

¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina

Maria Fernanda Juppet Ewing

Decano Facultad de Derecho UNIACC

LLM. University of California

MBA Universidad de Valencia

Magíster en Derecho de la Empresa

Universidad del Desarrollo

Resumen: Si bien los inversionistas extranjeros estudian detenidamente los riesgos de invertir en países en vías de desarrollo, el riesgo de expropiaciones en América Latina es uno imposible de evitar. En el presente artículo analizaremos las modernas formas de expropiación que es posible identificar en el derecho corporativo comparado, desde las expropiaciones estatales clásicas hasta expropiaciones entre particulares. Para finalizar analizando el cambio de paradigma de expropiaciones en la zona tras el procedimiento expropiatorio de la petrolera REPSOL - YPF en Argentina el pasado 16 de abril.

Introducción

En el plano de una economía globalizada, que obliga a las empresas a ampliar sus horizontes invirtiendo en una multiplicidad de mercados en vez de reducir sus operaciones a un solo territorio nacional, las limitaciones de distancias se han difuminado hasta no ser consideradas como un verdadero obstáculo para el crecimiento de la compañía.

De tal manera, la expansión hacia nuevos mercados intentando generar un mejor aprovechamiento de recursos naturales o bajas estructuras de costos son parte del escenario global desde hace varias décadas.

Con todo, si bien es cierto, que estas decisiones son abordadas por regla general desde un punto de vista orientado a la planificación estratégica, no es menos cierto que los mayores riesgos que deberán enfrentar estos inversionistas presentan ribetes jurídicos que no pueden ser ignorados y que se han comenzado a estudiar en forma incipiente en los últimos años. Siguiendo esta línea de ideas,

los especialistas en esta materia recalcan como áreas de preocupación, entre otras: los riesgos de proteger la propiedad intelectual en el territorio chino, los costos de un contrato de agencia en Europa, o el de expropiaciones en América Latina, tema que nos ocupa en el presente artículo.

En definitiva, es el tratamiento de la propiedad, en su carácter de derecho fundamental, en sus diversos grados de protección, el que genera el mayor nivel de cuestionamientos a la hora de definir una potencial inversión en países en vías de desarrollo, tanto por el respeto de los descubrimientos que el derecho de patentes de invención y la propiedad intelectual misma encierran, hasta los riesgos de ver vulnerado el legítimo derecho de desarrollar actividades empresariales por excesiva regulación de los agentes locales.

Para Carol Rose, es en la mezcla de los roles políticos y económicos en miras de un derecho de propiedad estable, y dada la teórica preocupación que las democracias pueden ocasionar ataques sistemáticos al derecho de propiedad, no sería una sorpresa que la ley aplicable a la propiedad se convirtiera en una preocupación en países democráticos.¹

Es más, en países en vías de desarrollo, una de las principales tendencias regulatorias que podríamos resaltar a nivel preliminar incluye la limitación a nivel constitucional que el Estado se autoimpone para proteger la propiedad privada de las atribuciones del mismo Estado. Se puede llegar a considerar una constante en América Latina, el encontrar normas constitucionales que establecen la limitación de la utilidad pública o el interés general de la nación, como únicas causales justificatorias de procedimientos expropiatorios, los cuales deberán ajustarse a las normas legales previamente establecidas que los regulan.

Incluso en el concierto internacional, se ha elevado el derecho de propiedad al carácter de derecho fundamental, lo que acrecienta la necesidad de generar mecanismos jurídicos tanto nacionales como internacionales que aseguren el respeto de dicha garantía, de tal forma, el Pacto de San José de Costa Rica, nos señala en su artículo 21:

"Artículo 21. Derecho a la propiedad privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

¹ Rose, Carol; "Property and expropriation: themes and variations in american law"; *Utah Law Review*, 2000:2) SSRN - id247668, página 5.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por ley".²

Es así, como desde la consagración de normas jurídicas supranacionales, se derivan obligaciones de fondo y de forma. Dentro de las obligaciones de fondo es posible distinguir dos de ellas, por una parte, la obligación para los ordenamientos jurídicos locales de proteger el derecho de propiedad, reconociendo como limitaciones válidas la utilidad pública o el interés social. En segundo lugar, se limita la libertad del Estado al pago de indemnización justa.

