

# rpa

www.respublicaargentina.com

RES PUBLICA ARGENTINA

El silencio de los tribunales argentinos.

Por *HÉCTOR A. MAIRAL*. **p. 7**

El surgimiento del Derecho Administrativo Global.

Por *BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH Y RICHARD B. STEWART*. **p. 25**

What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the *Bello/Calvo* doctrine in the BIT generation.

Por *SANTIAGO MONTT*. **p. 75**

Los tratados bilaterales de inversión (TBIs) y el convenio CIADI ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?

Por *JORGE A. BARRAGUIRRE*. **p. 107**

Inversiones extranjeras en países en desarrollo: ¿Alguien debería intervenir a nivel global?

Por *EZEQUIEL NINO*. **p. 123**

Consejo de Redacción

**Director:** AGUSTÍN GORDILLO

**Subdirector:** AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ

**Consejeros:** MARCELO BRUNO DOS SANTOS • SANTIAGO R. CARRILLO

NICOLÁS DIANA • FRANCISCO J. FERRER • JOSEFINA PAZOS • KARINA PRIETO

ORLANDO D. PULVIRENTI • GUILLERMO SCHEIBLER

# Res Publica Argentina



2007-3

Octubre - Diciembre 2007

## Consejo de Redacción

**Director:** *AGUSTÍN GORDILLO* • **Subdirector:** *AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ*

**Consejeros:** *MARCELO BRUNO DOS SANTOS* • *SANTIAGO R. CARRILLO* • *NICOLÁS DIANA* •  
*FRANCISCO J. FERRER* • *KARINA PRIETO* • *ORLANDO PULVIRENTI* • *GUILLERMO SCHEIBLER*

Propiedad de Ediciones Rap s.a.  
Director responsable: Eduardo Mertehtikian  
Talcahuano 638 2° "D" (C1013AAN)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
4374-0661 (líneas rotativas)  
**consulta@revistarap.com.ar**  
**www.rapdigital.com**

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723. Registro Nacional de la Propiedad  
Intelectual 455.168. ISSN N° 1669-8711.

Las colaboraciones firmadas no representan necesariamente la opinión de la Dirección ni del Consejo de Redacción. Prohibida la reproducción total o parcial de las colaboraciones firmadas, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información sin autorización escrita del Editor.

**Para contactarse con el Consejo de Redacción:**

gordillo@respublicaargentina.com  
garciasanz@respublicaargentina.com  
brunodossantos@respublicaargentina.com  
carrillo@respublicaargentina.com  
diana@respublicaargentina.com  
ferrer@respublicaargentina.com  
prieto@respublicaargentina.com  
pulvirenti@respublicaargentina.com  
scheibler@respublicaargentina.com

**Visite nuestro web site:**  
**www.respublicaargentina.com**

Esta publicación se terminó de imprimir  
en: Primera Clase Impresiones  
California 1321 (1168) Tel. 4301-0956  
Buenos Aires, Argentina

# **ÍNDICE**

## **EL SILENCIO DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS**

POR HÉCTOR A. MAIRAL

**p. 7.**

## **EL SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL**

POR BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH Y RICHARD B. STEWART

**p. 25.**

## **WHAT INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND LATIN AMERICA CAN AND SHOULD DEMAND FROM EACH OTHER. UPDATING THE *BELLO/CALVO* DOCTRINE IN THE BIT GENERATION**

POR SANTIAGO MONTT

**p. 75.**

## **LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBIs) Y EL CONVENIO CIADI ¿LA EVAPORACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DOMÉSTICO?**

POR JORGE A. BARRAGUIRRE

**p. 107.**

## **INVERSIONES EXTRANJERAS EN PAÍSES EN DESARROLLO: ¿ALGUIEN DEBERÍA INTERVENIR A NIVEL GLOBAL?**

POR EZEQUIEL NINO

**p. 123.**

# EL SILENCIO DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

---

POR HÉCTOR A. MAIRAL

“¿Hay algún otro punto sobre el que quisiera llamar mi atención?”  
‘Sobre el curioso incidente del perro durante la noche.’  
‘Pero el perro no hizo nada durante la noche.’  
‘Ese fue el curioso incidente,’ señaló Sherlock Holmes.”  
SIR ARTHUR CONAN DOYLE<sup>1</sup>

## 1. Introducción<sup>2</sup>

Como resultado del abandono del sistema de convertibilidad que tuvo lugar durante los primeros meses del año 2002,<sup>3</sup> las instituciones legales de Argentina atravesaron un trastorno que dejó a pocos contratos vigentes sin ser afectados. Se estima que más de 200.000 demandas judiciales fueron iniciadas por depositantes bancarios, quienes cuestionaron la conversión obligatoria a Pesos de sus depósitos en Dólares a una tasa de cambio inferior a la del mercado. Los contratos en los que no estaba involucrada ninguna entidad financiera también generaron una abundante cantidad de litigios, en tanto las partes privadas a menudo no lograban ponerse de acuerdo entre ellas respecto de una renegociación satisfactoria de los términos y condiciones del contrato a la luz de las nuevas circunstancias económicas —a saber, una devaluación que redujo en dos tercios el valor en dólares de la moneda y una inflación que, durante el año 2002, excedió el 50%— en cuyo caso tuvieron que recurrir a los tribunales para resolver la controversia.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> CONAN DOYLE, ARTHUR, “Silver Blaze,” en *Las Memorias de Sherlock Holmes*, Londres, 1893.

<sup>2</sup> Traducción en borrador realizada por Lucas E. Barreiros (Abogado, UBA 2005; Fulbright Masters Scholar 2007/8) y revisada por Luciana T. Ricart (LL.M. International Legal Studies 2007, NYU School of Law.)

<sup>3</sup> Esto fue producto de la ley 25.561, B.O. del 7-I-02 (en adelante “Ley de Emergencia”) y de posteriores regulaciones emitidas por el Poder Ejecutivo, el Banco Central y otras agencias de gobierno. Las mencionadas regulaciones han sido copiosas: Durante el año 2002 el Banco Central emitió más de mil de ellas.

<sup>4</sup> Ley de Emergencia, art. 11.

En contraste con toda esta actividad judicial, los tribunales argentinos prácticamente no fueron llamados a intervenir en las disputas que surgieron entre el Gobierno, y los operadores de servicios públicos y sus accionistas, quienes resultaron ser las partes más afectadas por los cambios legales. En el caso de los servicios públicos, estos cambios fueron significativos e involucraron: (i) Un abandono de las tarifas en dólares comprometidas en los contratos de concesión o licencia; (ii) la conversión obligatoria de los valores en dólares de dichas tarifas a la tasa de cambio anterior a la devaluación (la tasa de un peso por un dólar); (iii) la prohibición de restablecer tarifas en dólares; (iv) la imposición de nuevos estándares para calcular las tarifas, los que introdujeron por primera vez claros objetivos políticos tales como la redistribución del ingreso; (v) la obligación de continuar proveyendo los servicios sin ninguna disminución en su calidad; y (vi) la obligación de renegociar los términos y condiciones de los acuerdos existentes.<sup>5</sup>

