA. Luego se continua la segunda Conferencia de la Paz⁴⁷, que reconoce al arbitraje como el medio más eficaz para solucionar las cuestiones jurídicas o de interpretación de los tratados internacionales. La CPA es una organización intergubernamental que provee servicios administrativos de apoyo a las partes y los árbitros que tramitan procedimientos arbitrales bajo los auspicios de la CPA, sirviendo como canal oficial de comunicaciones y asegurando la custodia segura de documentos. Es la institución de arbitraje más antigua del mundo y, aún se encuentra vigente.

La CPA provee estos servicios administrativos de apoyo a arbitrajes conforme a su propio reglamento de arbitraje, pero también conforme al reglamento de arbitraje de la CNUDMI.

2. La Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA): es la institución de arbitraje más importante a nivel global, se formó en 1926 por empresarios, abogados, comerciantes y académicos de los Estados Unidos para evitar los costos y riesgos de un sistema judicial que no cubría las necesidades de la época.
3. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA): brinda servicios de mediación y arbitraje, establece sus propias normas y procedimientos, y no publica sus actos debido a la confidencialidad del arbitraje (Revelo Avila, 2011).
4. La Cámara de Comercio Internacional (CCI): su objetivo es promover el comercio y las inversiones internacionales, se crea en 1919 y se conforma por empresas y organizaciones comerciales de más de 130 países. Tiene sede en París, Francia.
5. El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI): fue el primer Centro internacional, que trató las cuestiones controversiales sobre inversiones de forma privada entre Estado e inversor (Biggs, 2003). Dicha institución proporciona el ámbito y procedimientos para la conciliación y arbitraje de las controversias, las cuales se solucionarán a través de las Comisiones de Conciliación y Tribunales Arbitrales formados para cada caso en particular (Mortimore, 2009). Su Mecanismo Complementario aplica

⁴⁶ En 1899 en La Haya (Biggs, 2003).

⁴⁷ En 1907 en La Haya (esta reemplazará luego a la de 1899) (Biggs, 2003).

reglamentos a las controversias relativas a inversiones donde una de las partes no es un Estado o un inversor de un Estado miembro del CIADI⁴⁸.

Debido a la importancia de dicha institución respecto de la solución de controversias sobre inversiones extranjeras, se le dedicará el Subcapítulo 2.2.

6. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL): se establece a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, para fomentar la reducción o eliminación de los obstáculos jurídicos que enfrenta el comercio internacional. La CNUDMI o UNCITRAL no es una institución ni un mecanismo de arbitraje. UNCITRAL ha aprobado un reglamento de arbitraje que es utilizado en el marco de servicios de arbitraje ofrecidos por otras instituciones, como ser el CIADI. Su Reglamento de Arbitraje de 1976, sirve de referencia en los contratos comerciales y es utilizado en los arbitrajes ad-hoc e institucionales y por los principales centros de arbitraje. Su Ley Modelo de 1985, permitió que la Comisión y el Reglamento se tornen operativos, a través de sus normas de regulación en el arbitraje comercial internacional y fue aceptada de forma generalizada, debido a los obstáculos en las leyes nacionales que habían impedido la autonomía de la voluntad en los arbitrajes. Sin embargo, Latinoamérica en general, no ha unificado aun sus legislaciones con la ley de referencia.
7. La Organización Mundial del Comercio (OMC): reemplazó al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, y en la actualidad es la institución que rige el sistema multilateral del comercio internacional. Administra el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), el cual es uno de sus organismos principales. Se utiliza solamente para las controversias comerciales emergentes de diferencias en temas previstos en los Acuerdos OMC, entre miembros de la organización⁴⁹, a diferencia de los demás mecanismos ya analizados.

3.2. Sistema arbitral y función del CIADI

El CIADI es una institución independiente internacional, que se crea por medio de un Convenio, elaborado por el Banco Mundial, sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el cual comienza a regir en 1966, cuando fue corroborado por 20 países⁵⁰. Su objetivo principal es proporcionar los medios y mecanismos de conciliación,

⁴⁸ En América no son miembros del CIADI: Brasil, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Cuba, Surinam. México es Signatario con intención a Contratante próximamente (CIADI, 2018).

⁴⁹ Acuerdo de Marrakech, artículos XI y XII.

Obtener en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm

⁵⁰ En el Ejercicio Fiscal 2017, el Convenio del CIADI contaba con 153 Estados Contratantes y 161 Estados Signatarios (CIADI, 2017).

mediación, arbitraje y comprobación de hechos en relación con las controversias sobre inversiones. La conciliación y el arbitraje se llevarán a cabo por las Comisiones de Conciliación y los Tribunales de Arbitraje respectivamente, que se establezcan según las normas del Convenio, es decir, el CIADI no conciliará ni arbitrará, solo proporcionará el ámbito y mecanismos para dichas actividades (el Banco Mundial proporciona lugar para la sede del CIADI, servicios administrativos e instalaciones). Además, como organización sin fines de lucro, provee tarifas razonables y transparentes por sus servicios y promueve un mayor conocimiento del derecho internacional en materia de inversión extranjera, así como del proceso mismo del CIADI (CIADI, 2006).

El proceso del CIADI tiene en cuenta tanto los intereses de los inversores como los de los Estados receptores de la inversión, en cuanto a las diferencias relativas a inversiones internacionales. Los casos presentados con las pruebas y los argumentos jurídicos correspondientes presentados por las partes, son considerados en forma individual por una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje independiente. Los casos son asistidos en forma individual por un equipo especializado en todo el proceso (CIADI, 2006).

Los Estados miembros y sus ciudadanos tienen como ventaja, el acceso al arreglo de diferencias relativas a inversiones conforme al Convenio del CIADI y su Mecanismo Complementario, participar en el CIADI mediante su representación en el Consejo Administrativo, proponer árbitros y de conciliadores en el CIADI, etc. (CIADI, 2006).

Servicios ofrecidos por el CIADI⁵¹:

1. Arbitrajes y conciliaciones según el Convenio del CIADI y su Mecanismo Complementario.
2. Procedimientos para comprobar de hechos.
3. Arbitrajes entre inversor y Estado no pertenecientes al CIADI.
4. Controversias entre Estados no pertenecientes al CIADI.
5. Mediaciones.
6. Resolución alternativa de controversias.

El CIADI se crea para promover un ámbito de confianza entre Estado e inversor⁵² y, por lo tanto, estimular las inversiones privadas, sin restricción alguna, hacia países con determinadas

⁵¹ <https://icsid.worldbank.org>

⁵² Originalmente se pensó como un foro de diferencias entre Estados. Luego, su mecanismo de solución de controversias adquiere carácter privado (entre Estado e inversor) y permite a los inversores extranjeros comenzar

atracciones o necesidades (económicas, sociales, financieras, etc.). De esta relación, han surgido controversias y a su vez diferencias en los mecanismos para su solución en el Estado receptor de la inversión, por lo tanto, los inversores extranjeros han buscado que dicha solución sea a través de otros medios. Ambas partes buscaban que la solución de las controversias debía velar por los intereses de las dos partes, en un ámbito neutral internacional. Por este motivo, la conciliación y el arbitraje debían llevarse a cabo por personas calificadas e imparciales, con normas del Convenio conocidas y aceptación anticipada por ambas partes, es decir, que una vez que un Estado o inversor aceptaba la conciliación o el arbitraje ante el CIADI, esta decisión no podía ser revocada de forma unilateral. Actualmente, aunque las partes no estén adheridas al Convenio - a través de la firma del acuerdo o el APPI - o no utilicen el CIADI, las inversiones internacionales siguen fluyendo, pero estar adheridas proporciona un incentivo mayor a la atracción y protección de las inversiones (CIADI, 2006).