De la misma manera, se establece por el Pacto de San José de Costa Rica una obligación formal clara, que consiste en la determinación de un procedimiento de expropiaciones de rango legal.

Este rango legal, hasta hace pocos meses, había sido dictado y debidamente respetado al menos por tres décadas dentro de nuestro continente, de la misma forma, se lo había reconocido como un riesgo posible para los inversionistas extranjeros que obraran dentro del marco de empresas multinacionales, y por lo tanto, ponderado a la hora de la toma de decisiones de inversión.

Siguiendo la orden emanada del Pacto de San José de Costa Rica, es posible observar una serie de normas constitucionales que incorporan la obligación de regular un procedimiento de expropiaciones. Dentro de los ejemplos de esta tendencia normativa que podemos observar destaca la norma chilena, que reconoce este principio en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, inciso tercero, al ordenar que: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales".

Así la normativa chilena incorpora ambas limitaciones establecidas por el Pacto de San José de Costa Rica, por una parte determina las causales exclusivas que pueden justificar una expropiación al limitarlas a causales de utilidad pública o de interés general, asegura la indemnización previa, incluso discutible ante

² <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

la sede jurisdiccional respectiva. Mientras, por otra parte, establece que la naturaleza jurídica del acto expropiatorio se limitará a una ley general o especial que la autorice expresamente.

En palabras de Zandoval y Morales, "adquiere relevancia el hecho de que el precepto constitucional señale que el Estado no podrá tomar posesión del bien expropiado sin haber pagado previamente la indemnización, como, asimismo, que el particular afectado podrá reclamar judicialmente del monto de la indemnización fijado administrativamente".

De la misma manera, la Constitución argentina en su artículo 17 establece que: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. **La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.** Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie".

En la misma línea de ideas, la norma fundamental trasandina incorpora todas las obligaciones establecidas por el Pacto de San José de Costa Rica, no sólo reconociendo el carácter de derecho fundamental del derecho de propiedad, sino que incorporando la obligación formal de que sólo una ley podrá decretar una expropiación, y ambas obligaciones de fondo, limitando las causales de expropiación a la causa de utilidad pública y exigiendo la indemnización previa.

Hasta hace algunos meses, era posible asegurar que estas expropiaciones potenciales, a la hora de concretarse, seguían un orden jurídico claro, delimitado por las leyes relativas a expropiaciones aplicables en cada país, siguiendo el orden establecido en la respectiva Constitución Política del Estado en cuestión.

De tal manera, en el caso chileno, es posible prever por un inversionista que en caso de invertir en Chile, sus propiedades estarán garantizadas por el artículo 19 N° 24 de la CPE, que garantiza su derecho de dominio. Que para que sus bienes sean objeto de expropiación deberá obedecer a una causal de utilidad pública mediante una necesidad que obligue al regulador a hacer uso de dichos bienes en razón de la función social de la propiedad.

También, dichos inversionistas saben que el procedimiento de expropiación está regulado por el Decreto Ley N° 2186, que existe un procedimiento judicial para discutir tanto la procedencia del acto expropiatorio como la valorización

del predio, y que en definitiva serán tribunales de justicia independientes quienes dictaminen sobre el futuro de la propiedad. Finalmente, también resulta claro para los inversionistas que el monto de su indemnización será puesto a su disposición con anterioridad al instante en que deban hacer entrega de la propiedad.

Pero tras la expropiación argentina de la empresa YPF, estas barreras que aparentemente se mostraban claras en la regulación de los Estados latinoamericanos se han vuelto borrosas, dado que el cambio en las políticas afecta no sólo a gobiernos elegidos con un programa de gobierno que permite observar una tendencia expropiatoria hacia inversionistas extranjeros, sino que cambios de políticas al interior de un gobierno elegido, complicando aun más los análisis sobre riesgos jurídicos para los inversionistas extranjeros.

Diversas clases de expropiación en las economías del siglo XXI

Debemos reconocer que la forma clásica de expropiación reconocida durante el siglo XX, orientada desde el Estado hacia los particulares, ha ido evolucionando en una serie de formas expropiatorias que pueden incluso involucrar a particulares respecto de otros particulares.

