



La seguridad jurídica y las inversiones españolas en América Latina

Descripción

Señalaba un reciente documento publicado por el Real Instituto Elcano¹ que el aspecto más problemático en la imagen actual de España en América Latina son las inversiones. Me gustaría retomar esa frase para darle la vuelta, y afirmar que el aspecto más problemático de la imagen actual de América Latina en España son las inversiones y, en particular, la falta de seguridad jurídica que percibe el inversor español para sus inversiones en esa región.

Esta ausencia de seguridad jurídica para la inversión extranjera o es un problema nuevo ni limitado estrictamente a Latinoamérica. Otra cosa es que España, como país novel en materia de inversiones en el exterior, no se haya enfrentado a él sino de poco tiempo a esta parte.

Tras la demanda de seguridad jurídica subyace una vieja polémica, que procede de la colisión entre el poder soberano de los Estados receptores de la inversión y los derechos del inversor extranjero. O dicho en otros términos: es la cuestión de los recursos a disposición de los inversores extranjeros para hacer frente a las medidas políticas y económicas que adoptan los Estados y que pueden resultar perjudiciales para sus intereses.

Latinoamérica ha sido probablemente la región del mundo donde más se ha materializado esta polémica. Los países latinoamericanos se han acogido históricamente a las denominadas *Doctrina Calvo* o *Doctrina Drago*. Ambas surgieron como reacción diplomática a la intervención militar de las potencias europeas en las repúblicas latinoamericanas, para forzar el cobro de deudas con los particulares europeos; y defendían la primacía de la soberanía de los Estados sobre los derechos de los inversores extranjeros, los cuales debían contentarse con recibir el mismo trato que los nacionales del país receptor de la inversión y aceptar que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones fueran resueltas por los órganos jurisdiccionales del Estado receptor de las mismas.

En abstracto, tales doctrinas tenían sentido y podían aportar seguridad jurídica a los inversores extranjeros, siempre y cuando los poderes públicos e instituciones de los Estados receptores de inversión funcionasen correcta y adecuadamente. Como no siempre es así, los inversores extranjeros han buscado otros medios para ver satisfechas sus demandas de seguridad jurídica. Nuestro propósito en las próximas líneas es referirnos a las principales causas de inseguridad jurídica apreciadas por los inversores españoles y describir luego los recursos disponibles para hacer frente a tales causas.

Es necesario, sin embargo, dejar previamente constancia de que toda generalización es injusta y que

hay países latinoamericanos sobre los que los inversores españoles apenas tienen quejas (por ejemplo, Chile), y otros países en los que los inversores aprecian esfuerzos para garantizar la seguridad jurídica (como en el caso de Brasil, Colombia o México).

CAUSAS DE INSEGURIDAD JURÍDICA

Es complicado sistematizar las causas que están detrás de las demandas de seguridad jurídica de los inversores. De hecho, a veces se confunden las demandas de seguridad jurídica con demandas de estabilidad. Ciertamente, la seguridad jurídica demanda reglas estables, pero la estabilidad es un concepto más económico que jurídico. La inestabilidad también supone un freno a las inversiones extranjeras, pero la inestabilidad económica en los Estados receptores no viola los derechos de los inversores extranjeros.

Un ejemplo nos lo proporciona la inestabilidad de las divisas de los países latinoamericanos. Las monedas de tales países son débiles y por tanto, susceptibles de devaluaciones significativas, como ocurrió con el peso argentino en el primer semestre de 2002, por ejemplo. La moneda es una de las tradicionales manifestaciones de la soberanía de los Estados. La política monetaria y de tipo de cambio son inherentes a esa potestad soberana, de manera que el Estado receptor de la inversión no es responsable de los daños (i. e., menor valoración de los activos en dicho Estado o menores ingresos en la moneda del inversor) que sufre el inversor extranjero por variaciones en la política de tipo de cambio o monetaria de dicho país. Además, en ocasiones, las devaluaciones de las monedas se deben a causas totalmente ajenas a la voluntad del país receptor de la inversión.

Nuestro derecho, como el de los países de nuestro entorno, reconoce la compensación por devaluaciones monetarias en supuestos muy tasados, al preferir la solución nominalista, consistente en defender el cumplimiento de las obligaciones entregando el preciso número de unidades monetarias estipulado, frente la solución valorista, que consiste en aceptar el cumplimiento de las obligaciones con la entrega de un poder adquisitivo o valor intrínseco que en el momento del pago equivalga al de la suma fijada en el momento de constitución de la obligación. Es decir, la protección del acreedor (en nuestro caso el inversor) frente a las devaluaciones surge sólo cuando las partes pactan expresamente las denominadas cláusulas de valor o estabilización, esto es, cuando la voluntad real de los contratantes consiste en prevenir el riesgo de una devaluación, imponiendo un reajuste de prestaciones, de manera que, en caso de devaluaciones monetarias, sólo se entenderá violada la seguridad jurídica si se violan las cláusulas de valor que los Estados hayan pactado con los inversores extranjeros. Este es un tema que subyace, por ejemplo, en muchas de las controversias existentes entre los inversores extranjeros y las autoridades argentinas, a raíz de la pesificación de la economía de ese país en enero de 2002.

