

Los acuerdos de protección de inversiones: beneficios y problemas

SEGUNDA ENTREGA

● POR GONZALO LORENZO, SOCIO DE SCELZA & MONTANO

El tercer caso de acuerdos bilaterales de protección de inversiones (BIT) que queremos comentar es el celebrado con el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, que fuera aprobado por la ley 16 856 del 22 de agosto de 1997. Este BIT ha tomado relevancia a partir de las advertencias realizadas por el operador portuario belga, Katoen Natie, principal accionista del concesionario de la terminal especializada de contenedores de Montevideo, Terminal Cuenca del Plata S. A., de realizar acciones bajo este tratado a partir de eventuales medidas tomadas o a tomar por la Administración Nacional de Puertos, para mejorar los servicios portuarios y garantizar la libre competencia en este mercado relevante.

En este caso, la compañía belga se ha opuesto a diversas medidas anunciadas por las sucesivas administraciones portuarias, en particular a dos medidas concretas:

una, la licitación de una segunda terminal de contenedores promovida por la administración del Ing. Fernando Puntigliano; la otra, por la eventual autorización para utilizar grúas pórtico en los muelles públicos, en concreto en el muelle C, recientemente construido.

La oposición de la empresa belga pone en tela de juicio la potestad del Estado uruguayo de preservar la libre competencia en los servicios portuarios uruguayos y más concretamente aún la posibilidad del Estado de desarrollar la infraestructura portuaria con miras al futuro. La compañía belga sostuvo en su momento que la creación de una segunda terminal de contenedores sería violatoria de la protección debida a su inversión y daría lugar a una demanda superior a los 500 millones de dólares¹.

Más recientemente ha invocado el BIT con Bélgica para oponerse

a medidas que supuestamente favorecen a operadores de los muelles públicos².

Este caso es muy delicado y pone al Estado uruguayo en una grave disyuntiva. La compañía belga ha realizado verdaderas campañas mediáticas contra medidas supuestamente adoptadas por la Administración Nacional de Puertos para mejorar los servicios portuarios en muelles públicos, pero toda medida es invocada como violatoria de los derechos adquiridos por Katoen Natie al amparo de la concesión otorgada para la explotación de la terminal especializada. Se confunde así la protección de la inversión, con la protección de las ganancias y la garantía de conservación de un mercado cautivo a favor del inversionista.

Ningún tratado de protección de inversiones puede garantizar un monopolio total o parcial, pues ello es violatorio de la

1 Al respecto ver en el espectador.com la noticia "Katoen Natie: demanda superará los U\$S 500 millones", del 9 de marzo de 2010.

2 "Katoen Natie acusa al gobierno de violar leyes y decretos en favor de su competidor Montecon y advierte que tomará medidas legales", Búsqueda, N°1846 - 17 al 22 de diciembre de 2015 (acceso online).

constitución de la República, que requiere mayoría parlamentaria de dos tercios para instrumentarlos a favor de privados. Esto es esencial.

Pero además, debemos considerar que bajo la ley de puertos y la ley de promoción y defensa de la competencia, existe un deber del Estado de promover y proteger la libre competencia en el mercado de servicios portuarios. La libre competencia de servicios portuarios ha sido declarada por la ley 16 246 como un principio esencial, cuya protección y promoción quedó a cargo de la Administración Nacional de Puertos.

Por otra parte, la ley general de Promoción y Defensa de la Competencia, consagra principios similares a nivel general (ley 18 159 de julio de 2007), que contiene, en esta cuestión específica, normas denominadas "imperativas", de "aplicación inmediata" o de "policía", porque protegen instituciones económicas esenciales al Estado uruguayo, que no pueden ser dejadas de lado por normas supranacionales o extranjeras. La libre competencia, en el mercado uruguayo, es un principio esencial de orden público internacional sobre el que el Estado asienta su individualidad jurídica en este ámbito. Esto implica que esta normativa no puede ser dejada de lado por ningún tratado o derecho extranjero.

De acuerdo a lo expuesto, es claro que la pretensión de la

empresa extranjera de proteger los resultados de su inversión (realizada en infraestructura portuaria) mediante una limitación a posibles competidores en el mercado relevante, no puede prosperar, puesto que el Estado uruguayo no puede obligarse en términos que constituyan violaciones a las normas constitucionales o violatorias de normas de orden público, nacional e internacional, normas imperativas y de policía.

Ningún tratado de inversión garantiza un mercado o una ganancia al inversor extranjero.

Conclusiones

Los BIT han generado seguridad a los inversores extranjeros para la realización de inversiones directas en nuestro país. Para muchos estos BIT no son necesarios puesto que Uruguay es un país serio, propiamente un Estado de Derecho y con un Poder Judicial independiente y garantista. Sin embargo, puestas las cosas en un contexto regional, es lógico que muchos inversores pretendan que el Estado garantice un tratamiento igualitario y equitativo respecto de los inversores uruguayos y otros inversores extranjeros más favorecidos.

No obstante, en ningún caso los inversores pueden pretender cercenar las facultades de policía del Estado uruguayo, no solamente en aspectos sensibles como la salud pública, sino en la realización de políticas esenciales para

el bienestar general, como es la protección de los consumidores y el libre mercado; las personas y empresas tienen derecho a contar con bienes y servicios del mejor precio y calidad posibles. Ningún mercado puede garantizarse al inversor extranjero, como no se hace al inversor nacional. El desarrollo del país tampoco puede comprometerse ni hipotecarse por estos BIT; y, de hecho, ningún tratado ha querido hacerlo ni puede interpretarse como cercenando los derechos esenciales del Estado, de otros inversores, empresas, personas o de la población misma. Toda otra interpretación es ilegítima y vulnera derechos humanos esenciales, como la libertad de trabajo y comercio. Tan esenciales como el derecho a la salud.

La primera entrega del artículo se publicó en la edición de febrero 2017 de la Revista de Negocios del IEEM, n.º 87.