De tal manera que es posible distinguir expropiaciones provenientes desde el Estado, y expropiaciones entre privados. Y en las primeras pueden distinguirse aquellas expropiaciones clásicas o propiamente tales, y expropiaciones regulatorias.

Las expropiaciones clásicas o propiamente tales son definidas por José Luis Cea como "un acto de la autoridad administrativa, fundado en una ley que lo autoriza, en virtud de la cual priva del dominio, del bien sobre el cual recae ese derecho o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o de interés nacional, con sujeción a un procedimiento legalmente determinado y pagando al expropiado la indemnización justa".³

Las expropiaciones regulatorias, por su parte, son aquellos actos de la autoridad administrativa que mediante la aplicación de una regulación a la que se somete determinada clase de propiedad, ésta pierde todo o gran parte de su valor como consecuencia de dicha regulación.⁴

³ Cea Egaña, José Luis; en Fernandois, Arturo; *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica, noviembre 2010, página 386.

⁴ Porterfield, Mathew; "International Expropriation Rules and Federalism". *Stanford Environmental Law Journal*, Vol. 23, N° 3, January 2004, página 4.

Dentro de los fenómenos que con mayor fuerza han golpeado al derecho corporativo internacional se configuran estas nuevas expropiaciones entre privados, que se gestan al interior de las compañías, en ellas, los accionistas mayoritarios privan de sus derechos accionarios a los minoritarios que forman parte de la misma organización, privándolos del ejercicio de sus derechos accionarios.

Siguiendo una investigación de La Porta, es posible indicar que: "La protección de los inversionistas se vuelve crucial, porque en muchos países la expropiación de los accionistas minoritarios y acreedores por los accionistas controladores se ha expandido. Cuando inversionistas externos financian las compañías enfrentan un riesgo, que en muchos casos raya en la certidumbre, de que los retornos de sus inversiones no se verán materializados en razón de que los accionistas controladores los expropiarán de tales derechos (incluyendo en esta categoría tanto a accionistas controladores como a los altos directivos de la organización). El gobierno corporativo es, en un gran sentido, un grupo de mecanismos a través de los cuales terceros interesados deben protegerse de los controladores".

Esta nueva clase de expropiación, que hemos denominado para efectos de este artículo como "expropiación entre privados", se convierte en una preocupación entre inversionistas al interior de las compañías, y puede manifestarse de las siguientes formas. En la misma línea de ideas es posible indicar que "La expropiación puede tomar una serie de formas. En ciertas instancias, los miembros de la organización simplemente se adjudican mayores utilidades de las adecuadas. En otros casos, los controladores venden los bienes, el conocimiento del negocio, las garantías adicionales de la compañía, traspasándolos a una segunda empresa de su propiedad exclusiva bajo los precios de mercado".

Si bien es cierto que el marco regulatorio chileno previene este tipo de movimientos, mediante una regulación prohibitiva altamente proteccionista de los accionistas minoritarios y acreedores, en derecho comparado esta realidad es aún propuesta por los especialistas, exponiéndose a expropiaciones entre privados avaladas por sus ordenamientos jurídicos nacionales.

Uno de los principales exponentes de esta normativa permisiva que arriesga a los accionistas minoritarios se encuentra dada por la normativa norteamericana, que incluso permite la venta de los activos principales de la compañía como forma de paralizar una oferta pública de acciones de un nuevo grupo controlador.⁵

Para Rose, es posible distinguir entre tres clases de irrupciones al derecho de propiedad:⁶

⁵ Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*, fourth edition, 2010, Foundation Press, página 459.

⁶ Rose, Carol; "Property and expropriation: themes and variations in american law"; *Utah Law Review*, 2000:2) SSRN - id247668, página 6.

- a) **Entorpecimiento en actividades comunes** en las cuales un particular entorpece a otro en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad, como pudiera ocurrir en el caso de un allanamiento de morada, disputas sobre la titularidad de un derecho, etc.
- b) Una segunda clase de irrupción al derecho de propiedad se establece en las **irrupciones regulatorias**, las cuales encuadran cualquier cambio normativo que imponga nuevas obligaciones al legítimo titular de un derecho de propiedad.
- c) Finalmente, podemos distinguir una **irrupción excepcional**, dada por alteraciones de derechos causadas por movimientos revolucionarios u otros movimientos sociales que alteren el equilibrio de los derechos de propiedad existentes en un territorio determinado.