La renegociación tardó mucho en comenzar debido al engorroso procedimiento establecido, y repetidamente modificado, por el Gobierno.<sup>6</sup> La renegociación no resultó en una reparación significativa para los operadores y sus inversores, especialmente en el caso de los principales servicios públicos que fueron privatizados (distribución de electricidad y agua y transporte y distribución de gas, comprendiendo en total catorce compañías.) Algunos de los contratos fueron rescindidos por incumplimiento del concesionario,<sup>7</sup> otros fueron parcialmente renegociados pero luego el Gobierno no cumplió con el contrato renegociado,<sup>8</sup> mientras que en la mayoría de los casos la renegociación no resultó en ningún acuerdo. En algunos casos se concedieron aumentos en las tarifas pero al solo efecto de ser destinados a fondos fiduciarios que tendrían por objeto financiar la expansión de las redes a ser llevada a cabo por contratistas seleccionados por el administrador y con mínima intervención del concesionario, introduciendo de este modo un mecanismo totalmente nuevo en contratos existentes.<sup>9</sup> Algunos inversores extranjeros han vendido sus acciones a una fracción del monto que habían invertido.<sup>10</sup> Muchos de estos servicios públicos están hoy técnicamente en situación de insolvencia y han tenido que reestructurar sus obligaciones financieras. Nada de esto resulta sorprendente en tanto diversos voceros del gobierno han señalado que las nuevas tarifas no compensarán las inversiones ya efectuadas, ya sea que hayan sido financiadas mediante emisión de acciones o préstamos. El daño se ha incrementado por cuanto las tarifas han permanecido prácticamente congeladas en su nivel original en pesos a pesar de la alta tasa de inflación acumulada desde enero de 2002, la cual actualmente excede el 100%, y a pesar de que Argentina ha tenido cuatro años de crecimiento económico record.

<sup>5</sup> Ley de Emergencia, arts. 8º, 9º y 10.

<sup>6</sup> Ver decreto 293/02, B.O. del 14-II-02; decreto 370/02, B.O. del 27-II-02; resolución Ministerio de Economía 20/2002, B.O. del 20-III-02; decreto 1090/02, B.O. del 26-VI-02; resolución MECON 308/02, B.O. del 20-VIII-02; resolución MECON 576/02, B.O. del 12-XI-02; resolución MECON 180/03, B.O. del 19-III-03; y decreto 311/03, B.O. del 4-VI-03.

<sup>7</sup> Esto ocurrió con el servicio postal y el sistema de aguas de Buenos Aires: Decreto 1075/03, B.O. del 20-XI-03 y decreto 303/06, B.O. del 22-III-06, respectivamente.

<sup>8</sup> Este fue el caso de una distribuidora de gas: Ver decreto 385/06, B.O. del 10-IV-06.

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, ley 26.095, B.O. del 18-V-06; decreto 1216/06, B.O. del 18-IX-06; decreto 180/04, B.O. del 16-II-04; resolución MPFIPyS 185/04, B.O. del 20-IV-04; y resolución SE 663/04, B.O. del 25-VI-04.

<sup>10</sup> Este ha sido el caso de *Electricité de France* con su inversión en Edenor, una distribuidora de electricidad de Buenos Aires.

Sin embargo, a través de toda esta confusión jurídica, los tribunales argentinos han permanecido mayormente en silencio. No han concedido medidas cautelares a favor de las empresas de servicios públicos ni se registra ninguna decisión de un tribunal argentino que otorgue una compensación o que invalide una medida gubernamental que haya producido un daño a las empresas de servicios públicos.

Por supuesto, los tribunales solo pueden actuar por pedido de una parte interesada, de modo que el silencio de los tribunales es una consecuencia de la actitud adoptada por las partes afectadas por las medidas de emergencia. Este trabajo intentará analizar las causas de esta actitud.

Este trabajo no supone ninguna crítica de políticas económicas. Los Estados soberanos pueden modificar sus políticas económicas como deseen y las actuales políticas económicas de Argentina han sido impuestas por autoridades democráticamente elegidas y, aún más, parecen gozar del apoyo de una amplia mayoría de la población. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, los cambios de política económica no pueden afectar derechos adquiridos sin que medie la debida compensación.

## ***2. Las causas del silencio***

En un sistema jurídico que busca adecuarse a los principios del Estado de Derecho, las partes privadas dañadas por la acción del gobierno normalmente buscarán una reparación ante los tribunales locales. Puede que se vean disuadidas por diferentes razones: Puede que se considere que las leyes locales no proveen la suficiente protección, puede que se piense que los tribunales carecen de independencia frente al Gobierno o que tiene prejuicios respecto de ciertas partes privadas, el acceso a los tribunales puede ser muy costoso, el tiempo necesario para obtener una reparación efectiva puede ser demasiado prolongado y otras alternativas de reparación legal pueden estar disponibles. En la Argentina la mayoría de estos factores, pero no todos, entran en juego.

### *2.1. Derecho sustantivo*

Los cambios introducidos por las medidas de emergencia en los contratos de servicios públicos han sido defendidos sobre la base de dos argumentos principales: La situación de emergencia creada por el final del sistema de convertibilidad y los poderes del Gobierno que resultan de la teoría del contrato administrativo seguida por los autores argentinos y los precedentes judiciales.

Ninguno de estos argumentos parece ser suficiente para eliminar el derecho de los operadores de servicios públicos y sus inversores a ser compensados por los daños sufridos por la implementación de las medidas de emergencia.

### 2.1.1. La defensa fundada en la emergencia

Argentina tiene una larga historia de restringir los derechos de propiedad alegando una crisis o situaciones de emergencia, lo cual resulta especialmente sorprendente cuando se tiene en cuenta que desde comienzos del Siglo XX el país no se ha visto involucrado en ninguna guerra considerable ni ha sido afectado por desastres naturales de impacto general. La práctica se ha vuelto incluso más prevalente durante las últimas dos décadas, en las cuales el Gobierno recurrió a ella en numerosas ocasiones. Se ha convertido en una práctica estándar que el Congreso declare emergencias especiales, tales como la emergencia habitacional, la emergencia educativa o la emergencia del sistema jubilatorio.<sup>11</sup> Un comentarista ha señalado que el país vive en una “emergencia económica continua,”<sup>12</sup> mientras que otros hablan de una “emergencia perpetua.”<sup>13</sup>

El término no resulta una exageración: Cada Gobierno que llegó al poder luego de la restauración de la democracia en 1983 ha declarado su propia emergencia. El Presidente Alfonsín lo hizo mediante una serie de decretos adoptados en 1985 que cambiaron la moneda, redujeron los precios a ser pagados a los contratistas del Gobierno y suspendieron la ejecución de los juicios contra éste.<sup>14</sup> El Presidente Menem consiguió que se aprueben tres leyes de emergencia en 1989 y 1990, las que permitieron la renegociación de los contratos y la consolidación de la deuda pública,<sup>15</sup> y adoptó un decreto de emergencia para convertir los depósitos bancarios en bonos del Gobierno.<sup>16</sup> El Presidente De la Rúa obtuvo del Congreso, en octubre de 2000, una ley que declaró la emergencia de las finanzas del Gobierno así como de sus contratos.<sup>17</sup> El Presidente Duhalde comenzó su presidencia con la aún más amplia declaración de emergencia realizada por la Ley de Emergencia. El Gobierno actual ha obtenido, desde Diciembre de 2003, sucesivas extensiones de la emergencia, actualmente hasta el final de 2007.<sup>18</sup>

Resulta justo preguntarse además si la Ley de Emergencia es, en el caso de las empresas de servicios públicos, una medida sinceramente dirigida a superar una emergencia o si, en realidad, se trata de un significativo cambio de política disfrazado como la solución temporaria de una emergencia. La prohibición de tarifas dolarizadas y de todos los mecanismos de ajuste tarifarios prevista por el art. 8º de la Ley de Emergencia no tienen un límite temporal y por lo tanto, se ha señalado, “exceden a la emergencia.”<sup>19</sup> Aún más, los propósitos obviamente políticos que han de perseguirse en la renegociación de los contratos y que se describen en el art. 9º de la Ley de Emergencia demuestran que éstos persiguen metas a largo plazo que requieren anteponer ciertos objetivos sociales a los derechos de los operadores de servicios públicos. La autorización

<sup>11</sup> Ver, por ej., ley 23.680, B.O. del 3-VII-89, que declaró la emergencia habitacional.

