

## El Doble Juego de la Deuda y los Contratos

Fernando Navajas  
FIEL y UNLP

A comienzos de 2004 y de 2005 escribí para esta misma columna dos artículos llamados “El Juego de la Deuda” (referido a la negociación post default de la deuda externa) y “El Juego de los Contratos” (referido a la renegociación de los contratos de infraestructura) en donde, respectivamente, analizaba las opciones que se le abrían a la Argentina en las negociaciones en ambos frentes. El primer artículo fue un casi anticipo de algunos elementos de lo que después devino en el canje de la deuda en marzo de 2005, mientras que el segundo abordaba la más (y todavía) demorada solución completa a los contratos de los servicios públicos de infraestructura.

Ambos artículos estaban ligados entre sí por el formato de un juego o negociación entre la Argentina y los acreedores financieros o los inversores reales, en un marco de presiones para conformar a derecho internacional, sea en los tribunales en donde los bonistas reclamaban o en los organismos como el CIADI (la corte de arbitraje del Banco Mundial donde se dirimen los conflictos, dada la adhesión de la Argentina a esos mecanismos) en donde se manifiestan los reclamos de los inversores. Si bien estas dos historias pueden verse separadas, hay algo nuevo que las conecta como si se cerrara un círculo entre ambas. Se trata de un evento reciente, que es el registro del caso que el CIADI le ha otorgado a un grupo de bonistas que no aceptaron el canje propuesto por la Argentina (y aceptado por el 75%) para que litiguen contra el país en ese ámbito.

El CIADI es una de las caras modernas y multilateral (adhieren más de 130 países) del derecho internacional destinado a la protección de inversiones de oportunidades y abusos de los países que reciben esas inversiones. El origen del CIADI, en 1966, responde a una iniciativa del Banco Mundial destinada a crear condiciones favorables al desarrollo económico con un mecanismo de protección que facilite los flujos de inversión de los países desarrollados a los en desarrollo. Por consiguiente el objeto primario de las inversiones que uno esperaría que el Banco Mundial quisiera promover son aquellas inversiones reales y directas, por oposición a las inversiones financieras.

Es por ello llamativo que el CIADI haya hecho lugar al pedido de registro del caso de los bonistas que no aceptaron el canje propuesto por la Argentina y desarrollaron, antes y después del mismo, estrategias de chantaje diversas. Que el organismo haya registrado este caso es una señal preocupante para la salud de este mecanismo arbitral porque, a la evidencia de la fatiga burocrática que padece y a los problemas de diseño ahora se agregaría, de prosperar, este poco feliz acogimiento. Si bien el caso ha sido sólo aceptado en el registro y el tribunal no ha sido formado, la señal no es buena. Esto es así porque al CIADI no entra cualquiera. El mecanismo de aceptación es engorroso y por ello la supervivencia de los casos registrados (que luego terminan en un juicio arbitral) es más bien alta. Frente a esto, la estrategia Argentina de invocar una cuestión de jurisdicción, y que ha sido generalmente rechazada por el CIADI, ¿Será nuevamente rechazada en este caso?

En su diseño original, el CIADI fue concebido para ir recibiendo casos esporádicos (“one-by-one at a time”) provenientes de distintos sectores de, a su vez, distintos países. Esto requiere necesariamente un tratamiento puntual, o caso por caso, que es necesariamente ad-hoc o “a medida” y tiene una clara orientación microeconómica o

sectorial. Pero una crisis como la de la Argentina rompe este esquema y hace aflorar incongruencias en el diseño del CIADI. En este escenario aparece una sola “acción” (la disrupción de un régimen monetario) lleva a una multiplicidad de casos. Ahora ya no se trata, por ejemplo, de un caso de contratos petroleros en Ecuador, seguido de otro de una inversión fabril en Marruecos, o de infraestructura vial en Indonesia, que van apareciendo uno atrás del otro, sino de muchos casos de un mismo país y en muchos casos de un mismo sector o de sectores relacionados (por ejemplo gas y electricidad) que caen bastante seguidos temporalmente.

En este contexto pretender seguir adelante con el enfoque individual (“piecemeal”, en la jerga en inglés) lleva a varios problemas, de los cuales podemos mencionar dos. En primer lugar, si la crisis es sistémica, las soluciones no pueden ser caso por caso sino que deben reconocer que hay algo general por encima de las acciones voluntarias (o de negligencia) de la Argentina. Esto no ha sido reconocido en general por el CIADI, si bien en algún fallo se reconoce la emergencia. En la defensa del enfoque caso por caso se ha dicho además que tampoco le convendría a la Argentina unificar todo en un solo caso, por que si la Argentina pierde el caso pierde todo, mientras que la multiplicidad de casos le puede hacer perder algunos y ganar otros. Este argumento parece más una respuesta evasiva que otra cosa, porque no se trata de querer o no un solo caso sino del reconocimiento de que algo sistémico ha ocurrido, lo cual fortalece la posición de la defensa Argentina. Claramente nadie está pidiendo un solo caso, sino el reconocimiento de la interdependencia (y conexión a una causa común) de los mismos.

En segundo lugar, cuando los reclamos por compensaciones por “daño” se realizan por empresas que se encuentran en una misma cadena de valor, dentro de un mismo mercado o en mercados interrelacionados, es inevitable que la consistencia agregada de todos estos reclamos deba ser examinada y evaluada. Esto no se realiza siguiendo el enfoque individual del CIADI, en el que diferentes tribunales observan como la parte demandante presenta números que incluyen sus propios reclamos y los consultores que los apoyan simulan aumentos de precios y cambios en las cantidades de mercado sólo debido a ese fenómeno (por ejemplo, un aumento en el margen de distribución del gas natural) dejando constante todos lo demás. Luego en otro juicio, otra empresa (apoyada por otros, o tal vez por los mismos consultores) hace un reclamo del precio del gas en boca de pozo, dejando todo lo demás constante y llegando a otras cantidades. Además de que estos procedimientos, si se realizan sin tomar en cuenta sus relaciones, no son válidos científicamente (a pesar de que, legalmente, respeten reclamos individuales) lo menos que deberían hacer los tribunales del CIADI es coordinar. Por el contrario, no lo hacen y se oponen a coordinar entre ellos.

En suma, es probable que estemos entrando en una nueva fase del juego entre la Argentina y los bonistas acreedores (que no entrarían al canje) y los inversores (que mantendrían los reclamos (pero han retirado las inversiones en la Argentina). La entrada de los bonistas rebeldes y de los fondos buitres en el CIADI, de continuar el camino iniciado con el registro del caso, es a mi juicio una desviación del mandato original del Tribunal, si bien hay que tomarlo como un dato de la cruda realidad. Para ser realistas, sabemos que, en todos los casos, los juicios son parte de estrategias legales de apuntalamiento de alguna negociación, existiendo desde luego diferencias importantes entre aquellos inversores reales que mantienen intereses en la Argentina y aquellos “residuales” que se fueron y sólo conservan los juicios. Frente a este panorama, es hora de que opongamos una estrategia más ordenada que además de ser una política de

estado acordada por todos (porque esto lo va a heredar quién sea que este a cargo del ejecutivo en la próxima década) use argumentos sólidos (para lo cual una definitiva renegociación de los contratos pendientes ayuda mucho) y plantee mejor las defensas. Porque quedándonos para siempre jugando la estrategia del 2003-2007 no va a servir en las nuevas etapas del juego. En esto tampoco las segundas partes van a ser iguales a las primeras.