La doctrina de la protección diplomática, tal como se adelantó anteriormente, se aplicó a partir del siglo XVIII primero por parte de los países europeos, y luego por Estados Unidos, por sobre los países “no desarrollados”, para justificar la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro, con el argumento de que el perjuicio al ciudadano de un Estado constituía un agravio a este último. Esta doctrina, también justificó diferentes intervenciones en detrimento de América Latina (Biggs, 2003).

Con relación al CIADI, la aplicabilidad de esta doctrina en el Artículo 27 del convenio define que:

“(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.” (CIADI, 2006, pág. 19)”.

Composición del CIADI

a plantear las controversias al Estado receptor de la inversión acudiendo a tribunales internacionales, además de los nacionales (Stanley, 2004).

El CIADI se integra de un Consejo Administrativo que está compuesto por un representante de cada uno de los Estados miembros⁵³ y una Secretaría compuesta por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por personal del CIADI. Además, mantiene y actualiza una Lista de Conciliadores y de Árbitros⁵⁴, los cuales deben ser honestos y competentes en materia de derecho, comercio, industria o finanzas y ser imparciales de juicio. La competencia en materia de derecho será importante para la designación de los candidatos en la Lista de Árbitros (CIADI, 2006).

Las facultades y funciones del Consejo Administrativo más importantes de acuerdo con el tema de estudio son las siguientes:

1. Adquirir las normas de procedimiento que se utilizaran para iniciar la conciliación y el arbitraje,
2. Adquirir las normas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje,
3. Aprobar junto al Banco Mundial la gestión sobre el uso de sus servicios administrativos e instalaciones,
4. Adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del CIADI.

Para la aprobación de lo dispuesto anteriormente, con excepción del punto 3, se requiere una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo (CIADI, 2006).

Jurisdicción y Consentimiento del CIADI

La jurisdicción del CIADI se extiende a las controversias jurídicas que estén relacionadas a inversiones entre un Estado⁵⁵ y un inversor de otro Estado⁵⁶ y que ambos hayan prestado consentimiento por escrito, irrevocable unilateralmente, a someterse a las normas y procedimientos del CIADI. Dicho consentimiento puede darse a través de cualquier tipo de compromiso entre las partes, no necesariamente en un mismo documento, o plasmado en un acuerdo entre ambos, generalmente un APPI, en el cual quede ratificado que las partes se someterán a la normativa y procedimientos del CIADI. Siendo el consentimiento un

⁵³ Los miembros del Consejo Administrativo realizaran sus funciones sin remuneración por parte del CIADI (CIADI, 2006).

⁵⁴ Cada Estado miembro podrá designar cuatro personas para cada Lista, quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado. La designación será por períodos de seis años, renovables. Una persona podrá estar en ambas Listas (CIADI, 2006).

⁵⁵ Estado miembro del CIADI o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado miembro acreditado ante el CIADI (CIADI, 2006).

⁵⁶ Inversor de otro Estado miembro del CIADI: Persona natural (no comprende a las personas de misma nacionalidad del Estado receptor de la inversión) o jurídica (CIADI, 2006).

requerimiento determinante para dar jurisdicción al CIADI, este no es suficiente para someter una controversia a su jurisdicción, ya que esta resulta también limitada por la naturaleza de la controversia (debe ser jurídica y surgir de una inversión) y de las partes⁵⁷ (CIADI, 2006).

En síntesis, según Stanley (2004), se puede decir que la adhesión al CIADI es voluntaria, y de carácter indirecto, ya que el mismo no se encarga de conciliar o arbitrar en forma directa, sino que opera como institución organizadora y administradora de conciliaciones y arbitrajes. Por otra parte, para que una controversia sea apta en el ámbito del CIADI, debe cumplir con los siguientes requerimientos:

1. Ser una controversia jurídica,
2. Surgir de una inversión,
3. Surgir entre un Estado y un inversor de otro Estado, ambos miembros⁵⁸,
4. Otorgar el consentimiento por escrito al arbitraje de ambas partes.

La Conciliación

Cualquier Estado o inversor de un Estado, que inicie un procedimiento de conciliación, deberá enviar una solicitud de forma escrita al Secretario General, quien notificará a la otra parte. La solicitud deberá tener todos los datos relacionados a la cuestión que generó la controversia, como la identidad de las partes y el consentimiento de las partes a la conciliación (de acuerdo con el cumplimiento de las normas de procedimiento para iniciar la conciliación y el arbitraje). Si de esta solicitud, no hay ningún impedimento fuera de la jurisdicción del CIADI, la misma será registrada por El Secretario General y luego notificará a las partes (del registro o su rechazo).

Una vez que la solicitud de Conciliación se encuentra registrada, se conforma la Comisión de Conciliación, donde se deberán analizar y aclarar todos los temas que generaron la controversia, tratando de llegar a un acuerdo para las partes, que podrá ser informado en todo el período del procedimiento, teniendo cuenta la imparcialidad y la igualdad de condiciones para las partes. Luego, la Comisión redactará un Acta según los diferentes resultados de la Conciliación, según se detalla a continuación (CIADI, 2006):

1. Por acuerdo entre las partes,

⁵⁷ Controversia de naturaleza jurídica: Comprende los conflictos de derechos, no los simples conflictos de intereses, dentro de la jurisdicción del CIADI. La controversia debe tratarse sobre un derecho u obligación de orden legal o a la compensación que subsane el incumplimiento de una obligación legal (CIADI, 2006).

⁵⁸ Para no miembros del CIADI, previo consentimiento, se aplica el Mecanismo Complementario.

2. En caso de no haber acuerdo, en cualquier instancia del procedimiento, se declarará su conclusión,
3. Si una parte no comparece o no participa en el procedimiento, se declarará su conclusión.

El Arbitraje

El procedimiento es similar al de Conciliación (con la diferencia de que la solicitud es de arbitraje y se conforma un Tribunal de Arbitraje).

El Tribunal actuará y solucionará la controversia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. Si no hay ningún tipo de acuerdo, se aplicará la legislación del Estado parte, adicionando sus normas de Derecho Internacional Privado, y de Derecho Internacional. Si una parte no se presenta o no hace uso de sus derechos, no significa la admisión de los hechos, pero la otra parte puede, en cualquier parte del procedimiento, solicitar al Tribunal que solucione la controversia y dicte el laudo. Antes de que el Tribunal dicte el laudo, podrá otorgar a la parte que no se haya presentado o no haya hecho uso de sus derechos, un período de gracia, vía notificación, salvo que se entienda que dicha parte no tenga intenciones de hacerlo. Luego de dictado el laudo, ambas partes pueden requerir aclaración o revisión, por medio de un escrito al Secretario General⁵⁹. Ambas o cualquier parte de la controversia puede solicitar la anulación del laudo⁶⁰, a través de un escrito al Secretario General, aludiendo las siguientes causas:

1. Conformación incorrecta del Tribunal,
2. Extralimitación de las facultades del Tribunal,
3. Corrupción de alguno de los miembros del Tribunal,
4. Violación de las normas de procedimiento,
5. Falta de motivos o justificación del fundamento del laudo.

Una vez finalizado todo el procedimiento, el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en el Convenio del CIADI como el recurso de revisión y anulación y la solicitud de información y

⁵⁹ El Tribunal podrá suspender la ejecución del laudo, si lo considera conveniente, hasta que decida sobre la revisión (CIADI, 2006).