<sup>12</sup> CRIVELLI, JULIO C., *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

<sup>13</sup> BOTANA, NATALIO, *La Nación*, 7-X-07, p. 21.

<sup>14</sup> Decreto 1096/85, B.O. del 17-VI-85, y decreto 2196/86, B.O. del 2-XII-86.

<sup>15</sup> Leyes 23.696, B.O. del 23-VIII-89, y 23.697, B.O. del 25-IX-89; ley 23.982, B.O. del 23-VIII-91.

<sup>16</sup> Decreto 36/90, B.O. del 5-I-90.

<sup>17</sup> Ley 25.344, B.O. del 21-XI-00.

<sup>18</sup> Ley 25.790, B.O. del 22-X-03; ley 25.820, B.O. del 4-XII-03; ley 25.972, B.O. del 17-XII-04; ley 26.204, B.O. del 20-XII-06; y ley 26.339, B.O. del 4-I-08.

<sup>19</sup> En este sentido, STRATTA, ALICIA J., “El denominado derecho de la emergencia ha puesto al derecho en emergencia,” *ED*, 977:197.

que posteriormente le otorgara el Congreso al Poder Ejecutivo para ignorar en la renegociación los límites impuestos por los marcos regulatorios relevantes confirma la naturaleza permanente de esta nueva política.<sup>20</sup> El hecho de que la renegociación requerida por la Ley de Emergencia no haya sido alcanzada cinco años después de que dicha ley fuera promulgada corrobora esta conclusión.

La Corte Suprema tiene una jurisprudencia constante y prolongada acerca de la constitucionalidad de las decisiones del Gobierno que afectan los derechos de propiedad durante una emergencia. La Corte, sin embargo, también ha sido consistente respecto de los límites impuestos sobre tal poder del Gobierno. Entre dichos límites, los siguientes resultan relevantes para el presente análisis: Las medidas no pueden afectar la sustancia del derecho sino meramente demorar o limitar su ejercicio, las medidas no debieran ser discriminatorias y no pueden exceder la duración de la emergencia.<sup>21</sup>

La Corte Suprema también ha impuesto límites al poder de la administración de controlar las tarifas de los servicios públicos. De este modo, ha sostenido que la determinación de las tarifas por la administración debe hacerse “de acuerdo con lo que está previsto en la ley o en el contrato,”<sup>22</sup> y agregó que:

“Si debido a razones políticas o de otra naturaleza el Gobierno desea, o se considera obligado a, mantener tarifas más bajas que el costo (costos de operación, mantenimiento, renovación y amortización de capital), más una ganancia justa y razonable, debe indemnizar. Es insólito pensar que puede llevar a cabo tal decisión al costo de destruir el patrimonio de la empresa concesionaria o incluso sus ganancias.”<sup>23</sup>

De manera similar, en un caso más reciente, la Corte Suprema sostuvo que la reducción de las tarifas impuesta por la administración habilita al concesionario a ser compensado por la diferencia entre dichas tarifas y las que darían lugar a una “ganancia razonable” para el concesionario.<sup>24</sup>

Puede argumentarse que estos límites han sido sobrepasados en el caso bajo análisis. La historia decidirá si las medidas tomadas para superar la emergencia eran necesarias o si, en cambio, agravaron los problemas buscando establecer una nueva política de dólar alto para proteger a la industria nacional. De un modo u otro, el sacrificio impuesto sobre las empresas de servicios públicos ha sido significativo y ha ido más allá de una mera suspensión del ejercicio de sus derechos de propiedad.

<sup>20</sup> Ley 25.790, art. 2°.

<sup>21</sup> CSJN, *Peralta v. Estado Nacional*, 1990, Fallos, 313: 1513; CSJN, *Cassin, Jorge c. Provincia de Santa Cruz*, 1994, Fallos, 317: 1462; CSJN, *Cacace, Josefa c. Municipalidad de Buenos Aires*, 1995, LL, 1996-B, 19.

<sup>22</sup> CSJN, *Compañía de Tranvías Anglo Argentina v. Nación Argentina*, 1965, Fallos, 262: 555.

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> CSJN, *Maruba v. Estado Nacional*, 1998, Fallos, 321: 1784.

En cuanto a la discriminación, alcanza con señalar que el sector de servicios públicos fue el que resultó peor tratado a partir de las medidas de emergencia y de su posterior implementación. Los bancos obtuvieron una reparación parcial mediante la entrega de bonos del Gobierno.<sup>25</sup> Los contratos de obras públicas (que en la Ley de Emergencia habían sido colocados en un pie de igualdad con los contratos de servicios públicos) fueron autorizados desde mediados de 2002 a ajustar sus precios en línea con la inflación.<sup>26</sup> Adicionalmente, diversas medidas de la administración concedieron un tratamiento favorable a ciertos contratos públicos con un elemento internacional, permitiéndole a los concesionarios mantener sus tarifas en dólares o atadas al dólar: Esto ocurrió con los peajes para el uso de las vías fluviales internas de Argentina para el transporte internacional,<sup>27</sup> las tarifas aeroportuarias<sup>28</sup> y los cargos portuarios.<sup>29</sup> Sólo los servicios públicos han visto sus tarifas prácticamente congeladas desde finales de 2001.

Esta discriminación es exactamente lo que el Congreso quería. Durante el debate legislativo que precedió a la adopción de la ley 25.561, el Diputado ROGGERO, del partido mayoritario, señaló:

“Esta ley está intentando cambiar la historia [...] Estamos intentando que los ganadores de la economía concentrada [...] comiencen a pagar algo por las grandes sumas que se llevaron del país.”<sup>30</sup>

Finalmente, la duración de las medidas tomadas con respecto a los servicios públicos ha excedido en gran medida a la emergencia real. Es cierto que el Congreso sucesivamente ha extendido la declaración de emergencia hasta finales de 2008,<sup>31</sup> pero la situación real del país es otra: La Argentina pagó de manera anticipada en 2005 nueve billones de dólares de deuda al FMI, ha tenido cuatro años de crecimiento superior al 8% y ha dedicado billones de dólares a la compra de moneda extranjera para evitar que el peso se revalúe frente al dólar. El precedente de la Corte Suprema en *Mango v. Traba*<sup>32</sup> en el cual aquélla declaró que una ley de emergencia ya no resultaba constitucional debido a la desaparición de la emergencia, resulta relevante en este contexto.

