

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN, PRIVATIZACIONES Y RÉGIMEN DE CONVERTIBILIDAD EN LA ARGENTINA. LAS SEMILLAS DE LAS DEMANDAS ANTE EL CIADI

BILATERAL INVESTMENT TREATIES, PRIVATIZATIONS AND CURRENCY BOARD IN ARGENTINA. THE SEEDS OF THE CLAIMS ON ICSID

SAMUEL VERBANAZ

Profesor de Economía
Universidad Academia de Humanismo Cristiano de Santiago de Chile
s.verbanaz@hotmail.com

Fecha recepción: 14 de diciembre de 2010

Fecha aceptación: 22 de marzo de 2011

doi: 10.5209/rev_PADE.2011.v22.6

RESUMEN

La República Argentina se ha convertido en el país que ha tenido que enfrentar el mayor número de demandas ante el CIADI. En este artículo se pretende analizar en base a la historia económica argentina reciente cuáles han sido los determinantes que desembocaron en una ola de demandas sin precedentes a partir de 2002. En el análisis se recurrirá a tres elementos que se consideran clave, tanto por sus particularidades propias como por su interrelación: la intensa etapa de privatizaciones iniciada en los 90, los Tratados Bilaterales de Inversión firmados con los principales países inversores y el régimen de convertibilidad.

PALABRAS CLAVE: Argentina, Tratados Bilaterales de Inversión, Privatizaciones, CIADI, Inversión extranjera directa.

JEL: N46, F59

ABSTRACT

The Republic of Argentina has become the country with the highest number of claims made against it under the ICSID. This article attempts to analyze Argentina's recent economic history which has resulted in unprecedented levels of claims made against it since 2002. This analysis draws upon three key elements which are considered not only relevant for their specific characteristics, as well as in the way they relate to each other: the intense privatization initiated in the 90s, the Bilateral Investment Treaties signed with major investor countries and the currency board.

KEYWORDS: Argentina, Bilateral Investment Treaties, Privatizations, ICSID, Foreign direct investment.

INTRODUCCIÓN

56 Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (BITs de sus siglas en inglés), todos ellos excepto uno firmados entre 1990 y 2001 por la República Argentina con países de todos los continentes. 49 demandas contra la República Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), siendo así el país del mundo con mayor número de casos ante este tribunal. 35 de estas demandas son presentadas entre enero de 2002 y mayo de 2005. 1/3 del total de demandas presentadas ante el CIADI durante el período 2002-2005 han sido contra la República Argentina.

Sin duda son datos que llaman la atención, tanto por la concentración de la firma de Tratados durante la década de los noventa como por la cantidad de demandas en un plazo tan corto. Aquí no nos centraremos tanto en el porqué del primer aspecto, la intensidad de firma de Tratados, sino en el porqué del segundo, el estallido de demandas ante el CIADI.¹ Por tanto cabe preguntarse: *¿qué ocurrió en la Argentina desde que se firmaron los primeros BITs a principios de los 90 hasta 2002 para que a partir de entonces el país acumulara tal proporción de los casos abiertos ante el CIADI?*

Los elementos a los que se recurrirá para dar respuesta a esta pregunta girarán en torno a aspectos que pueden quedar englobados en alguno de estos tres puntos: 1) los flujos y las características particulares de la inversión extranjera directa (IED) que entró en el país para la compra de empresas públicas; 2) los cambios en la propiedad a lo largo de la década de los 90 de empresas privatizadas según el origen nacional o extranjero de los capitales implicados; y 3) los mecanismos y marcos regulatorios que condicionaron bien la forma en que se llevaron a cabo las privatizaciones bien el tratamiento que se le dio la IED, siendo los BITs parte de este tercer aspecto. El desarrollo estos tres puntos se da dentro de un sistema monetario de paridad cambiaria entre el peso argentino y el dólar estadounidense (régimen de convertibilidad) que estuvo vigente durante prácticamente toda la década de los 90, lo cual, como se verá, es de gran relevancia para lo que aquí se tratará. Lo que se intentará es ver cómo la evolución y la conjunción de estos tres elementos, todo ello atravesado por la vigencia y derrumbe del régimen de convertibilidad, llevó a que la Argentina fuera objeto de tal cantidad de demandas. Igualmente es oportuno mencionar que la investigación no pretende ser un análisis exhaustivo de demandas concretas ni tampoco de los aspectos puramente jurídicos que entran en juego en los casos que se han presentado ante el CIADI.

