

Comentarios de la República Argentina sobre el documento “Proyecto de guía práctica sobre prevención y mitigación de controversias internacionales relativas a inversiones” (Documento A/CN.9/1185)

I. COMENTARIOS GENERALES

En términos generales y en lo que refiere al enfoque utilizado para la elaboración de esta versión del presente trabajo, se observa favorablemente la nueva denominación del documento, así como el hecho de que se aclare expresamente tanto *“su condición de documento no prescriptivo”* como el hecho de que *“la Guía Práctica no contiene recomendaciones específicas ni pretende enumerar las mejores prácticas, puesto que la conveniencia y el modo de poner en práctica un sistema de prevención y mitigación de controversias son decisiones que quedan comprendidas en las facultades soberanas de regulación de los Estados”*.

Se estima positivo que se aclare también que *“[l]a Guía Práctica tampoco impone ningún requisito jurídico vinculante a los Estados”* y que *“no debería interpretar disposición alguna de los instrumentos de inversión ni constituir el fundamento de reclamaciones contra los Estados ni ser utilizada en modo alguno por los demandantes en sus acciones”*. También se entiende razonable el hecho de que se consigne expresamente que *“Incumbe plenamente a los Estados decidir cómo usan la información que facilita la Guía Práctica, teniendo en cuenta factores como la estructura organizativa de los Estados y las administraciones públicas y las formas de regular los derechos y las obligaciones de los inversionistas”*.

No obstante, se advierte que, todavía, algunas de las aproximaciones utilizadas en distintos puntos del Proyecto parecen exceder el alcance que se considera debería tener un mecanismo de prevención y mitigación de controversias.

Por ejemplo, se observa que ciertos puntos del documento parecen ir incluso más allá de lo previsto en el Acuerdo sobre Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo (Acuerdo FID) -el cual por otra parte aún no está incorporado a la estructura de la Organización mundial de Comercio- como son las de la conveniencia de no vincular al presupuesto la tramitación de compensaciones, o la referida a la necesidad de eximir de responsabilidad a los funcionarios que realicen actos en procura de mitigar controversias con inversores.

A su vez, algunas de las cuestiones planteadas podrían avanzar sobre las potestades regulatorias de los Estados, mientras que otras no tienen plenamente en cuenta que, dadas las particularidades de cada organización estatal, no siempre resulta factible para todos los Estados seguir determinadas prácticas.

Sería conveniente colocar, en algún párrafo de la sección A (Introducción) que las prácticas que figuran en la guía no son las únicas opciones con las que cuentan los Estados para prevenir y mitigar controversias internacionales relativas a inversiones a efectos de reforzar las nociones que figuran en el punto 4.

A su vez, en el párrafo 5, donde se señala que *“Los inversionistas también desempeñan un papel destacado en la prevención y mitigación de controversias”*, quizás podría hacerse mención también a la obligación de estos últimos de cumplir con la normativa local y a su obligación de actuar con diligencia debida.

Finalmente, podría incluirse en algún lugar del documento una mención al papel que pueden jugar los países de origen de los inversores en ayudar a estos a cumplir con la normativa local y a prevenir y mitigar las controversias. Sólo se hace mención a éstos Estados en la Sección D, pero no se hace referencia expresa a las dos cuestiones señaladas.

II. COMENTARIOS ESPECÍFICOS

Sección B: Comunicación con los inversionistas

1. Facilidad de acceso a la información

En el punto 10 se consigna que los posibles inversionistas *“deberán saber cuáles son los organismos públicos y organismos conexos con los que quizás deban interactuar”*. Dado que no resulta práctico ni factible identificar de antemano cuales son todos los organismos públicos y organismos conexos con los que los inversionistas quizás deban interactuar, se sugiere colocar *“deberán saber cuáles son los **principales** organismos públicos y organismos conexos con los que quizás deban interactuar”*.

A su vez, quizás sería útil reforzar la noción de diligencia debida que figura en el párrafo 13 del documento, añadiendo, por ejemplo, lo siguiente: *“Si bien pueden existir varias alternativas que busquen facilitar el acceso a la información a los posibles inversionistas, debe tenerse en cuenta que estas facilidades no eximen a los inversionistas del proceso más completo de debida diligencia que deben hacer, así como tampoco pueden esos mecanismos para facilitar la información ser considerados en sí mismos como base de expectativas del inversor.”*

2. Participación de los inversionistas en debates normativos

Se sugiere que en esta sección se haga especial hincapié en las facultades regulatorias de los Estados. A tal fin, podría añadirse en el punto 20 la siguiente frase: *“Ese proceso no afectará a la facultad de regulación, **potestad inherente a los Estados**, sino que contribuirá a...”*

Asimismo, se estima que en esta sección en particular podría incluirse alguna mención a que, dadas las múltiples formas de organización estatal, no siempre resulta factible para todos los Estados seguir en todas sus jurisdicciones subnacionales determinadas prácticas. Por ejemplo, la República Argentina es un Estado federal, en el que existen tres niveles: nacional, provincial y municipal.

