

LOS CONVENIOS BILATERALES DE PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES EXTRANJERAS.

Por Silvia A. Fernández de Gurmendi

EL SURGIMIENTO DE LOS CONVENIOS BILATERALES DE PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES

Desde fines del siglo XVIII, algunos países concluyeron tratados bilaterales de comercio, los cuales si bien no estaban exclusivamente dedicados a la inversión extranjera, contenían algunas disposiciones referidas a la adquisición de propiedad o al ejercicio de actividades económicas en el territorio de un Estado por nacionales de otro Estado. Los Estados Unidos, por ejemplo, celebraron acuerdos de este tipo, denominados de "Amistad, Comercio y Navegación", fundamentalmente, aunque no exclusivamente, con países europeos -la Argentina y los Estados Unidos firmaron un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación el 27 de julio de 1853-. Hasta la primera Guerra Mundial, el objetivo primordial de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; más tarde procuraron asimismo promover las inversiones norteamericanas en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas Partes .

A partir de la Segunda Guerra Mundial, surgieron dos nuevos tipos de tratados con respecto a la protección de las inversiones en el extranjero. Un primer tipo apuntaba al reconocimiento internacional de la validez de seguros nacionales contra riesgos no comerciales otorgados por algunos países exportadores de capital a las inversiones realizadas por sus propios inversores en países extranjeros. Por estos tratados, el Estado receptor de la inversión reconocía la validez de los pagos efectuados por el Estado asegurador al inversor en el caso de que su inversión fuese afectada por algún riesgo político en el país donde estaba radicada. El Estado receptor de la inversión aceptaba asimismo la transferencia al Estado asegurador de todos los derechos y reclamos que hubiera podido ejercer el inversor por los daños sufridos. Tal es el propósito fundamental del Acuerdo firmado entre la Argentina y los Estados Unidos el 22 de diciembre de 1959 y de su Protocolo adicional del 5 de junio de 1963, el cual entró recién en vigor el 4 de mayo de 1990.

Más tarde, comenzó una nueva práctica en materia de tratados, los llamados tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones. La República Federal de Alemania, que dio el puntapié inicial con esta nueva práctica en 1959, seguía a la cabeza en 1991 con la conclusión de 77 tratados del género.

Alemania fue paulatinamente seguida por otros países europeos hasta que, en la década del 70, la conclusión de estos convenios se convirtió en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de Africa y Asia.

A partir de mediados de los años 80, con la consagración del liberalismo político y económico, la red de instrumentos bilaterales se amplió a los países de Europa del Este y países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Venezuela y, desde hace muy poco tiempo, también Chile). Hacia comienzos de 1991, se

habían concluido alrededor de 440 convenios (1).

El contenido básico de estos convenios es muy similar, dado que a partir de 1962 fueron en su gran mayoría considerablemente influenciados por el proyecto de convenio modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) a sus Estados miembros. En 1982 los Estados Unidos lanzaron su propio modelo que, si bien tiene algunas diferencias significativas, reitera las exigencias mínimas comunes de seguridad para la inversión contemplados en aquéllos.

II

LOS CONVENIOS DE PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES SUSCRITOS POR LA REPUBLICA ARGENTINA

En 1989, la Argentina aceptó por primera vez los ofrecimientos de negociar convenios de protección de inversiones efectuados por varios países exportadores de capital. A partir de allí progresó aceleradamente en las negociaciones, llegando a concluir hasta setiembre de 1992 dieciséis convenios, con países exportadores de capital, algunos países en vías de desarrollo y otros de Europa del Este.

Los convenios suscritos por la Argentina respetan en general la estructura y disposiciones de los convenios existentes pero con ciertas particularidades fundadas en requerimientos de nuestro ordenamiento o tradición jurídica o en decisiones de conveniencia política. Las modificaciones o flexibilizaciones que pueden observarse a través de los sucesivos convenios celebrados han ido reflejando la progresiva profundización de la política económica adoptada por las autoridades nacionales.

a) Ambito de aplicación.

Los convenios de promoción y protección de inversiones amparan en cada uno de los Estados Parte las inversiones realizadas en su territorio por inversores del otro Estado Parte. En los convenios se define lo que debe entenderse por inversión e inversor, delimitando de esta manera el ámbito de aplicación material y personal de sus disposiciones. Se especifica además el ámbito temporal, ésto es a partir de qué momento quedan protegidas las inversiones así definidas.