Por otro lado, y por lo que a la estructura del trabajo se refiere, para poder responder a la pregunta inicial se recurrirá a un análisis dividido en tres etapas diferenciadas de la historia económica argentina reciente:

- 1990-1994: Intensa fase de privatizaciones y de entrada de IED que, dadas las circunstancias económicas en las que se llega a finales de los 80 y las características particulares de la política de privatizaciones que se inicia en los 90, generó el surgimiento de una “comunidad de negocios” entre capitales locales y extranjeros alrededor de las privatizaciones de empresas y servicios

¹ El CIADI es la principal instancia donde se dirimen los conflictos entre inversores extranjeros y países receptores de inversiones en base a las cláusulas establecidas en los BITs.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

públicas puestas en marcha durante los primeros años del gobierno de Carlos Menem.

- 1995-2001: Disolución de esta “comunidad de negocios” por la venta de los activos privatizados en manos de residentes a no residentes.
- 2002 en adelante: Salida del régimen de convertibilidad que establecía la paridad entre el peso y el dólar estadounidense y cambios regulatorios que modificaban profundamente el funcionamiento de algunos sectores de la economía, especialmente aquellos donde las empresas extranjeras habían adquirido gran protagonismo, es decir los sectores privatizados durante la década de los noventa.

Aquí cabe advertir que esta periodización es útil para los objetivos de este trabajo y en ningún momento intenta ser una clasificación válida para otro propósito, ni tampoco pretende demarcar tres grandes etapas diferenciadas del desarrollo económico argentino reciente en cuanto cambios estructurales de la economía en su conjunto.

Por lo que respecta a la organización del trabajo, éste se dividirá en tres secciones principales, cada una de ellas haciendo referencia a una de las etapas antes señaladas. En las dos primeras secciones se mostrarán las condiciones y características de la entrada de capitales extranjeros en relación con las privatizaciones y los cambios en la propiedad de las empresas privatizadas, para relacionarlo en la última sección con las demandas en el CIADI. Sin embargo, el análisis se inicia con una sección preliminar donde se apuntan de forma muy sintética las funciones básicas de los BITs a modo de puesta en situación en el tema para el lector que desconozca la existencia de los mismos.

En la primera sección se explicarán las particularidades del proceso de privatización durante su fase más intensa, los cinco primeros años del gobierno de Menem, desde principios de 1990 hasta finales de 1994. Es durante esta época cuando se privatiza el grueso de las empresas y servicios públicos. Se mostrarán las principales características conformadoras de las privatizaciones como por ejemplo el surgimiento de la “comunidad de negocios” entre capitales privados nacionales y extranjeros y datos cuantitativos de las privatizaciones y del origen geográfico de los compradores. Es aquí también donde se muestra con qué países y en qué momento se firmaron los primeros BITs.

La segunda sección se centra en explicar cómo se disuelve esta “comunidad de negocios” entre capitales nacionales y extranjeros, pasando a manos de empresas extranjeras gran parte de los activos privatizados durante los primeros años y que estaban en propiedad de residentes. Aquí se explicarán las lógicas diferenciadas de acumulación y valorización de capitales nacionales y extranjeros, y cómo esta contraposición no dificultó el proceso sino que por el contrario lo facilitó.

La tercera sección es donde finalmente se intenta relacionar todos los elementos analizados en las dos primeras secciones para dar una respuesta a la pregunta planteada al inicio. Para ello se hará un énfasis especial en las consecuencias de uno de los acontecimientos que modificaron sustancialmente el escenario económico: el derrumbe del régimen de convertibilidad.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

Se concluye el artículo con unas breves conclusiones finales intentando también abrir nuevos aspectos para la discusión tomando como base el análisis aquí desarrollado para el caso argentino.

1. BREVE ANOTACIÓN PRELIMINAR SOBRE LOS BITS

Ya que en esta investigación los BITS juegan un papel importante, es necesario hacer un pequeño apunte sobre la naturaleza de los mismos. Hay que advertir primero que lo escueto de la descripción que se presenta a continuación está justificado por el hecho de que en este estudio no se pretende hacer un análisis de los BITS “en general”, sino que sólo se recurrirá a ellos para el caso argentino y en la medida que sea útil para responder a la pregunta arriba planteada, ni más ni menos. Por tanto lo que aquí se presenta es simplemente una primerísima aproximación al tema para situar al lector que ni siquiera tenga conocimiento de la existencia de los BITS.