⁶⁰ Luego de recibido el pedido, se constituirá una Comisión ad-hoc integrada por tres personas elegidas de la Lista de Árbitros. Ninguno de estos, podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad de los miembros de dicho Tribunal, no podrá tener la nacionalidad de las partes de la controversia, ni haber sido elegido para integrar la Lista de Árbitros de los Estados parte, ni haber actuado como conciliador en la misma controversia. La Comisión tendrá la facultad de anular el laudo total o parcialmente. También podrá suspender la ejecución del laudo, si lo cree conveniente, hasta que decida sobre la anulación. La parte podrá pedir la suspensión de la ejecución del laudo, y ésta se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión decida al respecto (CIADI, 2006).

aclaración. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en el Convenio. El laudo tendrá carácter obligatorio y se ejecutará dentro del territorio correspondiente. En caso de diferencias interpretativas o de aplicación del Convenio y que no se solucionen a través de la negociación, se elevarán a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo acuerdo en contrario de las partes (CIADI, 2006). Estas diferencias, a falta de solución acordada, alude a una cuestión diferente del procedimiento de arbitraje sustanciado entre el Inversor y Estado, conforme a dichas reglas, ya que como surge del capítulo VIII del artículo 64, en estos casos se trata de diferencias que surjan entre Estados contratantes sobre la interpretación o aplicación del Convenio en sí, y no de diferencias en virtud del artículo 25.

3.3. Consideraciones generales sobre el CIADI

Desde la creación del CIADI, muchas han sido las críticas que ha recibido esta institución. A continuación, se expondrán algunas de ellas, donde el orden de aparición no implica su importancia.

Con respecto a la transparencia del CIADI, una de las principales críticas ha sido la poca transparencia de su sistema de arbitraje, debido a la mínima publicidad de sus actos (Mortimore & Stanley, 2006b), sin embargo de acuerdo con Revelo Avila (2011), los demás centros o foros⁶¹ poseen de mucho menor o nula de dicha transparencia, debido a la confidencialidad de sus actos, incluso hasta en los aspectos más básicos del proceso como, la identificación de las partes involucradas, la instancia en la que está la controversia, la publicación de los laudos, etc.

Otra crítica, es la facilidad con la que los inversores pueden presentar demandas ante el CIADI, por tal motivo se sugiere desde varios ámbitos, un análisis más estricto y restrictivo de esas demandas, para que el Estado no se vea afectado, principalmente en los costos de arbitraje. También se critica la imposibilidad de revisión del laudo, en este caso internacional, por parte de la justicia local (Mortimore & Stanley, 2006b).

Relacionado con las demandas de los inversores extranjeros, una situación que aún en la actualidad llama la atención es que, debido a la intervención de tribunales ad-hoc, no existe la posibilidad de acumulación de causas, ni tampoco la consolidación de causas similares, por lo tanto, una decisión gubernamental que afecte a varios inversores extranjeros podría originar

⁶¹ La CCI, la Cámara de Comercio de Estocolmo, la CNUDMI, tribunales ad-hoc, etc. (Stanley, 2004).

múltiples demandas y posteriores arbitrajes, con la alta probabilidad de obtener fallos contradictorios⁶² (Mortimore & Stanley, 2006b; Stanley, 2004).

Desde el punto de vista económico, según Blanco Herrera (2008), el cumplimiento obligatorio de los laudos arbitrales implica disponer de presupuesto, lo que puede implicar recortes de este, como por ejemplo en infraestructura, educación, salud, etc. Además, las demandas, y por supuesto las condenas, hacen poco atractivo al país para la inversión extranjera⁶³, a lo que agrega Ghiotto (2014), a esto último, las consecuencias negativas que causan en los foros internacionales y la dificultad de acceder al financiamiento externo.

Respecto de los laudos del CIADI, de acuerdo con Ghiotto (2014) y Stanley (2004), estos se informan a las partes detallando la forma en la que se solucionó (unánime o por mayoría), pero, no se detalla la votación de los árbitros, y no se permite su disidencia, algo que ocurre comúnmente en las instancias judiciales nacionales. Sumado a esto, no existen instancias superiores al tribunal arbitral para que revise sus decisiones. Por lo tanto, los laudos del CIADI son inapelables, y sus decisiones de fondo no son revisables. Agrega Pariasca Martínez (2007), que los laudos del CIADI no constituyen precedentes obligatorios (no existe jurisprudencia).

Un aspecto interesante son los cambios que han ocurrido a lo largo de su creación, por ejemplo, en el Derecho Internacional, donde han beneficiado particularmente a los inversores extranjeros, los cuales a través de la variedad de acuerdos internacionales (TLCAN, TBI, etc.), han podido plantear las controversias al mismo nivel del Estado receptor de la inversión, sin tener que recurrir a la protección diplomática, que le daba su propio Estado (Sommer, 2013). Por el contrario, Mortimore (2009) plantea este beneficio, como un problema de tipo simétrico, ya que un árbitro considera a un mismo nivel tanto a un inversor extranjero como a un Estado soberano, por lo tanto, se genera la reducción del estatus del Estado al de un inversor, o viceversa, pero sin las mismas responsabilidades⁶⁴, claramente en detrimento de los Estados.

Otro cambio significativo fue, del arbitraje comercial entre privados al arbitraje internacional entre inversores extranjeros y Estados receptores de inversiones, que además de haber sido

⁶² Caso Lauder: Inversión realizada en el sector de televisión de la República Checa. Por el mismo caso se presentaron dos demandas: una realizada por la firma (CME), y la otra por el accionista mayoritario (R. Lauder). Mientras que en un caso el tribunal arbitral falló a favor del gobierno, en el otro el fallo benefició al inversor privado (Stanley, 2004).

⁶³ Argentina es el país con mayor cantidad de demandas ante el CIADI (Vernabaz, 2011).

⁶⁴ En ambos casos, se niega el concepto de Estado como entidad única, con facultades que no posee ningún individuo, y esa postura favorece tanto a los inversores extranjeros que minimiza los principios fundamentales del derecho público, como la rendición de cuentas, la apertura y la independencia (Mortimore, 2009).

beneficioso para el comercio internacional también fue problemático. Uno de los problemas más importante fue el conflicto de intereses que surgió entre el Estado y los jueces privados, estos últimos que debían controlar el presupuesto de los Estados. La interpretación de algunos jueces generaba desconfianza, ya que el sistema, podía colmarse de posibles demandantes, situación a que a la vez generaba beneficios propios para los jueces intervinientes (Mortimore, 2009).

El mecanismo de solución de controversias sobre inversiones del CIADI, se crea influenciado del arbitraje comercial, ya que era el más oportuno en su momento. Por tal motivo, una crítica hacia el CIADI es sobre el carácter privado del acto de arbitraje y el carácter público de los asuntos que se dirimen en los tribunales arbitrales, debido a que las demandas son a Estados con intereses totalmente diferentes a los de los inversores privados (Stanley, 2004).

Con respecto a la independencia del CIADI, su mecanismo de conciliación y arbitraje es efectivo en cuanto a la protección de los inversores extranjeros, ya que se encuentra alejado de la interferencia de la justicia local, tanto de los Estados como de los inversores, por lo tanto, su arbitraje internacional se considera independiente de cualquier legislación nacional. Además, una vez que las partes dan su consentimiento, los inversores pierden los derechos de nacionalidad, dejando de estar sujetos a la protección diplomática ante el Estado receptor de la inversión (Stanley, 2004). Adicionalmente, sobre tal independencia:

Casi se podría decir que el CIADI es un sistema arbitral "químicamente puro", libre de influjos procesales de las legislaciones y Cortes de los países miembros. Ello lo hace tan particular, pues es la consolidación de un sistema arbitral que podríamos definir como originario, es decir, que muestra su desapego casi total a controles de jurisdicciones nacionales y que nace no como una delegación por parte del Estado, sino de un acuerdo entre las partes (Pariasca Martínez, 2007, pág. 80).

En cuanto a la solución de controversias, el CIADI permite que las partes acuerden la ley que se aplicará, pero si no se llegara a un acuerdo, es decir a falta de normas acordadas por las partes, el tribunal arbitral deberá solucionar la controversia según la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas Derecho Interno y las normas de Derecho Internacional que pudieran ser aplicables⁶⁵. Esta situación intenta proteger al inversor extranjero de los cambios regulatorios que podrían ocurrir en el Estado receptor de la inversión, con respecto a los TBIs en vigencia o también al Derecho Internacional (Stanley, 2004).