Tres son a nuestro juicio las causas principales que generan la impresión de falta de seguridad jurídica: el abuso de la legislación de emergencia, con la consiguiente ruptura del principio de separación de los poderes; la devaluación del principio *pacta sunt servanda*; y el desconocimiento del principio del equilibrio financiero en los contratos.

ABUSO DE LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA

El abuso de la legislación de emergencia supone aprovecharse indebidamente de las situaciones de crisis económica, social o política para eliminar la separación de poderes y legislar desde el poder ejecutivo. Este hecho tiene características perversas para el Estado de derecho, pues afecta

seriamente el respeto del principio de legalidad por la administración pública, de manera que las leyes sólo se acatan por la Administración en función de la voluntad del Ejecutivo, convertido en legislador, de manera que si alguna ley no gusta se puede modificar de manera inmediata por el Ejecutivo.

Los efectos se agravan porque el único remedio al abuso se encuentra en el recurso de inconstitucionalidad, cuya eficacia está limitada en muchos países latinoamericanos a la impugnación de actos concretos, en lugar de disposiciones generales.

LOS PACTOS DEBEN SER RESPETADOS

El segundo de los elementos que generan inseguridad jurídica es la devaluación del principio *pacta sunt servanda*. Un principio general de derecho reconocido en todos los ordenamientos de origen continental es que los contratos obligan a las partes con fuerza de ley. El desconocimiento de este principio supone la intromisión del poder legislativo (ya sea originario o «emergente») en los contratos entre particulares. La discrecionalidad y arbitrariedad en el uso de la potestad legislativa en función de la conveniencia del momento altera frecuentemente la base del negocio pactado por las partes, modificando las circunstancias en las que los particulares pactaron sus obligaciones. La desaparición de la base del negocio y la modificación sobrevenida de las circunstancias de las obligaciones son la base de doctrinas que para situaciones muy excepcionales permiten el incumplimiento de obligaciones en los términos pactados. Sin embargo, si se dan frecuente y habitualmente, fomentan el incumplimiento de lo pactado y generan una falta de conciencia en los países, e incluso en sus nacionales, de cumplir las obligaciones asumidas.

EQUILIBRIO FINANCIERO CON LA ADMINISTRACIÓN

La tercera causa de inseguridad jurídica radica en el desconocimiento del principio del equilibrio financiero en los contratos con las administraciones públicas. Este principio está hoy aceptado en la mayoría de los ordenamientos en materia de contratación administrativa. Sin embargo, en Latinoamérica es habitual que los cambios en los grupos políticos en el poder vengán acompañados de «nulidades políticas», entendiendo por tales la censura sin sentencia administrativa de actos jurídicos realizados por gobiernos anteriores, en base a supuestos vicios jurídicos. Circunstancias como el abuso de las prerrogativas de las administraciones públicas en materia de contratación administrativa después de que los inversores privados hayan realizado una parte significativa del programa de inversión o la negativa a la actualización de tarifas conforme a lo previsto en la ley o en los contratos, generan gran desconfianza e inseguridad jurídica en los inversores, retrayendo nuevas inversiones, especialmente porque la desconfianza suele ser contagiosa.

LOS REMEDIOS ANTE LA INSEGURIDAD JURÍDICA

Ya hemos señalado que la *Doctrina Calvo* y la *Doctrina Drago* no otorgan suficiente protección al inversor extranjero. Por un lado, los poderes públicos del Estado receptor de la inversión están condicionados por la presión social, que es más intensa cuanto más profunda sea la crisis. De hecho, cuanto mayor sea la crisis más posibilidades hay de que se aplique la legislación de emergencia y, en consecuencia, existen más posibilidades de abuso.

Por otro lado, los tribunales internos no están al margen de la presión social y política. Dicha presión condiciona sus decisiones y les hace sucumbir a la tentación populista de adoptar medidas cautelares, o interpretar la legislación y cláusulas contractuales en perjuicio sistemático de las empresas,

especialmente si son extranjeras.

La falta de seguridad jurídica se suele contrarrestar a través de variados medios, como la celebración de contratos internacionalizados, esto es, contratos en los que el derecho aplicable no es el del país receptor de la inversión, sino el de un tercer Estado, la *lex mercatoria* o el derecho internacional; o por medio de la contratación de seguros de crédito que cubran los riesgos políticos, contratados con aseguradoras de capital público o mixto, o con organismos multilaterales creados al efecto.