<sup>25</sup> Decreto 905/02, B.O. del 1-VI-02.

<sup>26</sup> Decreto 1953/02, B.O. del 3-X-02.

<sup>27</sup> Decreto 576/02, B.O. del 10-IV-02, art. 2º.

<sup>28</sup> Decreto 577/02, B.O. del 10-IV-02 (ratificado por decreto 1910/02, B.O. del 1-X-02), sec. 2. Este decreto fue convalidado por un reciente fallo (CNFed. CA, Sala II, 25-IX-07, *Aerolíneas Argentinas v. Estado Nacional – Decreto 577/02.*)

<sup>29</sup> Nota 478 del Subsecretario de Puertos y Vías Navegables del 11-VI-02. Esta decisión fue suspendida en un caso judicial (CNFed. CA, Sala III, 19-X-02, *Asociación Imp. y Exp. de la R. Argentina v. Poder Ejecutivo*); pero una acción similar fue rechazada en CNFed. CA, Sala II, 10-IV-04, *Petroquímica Cuyo SAIC v. Poder Ejecutivo Nacional – Sec. de Puertos.*

<sup>30</sup> Ver los discursos del Diputado ROGGERO y de otros legisladores en *Antecedentes Parlamentarios*, 2002-A, pp. 329 y 271-275.

<sup>31</sup> Ley 25.790; ley 25.820, B.O. del 4-XII-03; ley 25.972; ley 26.204, B.O. del 20-XII-06; ley 26.339, B.O. del 4-I-2008.

<sup>32</sup> CSJN, 1925, *Fallos*, 144: 219.

## 2.1.2. La defensa basada en la teoría del contrato administrativo

La teoría francesa del *contrat administratif* ha sido adoptada por Argentina con el celo de los discípulos.<sup>33</sup> Esta teoría reconoce el poder implícito del Gobierno de introducir cambios unilaterales en sus contratos, e incluso de rescindirlos, si considera que el interés público así lo requiere. Sin embargo, aun bajo esta teoría existe una reparación para el contratista privado. El ejercicio de tal poder desencadena el derecho del contratista de ser compensado por los daños resultantes. Estas reglas son uniformemente aceptadas por destacados autores argentinos.<sup>34</sup>

Asimismo, la teoría francesa del *fait du prince* ha sido adoptada por el derecho argentino bajo el nombre de “hecho del príncipe.” De acuerdo con el principal autor francés respecto de este tema, *fait du prince* es cualquier medida adoptada por la autoridad contratante que afecta las condiciones de desempeño del contrato con perjuicio para el contratista.<sup>35</sup> De acuerdo con algunos autores, estas medidas pueden ser leyes aprobadas por el legislador, por ejemplo una ley imponiendo un control de precios, “porque el Parlamento es un órgano del Estado del mismo modo en que lo son las autoridades ejecutivas.”<sup>36</sup> Cuando estas medidas son generales, el contratista tiene derecho a una indemnización cuando las mismas afectan un elemento del contrato que era considerado esencial para las partes cuando celebraron el contrato, en otras palabras, cuando tal elemento había sido tenido en cuenta por el contratista privado para ingresar en el contrato.<sup>37</sup> Cuando una medida del Estado califica como *fait du prince*, la regla es que al contratista le es debida una compensación completa por el perjuicio sufrido como consecuencia de aquello.

La teoría del *fait du prince* ha sido seguida de manera casi totalmente literal por los autores argentinos. MARIENHOFF considera que la teoría se aplica cuando una medida general de cualquier órgano del Estado (incluyendo al poder legislativo) tiene un efecto sustancial y negativo sobre los aspectos económicos del contrato tal que altera su “ecuación económica.”<sup>38</sup> Esta teoría se basa, en el derecho argentino, en las disposiciones de los arts. 16 y 17 de la Constitución nacional los cuales prohíben la imposición de cargas sobre algunos individuos por conveniencia pública y exigen el respeto de la propiedad privada.

<sup>33</sup> Ver BERCAITZ, MIGUEL A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 2ª ed., pp. 246-247; BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Depalma, 1955, 5ª ed., pp. 142-53; MARIENHOFF, MIGUEL A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982-1983, 3ª ed., pp. 56-57; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La sustantividad del Contrato Administrativo y sus principales consecuencias jurídicas,” *RDA*, 1994: 15-16, p. 143; ESCOLA, HÉCTOR, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1977, 1ª ed., pp. 127-31. Ver también MAIRAL, HÉCTOR A., “Government Contracts under Argentine Law: a Comparative Law Overview,” *Fordham International Law Journal*, 26: 1716 (2003.)

<sup>34</sup> Ver MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 400 y 581; CASSAGNE, JUAN C., *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 36, y ESCOLA, *op. cit.*, p. 391.

<sup>35</sup> DE LAUBADÈRE, ANDRÉ *et al*, *Traité des Contrats Administratifs*, t. 2, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, 2ª ed., p. 517.

<sup>36</sup> *Id.*, p. 526.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 536.

<sup>38</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 476-500.

### 2.1.3. Conclusión respecto del derecho sustantivo

Esta breve explicación del derecho sustantivo argentino demuestra, por lo tanto, que no fue la falta de protección ofrecida por éste lo que condujo a los operadores de servicios públicos y a sus inversores a no recurrir a los tribunales argentinos.

### 2.2. Falta de independencia de los tribunales

Una encuesta reciente realizada entre abogados argentinos mostró que casi el 90% de los interrogados creían que los tribunales del país carecen de independencia frente al poder político.<sup>39</sup>

En tanto esta apreciación puede resultar exagerada, y en muchos casos injusta, existen hechos objetivos que explican tal percepción. Nuestra Corte Suprema ha atravesado ocho cambios generales: En 1947, 1955, 1966, 1973, 1976, 1983, 1989 y 2002/05. La mayoría de los Presidentes ha tenido la posibilidad de elegir a todos o a la mayoría de los miembros de la Corte Suprema al momento de acceder al poder o poco tiempo después de ello.

El Consejo de la Magistratura es un cuerpo creado en la reforma constitucional de 1994 que interviene en la selección y remoción de todos los jueces con excepción de los de la Corte Suprema, y cuya composición debe ser determinada por una ley que debe preservar el balance entre los políticos, jueces, abogados y académicos que sean designados para ejercer funciones en él.<sup>40</sup> Esta ley ha sido recientemente enmendada para expandir el número de los cargos políticos en el Consejo, en detrimento de los otros sectores, al punto que en la actualidad siete de los trece miembros del Consejo, y cuatro de cada siete miembros de los jurados de enjuiciamiento, son cargos políticos.<sup>41</sup>

Sin embargo, la composición actual de la Corte Suprema debería generar un cambio de actitud, aun cuando puede que sea demasiado tarde para las controversias relativas a los servicios públicos. Todos sus miembros son personas de una alta reputación profesional a nivel local e internacional y son ampliamente respetados en el entorno legal de Argentina.

### 2.3. Parcialidad de los tribunales

Las pocas decisiones registradas en relación con los servicios públicos que han sido emitidas desde la aprobación de la legislación de emergencia han sido todas contrarias a la posición de estos.

En un caso,<sup>42</sup> la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó una medida cautelar dictada por un tribunal inferior destinada a suspender los

<sup>39</sup> Ver en *La Nación*, 21-X-05.