⁶⁵ Se aplica el art.42 del Convenio del CIADI (CIADI, 2006).

En general el sistema del CIADI, podría decirse que es asimétrico, donde los inversores son siempre demandantes y los estados siempre demandados, y además están los intereses económicos de los árbitros; carece de transparencia y apertura hacia la opinión pública, aun cuando se debatan cuestiones de interés general y derechos humanos; y posee falta de coherencia y precedentes vinculantes, dado que no existe recurso de apelación, lo que conlleva a fallos contradictorios y a la dispersión del derecho de inversiones (Valarezo, 2016).

Desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), se reconoce que el número de acuerdos internacionales de inversión (AII) sigue creciendo con los años, al igual que los casos sometidos a los mecanismos de solución de controversias sobre inversiones, sin embargo, es necesario, a pedido de organizaciones internacionales, civiles y por los propios Estados, reformar el sistema de AII y el sistema de solución de controversias. Para lo cual propone en cuanto a la solución de controversias sobre inversiones: promover medios alternativos de solución de controversias; adaptar el sistema vigente; limitar el acceso de los inversores (revisar las demandas); introducir un mecanismo de apelación; crear un tribunal internacional permanente para las cuestiones sobre inversiones (UNCTAD, 2015).

Finalmente, el término inversión, tan importante y fundamental como se ha visto hasta acá, no está definido en el Convenio del CIADI (esta solamente para determinar la jurisdicción del CIADI⁶⁶), situación que podría entenderse como intencional, ya que este difiere del alcance que se le haya dado en la fuente que sirve de base para dar inicio a un procedimiento de arbitraje ante el CIADI y además daría libertad a los tribunales arbitrales a definir el término, y no obligarlos a la limitación que podría tener en cuanto al ámbito internacional (Blanco Herrera, 2008).

3.4. La actuación del CIADI sobre las demandas al Estado Argentino

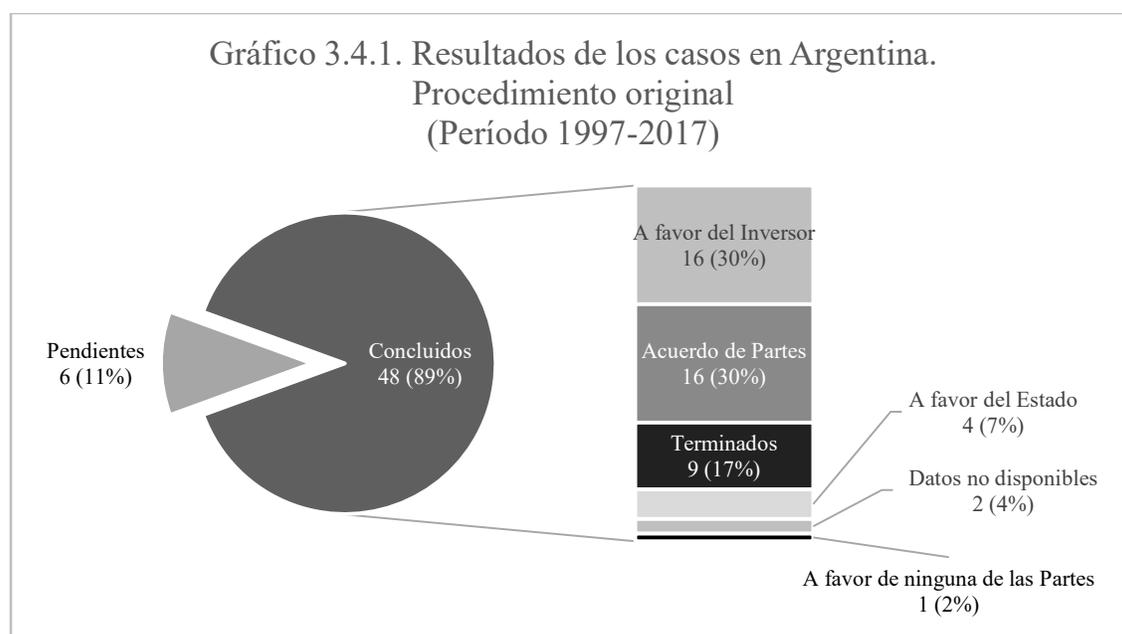
Esta sección está vinculada con parte del proceso de las demandas, no en el sentido del procedimiento en como las demandas son llevadas a cabo por las partes, ya que este tema fue visto anteriormente, sino en el estado y el resultado en que se encuentran dichas demandas. Tal como se comentó en el capítulo anterior, el universo de las demandas son las registradas en el período que va desde el año 1997 al año 2017, con actualización de su estado al 30 de junio de 2019. De esto se desprende el primer análisis, el cual está representado en el Gráfico 3.4.1., el cual muestra los resultados de los casos según el procedimiento original⁶⁷ llevados a cabo por

⁶⁶ Ver Capítulo II, art. 25

⁶⁷ Laudos emitidos por el CIADI.

el CIADI. Como se observa, de un total de 54 casos, 6 casos siguen pendientes⁶⁸, el 11%, y 48 casos ya fueron concluidos, el 89% del total. Dentro de los casos concluidos, se pueden observar 6 tipos de resultados: 16 casos “A favor del Inversor” (30%), 16 casos “Acuerdo de Partes” (30%), 9 casos “Terminados” (17%), 4 casos “A favor del Estado” (7%), 2 casos “Datos no disponibles” (4%) y 1 caso “A favor de ninguna de las Partes” (2%).

Con respecto a los resultados anteriormente descriptos, cabe aclarar que los casos “Terminados”, son aquellos donde el procedimiento quedo terminado a pedido de parte⁶⁹ o por falta de pago de anticipos de costas relativas al proceso⁷⁰. El resto de los casos quedan aclarados con su título.



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de UNCTAD, 2018.

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina>

El Gráfico 3.4.2. muestra el monto estimado de las demandas en millones de USD⁷¹, Según (UNCTAD, 2018), del total de los 54 casos, teniendo en cuenta que algunos no cuentan con información disponible, tanto de las demandas de los inversores como de los montos otorgados, ya sea por acuerdo o por decisión del tribunal. El monto total de las demandas de los inversores se estima USD 29.237 millones, mientras que los montos otorgados dan un total de USD 8.739,

⁶⁸ El caso ARB/07/31 HOCHTIEF Aktiengesellschaft, fue a favor del inversor, aunque sigue pendiente el pedido de anulación.

⁶⁹ Regla Nro. 44 de Reglas de Arbitraje del CIADI.

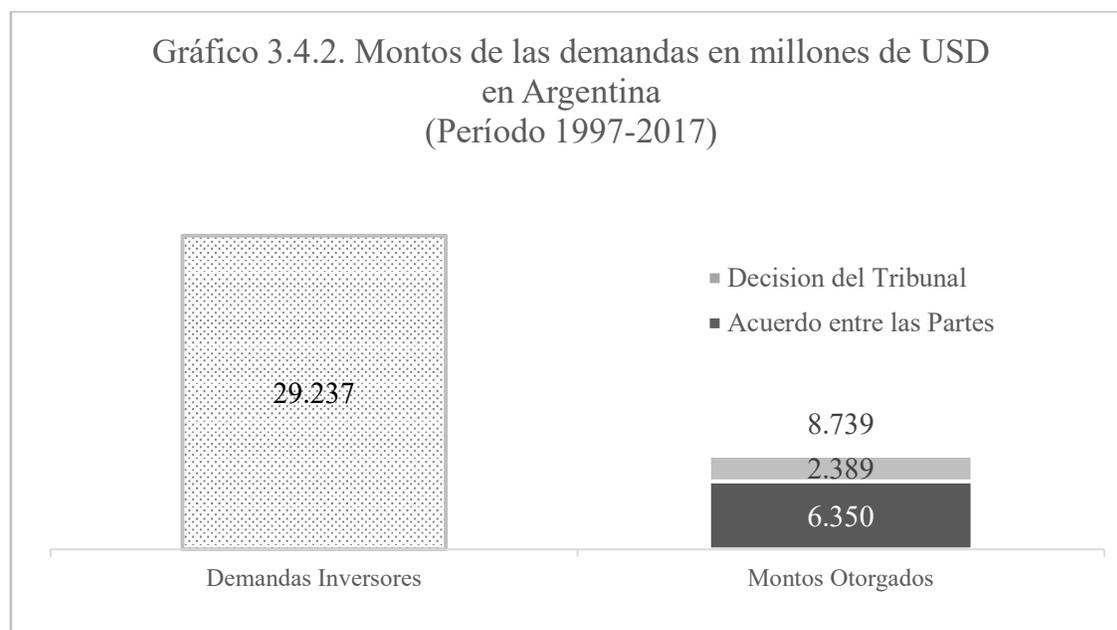
⁷⁰ Regla Nro. 14.3.d. de Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.