Sin embargo, los mejores instrumentos de protección, que además sirven de complemento de los anteriores, han sido, por un lado, la creación de foros internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio de Washington de 1965 y cuyo objeto es ofrecer medios de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias que en materia de inversiones pudieran surgir entre Estados partes y nacionales de otros Estados parte, que hayan consentido a la jurisdicción del CIADI; y, por otro lado, la aparición, a falta de un acuerdo multilateral, de Acuerdos bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), en los que los Estados acuerdan un estándar de protección a las inversiones de nacionales del otro Estado, aceptando que en caso de controversia el inversor pueda acudir al arbitraje internacional, ya sea en el seno de CIADI, de UNCITRAL o uno creado *ad hoc* por las partes².

En la mayor parte de los APPRI, el mecanismo de solución de controversias prevé que el inversor pueda acudir bien a los tribunales internos del país receptor de la inversión, o al arbitraje internacional, configurándose ambas vías como excluyentes entre sí. Otros APPRI se apartan de este modelo, comúnmente conocido como «*Fork-in-the-road*» o cláusula de bifurcación en el camino, y exigen que el inversor se someta primero a los tribunales nacionales y luego pueda acudir al arbitraje internacional, transcurrido un determinado periodo de tiempo.

Es habitual que los APPRI exijan al inversor como requisito previo para la utilización del mecanismo de resolución de controversias, entablar negociaciones con el gobierno del Estado receptor de la inversión con vistas a alcanzar una solución amigable en un plazo determinado. La carga que pesa sobre el inversor no es excesiva, pues dicho plazo de espera puede iniciarse con una solicitud formal de inicio de negociaciones dirigida al Gobierno correspondiente. La espera sólo se verá perjudicada por un rechazo o falta de disponibilidad del inversor a hacer efectivas las negociaciones. De hecho, la negativa del Gobierno a negociar o cualesquiera obstáculos que el Gobierno del Estado receptor de la inversión imponga para evitar el buen fin de las negociaciones, no inciden en el cómputo del plazo.

Otra de las ventajas de los APPRI es la relativa al derecho aplicable. Las reclamaciones derivadas de los APPRI tienen una fuente distinta a la contractual. La fuente de las reclamaciones del inversor basadas en un APPRI es un tratado internacional que genera un derecho de naturaleza genérica definido por el derecho internacional. Los derechos contractuales son derechos específicos para cada inversión concreta y quedan definidos por la ley que sea aplicable. Los derechos derivados de los APPRI están sometidos a la ley nacional del Estado receptor, a las estipulaciones del APPRI y a los principios generales de derecho internacional.

La eficacia del laudo arbitral emitido en el seno de CIADI se ve facilitada por el Convenio de Washington, que indica que el laudo tiene fuerza ejecutiva en el territorio de todos los Estados que sean parte de dicho convenio. Los laudos arbitrales quedan entonces fuera del procedimiento de *exequatur* previsto en la legislación interna de los Estados, limitándose los requisitos de ejecución a un trámite de verificación de autenticidad. Además, no sólo se pueden ejecutar en el Estado receptor

de la inversión sino en el resto de Estados firmantes del Convenio de Washington. La ejecución y eficacia del laudo tiene las limitaciones propias de la condición soberana del Estado receptor de la inversión pero no se puede olvidar que, además de las negativas repercusiones del incumplimiento de un laudo del CIADI, el CIADI se creó en el seno del Banco Mundial, el cual es muchas veces una de las escasas fuentes de financiación que tienen los Estados latinoamericanos.

El número de demandas arbitrales con base en APPRI y en el CIADI se ha disparado en los últimos años. Si bien no se puede desconocer el efecto que la crisis argentina ha tenido en este hecho, también es cierto que antes de 1996 no se había registrado ninguna controversia entre inversores y países latinoamericanos en el ámbito de CIADI y que, antes de la crisis argentina, existían ya quince laudos en CIADI relativos a controversias con países latinoamericanos.

NOTAS

- 1· Ángel Alloza, Javier Noyam, «Capital disonante: La imagen de las inversiones españolas en América Latina» (5/02/04), www.realinstitutoelcano.org/documentos.
- 2· Sobre este tema véase la ponencia «La eficacia de los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras», desarrollada por Javier Díez-Hochleitner en las jornadas que sobre «La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina» organizó el Real Instituto Elcano el 11 y 12 de diciembre de 2003 en Madrid. Véase también del mismo autor y Cristina Izquierdo, «Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRIS celebrados por España con países de Latinoamérica», en la *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº8, 2003, pp. 163-197.
- 3· Brasil y Colombia son los principales países latinoamericanos con los que España no tiene un APPRI en vigor debido a razones de estrategia política de tales países. Para más detalle sobre los APPRI y las inversiones españolas en Latinoamérica, véase Javier Illescas, «Los Tratados de Protección de Inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*.

Fecha de creación

30/03/2004

Autor

Eduardo Rodríguez-Rovira