El concepto de inversión receptado es sumamente amplio dado que comprende a "toda clase de bienes" o "todo elemento del activo", en especial aquellas categorías enunciadas de manera no taxativa, tales como la propiedad de bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales; las acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades, aún las minoritarias o indirectas; los títulos públicos o privados; los derechos de propiedad industrial e intelectual así como también las concesiones otorgadas por ley o por contrato, incluidas aquellas que alcanzan a la prospección, extracción o explotación de recursos naturales.

Esta definición amplia de inversión, que incluye todo tipo de derechos -incluyendo los controvertidos derechos de propiedad industrial- no debe ser interpretada como abandono de la legislación nacional, a la que siguen sometidas las inversiones extranjeras en todos aquellos aspectos no regulados por el convenio. Los convenios celebrados por nuestro país revelan la preocupación por preservar el orden jurídico territorial, insertando en la definición misma una remisión expresa a la legislación del Estado receptor de la inversión.

Como se señalara, los convenios amparan las inversiones efectuadas en un Estado por inversores pertenecientes al otro Estado Parte, sean éstos personas físicas o jurídicas. El establecimiento de criterios para la determinación

de la pertenencia de unas y otras a uno de los dos Estados constituye sin duda uno de los problemas más difíciles de resolver, por enfrentarse conceptos y tradiciones jurídicas muy diferentes. La pertenencia de personas físicas a un Estado puede determinarse sobre la base de la nacionalidad o del domicilio; en el caso de las personas jurídicas puede tenerse en cuenta el lugar de su constitución o de su sede, o de ambas a la vez.

Las dificultades para encontrar un criterio común aceptable para los dos Estados Partes en un convenio son particularmente evidentes respecto de las personas físicas. Las fórmulas de compromiso contenidas en los convenios suscriptos por nuestro país revelan la tentativa de conciliar el criterio de la nacionalidad, retenido por los países exportadores de capital, con el concepto de domicilio que domina en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en la mayor parte de los convenios, bajo diversas fórmulas, se intenta negar o al menos condicionar la aplicación del convenio a aquellas personas que si bien poseen la nacionalidad del otro país son residentes en el país receptor de la inversión.

En lo que respecta a su ámbito de aplicación temporal, cabe destacar que los convenios se aplican no solamente a inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor sino a aquellas efectuadas con anterioridad a la misma, lo cual parece ser la única solución posible desde el punto de vista práctico.

No obstante, a fin de evitar que la aplicación de los acuerdos a las inversiones anteriores pueda ser interpretada como aplicación retroactiva de sus disposiciones, se aclara que los convenios no se aplican a las controversias, reclamos o diferendos que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor.

b) Tratamiento de las inversiones

Los convenios consagran el compromiso de conceder un cierto tratamiento a la inversión extranjera, el cual en general comporta la obligación de otorgar un trato justo, equitativo y no discriminatorio así como la de conceder el trato nacional y de la Nación más favorecida.

I) La obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo, que constituye una reivindicación tradicional de los países exportadores de capital, está muy difundida en la práctica internacional relativa a las inversiones extranjeras. Parece todavía difícil, sin embargo, sostener la existencia de una norma internacional al respecto. Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo, como por ejemplo a través de una confiscación encubierta (2). Desde esta perspectiva, el significado del tratamiento justo y equitativo, muy elástico, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta.

II) En cuanto al trato no discriminatorio, casi todos los convenios contienen la obligación de no perjudicar de alguna manera con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.

De manera similar a lo que ocurre con el trato justo y equitativo, los convenios no otorgan precisiones sobre cuales son estas medidas, pudiéndose afirmar que en general el tratamiento otorgado por el Estado receptor con relación a las inversiones del otro Estado Contratante resultará discriminatorio si es menos favorable que el que ese Estado hubiese otorgado en situaciones idénticas o comparables a otras inversiones efectuadas en su territorio (3).

III) Todos los convenios suscriptos por la República Argentina contienen la obligación de conceder a las

inversiones de los inversores de los Estados Partes el tratamiento de la Nación más favorecida y, en la mayor parte de ellos, se incluye asimismo el compromiso de otorgar el trato nacional a dichas inversiones

El tratamiento de la Nación más favorecida está limitado por excepciones relacionadas con la participación en áreas de integración (zona de libre comercio, unión aduanera y mercado común), convenios impositivos y acuerdos especiales suscriptos por la Argentina con Italia y España, el 10 de diciembre de 1987 y 3 de junio de 1988 respectivamente.

c) Garantías contra riesgos no comerciales

Los convenios tienen también por objetivo el de proteger al inversor por riesgos no comerciales, es decir aquellos ajenos a los términos comerciales normales de la operación. Entre los riesgos más importantes para el inversor se cuentan las restricciones a las transferencias, las expropiaciones o nacionalizaciones y los daños ocasionados por guerra o eventos similares.