⁷¹ Los montos no incluyen costas e intereses.

USD 2.389 a través de las decisiones del tribunal y USD 6.350 a través de acuerdos entre las partes. De esto surge que, debido a las decisiones del tribunal o por acuerdo entre las partes el monto otorgado fue solo un 30% del valor total.

Es importante destacar el caso ARB/12/38 Repsol S.A. y Repsol Butano S.A., por el cual el inversor inició una demanda ante el CIADI, por USD 10.500 millones y el acuerdo obtenido por las Partes fue de USD 5.000 millones⁷², valores relevantes en los totales del gráfico mencionado.

El detalle de los montos por caso se encuentra en el Anexo II.



Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de UNCTAD, 2018.

<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina>

Conclusión Capítulo 3

Es evidente que el mecanismo de solución de controversias inicial ha mejorado en cuanto a su funcionamiento y practicidad, ya que ha permitido, por un lado, que se institucionalice el mecanismo, a través de los miles de acuerdos firmados desde su inicio. Por otro lado, este avance no ha sido del todo controlado, en el sentido, que cualquier inversor extranjero puede demandar a un Estado, por la facilidad del mecanismo para realizar las demandas, situación que ha provocado costos y restricciones económicas, además de mala reputación en contra de los Estados, los cuales se convierten en menos atractivos para las inversiones y para un eventual

⁷² <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/490/repsol-v-argentina>

financiamiento externo. Esto último contradice totalmente, a modo de simplificación, la premisa: “TBIs + CIADI = + Inversiones”.

El CIADI, en particular, ha jugado un papel importante ya que, debido a su prestigio internacional, intermedió en un ámbito creciente en cuanto a las inversiones, para que los inversores extranjeros se sientan protegidos, y en caso de diferencias o controversias puedan acudir a un sitio neutral, no visto así por ciertos Estados, organizaciones y centros internacionales. Asimismo, los APPI (TBI, TLCAN, etc.) al igual que el CIADI en este caso, sentaron las bases institucionales, en cuanto a ser, en general, el medio concreto, entre el inversor extranjero y el Estado, donde plasmar la responsabilidad internacional de ambas partes. Sin embargo, los cuestionamientos que ambos han recibido en la actualidad abren el debate sobre su beneficio en el plano internacional.

Tal como se dijo anteriormente, mucho ha mejorado en cuanto a la creación de un ámbito de confianza y protección tanto para el inversor extranjero como para los Estados, no tan simétricamente, pero todavía hay ciertos asuntos que deberían ser debatidos para su posterior implementación, como la consolidación de casos similares (para evitar laudos contradictorios), más publicación de los actos de conciliación y arbitraje (para ser más transparentes), control más estricto y restrictivo de las demandas antes de ser aceptadas (para evitar perjuicios innecesarios a los Estados), entre otros.

En relación con la actuación del CIADI frente al caso argentino, podría decirse, que la falencia más importante que tuvo fue, no poder consolidar las causas de las demandas, permitiendo que se presentaran muchas más de las debidas, ya que como se comentó en particular en el capítulo 2, la mayoría de las demandas estaban relacionadas con una causa, la crisis económica y financiera del año 2001, específicamente la pesificación y congelamiento de tarifas de servicios públicos y de los contratos privados. Esto a su vez generó un costo exorbitante por la cantidad de demandas (gastos relacionados a la conciliación, arbitraje y demás) para el Estado argentino, y una mala imagen internacional que sigue en la actualidad.

Conclusiones

La década de 1990, tuvo cambios importantes como la caída del comunismo soviético, la reunificación de Alemania, la apertura de China, y en Latinoamérica en particular, la notable transformación de sus regímenes económicos y políticos, situación que permitió, a través de la

eliminación de las barreras comerciales y la reducción de las restricciones a los flujos internacionales de capital, el ingreso de IED como fuente de estabilidad en momentos de presiones sobre sus balanzas de pagos. Este novedoso tipo de inversión, a diferencia del capital de deuda, para el cual los pagos no estaban vinculados al estado de la economía, llevó un elemento de riesgo compartido entre los inversores extranjeros y el Estado receptor de la inversión.

En el caso de Argentina, la apertura de mercado, con el propósito de atraer IED por las necesidades económicas y financieras internas, a través de cambios regulatorios, dolarización de contratos y tarifas de servicios públicos, entre otros, hizo que el sistema macroeconómico en general se torne tan rígido que, ante cualquier cambio, sea inviable el mantenimiento de la misma estructura en el tiempo.

También fue necesario el compromiso internacional a través de la firma de TBIs y la adhesión al CIADI para plasmar tal compromiso mostrando confianza y credibilidad para los inversores extranjeros, situación que en aquel momento era concebida de esa forma. Es así como, la adhesión al CIADI, y la firma de los TBIs, mostró seguridad, confiabilidad e interés para los inversores, otorgando mayor certidumbre jurídica a los inversores nacionales en el exterior y principalmente a los extranjeros en el país. Al principio, no hubo una gran diferencia entre ser o no ser miembro del CIADI, pero podría decirse que fue una señal importante, someterse a la decisión de un arbitraje internacional, ya que el arbitraje local no era visto como imparcial. En el caso de México y Brasil, haciendo foco en Latinoamérica, que no fueron miembros del CIADI⁷³, las inversiones extranjeras en términos absolutos fueron mayores que en Argentina, debido a sus ubicaciones estratégicas, plataformas futuras de exportación, grandes mercados internos y perspectivas de crecimiento, entre otros, ventajas no tan visibles para Argentina.

La actuación del CIADI a favor de los inversores extranjeros más la responsabilidad del Estado argentino, en cuanto a la creación de leyes, regulaciones y demás, comprometiendo activos públicos a través de su venta a casi un tercio de su valor, con tal de condonar deudas, además de otras situaciones como las de otorgar largas concesiones de servicios y obras públicas sobre sectores estratégicos como los recursos naturales y los servicios públicos, fue el marco perfecto para mostrar la debilidad de un Estado al sistema internacional. Sin embargo, el CIADI también ha sido cuestionado por haber aceptado una gran cantidad de demandas en contra del Estado

⁷³ México ratificó el Convenio del CIADI en 2018, mientras que Brasil nunca lo ratificó.

argentino, cuando el cambio de las reglas de juego, por consecuencias de la crisis del año 2001, afectó tanto a los inversores nacionales como extranjeros.

Llegada a la conclusión, sobre el rol del CIADI para un Estado como el de Argentina, se podría decir que el permitir varias demandas sobre la misma causa afectó su imagen internacional, además de causarle un perjuicio económico por las demandas millonarias aceptadas. La adhesión al CIADI no significó mayor inversión, de hecho, Brasil como se comentó anteriormente nunca estuvo adherido y sigue recibiendo más inversiones que Argentina, destacándose además por implementar un nuevo modelo de acuerdo sobre inversiones en el Cono Sur, lejos de los muy utilizados TBIs, los cuales prometen un futuro equilibrado a nivel global.