Dadas las dificultades que históricamente han mostrado las negociaciones multilaterales en temas relativos a inversiones, a partir de los años 90 toma fuerza una nueva estrategia para el tratamiento de las inversiones extranjeras: el bilateralismo. Al igual que sucedió en la Argentina, la mayoría de BITS vigentes en el mundo fueron firmados en la década de los noventa. Según datos de la UNCTAD a finales de 1989 se habían firmado en el todo mundo 385 BITS. A finales de 1999 esta cifra había aumentado a 1.857 (UNCTAD, 2000: 71). Más allá del porqué de este crecimiento en tan sólo una década, lo que aquí nos interesa es anotar brevemente la función de los BITS, tomando como un hecho dado su auge es esos años.

A pesar de la gran cantidad de BITS firmados, hay que hacer notar que todos ellos son enormemente similares, ya que “la mayor parte de los tratados bilaterales vigentes pueden ser considerados ‘adaptados’ de un TBI [Tratado Bilateral de Inversión] prototipo elaborado por un conjunto reducido de países desarrollados” (Mortimore, M. y Stanley, E., 2006: 195). Por tanto, en general, los BITS no hacen referencia a las características específicas de los países implicados en la firma del tratado, sino que definen un marco regulatorio genérico válido para casi cualquier tipo de inversión en cualquier lugar del mundo.

Lo que se pretende con la firma de un BIT es establecer un compromiso por parte de los Estados firmantes para la protección de las inversiones extranjeras intentando asegurar un ambiente legal estable y un conjunto de reglas fijas sobre el tratamiento de las inversiones en el país receptor.

Por otro lado, tal como apuntan Mortimore y Stanley “los tratados pueden también ser vistos como medio para profundizar la *liberalización en materia de inversión*, al incluir una serie de medidas tendientes a eliminar cualquier tipo de restricciones que afecten la entrada o permanencia de los inversores extranjeros, como aquellas que puedan considerarse discriminatorias hacia las empresas extranjeras” (Mortimore, M. y Stanley, E., 2006: 195).

Un aspecto fundamental para nuestro análisis que está presente en *todos* los BITS y sin el cual ni siquiera sería pertinente plantear la pregunta inicial en los términos aquí

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

propuestos, es lo relativo a la *solución de controversias*. En caso de producirse disputas entre los inversores y el país receptor de la inversión por temas relativos al incumplimiento de las cláusulas establecidas en los BITs, existen diferentes instancias judiciales donde las partes pueden dirigirse. Aunque no es el único ámbito donde se pueden dirimir estas disputas, el que mayor protagonismo ha tenido ha sido el CIADI. En el CIADI las controversias entre las partes son juzgadas en función a los artículos dispuestos en los BITs correspondientes y en base a las disposiciones del derecho internacional.² Las modalidades de solución de controversias varían en los diferentes BITs en lo referente al camino a seguir para poder plantear el caso ante el CIADI. A modo de ejemplo, en algunos Tratados se establece que primero se intentará durante un determinado período de tiempo llegar a un acuerdo amistoso entre las partes, pasado el cual entonces se podrá acudir al CIADI; en otros el presentar primero el reclamo ante la justicia nacional y en caso de que el inversor no esté de acuerdo con la sentencia presentarlo entonces ante el CIADI; y algunas otras variantes menores que facilitan más o menos la capacidad de los inversores de plantear en el CIADI las demandas contra los países receptores de su inversión.

Así, tenemos que los BITs están fundamentados en dos pilares básicos: la apertura incondicional y el establecimiento de un marco legal para la protección de las inversiones extranjeras por un lado, y la consagración de un sistema de arbitraje internacional para resolver controversias por otro.

2. LAS PRIVATIZACIONES Y EL SURGIMIENTO DE LA COMUNIDAD DE NEGOCIOS. 1990-1994

Si bien en general el hecho de la venta de empresas estatales al sector privado muchas veces se explica por medio de la fórmula demasiado genérica de “apertura de nuevos espacios de acumulación de capital”, el caso argentino tiene algunas particularidades que es necesario explicar para poder comprender la forma en que se puso en marcha y desarrolló el proceso privatizador.

Uno de los aspectos que condicionan la forma en que se llevaron a cabo las privatizaciones de empresas estatales durante los años 90 es la situación de crisis de los últimos años de la década de 1980 (Basualdo, 2006: 281-291; Azpiazu, 2002: 49-51). A finales de los 80 se dio un enfrentamiento entre un sector de la cúpula empresaria nacional y los acreedores externos por la apropiación del excedente nacional: por una parte los acreedores externos exigían la reanudación de los pagos del servicio de la deuda, mientras que los grupos económicos locales pugnaban por el mantenimiento de los privilegios obtenidos desde mediados de los años 70, los cuales consistían en transferencias de recursos desde el sector público hacia las empresas locales por medio de los llamados regímenes de promoción industrial y de compra-venta de bienes y servicios por parte del Estado a algunos sectores de capitales nacionales (Basualdo, 2006: 287). Finalmente, la salida de este enfrentamiento, si bien se llevó a cabo por medio de la aplicación de las exigencias de los acreedores externos (privatizaciones y apertura comercial), se dio en un sentido que permitió la conjunción de intereses entre los capitales nacionales y extranjeros, pero como se verá en la sección 2 ésta no fue duradera en el tiempo