La libre repatriación del capital invertido y demás sumas relacionadas con la inversión constituye sin duda uno de los elementos claves en un régimen de protección de las inversiones. La evolución que puede observarse en esta materia en los convenios suscriptos por nuestro país refleja la profundización de la política económica de apertura y consagra internacionalmente los efectos jurídicos de la Ley de convertibilidad.

En efecto, a partir de la firma del convenio suscripto con Alemania el 9 de abril de 1991 -verdadero punto de inflexión en esta cuestión- se abandona la cláusula de salvaguardia que había caracterizado los primeros convenios celebrados por la Argentina (Italia, Bélgica, Reino Unido), en virtud de la cual las Partes se reservaban el derecho de imponer restricciones temporarias a las transferencias en caso de dificultades excepcionales de balance de pagos.

Los convenios celebrados desde entonces consagran el derecho irrestricto de repatriar sin demora todas las sumas relacionadas con una inversión, derecho éste que, por aplicación de la cláusula de la Nación más favorecida, se hace también extensivo a los anteriormente firmados.

Las nacionalizaciones o expropiaciones constituyen otro riesgo no comercial, quizás el más importante al que están expuestas las inversiones extranjeras. La cláusula contenida en los convenios suscriptos limita las facultades del Estado en materia de nacionalizaciones en mayor medida que el derecho internacional general (4). Todos los instrumentos, con ligeras variantes, prevén que los Estados no podrán "tomar directa o indirectamente ninguna medida de expropiación o nacionalización ni ninguna otra medida que tenga un efecto similar con relación a las inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante" (Art. 5 del Convenio con Bélgica) salvo que se den las siguientes condiciones: que las medidas sean adoptadas en interés público, que no sean discriminatorias, que sean tomadas según el respectivo procedimiento legal y que estén acompañadas por una indemnización "pronta, adecuada y efectiva", cuyo contenido y modalidades de pago son además precisadas con alto nivel de detalle.

En cambio, los convenios de promoción y protección de inversiones suscriptos por nuestro país no comportan una modificación sustancial de las normas generales de responsabilidad internacional por el tercer riesgo no comercial citado, éste es los daños causados a la propiedad extranjera por causa de guerra, revoluciones o eventos similares. Los convenios se limitan en este aspecto a reiterar la obligación de otorgar un trato no discriminatorio respecto de inversores de terceros países o de inversores nacionales en el caso que correspondiera efectuar tales resarcimientos.

d) Subrogación

Los convenios de protección y promoción de inversiones reemplazan eficazmente los tratados suscriptos a partir de la segunda posguerra con el objetivo de reconocer la validez internacional de los sistemas nacionales de seguros a la inversión extranjera, a los cuales ya se hizo referencia. Este objetivo se logra en los convenios de promoción y protección de inversiones mediante la inclusión de una cláusula que prevé el reconocimiento de los pagos efectuados al inversor en virtud de los seguros nacionales y de la subrogación del Estado asegurador en los derechos y reclamos que hubieran correspondido al inversor.

e) Solución de controversias.

Los convenios contienen mecanismos de solución de controversias en virtud de los cuales el inversor privado puede recurrir al arbitraje internacional para dirimir sus diferendos con el Estado receptor de la inversión.

Esta posibilidad que se le concede al inversor extranjero constituyó una de las dificultades principales que demoraron la participación de América Latina en estos convenios, en parte debido a interpretaciones (cuya validez no se analiza aquí) derivadas de la doctrina Calvo (5).

Cabe recordar que Calvo, preocupado por los excesos de la protección diplomática ejercida por Estados extranjeros, sostenía que un Estado independiente, en virtud del principio de igualdad de los Estados, no debía estar sometido a la ingerencia de otros Estados. Asimismo, los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial.

Algunos Estados de América Latina se inspiraron en esta doctrina en sus constituciones nacionales, en diversas declaraciones regionales y en contratos celebrados con empresas extranjeras. El Código de inversiones extranjeras adoptado en virtud del Pacto Andino reafirma las posiciones latinoamericanas clásicas en lo que concierne al tratamiento de los inversores. El Artículo 50 prohíbe a los Estados miembros acordar a los inversores extranjeros un tratamiento más favorable que el acordado a los inversores nacionales y el artículo 51 impone no introducir en un instrumento aplicable a los inversores extranjeros ninguna cláusula que establezca un mecanismo internacional de diferendos en materia de inversiones.

El Protocolo de Cartagena de Indias de reformas a la Carta de la OEA del 5 de diciembre de 1985 ratifica este principio al recordar expresamente que "Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores..." (nuevo Artículo 35).