Con todo, la expropiación propiamente tal, o irrupción excepcional en la terminología de Rose, que es aquella a la que se refiere este artículo, tiene mayor relación con los riesgos que presenta un Estado en vías de desarrollo todopoderoso frente a inversionistas que deciden invertir importantes sumas de dinero en un territorio nacional ajeno, que si bien les resulta financieramente atractivo, al menos les es ajeno.

La defensa de algunos países desarrollados de sus nacionales en contra de potenciales expropiaciones de derechos, o dicho en otras palabras, regulaciones que entorpecen el ejercicio de su derecho de propiedad en razón de protección medioambiental, entre otros, han permitido a dichos particulares cuestionar dichas prácticas bajo el concepto de expropiación, postura defendida por parte de la doctrina norteamericana.⁷

Dentro de los riesgos a los que se someten inversionistas extranjeros al invertir en países en vías de desarrollo destacan, además de la inestabilidad económica propia de estas latitudes, los vaivenes políticos que pueden modificar el discurso y la agenda legislativa incluso de gobiernos democráticamente escogidos, como es el caso YPF en territorio argentino, a analizar en la parte final del presente artículo.

Dentro de los principales riesgos que asume una compañía multinacional al invertir en países en vías de desarrollo, indica Hooper siguiendo a Buckley podemos destacar el riesgo político: "El riesgo político es esencialmente un componente integral del riesgo país, el cual envuelve la posibilidad de pérdidas asociadas al escenario específico del territorio tanto en lo económico, político

⁷ Rose, Carol; "Property and expropriation: themes and variations in american law"; *Utah Law Review*, 2000:2) SSRN - id247668, página 2.

y social. Los mayores riesgos políticos que pueden afectar a las multinacionales son de rango amplio. Estos pueden involucrar gobiernos hostiles bloqueando la repatriación de fondos desde el país receptor de la inversión, expropiaciones o confiscaciones de los bienes de la multinacional, o incluso la imposición de mayores restricciones económicas, tales como mecanismos de control de cambios.⁸

Entre aquellas situaciones indeseables, las confiscaciones y expropiaciones habían pasado a un segundo plano dentro de las preocupaciones actuales de las empresas multilaterales, si bien se consideraban como parte de los riesgos a evaluar, desde la firma del Pacto de San José de Costa Rica y la incorporación de garantías fundamentales a nivel constitucional asegurando la propiedad privada, estos riesgos habían perdido parte de su justificación práctica, especialmente al considerar que la mayor parte de casos actuales estaban asociados a cambios de regímenes políticos que habían anunciado estas modificaciones de criterios como parte de su plan de gobierno, como es el caso de Chávez en Venezuela.

Asimismo, es importante recalcar la creación de la MIGA u Organismo Multilateral de Garantías a Inversiones, dependiente del Banco Mundial, la cual se ha dedicado desde su fundación a la promoción de la inversión extranjera directa en los países en desarrollo, con miras a crear soluciones que reduzcan la pobreza y mejoren la calidad de vida de las personas.

En miras de conseguir este objetivo, MIGA se ha orientado al cumplimiento de dos funciones principales en países en vías de desarrollo (1) provee de consejo y servicios técnicos para el mejoramiento de las condiciones de inversión y (2) garantiza inversiones extranjeras contra los riesgos no comerciales de las operaciones de los inversionistas.⁹

Con todo, las garantías prestadas por organismos internacionales no pueden eliminar los niveles de riesgo presentados por los países en análisis, especialmente cuando la modificación de las condiciones ofrecidas a los inversionistas se materializa en el contexto de los casos que revisaremos en el acápite siguiente.

Los elementos anteriores sirvieron de marco de análisis hasta antes de que en abril de este año comenzara una nueva tendencia expropiatoria en América Latina tras el caso YPF en Argentina, marcado por los incumplimientos a la legislación interna en el proceso expropiatorio.