<sup>40</sup> Constitución nacional, art. 114 y ley 24.937, B.O. del 6-I-98.

<sup>41</sup> Ley 26.080, B.O. del 27-II-06.

<sup>42</sup> JNFed. CA N° 3, 30-VI-04, *Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. v. Estado Nacional*; CNFed. CA, Sala IV, 16-IX-04, *Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. v. Estado Nacional*.

efectos de un decreto que rescindía un acuerdo de concesión, que involucraba la operación de un ferrocarril, celebrado con inversores locales. El principal argumento de la Cámara de Apelaciones fue que, dado que los informes acerca de los defectos operacionales del ferrocarril podían leerse en la prensa, debía darse prioridad a la operación adecuada del servicio por sobre los derechos de propiedad del operador, los cuales podrían ser defendidos luego en una demanda ordinaria.

En otros casos,<sup>43</sup> los tribunales concedieron medidas cautelares solicitadas por el Defensor del Pueblo, que suspendían el efecto de los incrementos provisionales de tarifas concedidos por el Gobierno mientras comenzaba el proceso de renegociación, con el fundamento de que la Ley de Emergencia establecía que se debía realizar una renegociación completa, y por lo tanto no contemplaba tales incrementos provisionales de tarifas.

Otra decisión que puede haber influenciado negativamente a los operadores de servicios públicos y sus inversores en relación con los tribunales argentinos fue una adoptada antes de la promulgación de la Ley de Emergencia. En el año 2000, un tribunal federal concedió una medida cautelar suspendiendo la aplicación de un aumento en las tarifas de gas basado en la tasa de inflación de los Estados Unidos.<sup>44</sup> En ese momento, dada la relación fija entre el peso y el dólar estadounidense y siendo el dólar la base de las tarifas, algunas de éstas se encontraban atadas no al índice inflacionario local sino al de los Estados Unidos, el cual había sido tradicionalmente mucho más bajo que el índice relevante en el caso de Argentina. Sin embargo, entre 1988 y 1999 la situación se revirtió y mientras que la Argentina presentaba deflación los Estados Unidos presentaban una pequeña, pero de todos modos observable, tasa de inflación. El Gobierno negoció una postergación de los aumentos de tarifas durante esos años la cual debía terminar en el año 2000. Sin embargo, argumentando que resultaría irrazonable aumentar las tarifas en dicha circunstancia, el Defensor del Pueblo intentó y obtuvo una medida cautelar suspendiendo el aumento de tarifas que estaba por ponerse en vigor luego de que la postergación terminara en el año 2000. La decisión fue luego confirmada por un voto dividido de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal<sup>45</sup> y más tarde el Recurso Extraordinario fue denegado por la Corte Suprema de Justicia<sup>46</sup> dejando de este modo firme la sentencia. A pesar de los seis años que transcurrieron desde entonces, la demanda de fondo relativa a la validez del sistema de aumento de tarifas se encuentra todavía en sus etapas iniciales pero, en el ínterin, las medidas tomadas para la implementación de la Ley de Emergencia prácticamente han convertido a la controversia en abstracta. El hecho de que un incremento de tarifas de unos pocos puntos

<sup>43</sup> JNFed. CA N° 12, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Ministerio de Economía, LL*, 2003-C, p. 116; JNFed. CA N° 3, *Unión de Usuarios y Consumidores y otros v. Ministerio de Economía e Infraestructura, LL*, 2003-E, p. 295; JNFed. CA N° 7, *Defensor de Pueblo de la Nación v. Poder Ejecutivo Nacional, LL*, 2003-B, p. 796; JNFed. CA N° 1, *Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Poder Ejecutivo Nacional, LL*, 2003-A, p. 449. Ver también CNFed. CA, Sala III, 2-III-04, *Asociación de Generadores de Energía Eléctrica (AGEERA) c. E.N. – Secretaría de Energía*, rechazando un amparo que pedía el cumplimiento de la Ley de Electricidad 24.065 en la fijación del precio estacional.

<sup>44</sup> JNFed. CA N° 8, 18-VIII-00, *Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional*.

<sup>45</sup> CNFed. CA, Sala V, 5-X-01, *Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional*.

<sup>46</sup> CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional –Ministerio de Economía– Decreto 669/00 y otro s/ ordinario* (Expediente N° 23.232), 24-V-05.

porcentuales sobre la inflación local sea suspendido por considerársele irrazonable, silenciando el hecho de que los incrementos anteriores basados en el índice de inflación de los Estados Unidos habían resultado inferiores a la inflación local, sorprendió a algunos de los inversores extranjeros de las empresas de servicios públicos.

#### 2.4. *Costos de los litigios*

Iniciar una acción judicial en Argentina contra el Gobierno federal requiere el pago anticipado de una tasa de justicia equivalente al 3% (tres por ciento) del monto total del reclamo.<sup>47</sup> En las acciones meramente declarativas, el demandante debe estimar el monto de la controversia y pagar la tasa sobre la base de esa estimación.<sup>48</sup> Últimamente se ha vuelto usual que los tribunales requieran a los demandantes que cuestionan la validez de una decisión gubernamental pero que no solicitan una compensación, que de todos modos estimen el valor económico del reclamo. El Gobierno puede cuestionar la estimación y requerir al tribunal que decida el monto sobre el cual la tasa judicial debiera ser calculada.<sup>49</sup>

Esta barrera en el acceso a la justicia es considerada importante por algunos abogados del Gobierno, los que consideran un abuso del proceso legal a la posibilidad de demandar a un Gobierno por millones de dólares pagando solamente una tasa de unos pocos miles de dólares, como ocurre en los casos de arbitraje internacional.

La regla general sobre las costas legales es que el perdedor debe afrontar las costas legales del ganador.<sup>50</sup> Ello incluye no solamente la tasa judicial (si no fue previamente abonada por el ganador) sino también los honorarios de los abogados de la parte ganadora y de los expertos designados por el tribunal.<sup>51</sup> Todos estos honorarios son establecidos por el tribunal como un porcentaje del monto de la controversia dentro de los parámetros establecidos principalmente por la ley que gobierna el ejercicio de la profesión legal.<sup>52</sup> En el caso de los abogados, los honorarios pueden ser fijados entre el 14% y el 28% por el trabajo en los tribunales inferiores tanto de los abogados como de los procuradores.<sup>53</sup> El trabajo de apelación ante las Cortes de Apelación y también ante la Corte Suprema es remunerado, por cada etapa de apelación, con una suma entre el 25% y el 35% de los honorarios fijados por el trabajo en los tribunales inferiores.<sup>54</sup> Sin embargo, los honorarios totales concedidos por el trabajo ante los tribunales inferiores (que incluye a los abogados, procuradores y expertos designados por el tribunal) no pueden exceder el 25% del monto de la sentencia.<sup>55</sup>

<sup>47</sup> Ley 23.898, B.O. del 23-X-90, art. 3°.

<sup>48</sup> Ley 23.898, art. 4°, parag. (d.)

<sup>49</sup> Ley 23.898, artº. 4, parag. (d.)

<sup>50</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., art. 68.

<sup>51</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., art. 77; ley 23.898, art. 10.

<sup>52</sup> En la Ciudad de Buenos Aires, el asunto es gobernado por la ley 21.839, B.O. del 20-VII-78, y sus modificaciones.