Las naciones de América Latina demostraron por mucho tiempo su apego a estas tradiciones rechazando en su gran mayoría la Convención de Washington de 1965 para la solución de diferendos relativos a inversiones y oponiéndose a la conclusión de tratados bilaterales de promoción de inversiones con los países desarrollados (6).

Lo expuesto permite valorar la dimensión del cambio que significa para algunos países de América Latina la participación en estos convenios.

En la Argentina, la aceptación del arbitraje dista en realidad de constituir una novedad en su ordenamiento jurídico, el cual expresamente autoriza al Poder Ejecutivo a "someter eventuales controversias con personas

extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de la Haya" (artículo 7 de la ley 20.548, B.O.9.11.1973, modificatoria de la ley permanente de presupuesto 11.672).

Esta autorización de la ley 20.548 ha sido utilizada en numerosos convenios y contratos de préstamos celebrados por la Nación Argentina o por empresas estatales argentinas con bancos extranjeros, por los que habitualmente se somete las controversias no solamente al arbitraje comercial internacional sino incluso a los tribunales extranjeros.

Lo expuesto no debe sin embargo llevar a desconocer la importancia de los métodos de solución de controversias consagrados por los convenios de protección y promoción de inversiones suscriptos por nuestro país, los cuales significan una aceptación general y anticipada del arbitraje para ser aplicado a un amplio espectro de disputas entre el inversor y el Estado.

La dimensión que la institución arbitral adquiere a partir de estos instrumentos explica la reticencia inicial argentina para consagrarla sin limitaciones. En los primeros convenios suscriptos por nuestro país, se intentó una solución de compromiso entre la obligación para el inversor de agotar los recursos internos y la admisión lisa y llana del arbitraje, inspirándose para ello en soluciones adoptadas por países vecinos (Ver convenios suscriptos por el Uruguay, entre otros con Suiza el 7.10.1988 y con Alemania el 4.5.1987). En estos primeros convenios, la Argentina no aceptó que el inversor recurriera directamente al arbitraje para resolver sus disputas contra el Estado sino que se le exigió, como condición previa, que las sometiera en primer término a los tribunales nacionales y las mantuviera en ellos durante un plazo mínimo de 18 meses.

El Convenio suscripto con Francia el 3 de julio de 1991 significó en materia de solución de controversias un punto de inflexión comparable al que marcó el Convenio con Alemania en materia de transferencias. A través de aquél se modificó radicalmente el sistema hasta entonces aceptado por nuestro país al admitirse por primera vez la posibilidad de someter directamente la inversión al arbitraje. El nuevo sistema consagrado comporta para el inversor la posibilidad de optar desde un comienzo entre la jurisdicción nacional y el arbitraje internacional. Esta opción por una u otra vía es definitiva y precluye la posibilidad de utilizar toda otra alternativa.

En cuanto a los órganos arbitrales aceptados en los convenios, la Argentina recepta modernas corrientes en la materia, al prever que los inversores puedan elegir entre dos tipos diferentes de arbitraje, respectivamente conocidos como "arbitraje administrado" y "arbitraje no administrado" según que en el mismo intervenga o no una institución arbitral preexistente.

El arbitraje "no administrado" estará a cargo de un tribunal arbitral "ad hoc" que se constituirá para cada caso y funcionará de acuerdo con el Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La CNUDMI, de la cual la Argentina es miembro, fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, siendo en la actualidad el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional, encargado de fomentar la armonización y unificación progresiva de ese derecho. El Reglamento de Arbitraje fue aprobado por la CNUDMI en 1976, tras amplias consultas con instituciones arbitrales y expertos en la materia. Ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó su uso a todos los países, en su resolución 31/98, y desde entonces estas reglas se han difundido mucho y son ampliamente utilizadas en todo el mundo (7)

En cuanto al arbitraje "administrado" o "institucional", éste estará a cargo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que funciona en la oficina principal del Banco Mundial, creado por el citado Convenio de Washington de 1965 (8). Teniendo en cuenta que nuestro país aún no es parte de este Convenio de Washington (ver Nota 6) los convenios de promoción de inversiones prevén la posibilidad de someter las controversias al arbitraje del CIADI de conformidad con su "mecanismo complementario". Este mecanismo es precisamente el que permite el acceso al Centro de aquellos Estados que aún no han adherido al citado Convenio de Washington.