Este hecho es el que nos permite diferenciar con mayor claridad una tendencia nueva en la expropiación argentina, distinguiéndola claramente de la nacio-

⁸ Hooper, Vince; "Multinational Financing Strategies in high political risk countries"; *School of Banking and finance working paper 2002*, University of South Wales, página 2.

⁹ Hooper, Vince; "Multinational Financing Strategies in high political risk countries"; *School of Banking and finance working paper 2002*, University of South Wales, página 3.

nalización boliviana de la empresa Transportadora de Electricidad (TDE), dado que la autorización legal para nacionalizar empresas eléctricas entre otras data de 2010, momento en el cual comenzaron a materializarse en el territorio boliviano, siguiendo la línea chavista en Venezuela.

Hasta entonces se había considerado por la doctrina comparada que la expropiación de bienes pertenecientes a multinacionales era un hecho del pasado, que debía ser evaluado más que nada por la naturaleza política de dichas decisiones gubernamentales, y, en razón de este hecho, el riesgo inherente al cambio que estas políticas conllevaban.¹⁰ Por desgracia, estas evaluaciones conservadoras del riesgo pasaron a convertirse en los últimos meses en una profecía autocumplida que complica el escenario de los inversionistas en la mayor parte de nuestro continente, salvo hasta ahora contadas excepciones.

Competencia entre países latinoamericanos para capturar inversión extranjera

Resulta interesante el comprender, dentro del marco de nuestro análisis, que desde la apertura económica experimentada por Latinoamérica a fines de los años setentas, los diversos países de la zona han intentado, en su propio ritmo, generar un ambiente de confianza hacia potenciales inversionistas extranjeros, mediante la incorporación de normas jurídicas que otorguen algunas garantías mínimas a los inversionistas.

Dichos marcos de protección pueden estar reconocidos por la ley, como es el caso chileno a través del Decreto Ley 600 de inversión extranjera, que garantiza el trato nacional a los inversionistas extranjeros. En su artículo 9 asegura la igualdad de los extranjeros en Chile, al indicar: "Asimismo, la inversión extranjera y las empresas en que ésta participe se sujetarán también al régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas, ni directa o indirectamente, con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 11...".

El cual profundiza en su inciso segundo lo que entiende por discriminación, impidiendo incluso al regulador establecer tales diferencias, señalando que: "Las disposiciones legales o reglamentarias relativas a determinada actividad productiva, se considerarán discriminatorias si llegaren a ser aplicables a la generalidad o la mayor parte de dicha actividad productiva en el país, con exclusión de la inversión extranjera. Igualmente, las disposiciones legales o

¹⁰ Hooper, Vince; "Multinational Financing Strategies in high political risk countries"; *School of Banking and finance working paper 2002*, University of South Wales, página 1.

reglamentarias que establezcan regímenes excepcionales de carácter sectorial o zonal, se considerarán discriminatorias, si la inversión extranjera no tuviere acceso a ellas, no obstante cumplir las mismas condiciones y requisitos que para su goce se impone a la inversión nacional".

Otros ordenamientos jurídicos, como es el caso argentino, optaron por elevar la protección de los inversionistas extranjeros a nivel constitucional al establecer en su artículo 20 que: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República".

Aun más, y profundizando en la garantización especial a los inversionistas extranjeros, especialmente a aquellos que quisieran invertir en su territorio, la Carta Fundamental argentina establece beneficios especiales a los inmigrantes europeos, al establecer en su artículo 25 la norma siguiente: "El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y **no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno** la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

La expropiación de YPF y el cambio de escenario en materia de expropiaciones en América Latina

A. Los hechos

- 2001. Argentina cesa en sus pagos de créditos al exterior.
- Febrero de 2012. Descubrimiento del nuevo yacimiento petrolero de "Vaca muerta", de propiedad de YPF en territorio argentino.
- 21 de marzo de 2012. El Directorio de YPF rechaza la propuesta del gobierno de no distribuir dividendos entre sus accionistas y reinvertir el total de sus utilidades con miras a incrementar su producción.
- Abril 2012 Estados Unidos suspende preferencias comerciales de Argentina por no pago de más de 300 millones de dólares en juicios perdidos por disputas de inversiones en su contra.