<sup>53</sup> Ley 21.839, arts. 7°, 9°.

<sup>54</sup> Ley 21.839, art. 14.

<sup>55</sup> Cód. Civ., art. 505, según la enmienda por ley 24.432, B.O. del 10-I-95, art. 1°.

Cuando el monto de la controversia es muy alto, la Corte Suprema ha decidido que los montos de los honorarios legales no debieran aplicarse matemáticamente sino que debiera darse alguna consideración al valor del trabajo jurídico llevado a cabo.<sup>56</sup> Sin embargo, honorarios que alcanzan los millones de dólares no son desconocidos en la práctica legal en Argentina. De este modo, en *Provincia de Santa Cruz*<sup>57</sup> la Corte Suprema no aplicó los porcentajes legales debido al alto monto del reclamo (alrededor de 600 millones de dólares a la tasa de cambio del momento) pero fijó los honorarios, incluyendo los de los abogados y expertos, en una suma en ese entonces equivalente a 20 millones de dólares.

Las partes que puedan demostrar que no se encuentran en condiciones de afrontar las costas legales pueden requerir una dispensa de las mismas.<sup>58</sup> Este es un procedimiento auxiliar que puede ser cuestionado por la otra parte en el litigio.<sup>59</sup> Si la dispensa es concedida, no ha de pagarse la tasa judicial y no puede imponerse ningún monto de costas legales contra la parte que la obtuvo.<sup>60</sup> Normalmente, una decisión acerca de la admisibilidad de este beneficio, incluyendo las apelaciones, requiere entre seis meses y un año. Como regla, este beneficio se extiende exclusivamente a personas físicas. Excepcionalmente, las empresas que sean insolventes o casi insolventes pueden también obtener este beneficio.<sup>61</sup>

Una parte puede iniciar una demanda alegando este beneficio y de este modo evitar el pago de la tasa de justicia al momento de iniciar el reclamo.<sup>62</sup> Sin embargo, si el tribunal —ya sea actuando *ex officio* o a pedido de la contraparte— rechaza el beneficio, la tasa de justicia debe entonces ser pagada por el demandante, ya que la misma se considera devengada por el inicio de la demanda y no puede ser evitada por un abandono posterior de la acción. El riesgo de pago de los gastos del litigio sólo puede evitarse si el demandante inicia su acción luego de que el beneficio haya sido concedido por el tribunal inferior y, en caso de ser apelada, si la concesión del beneficio es confirmada por la Cámara de Apelaciones.

Para desistir de una acción pero no del derecho, conservando de este modo los derechos invocados en la acción, el demandante debe contar con el consentimiento de la parte demandada. El desistimiento no requiere el consentimiento de la parte demandada exclusivamente cuando incluye tanto la acción como los derechos reclamados.<sup>63</sup>

En cualquier caso, a menos que se acuerde lo contrario con la parte demandada, si la parte que inicia una demanda judicial la retira luego de que se haya notificado a la parte demandada, debe de todos modos pagar todas las costas judiciales, incluyendo la tasa judicial y los honorarios

<sup>56</sup> Ley 24.432, art. 13; CSJN, *Provincia de Santa Cruz v. Estado Nacional*, 1997, Fallos, 320: 495.

<sup>57</sup> CSJN, *Provincia de Santa Cruz v. Estado Nacional*.

<sup>58</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., art. 78.

<sup>59</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., art. 80.

<sup>60</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., art. 84; ley 23.898, art. 13 inc. a).

<sup>61</sup> CSJN, *Estructuras Tafti v. Provincia de Tucumán*, 1996, JA, 1997-I, p. 74; CNFed. CyC, Sala III, 4-III-03, *Siempre SA. v. Y.P.F. SA.*, Lexis Nexis N° 30012389; CNCiv, Sala D, 11-VI-02, *To Talk SA. v. Miniphone SA.*, Lexis Nexis N° 30002844.

<sup>62</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., art. 78.

<sup>63</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., arts. 304 y 305.

de los abogados de la contraparte. Esto significa que la parte que retira la demanda es tratada como si hubiera perdido el caso a menos que el retiro se funde en un cambio de legislación o de los precedentes judiciales.<sup>64</sup>

En los casos de retiro, los honorarios profesionales deben ser determinados por el juez dentro del rango de porcentajes del monto de la disputa ya mencionados, no debiendo los montos acordados exceder el 50% del monto del reclamo original.<sup>65</sup>

## 2.5. Duración del Proceso

Los procesos judiciales ante los tribunales federales en materia contencioso-administrativa pueden prolongarse por diez o más años. Ello es el resultado de normas legales que requieren el agotamiento de los remedios administrativos, de tener que atravesar tres instancias judiciales diferentes en los casos importantes y de un proceso administrativo y judicial para la ejecución de la sentencia que puede agregar dos años más hasta que la indemnización es cobrada por el demandante. Además, en dos ocasiones ya se han promulgado leyes que establecen que el pago de indemnizaciones en causas contra el Estado se efectivice mediante la entrega de bonos del Estado a 16 años.<sup>66</sup>

Un ex Procurador del Tesoro ha señalado que el tiempo promedio necesario para obtener una decisión de un tribunal inferior en un reclamo por daños alcanza los seis años.<sup>67</sup> Sin embargo, las estadísticas oficiales correspondientes a los años 2002, 2003 y 2004 demuestran que la tasa de sentencias con respecto a los casos en proceso alcanza aproximadamente el 10%, es decir que aproximadamente uno de cada diez casos en trámite en un tribunal es decidido cada año. Esto significa que la demora promedio para obtener una decisión por parte de un tribunal de primera instancia en un reclamo por daños es ligeramente superior a los diez años. Varios años adicionales para las dos apelaciones subsiguientes (la Cámara de Apelaciones y la Corte Suprema) también deberían agregarse. No es infrecuente que, en un caso complicado, lleve veinte años el obtener una decisión por parte de la Corte Suprema.

En el caso de *Tranvías* decidido en 1965, que concernía un reclamo por daños emergente de la negativa del Gobierno a conceder un aumento de tarifas a una compañía de transporte urbano, transcurrieron 19 años desde el inicio de la demanda original hasta la sentencia definitiva de la Corte Suprema.<sup>68</sup> Un ejemplo más reciente puede hallarse en el caso iniciado en el año 2000 por el Defensor del Pueblo, en el cual una medida cautelar fue concedida contra la aplicación del índice de precios del productor de los Estados Unidos para ajustar las tarifas de distribución de gas, el cual se encuentra todavía en sus etapas iniciales luego de seis años de proceso.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Cód. Proc. Civ. y Com., art. 73.

<sup>65</sup> Ley 21.839, art. 20.

<sup>66</sup> Leyes 23.982 de 1991, y 25.344 (Capítulo V) de 2000.

<sup>67</sup> ROSATTI, HORACIO D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino," *LL*, 2003-F, 1283, nota al pie 28.

<sup>68</sup> CSJN, *Compañía de Tranvías Anglo Argentina v. Nación Argentina*, 1965, *Fallos*, 262: 555.

<sup>69</sup> JNFed. CA N° 8, *Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional*, Expediente N° 23.232/00.