Para fortalecer la imparcialidad de la actuación y mejorar la imagen internacional neutral del CIADI, se recomienda: consolidar casos de causas similares, generando jurisprudencia para futuras demandas, para evitar laudos contradictorios y un excesivo costo en el armado de tribunales por cada caso en particular; realizar un análisis estricto y restrictivo de las demandas recibidas, para evitar la mala reputación internacional de un Estado; y mejorar el mecanismo actual de solución de controversias, permitiendo por ejemplo instancias previas en tribunales locales antes de llegar a tribunales internacionales.

Respecto a la última recomendación del párrafo anterior, a lo largo del trabajo de investigación, se mencionó la doctrina Calvo, la cual establecía que las controversias debían resolverse en los tribunales locales, impidiendo la protección diplomática o el acceso a un tribunal extranjero, sin embargo en la actualidad muchos países, no solo los latinoamericanos⁷⁴, están volviendo a traerla a los debates para poner en tela de juicio la legitimidad sobre el desenvolvimiento del ejercicio de la jurisdicción del CIADI como exponente de prestigio en el mecanismo de solución

⁷⁴ Países como Sudáfrica y Australia, entre otros. En el caso de Sudáfrica, luego de que inversores extranjeros presenten demandas por incumplimientos del Estado, Sudáfrica comienza una depuración de su sistema de protección de inversiones por entender que no hay relación directa entre sus TBI firmados y la atracción de inversiones, en general. Dentro de los cambios innovadores, propone la exclusión de la solución de controversias en tribunales internacionales y prevé mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la mediación y la resolución de controversias en tribunales locales de Sudáfrica.

En el 2011, mediante el Acuerdo Trans-Pacific Partnership (TPP), Australia anunció que no iba a incluir mecanismos de solución de controversias sobre inversiones Inversor – Estado en acuerdos futuros, advirtiendo a los inversores australianos, que realicen sus propias evaluaciones sobre los riesgos en los Estados donde invertirán. Con respecto a la Doctrina Calvo, Australia apoyó el principio de trato nacional, aludiendo mismo trato ante la ley a empresas nacionales y extranjeras, rechazando cualquier imposición de límites para elaborar sus leyes internas respecto de temas sociales, ambientales y económicos. Si esto se implementa, los tribunales nacionales de Australia, tendrán la competencia para resolver sobre controversias entre Inversor – Estado (Valarezo, 2016), (Masiá, 2013). Obtener más información en: <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html#investorstate>.

de controversias y reforzar la soberanía de los Estados, ya que podría aplicarse una versión más flexible, es decir, que antes de pasar al arbitraje internacional, podría someterse la controversia al ámbito local con vencimiento de un plazo de determinado. A pesar de que algunos acuerdos prevean la obligación del vencimiento previo de los recursos locales, por la cláusula de nación más favorecida, podría eludirse tal obligación⁷⁵. (Vilizzio, 2018b).

Finalizando, otro punto importante, del cual Latinoamérica se ha mostrado pionera, es la actual defensa del medioambiente y recursos naturales, priorizando la normativa interna en resguardo de estos, amparados por el Derecho Internacional, frente al avasallamiento de los inversores extranjeros copando sectores estratégicos de energía, agua⁷⁶, salud, etc., con la complicidad del CIADI, como lo demuestran muchos de sus laudos en referencia a este tema.

⁷⁵ Esta práctica se denomina *treaty shopping* o *cherry picking*.

⁷⁶ El derecho al agua, como Derecho Humano (Cecilia Olivet et al., 2013). La guerra del agua, el caso boliviano (Vilizzio, 2015).

Bibliografía

- Arroyo Picard y Ghiotto, A. (2017). *Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México*. Relaciones Internacionales.
- Bezchinsky, G., Dinenzon, M., Giussani, L., Caino, O., López, B., & Amiel, S. (2007). *Inversión extranjera directa en la Argentina. Crisis, reestructuración y nuevas tendencias después de la convertibilidad*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Biggs, G. (2003). Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales. *CEPAL 80. Paper 12*, 101-119.
- Blanco Herrera, E. (2008). *El impacto de las resoluciones del CIADI para la República Argentina*. Obtenido de Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad de Costa Rica: <http://www.ijj.ucr.ac.cr>
- Bonnefoy, P. (2016). Argentina: la expropiación de Repsol-YPF. *Estudios Internacionales* 184, 39-73.
- Borjas, J. A. (2007). *El Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS)*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Cecilia Olivet et al. (Mayo de 2013). *ALAI*. Obtenido de America Latina en movimiento: <http://alainet.org>
- Chudnovsky, D., & López, A. (2006). *redsudamericana*. Obtenido de <http://www.redsudamericana.org>
- CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. Washington, D.C.: CIADI.
- CIADI. (2017). *Informe Anual CIADI*. Washington, DC: CIADI.
- CIADI. (2018). *Carga de casos del CIADI - Estadísticas (Edición 2018-1)*. Washington, DC: CIADI.
- Corti, A. H. (2004). *IADE*. Obtenido de http://www.iade.org.ar/system/files/realidad_economica_211-95-102
- De Matias Batalla, D. (2015). ¿Debe ser revisado el paradigma ecléctico ante las nuevas reformas de hacer negocios internacionales? *Boletín Económico de ICE N° 3060*, 39-50.
- Echaide, J. (2014). Condicionantes sistémicos para el pleno goce del derecho humano al agua: CIADI vs. derechos humanos. Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.

- Ghiotto, L. (2014). *Argentina en el marco del nuevo andamiaje legal internacional sobre inversiones: un análisis de los Tratados Bilaterales de Inversión*. Buenos Aires: International Studies Association (ISA).
- Kacef, O., & Lopez Monti, R. (2010). América Latina, del auge a la crisis: desafíos de política macroeconómica. *CEPAL 100*, 41-68.
- Krugman, P., & Obstfeld, M. (2006a). Capítulo 22. Países en desarrollo: crecimiento, crisis y reforma. En *Economía Internacional. Teoría y política* (págs. 657-697). Madrid: Pearson Educacion.
- Krugman, P., & Obstfeld, M. (2006b). Capítulo 7. Los movimientos internacionales de factores. En *Economía Internacional. Teoría y política* (págs. 171-172). Madrid: Pearson Educacion.
- Laudo ARB/98/1, ARB/98/1 - Houston Industries Energy, Inc. and others v. Argentine Republic (CIADI 24 de agosto de 2001).
- Lazo, R. P. (Junio de 2014). SSRN. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515265
- Masiá, E. F. (Septiembre de 2013). *ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO: DE "BELLA DURMIENTE" A "LEÓN EN LA JUNGLA"*. Obtenido de www.reei.org: <http://www.reei.org>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, A. (07 de 01 de 2002). *InfoLeg - Informacion Legislativa*. Obtenido de <http://www.servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet>
- Ministros, J. d. (2006). *Informe Nro. 66*. Buenos Aires: Dirección de Documentación e Información Dirección Nacional del INAP.
- Ministros, J. d. (2016). *Informe Nro. 94*. Buenos Aires: Dirección de Documentación e Información Dirección Nacional del INAP.
- Ministros, J. d. (2017). *Informe Nro. 107*. Buenos Aires: Documentación e Información Dirección Nacional del INAP.
- Mortimore, M. (2009). *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión desafíos para América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Mortimore, M., & Stanley, L. (2006a). Obsolescencia de la protección a los inversores extranjeros después de la crisis argentina. *CEPAL 88*, 17-34.
- Mortimore, M., & Stanley, L. (2006b). La Argentina Y Los Tratados Bilaterales De Inversión: El Costo De Los Compromisos Internacionales. *Desarrollo Económico, Vol. 46, N° 182*, 189-214.