- 16 de mayo de 2012. La Presidenta de Argentina Cristina Fernández anuncia su intención de enviar un proyecto de ley al Congreso argentino para expropiar el 51% de las acciones de YPF correspondientes a la empresa española Repsol. Sin tocar los intereses del grupo Petersen, de nacionalidad argentina.
- Al mismo tiempo el Secretario de Coordinación del Ministerio de Planificación de Argentina toma control de las instalaciones de la empresa y despide a directivos españoles y argentinos.
- 15 de mayo de 2012. Repsol comienza proceso de arbitraje en contra de Argentina por expropiación del 51% de las acciones de YPF, notificando a Cristina Fernández sobre la declaración de existencia de controversia bajo el tratado de promoción y protección de inversiones, esta acción jurisdiccional deberá ser resuelta por el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Dentro de las consecuencias jurídicas de los hechos antes expuestos podemos distinguir tres infracciones a la normativa. En primer lugar, el intento de intervención sobre las decisiones de la empresa YPF, ejerciendo presión sobre el directorio para evitar la repartición de dividendos del año 2012. Este hecho en sí mismo constituye una intromisión con las gestiones de la Sociedad en cuestión aun cuando ésta encuadra en aquellas sociedades sujetas al control administrativo estatal establecido en el artículo 299 letra d de la Ley de Sociedades Anónimas, de acuerdo al cual aquellas sociedades que exploten concesiones o servicios públicos por el interés público que se encuentra comprometido deberán ser sometidas a esta fiscalización.

Asimismo, vulnerando la normativa relativa a expropiaciones, la mandataria argentina tomó posesión de las dependencias de la empresa YPF el mismo día que envió el proyecto de ley al Congreso argentino, en que se sometía a su consideración la expropiación de la compañía.

Siguiendo esta línea de eventos, se abstuvo de pagar la indemnización previa requerida por la Constitución argentina, en su artículo 17, generando un perjuicio valorizado en 10.500 millones de dólares aproximadamente.

Finalmente, es posible asegurar que existe una abierta discriminación en contra de la empresa española Repsol, dado que sólo sus derechos fueron expropiados, mientras los derechos de los nacionales argentinos del grupo Petersen fueron respetados.

B. Incumplimientos de derecho identificables en el procedimiento de expropiación de la petrolera YPF

1. Incumplimiento de las normas relativas a la determinación del monto de dividendos a distribuir por una sociedad por acciones en Argentina

Al momento en el cual el gobierno federal de Argentina interviene en las sesiones de Directorio de la Empresa YPF intentando imponer sus criterios relativos a la repartición de dividendos por parte de la compañía, se vulnera el artículo 14 de la Constitución trasandina,¹¹ tanto en cuanto se reconoce el derecho de los particulares para usar y disponer de su propiedad.

Lo anterior, aun cuando se reconoce en la ley de sociedades anónimas potestades especiales de supervigilancia del gobierno central ante ciertas sociedades anónimas por diversos motivos que en resumen pudieran considerarse estratégicos para el Estado.

Con todo, el rol extraordinario que asume el gobierno federal en este caso es restringido, y se limita en palabras de Ascui a aquellas situaciones en las cuales: "...se encuentre comprometido el interés público o el funcionamiento de la sociedad, ya que los conflictos patrimoniales deben ser resueltos por la autoridad judicial, tal como lo prevé expresamente la ley. Por otra parte la autoridad de control puede ejercer funciones de vigilancia cuando lo considere necesario por encontrarse comprometido el interés público".¹² Con todo, dicha intervención deberá realizarse por medio de resolución fundada en la protección de terceros, y no mediante la influencia en el resultado de una sesión de directorio.

2. Toma de posesión de las instalaciones de la compañía antes de la aprobación de la ley expropiatoria

Si bien es cierto que las razones en las que se basa el proyecto de ley expropiatorio presentado por la Presidenta Fernandez el 16 de abril del presente año se basa en la utilidad pública de la nación encuadrada en el argumento de la necesidad de contar con programas energéticos adecuados que incrementen la producción propia de petróleo a fin de terminar con la dependencia del petróleo importado,¹³ siguiendo la misma línea, se citan ejemplos como el

¹¹ Constitución de la República Federal Argentina, art. 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

¹² Ascui, Ignacio A.: *Sociedades*; Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, página 323.