Los problemas que emergen de esta demora en obtener una decisión por parte de un tribunal se ven agravados por ciertas reglas del derecho administrativo de Argentina, de acuerdo con las cuales todas las decisiones del Gobierno se presumen válidas y deben por lo tanto ser cumplidas a menos y hasta que, sean anuladas o suspendidas por una decisión administrativa o judicial.<sup>70</sup> Por otra parte, la defensa del derecho privado que permite a una parte negarse a cumplir con sus obligaciones contractuales fundándose en el incumplimiento de la otra parte (la *exceptio non adimpleti contractus* permitida por el art. 1201 del Código Civil) resulta de aplicación muy limitada en relación con los contratos del Gobierno que recaen dentro de la definición de contrato administrativo.<sup>71</sup>

En ocasiones resulta posible obtener una medida cautelar suspendiendo la aplicación de una decisión administrativa. Esto ha ocurrido en el pasado en relación con la rescisión de importantes contratos del Gobierno.<sup>72</sup> Sin embargo, los precedentes más recientes no han resultado favorables a las empresas de servicios públicos.<sup>73</sup>

## 2.6. Disponibilidad de otras alternativas

Durante la Presidencia de Carlos Menem, la Argentina celebró numerosos tratados bilaterales de protección de las inversiones.<sup>74</sup> Esta fue una decisión política que no respondió a ningún pedido de los abogados argentinos. Por lo general, estos tratados garantizan a los inversores extranjeros un trabajo justo y equitativo y los protegen contra la expropiación y otras medidas equivalentes sin compensación. Asimismo, conceden a los inversores extranjeros la opción de iniciar una demanda contra el país donde se encuentra radicada la inversión, ya sea ante los tribunales del mismo o ante un tribunal arbitral internacional como, por ejemplo, los establecidos bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI.)

En relación con este remedio, los tratados recaen en dos categorías principales. Muchos tratados con países europeos requieren que el inversor extranjero litigue ante los tribunales del país anfitrión con la opción de recurrir al arbitraje en el extranjero si después de 18 meses el asunto no ha sido resuelto por los mencionados tribunales a satisfacción del inversor.<sup>75</sup> Esta regla fue denominada por los abogados internacionalistas argentinos como la “cláusula Calvo débil” ya que conservaba parcialmente el requisito de la doctrina Calvo de que los asuntos concernientes a las inversiones extranjeras debieran siempre ser tratados ante los tribunales del

<sup>70</sup> Decreto-ley 19.549 y sus modificaciones (Decreto-ley de Procedimiento Administrativo), art. 12.

<sup>71</sup> CSJN, *Cinplast*, 1993, *Fallos*, 316: 212.

<sup>72</sup> *Nación Argentina v. Pan American Oil Co.*, 4 JA 78 (1965) (Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, Sala Civil y Comercial.)

<sup>73</sup> Ver notas 27, 28, 41, 42 y 43, *supra*.

<sup>74</sup> Todos estos tratados han sido ratificados por ley. De este modo, el tratado con los Estados Unidos fue ratificado por ley 24.124, B.O. del 25-IX-92; con Italia, por ley 24.122, B.O. del 25-IX-92; con España, por ley 24.118, B.O. del 15-IX-92; con Suecia, por ley 24.117, B.O. del 15-IX-92; con Francia, por ley 24.100, B.O. del 14-VI-92; con Suiza, por ley 24.099, B.O. del 13-VII-92; con Alemania, por ley 24.098, B.O. del 13-VII-92.

<sup>75</sup> Por ejemplo, tratados con Alemania, Suiza, España e Italia.

país anfitrión.<sup>76</sup> El tratado celebrado con los Estados Unidos, en cambio, requiere que los inversores extranjeros decidan de manera irrevocable al inicio del proceso si demandarán ante los tribunales locales o si elegirán el arbitraje internacional.<sup>77</sup>

La Argentina no ha establecido ninguna regla especial con respecto a las acciones judiciales que alegan la violación de un tratado bilateral de inversión y que se inician ante los tribunales locales para cumplir con el período de tiempo requerido por el tratado relevante. De este modo, no hay reglas específicas que dispensen el agotamiento de los remedios administrativos en casos relativos a la violación de un tratado bilateral de inversión ni se ha establecido una acción especial sumaria para ellos. No existe un límite en relación con el monto de la tasa judicial u otras costas judiciales aplicables para los casos presentados bajo las disposiciones de un tratado, ni se ha establecido una excepción a la regla de que la parte que abandona el proceso es tratada como la parte perdedora a los efectos de la adjudicación de las costas legales para los casos en los que el demandante discontinúa la acción ante los tribunales argentinos luego de transcurrido el plazo establecido por el tratado relevante y a los efectos de continuar con el caso de allí en adelante ante un tribunal arbitral internacional.

En consecuencia, teniendo en cuenta las reglas explicadas en la Sección 4, pareciera que aquellos países que han adoptado la primera alternativa no evaluaron las reglas de procedimiento locales, ya que desistir la acción luego de transcurridos los 18 meses es un paso que tiene serias consecuencias para quien desiste a menos que se obtenga el consentimiento del país anfitrión para tal desistimiento, un escenario que resulta improbable.

Sin embargo, como muchos de los tratados incorporaron la cláusulas de la nación más favorecida,<sup>78</sup> los inversores que iniciaron demandas en el marco de los tratados con países de Europa han podido —en general con éxito— invocar el sistema del tratado con los Estados Unidos y, de este modo, evitar el requisito de iniciar la demanda ante los tribunales locales y esperar 18 meses para desistirla.

Desde el punto de vista de los costos, el inicio de un arbitraje en el extranjero no se encuentra sujeto al sistema de tasa judicial que prevalece en los tribunales argentinos. Si bien se requieren anticipos para cubrir los costos del arbitraje, en demandas de cientos de millones de dólares estos anticipos resultan pequeños comparados con lo que representaría una tasa porcentual del monto reclamado. Por otro lado, la mayor parte de las decisiones arbitrales no obligan a la parte perdedora a pagar los honorarios legales de los abogados de la parte ganadora y a menudo se dividen entre las partes, aunque de manera desigual en ocasiones, los costos comunes del arbitraje.<sup>79</sup> De este modo, si bien el costo de los abogados internacionales puede ser alto, no existe riesgo de que una parte deba hacerse cargo de una factura por decenas de

<sup>76</sup> YMAZ VIDELA, ESTEBAN M., *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Su Efecto en las Contrataciones Administrativas*, Buenos Aires, *La Ley*, 1999, p. 54.

<sup>77</sup> Art. VII.

<sup>78</sup> Ver, p. ej., art. 7(1) del tratado con Alemania.

<sup>79</sup> Ver, p. ej., la reciente decisión en el caso *Siemens A.G. vs. The Argentine Republic*, ICSID, 6-II-07.

millones de dólares por gastos legales de la otra parte como ha ocurrido en algunos casos de litigio contra el Gobierno en Argentina.

En cuanto al tiempo, las decisiones sobre el fondo han tomado en ocasiones aproximadamente cuatro a cinco años en ser emitidas.<sup>80</sup> Hasta el momento la Argentina parece haber decidido apelar todas las decisiones tal y como lo permite la legislación aplicable,<sup>81</sup> y esto puede llegar a agregar aproximadamente dos años más hasta el momento en que la decisión pueda ser ejecutada (asumiendo que la apelación sea rechazada.) De todos modos, el tiempo total es aproximadamente la mitad, si no menos, de lo que tomaría alcanzar una decisión final en Argentina. Si bien algunos representantes argentinos habían sugerido en un comienzo que buscarían una revisión de las decisiones ante los tribunales locales, la posición actual de las autoridades parece ser que se honrará la decisión final de los tribunales arbitrales.