- Oliveira, L. V. (Septiembre de 2020). Derecho de Inversiones del Mercosur y el nuevo Protocolo de Facilitación y Cooperación en Materia de Inversiones. *Rev. secr. Trib. perm. revis*, págs. 145-162.
- OLIVOS, C. D.-M. (2007). *TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN MATERIA DE INVERSIÓN*. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional.
- Pariasca Martinez, J. (2007). El arbitraje CIADI y la protección a la inversión extranjera. *Revista de Economía y Derecho*. Vol. 4, N° 15, 79-83.
- Perrone, N. M. (2007). *Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (CEIDIE), UBA*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/demandas>
- Revelo Avila, C. A. (2011). *Arbitraje Internacional de Inversiones como Mecanismo de Solución de Conflictos entre el Ecuador, como Estado Soberano, y los Inversionistas Extranjeros*. Quito: Universidad de la Américas, Facultad de Derecho. Obtenido de <http://www.dspace.udla.edu.ec>
- Sommer, C. (2013). La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional vol. 6*, 95-130.
- Stanley, L. E. (2004). *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Torres, A. (2004). La dinámica de los flujos de capital hacia América Latina y los países en desarrollo, 1970-2002. *Perfil de Coyuntura Económica*, 84-108.
- UNCTAD. (2015). *Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión*. United Nations.
- UNCTAD. (2017). *Handbook of Statistics - Economic trends*. United Nations.
- UNCTAD. (2018). *Investment Policy Hub*. Obtenido de <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina>
- Valarezo, A. A. (Enero - Junio de 2016). Inconveniencia del arbitraje de inversión CIADI y de órganos regionales arbitrales para América Latina. *Revista Internacional de Arbitraje*, págs. 104 - 121.
- Vernabaz, S. (2011). Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI. *Papeles de Europa*, 138-169.
- Vilizzio, M. B. (Mayo de 2015). Algunas reflexiones en torno al retiro de Bolivia, Ecuador y Venezuela del CIADI. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.

Vilizzio, M. B. (Junio de 2018a). Detrás de la autonomía: América Latina y la solución de controversias inversor-Estado.

Vilizzio, M. B. (2018b). *Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales?* Relaciones Internacionales.

Working Group of the Capital Markets Consultative Group. (2003). *FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN EMERGING MARKET COUNTRIES*. Dilek Aykut.

Anexos

Anexo I.

Entrevista (Caso Siemens en Argentina)

Fecha: 24.05.2019 (duración de la entrevista 1 hora, 30 minutos).

Lugar: Oficinas Siemens S.A. (Complejo Urbana - Edificio 3 (UNCTAD, Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión, 2015). Julián S. Agüero 2830, Vicente Lopez, Munro, Argentina).

Entrevista: El entrevistado fue testigo y parte del caso Siemens, quien estuvo en la sede del CIADI en Washington, en carácter de apoderado de la compañía. A pedido del entrevistado, su identidad se deja en el anonimato.

Datos Relevantes (otorgados por el entrevistado):

1. Caso: ARB/02/8 Siemens A.G.
2. Nacionalidad del inversor: alemán
3. Empresa demandante: Siemens A.G. (accionista de Siemens S.A.). Se crea sociedad Siemens IT Services S.A. solo para el proyecto "DNI".
4. Sector: Servicios informáticos (contrato con el sector público).
5. TBI firmado: Alemania – Argentina 1991
6. Principal reclamo: Incumplimiento contractual. Recisión unilateral del contrato por parte del gobierno.
7. Monto: 550 millones de USD
8. Registro de la demanda: 17.07.2002
9. Detalle: En el año 1998 Siemens IT Services S.A. obtiene un contrato con el Ministerio del Interior para el servicio integral de sistemas de control migratorio, identificación de las personas (confección del nuevo documento nacional de identidad, DNI) e información eleccionaria.

En presencia de fuertes cuestionamientos acerca de la legalidad del contrato, el gobierno de la Alianza del presidente De la Rúa (posterior al gobierno justicialista del presidente Menem) decide rescindir el mismo el 18 de mayo de 2001, basándose en la Ley 25.344 de Emergencia Económica y Financiera, la cual afectaba los contratos celebrados con el sector público nacional y en particular los celebrados antes del 10 de diciembre de 1999, fecha de

comienzo del nuevo gobierno. Ante esta situación, la compañía afectada comienza el proceso de demanda al Estado argentino, ante el CIADI.

Preguntas y Respuestas:

1. P: ¿Cuál era contexto de la compañía en el momento en que se firma el contrato y cuando se rompe el contrato?

R: Entre los años 1995 y 1996, Siemens A.G. con un equipo de empresas de EE. UU., alemanas y argentinas comienzan los anteproyectos, para el servicio integral de sistemas de control migratorio, identificación de las personas e información eleccionaria, que luego se presentarían en la licitación. Estas empresas eran del rubro de correo, papel moneda y tecnología, entre otras. Siemens IT Services S.A. se forma antes de la firma del contrato de locación de servicios, por un total de USD 1.000 millones. Se estimaba que la inversión podía ser recuperada en 5 años, a través de los ingresos por la renovación del DNI. El contrato se podía renovar, pero en caso de no renovación, el Estado se quedaba con todo. Al momento de la ruptura del contrato había aproximadamente 250 empleados y se habían realizado inversiones por más de USD 300 millones.

2. P: ¿Cuál era el plan de inversiones específico y futuro de la compañía para con el país?

R: El Gobierno presento un pliego para reemplazar los DNI vigentes (libretas no relacionadas con registro de personas y padrones electorales) por unos digitales. Todos los datos que englobaría el nuevo DNI antes estaban por separado (padrón electoral, huellas, datos filiatorios, etc.). Además, el contrato incluía la capacitación a todas las provincias. La recaudación del valor del nuevo DNI financiaría el sistema, en el cual los chequeos cruzados, a través de un centro de control, se iban hacer casi automáticos (por ejemplo: migraciones e Interpol).

En el momento de la rescisión del contrato, ya se habían emitido 3.000 DNI, había 4 puestos migratorios en terminal de Buquebus y aeropuerto de Ezeiza, y también se habían impreso y repartido padrones electorales por la elección presidencial que se avecinaba.

3. P: ¿Cuál fue la causa y el reclamo, por la cual se genera la controversia?

R: La causa del reclamo fue rescisión contractual y Ley de Emergencia Económica.

4. P: ¿Cuál y cómo fue su actuación en el caso?

R: Mi función en la compañía era la de gerente de compras y centros de capturas de DNI, empleado de Siemens IT Services S.A. (antes era de Siemens S.A., a donde vuelvo luego de la rescisión del contrato).

La controversia se discutió en el CIADI, en la sede del Banco Mundial en Washington, por el lapso de una semana, 1 solo día por testigo, durante 4 o 5 horas, ambas partes una a la mañana y la otra a la tarde (no se podían cruzar y no podían estar presentes mientras estaba la otra, gobierno y empresa).

Los testigos por parte de la compañía eran, 2 alemanes y 4 argentinos, de los cuales yo era un testigo técnico.

Los testigos, tanto del Estado como de la compañía, estaban con abogados (en teoría no podía haber contacto de ningún tipo, entre las partes). En el tribunal había 3 jueces, que solo se limitaban a escuchar y mantener el orden, no intervenían. Mi intervención se preparó 2 años antes y los consejos de los abogados eran: pensar bien la respuesta, decir desconocer el tema, antes de mentir, etc.

5. ¿Cómo fue la actuación del CIADI en general?

La actuación del CIADI, desde mi punto de vista fue muy buena y necesaria, ya que, si no hubiera estado en calidad de mediador, nada hubiera respetado un proceso y llegado a un cierre del caso, más allá que luego haya habido un arreglo entre las partes. La figura del CIADI, entre otros, fue la puerta para que las inversiones extranjeras lleguen al país, de eso no hay duda. Es un mal necesario, ya que da previsibilidad hacia el exterior, pero en un país como Argentina, luego hay que cumplir los compromisos.