A nivel nacional, los proyectos de ley son publicados en el sitio web del Congreso, no así los proyectos de Decreto, aunque existe la posibilidad de llamar a audiencias públicas en virtud de la Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública y el Decreto 1.172/03 de Audiencias Públicas.

A nivel nacional, la Argentina posee experiencias puntuales de mecanismos de evaluación ex ante de proyectos normativos. Existe la recomendación como buena práctica de que el ciudadano participe en el proceso de diseño de regulaciones (art. 6, Decreto 891/17), la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia emita una opinión no vinculante sobre el impacto de un proyecto en la competencia (Ley 27.442), o las audiencias públicas

(Decreto 1173/03). Algunos organismos han generado mecanismos de evaluación *ex ante* (Res. 229/2018 del Ministerio de Producción), especialmente los entes reguladores. En un plano más general, existe la posibilidad de la Consulta Popular (Ley 25.432), la de consultar sobre proyectos (Ley 27.275 de Acceso a la Información Pública) y se promueve la participación pública en proyectos de normativa (Decreto 434/16 de Modernización del Estado).

Ahora bien, a nivel provincial, los sitios web de las legislaturas no suelen publicar los proyectos de ley, tampoco son accesibles los proyectos de decreto, y no todas las provincias cuentan con mecanismos de audiencia pública. Lo mismo sucede a nivel municipal.

3. Mecanismo para resolver los agravios de los inversionistas

En el párrafo 23 se consigna que *“En algunos Estados, existen estos mecanismos para resolver agravios en virtud de leyes o reglamentos, en tanto que en otros, se establecen mediante instrumentos menos formales, como instrucciones administrativas o procedimientos gubernamentales internos.”*. La frase en cuestión podría llegar a ser interpretada como dando la impresión de que en todos los Estados hay algún mecanismo para resolver los agravios de los inversionistas del tipo que se describe en la Sección C del documento.

En el caso de la República Argentina, la normativa argentina brinda un marco para la impugnación de actos administrativos por parte de los inversores ante autoridades imparciales. A nivel nacional, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos establece un mecanismo general para impugnar y pedir revisión de decisiones estatales. Agotada la vía administrativa, se puede recurrir al Poder Judicial, que es independiente. A nivel subnacional existe normativa que prevé un tratamiento análogo.

Ahora bien, el mecanismo al que pareciera referirse el documento no pareciera consistir en la posibilidad de que los organismos que dictaron determinadas decisiones las revean, sino en una suerte de mecanismo centralizado (distinto, por ejemplo, del organismo que dictó una decisión que cuestionan) al que los inversores puedan acudir ante cualquier agravio.

Se sugiere considerar incluir en esta sección una referencia a que algunos Estados federales pueden tener dificultades para crear un mecanismo que pueda resolver en forma efectiva determinados agravios de inversionistas, cuando éstos se basan en decisiones tomadas por organismos subnacionales en el marco de sus competencias.

Sección C: Coordinación entre organismos públicos y organismos conexos

En el párrafo 35 se incluye como ejemplo de necesidad de coordinación con las autoridades municipales la situación en la que la autoridad municipal rechaza la solicitud de permiso de un inversionista a pesar de las seguridades que hubiera otorgado al inversionista el gobierno central. Al respecto, se advierte que estas formulaciones no tienen lo suficientemente en cuenta las particularidades de las estructuras estatales como las de los Estados de carácter federal, en los cuales cada nivel de gobierno tiene su nivel de autonomía/autarquía para la toma de decisiones. Se estima que se podría hacer una mención expresa a esta situación.

Sección E: otras cuestiones conexas

1. Recursos financieros y humanos

Se estima pertinente que se tenga presente que la normativa interna de algunos países y las restricciones presupuestarias hacen que no siempre resulte práctico ni factible reservar fondos para que estén disponibles en cualquier momento, por fuera de los ciclos presupuestarios, para efectuar compensaciones a inversionistas.

Por otra parte, resulta de utilidad tener presente que el Acuerdo sobre Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo (Acuerdo FID) no hace referencia a la necesidad de reservar fondos para que estén disponibles en cualquier momento, por fuera de los ciclos presupuestarios.

2. Exención de responsabilidad de los funcionarios públicos:

De los párrafos 68 y 69 parece surgir la recomendación de refiere de establecer exenciones de responsabilidad para los funcionarios de gobierno que desempeñen funciones vinculadas con la prevención y mitigación de controversias. Ahora bien, cabe tener presente que no resulta factible establecer una exención genérica y amplia de responsabilidad sin tener en cuenta el sistema normativo que rija en cada Estado.