¹³ Proyecto de ley de expropiación de la empresa YPF, presentado el día 16 de abril de 2012 al Congreso de la Nación argentina, Buenos Aires, página 7.

del Estado noruego, en que la administración estatal de recursos naturales ha probado ser más eficiente.¹⁴

Asimismo, es importante recalcar que en el proyecto de ley en comento, el Ejecutivo argentino excede sus facultades al fundar dicha decisión en una supuesta mala administración por parte de la empresa de los recursos naturales petrolíferos del país.¹⁵ Sin embargo, esta línea de argumentación no se condice con el hecho de haber propuesto una expropiación parcial de la compañía afectando sólo a uno de sus inversionistas, permitiendo la mantención de otros accionistas que apoyaron dicha línea de administración.

Con todo, no es menos cierto que en el procedimiento adoptado por la Presidenta personeros de gobierno tomaron posesión de las dependencias de la compañía el mismo día en que el proyecto de ley de expropiación fue presentado en el Congreso argentino, a saber, el día 16 de abril del presente año, en abierto descarte de la normativa constitucional vigente, contraviniendo el artículo 17 de la Constitución argentina que indica: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, **debe ser calificada por ley** y previamente indemnizada...".

De tal manera, se procedió a hacer efectiva la expropiación antes de que la ley establecida constitucionalmente como prerrequisito indispensable para el desarrollo del procedimiento no constituyera una abierta contravención del derecho fundamental a la propiedad en los términos de la normativa constitucional argentina y del Pacto de San José de Costa Rica.

3. Falta de pago de la indemnización previa establecida por la Ley 21.499

Asimismo, el artículo 17 de la Constitución argentina antes citado nos indica claramente el momento del pago de la indemnización al establecer que: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. **La expropiación** por causa de utilidad pública, **debe ser** calificada por ley y **previamente indemnizada...**".

Siguiendo dicha línea de ideas, y la definición de José Luis Cea respecto de un acto expropiatorio, al no cumplirse con los requisitos de una ley previa que autorice la expropiación, que dicha ley se base en utilidad pública, y, finalmente, una indemnización previa, resulta posible concluir que el procedimiento aplicado

¹⁴ Proyecto de ley de expropiación de la empresa YPF, presentado el día 16 de abril de 2012 al Congreso de la nación argentina, Buenos Aires, página 10.

¹⁵ Proyecto de ley de expropiación de la empresa YPF, presentado el día 16 de abril de 2012 al Congreso de la nación argentina, Buenos Aires, página 18.

por el gobierno de Argentina a YPF no corresponde a una expropiación, sino que a una operación distinta, carente de regulación y de legitimidad jurídica.

Con todo, la Ley N° 21.499, de Régimen de expropiaciones, establece en su artículo 25 que¹⁶ podrá el expropiante tomar posesión inmediata de los bienes que no sean inmuebles al momento de la expropiación. Es importante recalcar que para eso son necesarias dos circunstancias que en este caso no se producen. En primer lugar, que exista una ley expropiatoria al momento de la toma de posesión, hecho que no ocurre al 16 de abril cuando se toma la posesión de YPF, dado que coincide con el envío del proyecto de ley al Congreso argentino. Y, en segundo lugar, que se hubiera consignado judicialmente el valor del bien expropiado en forma previa.

4. Discriminación en contra de los inversionistas españoles Repsol

Uno de los detalles de la operación expropiatoria en el caso que nos ocupa es que el objeto sobre el cual recae dicha expropiación sólo se limita al porcentaje controlador de las acciones de la petrolera, discriminando abiertamente entre los diversos inversionistas que hasta el día 16 de abril de 2012, que, ostentando derechos de propiedad análogos, unos fueron preferidos sobre los otros para ser sujetos de una expropiación sobre sus acciones.