6. P: ¿Influyo la crisis del 2001 tanto en la ruptura del contrato como en el proceso de la controversia?

R: No, ni la ruptura ni la controversia tuvieron relación directa con la crisis del 2001, ya que fue después. El país estaba atravesando una situación económica y financiera insostenible (inflación, default, y demás). La ruptura del contrato se relaciona con la Ley de Emergencia Económica del año 2000, donde se rescinden los contratos públicos y la controversia es una consecuencia de esta ruptura.

7. P: ¿Cómo fue el proceso controversial desde el lado de la compañía?

R: El proceso controversial duró 4 o 5 años aproximadamente, y al siguiente año Siemens A.G. se auto declara culpable de corrupción (confiesa la alteración de sus Estados Contables, quien en su momento era el principal accionario de Siemens IT Services S.A.). Cronológicamente, en el año 2006 se recibe el fallo favorable del caso, pero en el año 2007 la casa matriz se declara culpable de alteración de los Estados Contables en la SEC (EE. UU.), en algunos de los países donde operaba, como Rusia, Grecia y Argentina (expresamente en el contrato de los “DNI” en particular). Un dato interesante es que, en

Alemania y EE. UU., los juicios se cerraron, mientras que en Argentina aún sigue abierto. El fiscal del caso afirma que puede probar el cohecho, pero no está claro quienes están involucrados en el cobro de sobornos.

8. P: ¿Cómo terminó el proceso, si es que terminó o hubo una negociación de por medio?

R: El proceso terminó y fue favorable para la compañía, pero “verbalmente” se desiste del cobro. Esto se relaciona a los casos de corrupción, a nivel mundial, sobre los cuales Siemens A.G., admite este tipo de conductas. Por tal motivo, en el mismo período, el director mundial de compliance de Siemens A.G. pide una entrevista con el entonces presidente en ejercicio, Kirchner, para informar que a pesar de que el fallo fue favorable, se decide el desistimiento de la indemnización.

Luego de este hecho, asociaron la adjudicación de nuevas centrales termoeléctricas, con tal renuncia de cobro, pero no hay ninguna relación en absoluto.

P: ¿Cuáles fueron los aspectos positivos y negativos de discutir una controversia en un ámbito internacional?

R: A nivel personal, la experiencia en general fue positiva, pero con un grado de tensión no recomendable. A nivel laboral, es decir desde el lado de la compañía, también fue una experiencia positiva, ya que los argumentos de defectos técnicos no se pudieron probar, lo cual la fortaleció. El problema central era político y no técnico, pero el gobierno evitaba esa postura.

9. P: ¿Qué aspectos aconsejaría tener en cuenta a las compañías que inviertan en el país, para evitar este tipo controversias?

R: Este tipo de situaciones no se pueden evitar, debido a la imprevisibilidad del país en cuestión. En mi caso particular haber estado involucrado en esta negociación y proyecto fue muy placentero. La situación puede volver a ocurrir y siempre se volvería a ir al CIADI, como lugar neutral, porque el país no es confiable.

10. P: ¿Cómo definiría Argentina, como país receptor de inversiones extranjeras?

R: Argentina es un país ideal para realizar inversiones, pero hay que saber de antemano cuando retirarse, es decir, es interesante la alta rentabilidad, pero la cual es acompañada de un alto riesgo. Como es sabido, los países muy riesgosos generan mucha rentabilidad. Un punto para tener en cuenta, y muy importante, es el cambio de gobierno, ya que particularmente con relación a este contrato, la firma de este fue apresurada debido al cambio de gobierno que se aproximaba.

11. P: ¿Cuál sería la última reflexión, en general?

R: Como reflexión general, en los años 90, Argentina generó cambios para mostrar confianza, estabilidad y seguridad hacia el exterior, pero internamente, los argentinos cambian las reglas de juego, en la mayoría de los casos, de forma unilateral. Además, las concesiones de servicios y otros regulados, administrados por empresas privadas sin control del gobierno, no funciona, y en general, se produce un vaciamiento de las empresas.

Como reflexión particular del caso, en el que fui participe, no hubo revisión de contratos y se manejó de forma global para todos los contratos.

Anexo II

Tabla 2

Montos demandados por los inversores y otorgados por el Tribunal o Acuerdo entre partes (Argentina)

Nro.	Caso	Demandante	Monto demandado	Monto otorgado
1	ARB/97/3	Aconquija	317	105
2	ARB/97/6	Lanco	No disponible	No disponible
3	ARB/98/1	Houston	No disponible	No disponible
4	ARB/99/1	Mobil I	No disponible	No disponible
5	ARB/99/4	ENES.A.	No disponible	No disponible
6	ARB/01/3	Enron	582	106
7	ARB/01/8	CMS	261	133
8	ARB/01/12	Azurix I	685	165
9	ARB/02/1	LG&E	268	57
10	ARB/02/8	Siemens	463	238
11	ARB/02/16	Sempra	209	128
12	ARB/02/17	AES	No disponible	No disponible
13	ARB/03/2	Camuzzi	No disponible	No disponible
14	ARB/03/5	Metalpar	18	No disponible
15	ARB/03/7	Camuzzi	215	No disponible
16	ARB/03/9	Continental	114	3
17	ARB/03/10	SDG	136	No disponible
18	ARB/03/12	Pioneer	650	No disponible
19	ARB/03/13	Pan American	No disponible	No disponible
20	ARB/03/15	El Paso	228	43
21	ARB/03/17	Suez I	258	226
22	ARB/03/18	Suez II	112	No disponible
23	ARB/03/19	Suez III	834	384
24	ARB/03/20	Telefónica	2.800	No disponible
25	ARB/03/21	Enersis	1.307	No disponible
26	ARB/03/22	EDF I	1.200	No disponible
27	ARB/03/23	EDF II	270	136
28	ARB/03/27	Unisys	No disponible	No disponible
29	ARB/03/30	Azurix II	No disponible	No disponible
30	ARB/04/1	Total S.A.	940	270
31	ARB/04/4	SAUR	144	40
32	ARB/04/8	BP America	No disponible	No disponible
33	ARB/04/9	CIT	124	No disponible
34	ARB/04/14	Wintershall	300	No disponible
35	ARB/04/16	Mobil II	200	No disponible
36	ARB/04/18	Telecom	300	No disponible
37	ARB/04/20	RGA	No disponible	No disponible
38	ARB/05/1	Daimler	243	No disponible
39	ARB/05/2	CGE	125	No disponible
40	ARB/05/5	TSA Spectrum	No disponible	No disponible
41	ARB/05/11	Asset Recovery	20	No disponible
42	ARB/07/5	Abaclat	3.000	1.350
43	ARB/07/8	Giovanni Alemanni	14	No disponible

Nro.	Caso	Demandante	Monto demandado	Monto otorgado
44	ARB/07/17	Impregilo I	119	21
45	ARB/07/26	Urbaser	211	-
46	ARB/07/31	HOCHTIEF	157	13
47	ARB/08/9	Ambiente Ufficio	11	No disponible
48	ARB/08/14	Impregilo II	250	No disponible
49	ARB/09/1	Teinver	1.590	321
50	ARB/12/38	Repsol	10.500	5.000
51	ARB/14/32	Casinos Austria	62	No disponible
52	ARB/15/39	Salini Impregilo	No disponible	No disponible
53	ARB/15/48	Abertis	No disponible	No disponible
54	ARB/17/17	MetLife	No disponible	No disponible

Nota: Nombre del demandante abreviado para simplificar la tabla y los montos no incluyen costas e intereses.

Fuente: Pagina web UNCTAD. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/8/argentina>