

Proteger al inversor

Hasta hace medio siglo, un país que se atreviera a nacionalizar las inversiones extranjeras sabía a lo que se exponía. Nasser anunció la expropiación del Canal de Suez en julio de 1956. Las tropas francesas e inglesas tardaron tres meses en desembarcar. Mossadegh, el Presidente del Irán que se atrevió a nacionalizar los yacimientos petrolíferos occidentales, duró hasta 1953, para ser derribado por un golpe de Estado instigado por la CIA. Y varias repúblicas americanas guardan vivo el recuerdo de una invasión del gran vecino del norte para proteger los derechos de los ciudadanos yanquis.

No hay duda que las cosas han mejorado: hoy el uso unilateral de la fuerza por los Estados poderosos ya no es aceptable. Los últimos decenios han estado marcados por la búsqueda de instrumentos jurídicos que logren dar seguridad a los inversores extranjeros; porque la protección del inversor es imprescindible para fomentar la inversión - y la inversión extranjera es, junto al comercio internacional, la principal fuerza motriz del desarrollo.

La más obvia de las soluciones - crear un Tribunal Internacional ante el cual los inversores expoliados pudieran ejercitar sus derechos - nunca llegó a funcionar satisfactoriamente. Y eso que el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, se creó y sigue existiendo; pero el Tribunal tiene problemas estructurales que limitan su eficacia: sólo pueden demandar los Estados, no los particulares, y además el Tribunal exacerbó las dificultades adoptando una interpretación muy restrictiva en materia de legitimación y competencia. En el caso quizá más famoso de la Historia, el de la "Barcelona Traction", el Tribunal nunca llegó a entrar en el fondo del asunto, - a pesar de que el proceso duró casi 10 años - sino que rechazó la

demanda por un problema de legitimación: era Canadá, y no Bélgica, quien tenía que haber demandado a España.

Arbitraje

El fracaso de la vía de los Tribunales impulsó la búsqueda de otras alternativas. Si el arbitraje internacional funcionaba adecuadamente para resolver disputas entre particulares, ¿por qué no intentar usarlo para disputas entre inversores y Estados? Esta alternativa comenzó a pergeñarse en la década de los sesenta, y recibió un cierto impulso cuando en 1966 el Banco Mundial creó un centro especializado en administrar arbitrajes de inversión (el “CIADI”). A pesar de las buenas intenciones, en los primeros decenios, el Centro languideció - le llegaban uno o dos arbitrajes por año.

Las cosas empezaron a cambiar a medida que los países exportadores de capital y los receptores de inversión se pusieron de acuerdo para firmar Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI's). España lleva más de 40 de estos Tratados firmados, básicamente con países de Hispanoamérica y del Este europeo (la lista puede consultarse en *mcx.es*).

El contenido de los APPRI's es muy sencillo: cada Estado garantiza a los ciudadanos del otro

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

Y para asegurar que las garantías no se queden en papel mojado, los APPRI's permiten a todo inversor reclamar directamente contra el Estado infractor, mediante un arbitraje internacional, administrado por el CIADI. Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Argelia, o el Gobierno argelino expropia su empresa, puede iniciar un arbitraje contra Argelia, pidiendo a los árbitros que condenen al Estado argelino a indemnizar el perjuicio causado.

A medida que se fueron firmando APPRI's (en la actualidad hay más de 2.000 en vigor en todo el mundo) y que los inversores se percataron que podían reclamar a través de un arbitraje, el número de arbitrajes fue creciendo lentamente. En el año 2001 se abrieron 14 nuevos casos, y en el 2002, se alcanzó el record de 17 (la lista puede consultarse en worldbank.org/icsid).

El demandante típico en estos arbitrajes es una empresa multinacional, y el demandado un país americano, africano o asiático en vía de desarrollo. Pero no siempre: en estos momentos también se están tramitando dos demandas contra los EE.UU. Y España ha sido a finales de 2000, el primer país de la OECD condenado por haber aplicado un trato injusto e in equitativo a un inversor extranjero.

Argentina

El caso que llevó a la condena de España tiene su miga. El Sr. Maffezini es un industrial argentino y aparenta ser bastante combativo. En una malhadada hora, Sodiga - la sociedad de desarrollo empresarial de la Xunta de Galicia - decidió crear una "joint venture" con el inversor

argentino, para construir una fábrica de productos químicos en Galicia. Por la razón que sea - el Sr. Maffezini se la achaca a Sodiga - el proyecto fue mal. El Sr. Maffezini había depositado 30M de Ptas. en un banco, y Sodiga se hizo con ellas para paliar las pérdidas. Ni corto ni perezoso, el Sr. Maffezini inició un arbitraje contra el Reino de España, argumentando que se había violado el APPRI firmado entre España y Argentina, y, tras tres años de procedimiento, logró que se condenara a España a devolverle los 30M de Ptas. que había perdido, más intereses (que ascendían a otro tanto). El Tribunal, presidido por un respetado Profesor chileno, llegó a la conclusión que la actuación de Sodiga había constituido un tratamiento injusto e inequitativo y que, al tratarse de una entidad pública, el Estado debía responder de su actuación.

Hay una cierta ironía en que hasta ahora el APPRI entre España y Argentina se haya aplicado una sola vez, ¡y esa para condenar a España!

Lo cierto es que en estos momentos Argentina es el país donde los inversores extranjeros han sufrido más pérdidas, y contra el que más demandas se han interpuesto (según la lista oficial del CIADI, son siete las ya presentadas, pero es probable que se estén preparando bastantes más). Los demandantes por lo general son empresas europeas y americanas, titulares de grandes inversiones (Vivendi, Siemens, LG&E, CMS...). Ninguna empresa española se encuentra entre este grupo (Repsol YPF tiene en cambio en marcha un procedimiento contra Ecuador, por una presunta violación de un contrato de explotación de petróleo). Las demandas contra Argentina en su esencia alegan que el país americano ha incumplido compromisos explícitos asumidos frente a los inversores, los ha tratado inequitativamente y ha llegado a adoptar medidas equivalentes a la expropiación. Frente a esto, Argentina alega que todas las medidas se

adoptaron en un momento de aguda crisis nacional, y con la finalidad de defender el interés general.

Si las reclamaciones tuvieran éxito, y Argentina resultara condenada a pagar cantidades significativas (lo que está por ver), los laudos serán ejecutivos y tendrán que ser satisfechos; ahora bien ¿de dónde procederán los recursos para pagar las indemnizaciones? ¿No habrá una ola de indignación si se atiende a los inversores antes que a los hambrientos? Quizá por esta razón, muchos inversores son reacios a utilizar el arma del arbitraje en situaciones de crisis nacional como la argentina. En todo caso, el problema, por ahora, no urge: las reclamaciones arbitrales tienen su tempo, y en menos de tres años es improbable que se haya dictado un laudo definitivo. Ojalá para entonces la Argentina haya enderezado su rumbo.

Juan Fernández-Armesto