Lo anterior está en abierta contravención con la normativa constitucional argentina por diversas razones, entre ellas, la operación vulnera el derecho a la igualdad, consagrado en su artículo 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. **Todos sus habitantes son iguales ante la ley**, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

En la misma línea de argumentación, debemos recordar que la Carta Fundamental argentina garantiza un tratamiento especial a la inmigración europea en su artículo 25.¹⁷ Asimismo, resulta necesario indicar que la misma Carta Fundamental ha incorporado en su artículo 27¹⁸ la obligación para el gobierno

¹⁶ ARTICULO 25 Ley N° 21.499, de Régimen de expropiaciones: Si la expropiación versare sobre bienes que no sean inmuebles, el expropiante obtendrá la posesión inmediata de ellos, previa consignación judicial del valor que se determine por las oficinas técnicas mencionadas en el artículo 13. Será de aplicación, en lo pertinente, lo establecido en el artículo 23.

¹⁷ Artículo 25 Constitución de la República Federal Argentina: "El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

¹⁸ Art. 27 Constitución de la República Federal Argentina. El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

federal en materia de política exterior, gravándolo con la obligación de afianzar sus relaciones comerciales por medio de tratados internacionales, obligación que en razón de esta operación no se ha cumplido por parte del gobierno federal argentino, lo cual ha implicado acusaciones ante la Organización Mundial del Comercio y el CIADI.

5. Invasión de poderes del Estado

Finalmente, como ya hemos indicado, la Constitución argentina y la Ley 21.499 que establece el procedimiento de expropiaciones del mismo país, nos indican que sólo una ley podrá autorizar el procedimiento expropiatorio, para lo cual deberá basarse en razones de utilidad pública, esta prerrogativa no puede ser delegada por medio de una ley posterior que ratifique los actos realizados por el gobierno central.

En virtud del artículo 29, la Constitución Argentina¹⁹ prohíbe la entrega de facultades extraordinarias al Ejecutivo, que impliquen el dejar al arbitrio del gobierno su fortuna, por tanto, cualquier delegación para la dictación de un decreto ley expropiatorio no resulta plausible ante la normativa imperante.

Asimismo, es imposible la utilización de una ley ratificatoria posterior o una ley retroactiva que intente enmendar los errores de forma cometidos durante este procedimiento, resulta implausible en razón del artículo 28 de la Constitución argentina,²⁰ que previene la alteración de estas garantías por medio de una ley posterior que reglamente el ejercicio de tal derecho.

Por lo tanto, aun cuando la ley expropiatoria posterior señale su retroactividad, dicha retroactividad no convalidaría los incumplimientos constitucionales que se han verificado a lo largo de este procedimiento expropiatorio.

De esta forma, de acuerdo a lo dispuesto por el mismo artículo, cualquier acto derivado de facultades extraordinarias será sancionado con nulidad de derecho público, es más, en palabras de la norma argentina: "Artículo 29... Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". La sanción para estos ilícitos será la de inhabilidad

¹⁹ Art. 29 Constitución de la República Federal Argentina. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

²⁰ Artículo 28 Constitución política de la República Federal de Argentina: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

perpetua para ocupar cargos públicos, excluidos del beneficio de indulto y la conmutación de penas.²¹

Asimismo, es posible concluir que aplicando la normativa vigente en Argentina al momento de la supuesta expropiación, ésta pudiera ser anulable de acuerdo a la regulación constitucional de dicho país.

Conclusiones

Resulta imposible pasar por alto el hecho de que el análisis de riesgo de expropiaciones en América Latina será marcado por las características particulares de la expropiación de la propiedad de la empresa Repsol en la petrolera YPF, dada la falta de observancia del procedimiento nacional previamente establecido para proceder a la toma de control de la empresa por parte del gobierno.

Aun cuando la estabilidad en la protección del derecho de propiedad en la zona había sido puesta a prueba por los gobiernos de Venezuela y Bolivia con anterioridad, ninguno de ellos había pasado por alto los procedimientos expropiatorios internos de la manera como puede observarse en el caso argentino.

Sin embargo, ésta no es la primera circunstancia de incumplimiento del Estado Argentino al concierto comercial internacional. En palabras del Comisario Europeo de Comercio, Karel De Gucht, la de la petrolera "fue quizá la medida proteccionista más visible tomada por Argentina y llegó a los titulares, pero si se mira más en profundidad, la política comercial de Argentina ha echado raíces en prácticas comerciales injustas".²²

²¹ Constitución de la República Federal Argentina artículo 36.- Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

²² <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=1175849>