Debe subrayarse que cualquiera sea el órgano arbitral elegido, éste deberá aplicar el derecho del Estado parte en la controversia, receptor de la inversión.

f) Duración

Todos los convenios aseguran la protección de las inversiones por un período inicial de diez años, renovables. Además todos contienen la llamada "cláusula de remanencia" (de 10 o 15 años) en virtud de la cual se prevé que el convenio continuará aplicándose, aún después de terminado el mismo, a inversiones efectuadas antes de su expiración. Este efecto se justifica por la necesidad de asegurar a una inversión el beneficio del tratamiento durante un tiempo juzgado necesario para su amortización. Es decir que toda inversión recibirá la protección del convenio por al menos 25 años.

CONCLUSION

El análisis precedentemente efectuado revela que, en su gran mayoría, los compromisos asumidos en virtud de los convenios no significan una innovación de magnitud en el panorama jurídico argentino. Algunos ya existían en el derecho internacional general, otros están consagrados desde hace mucho tiempo por nuestro ordenamiento jurídico, incluso a nivel constitucional, como es el caso de aspectos relacionados con la expropiación; la reciente desregulación económica ha ido también eliminando restricciones a la inversión extranjera subsistentes en ciertos sectores de la economía. El arbitraje para resolver las controversias relacionadas con la inversión, que constituye el aspecto central de estos instrumentos, dista también de constituir una novedad absoluta en nuestro ordenamiento.

Esto permite afirmar que la importancia de estos convenios proviene no tanto del contenido particular de las obligaciones asumidas sino del hecho de aceptar asumirlas internacionalmente y con ello preservar determinadas reglas de juego por un lapso prolongado de tiempo, en ningún caso inferior a los veinte años. Esto para la Argentina, que tantas y tan bruscas oscilaciones ha conocido, constituye sin duda en sí mismo un extraordinario desafío.

Notas y Citas Bibliográficas

(1) *Bilateral Investment Treaties 1959-1991*, U.N., Febrero, 1992.

(2) PREISWERK, *La protection des investissements privés dand les traités bilatéraux*, Zurich, 1963, pág. 182 y ss.

(3) Sobre el significado del trato no discriminatorio ver CHARPENTIER, *de la non-discrimination dans les investissements*, in AFDI, 1963, p. 38 y ss.

(4) Para un análisis detallado de esta cuestión ver MIGLIORINO L., Gli Accordi internazionali sugli investimenti, Milano, 1989, pág. 112 y ss.

(5) Sobre la doctrina y cláusula Calvo ver, entre otros, García Amador F.W. "Calvo Doctrine, Calvo Clause", in Max Planck Institute E. Of Public International Law, vol. 8, pág. 62 y ss.; PUIG J.C., Derecho de la Comunidad Internacional, Depalma; SHEA D.R., The Calvo Clause, a problem of Interamerican and International Law and Diplomacy, 1955;

(6) Al 21 de marzo de 1990, 99 Estados habían firmado el Convenio de Washington y 92 lo habían ratificado. De entre ellos sólo 9 países latinoamericanos ratificaron el Convenio, Barbados, Ecuador, El Salvador, Guyana, Honduras, Jamaica, Paraguay, St. Lucía, Trinidad y Tobago. Firmaron pero no ratificaron aún Belice, Costa Rica y Haití.

La Argentina firmó el Convenio el 21 de mayo de 1991 y lo sometió a la aprobación del Congreso el 2 de setiembre de 1991.

(7) UNCITRAL, The United Nations Commission on International Trade Law, United Nations, New York, 1986.

(8) Sobre las competencias y funcionamiento del Centro ver, ICSID, Basic Documents, Washington 1985; Shihata Ibrahim F.I, "Towards a Greater Depolitized of Investment Disputes. The Roles of ICSID and MIGA in Foreign Investment Law Journal, ICSID Review, Vol. 1, Number 1, Spring 1986.

Convenios de promoción y protección de inversiones suscritos por la Argentina hasta el 1 de octubre de 1992.

ALEMANIA, 5 Abril 1991

AUSTRIA, 7 Agosto 1992

CANADA, 5 Noviembre 1991

CHILE, 2 Agosto 1991

EGIPTO, 11 Mayo 1992

ESPAÑA, 3 Octubre 1991. En vigor desde el 28.9.92.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, 14 Noviembre 1991.

FRANCIA, 3 Julio 1991

ITALIA, 22 Mayo 1990

POLONIA, 31 Julio 1991. En vigor desde el 1.7.92.

REINO UNIDO, 11 Diciembre 1990

SUIZA, 12 Abril 1991

SUECIA, 22 Noviembre 1991. En vigor desde el 28.9.92.

TURQUIA, 8 Mayo 1992

TUNEZ, 17 Junio 1992

UNION BELGO-LUXEMBURGUESA, 28 Junio 1990