### **3. Una evaluación de la situación**

A comienzos de 2002, algunos inversores en las empresas de servicios públicos consideraron la posibilidad de demandar ante los tribunales argentinos. En nuestra experiencia, lo que los disuadió fueron los factores del costo y de la demora. Luego, cuando algunos de los inversores invocaron las cláusulas de arbitraje de los tratados de manera exitosa, el camino pareció aclararse y todos lo siguieron. Para el año 2004 alrededor de 30 casos habían sido iniciados contra la Argentina ante el CIADI y se cree que otros casos han sido iniciados bajo las reglas de UNCITRAL.<sup>82</sup>

Hasta el momento, los inversores extranjeros parecen haber tenido razón al elegir estos foros para solucionar sus controversias con el Estado argentino. Los demandantes han triunfado hasta el momento en todas las cuestiones jurisdiccionales así como en las pocas decisiones sobre el fondo que han sido anunciadas.<sup>83</sup>

Resulta interesante observar que, aunque el Gobierno Argentino ha criticado la generalizada elección de esta alternativa, todavía no ha denunciado ninguno de los tratados bilaterales de inversión. Tal conducta no afectaría por supuesto a las controversias ya existentes, pero pondría sobre aviso a futuros inversores extranjeros acerca de la protección que resultaría de la denuncia del tratado.

Si el Gobierno argentino honrara sin demoras los laudos que establecen indemnizaciones, se podría argumentar que, a la larga, mantener los tratados en vigor beneficiaría a la Argentina

<sup>80</sup> Cuatro años en el caso de CMS, cinco en el caso de Siemens (este caso estuvo fundado en la rescisión por el Gobierno de un contrato la cual ocurrió antes de la promulgación de la Ley de Emergencia.)

<sup>81</sup> El Art. 52 de la Convención sobre Solución de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados permite introducir un recurso de nulidad.

<sup>82</sup> Ver KENTIN, ESTHER, *Economic crisis and investment arbitration: the Argentine cases*, Hague Academy Centre of Studies, 2004. Algunos de estos casos (Azurix y Siemens) se refieren a controversias que comenzaron antes de la promulgación de la Ley de Emergencia.

<sup>83</sup> Las decisiones sobre compensación hasta ahora conocidas incluyen aquellas en favor de CMS (US\$ 133.2 millones), Azurix (US\$ 165.2 millones) y Siemens (US\$ 208.4 millones.) En el reclamo de LG&E, el Tribunal decidió parcialmente en favor del demandante pero ha diferido el cálculo de la indemnización para una etapa posterior.

porque reaseguraría a los inversores extranjeros acerca de la existencia de una protección legal efectiva para sus inversiones en la Argentina y, de este modo, expandiría las posibilidades del país de atraer a tales inversores.

Se podría preguntar, sin embargo, si Argentina no se beneficiaría más si modernizara su sistema judicial, haciéndolo más barato y más rápido para que los grandes casos sean juzgados localmente. Cuanto menos, esto permitiría a los inversores locales (quienes irónicamente se encuentran actualmente en peor situación que sus pares extranjeros) iniciar demandas localmente sin correr el riesgo de cargar con grandes costos judiciales y sin tener que esperar décadas para obtener una sentencia definitiva. Ello también aseguraría que el derecho sustantivo de Argentina siempre sería aplicado y que las sentencias serían publicadas y tendrían valor como precedentes dentro del país.

Las demoras de diez o incluso veinte años del sistema judicial argentino implican, en la práctica, que la sentencia definitiva llega en un momento en el que los políticos que tomaron las medidas que son finalmente invalidadas por los tribunales hace ya tiempo que han dejado sus cargos. Esto favorece tanto a los tribunales como a los políticos. A los primeros porque pueden decidir de manera independiente de cualquier presión política, ya que los temas que pueden haber sido duramente discutidos cuando se tomaron las decisiones han sido ya olvidados, como también lo han sido quienes las tomaron. A los segundos, porque el costo de compensar cualquier daño que haya sido causado por sus decisiones recae sobre una administración diferente y no conduce a ningún tipo de crítica sobre sus acciones pasadas.

Desde el punto de vista del Estado, sin embargo, estas demoras son en el largo plazo perjudiciales, ya que permiten a los políticos tomar lo que constituyen, de hecho, medidas ilegales sin sufrir las consecuencias de sus violaciones legales o contractuales. El Estado, o mejor dicho sus contribuyentes, deben cargar con los costos de las indemnizaciones que son finalmente concedidas por los tribunales. El sistema favorece la toma de decisiones demagógicas como el rescindir contratos que son supuestamente no favorables para el Estado (que en todos los casos fueron celebrados por administraciones anteriores) invocando fundamentos legales que son a menudo débiles.<sup>84</sup> Estas decisiones pueden de este modo ser mostradas inicialmente como una defensa del interés nacional sin costo para los contribuyentes, pero al final resultan en que el país tenga que pagar importantes sumas en concepto de indemnización a las partes de los contratos que se rescindieron.

Un período de tiempo más breve entre el nacimiento de la controversia y su resultado definitivo, ya sea como resultado de un proceso de arbitraje o de un procedimiento y un sistema judicial modernizados, actuaría como un elemento disuasorio de este tipo de prácticas, ya que la decisión final sería conocida en un momento en el cual el funcionario que la tomó todavía se encuentra en funciones o al poco tiempo de haber cesado en ellas. Acortar el tiempo necesario

<sup>84</sup> Algunos ejemplos anteriores de esta práctica argentina pueden encontrarse en MAIRAL, HÉCTOR A., "Foreign Investments and Municipal Laws: The Argentine Experience," *Connecticut Journal of International Law*, 1989-4: 3.

para solucionar estas controversias traería por lo tanto beneficios a largo plazo para el Estado y sus contribuyentes.

#### **4. Conclusión**

El Derecho sustantivo de Argentina provee de protección suficiente para los inversores extranjeros. Sin embargo, su sistema judicial y el procedimiento que lo regula, en conjunto con las normas del derecho administrativo argentino, implican, en la práctica, una denegación de justicia. Tener que pagar de forma adelantada el 3% del monto total del reclamo, arriesgar decenas de millones de dólares en honorarios legales y tener que aguardar veinte años desde que el contrato fuera rescindido para obtener una decisión judicial definitiva, no constituyen un remedio legal aceptable en el mundo actual.

Durante los años noventa, la Argentina intentó en los hechos recurrir al dólar estadounidense como un sustituto para su moneda nacional. Al celebrar tratados bilaterales de inversión, la Argentina hizo al derecho internacional y al arbitraje extranjero directamente aplicables a sus controversias con inversores extranjeros. La primera experiencia terminó en un desastre. La segunda, es resistida por el Gobierno y acarrea ciertas desventajas institucionales. Solamente cuando la moneda argentina, el derecho argentino y los tribunales argentinos operen en un nivel similar al de naciones más avanzadas, podrá el país ofrecer a los inversores privados —nacionales y extranjeros— un ambiente verdaderamente amigable para que canalicen sus fondos hacia los proyectos a largo plazo que la Argentina necesita.