² Sobre la utilización de los principios rectores del derecho internacional en lo que hace referencia a los casos tratados en el CIADI se puede ver un ejemplo de ello en Di Rosa, 2004.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

sino que se limitó aproximadamente al primer lustro de la década. La forma de implementación de las privatizaciones permitiría a los acreedores externos la recuperación de parte del capital adeudado que en el mercado secundario de deuda había perdido ya gran parte de su valor, y a la cúpula empresaria local la posible participación en sectores hasta entonces vedados al capital privado y que dados los mecanismos de valuación de activos públicos y de estipulación de tarifas prometían ser generadores de grandes beneficios futuros,³ aunque como veremos más adelante los beneficios para los capitales locales no se dieron principalmente por medio de los ingresos corrientes fruto de la explotación de las empresas privatizadas, sino mediante su enajenación.

Las privatizaciones de empresas públicas se pusieron en marcha por medio de la conocida Ley de Reforma del Estado (Nº 23.696 del 17/8/1989). Junto a ella se introdujo la Ley de Emergencia Económica (Nº 23.697 del 1/9/1989), que entre otras cosas dictaminaba reducir de forma drástica los privilegios antes mencionados de los capitales nacionales. Por el momento bastaría con apuntar que la Ley de Reforma del Estado realmente no establecía un marco jurídico claro para la venta de empresas públicas, o más bien podría decirse que regulaba de forma “demasiado clara” el proceso: permitía al Poder Ejecutivo, por medio de decretos específicos, total discrecionalidad en los mecanismos de transferencia de la ingente cantidad de activos públicos susceptibles de privatizar⁴.

Dado el escenario económico de principios de los 90 y la correlación de fuerzas de las empresas nacionales y extranjeras, se da un fenómeno que es importante resaltar. Tal como comenta Basualdo:

“Los grupos económicos [locales] no pueden excluir a los distintos tipos de capital extranjero porque no tienen capacidad económica ni financiera, ni incluso técnica para hacerlo. Sin embargo, y a pesar de esas ventajas, los capitales extranjeros tampoco pueden obviar la presencia de los grupos económicos, por el conocimiento del medio local y por su capacidad para influir en las políticas estatales” (Basualdo, 2006: 83).

Algo similar se apunta en el informe de la Dirección Nacional de Cuentas Internacionales al indicar que:

“Los pliegos [de las ofertas] del Estado requerían la participación en el consorcio de un operador del negocio que tuviera experiencia en el sector en cuestión. A partir de esta condición, en general, la conformación de los consorcios fue bastante similar en todas las empresas e involucraba a un operador extranjero experto (que aportaba su experiencia en el

³ Sin embargo, y aunque no es el tema central de estudio, es oportuno señalar lo que apuntan Arceo y Basualdo: “[...] si bien la salida de la crisis implica enfrentamientos entre ambas fracciones de los sectores dominantes, el coste del ajuste recae sobre los trabajadores (disminución en la participación en el ingreso, desocupación, precarización del empleo, etc.) y los activos públicos –capital acumulado socialmente–.” (Azpiazu, 2002: 51).

⁴ En este sentido el Artículo 11 de la Ley de Reforma del Estado establece que: “Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional para proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones a obras cuya gestión actual se encuentre a su cargo, o a la liquidación de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propiedad pertenezca total o parcialmente al Estado Nacional, que hayan sido declaradas ‘sujeta a privatización’ conforme con las previsiones de esta ley.[...] Siempre y en todos los casos cualquiera sea la modalidad o el procedimiento elegido, el Poder Ejecutivo Nacional, en áreas que considere de interés nacional se reservará en el pliego de condiciones la facultad de fijar las políticas de que se trate.”

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

sector), y a un grupo nacional (que podía actuar como co-operador o en algunos casos aportar a la dirección) [...]” (Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, 2000: 18).

Es así como se conforma una particular “comunidad de negocios” entre capitales locales y capitales extranjeros alrededor de las empresas privatizadas. Para intentar apreciar este primer efecto de las privatizaciones recurriremos en los siguientes párrafos a las estadísticas publicadas por la Dirección Nacional de Cuentas Internacionales.

Desde un primer momento hay una fuerte entrada de capitales extranjeros para la compra de activos públicos. Como se ve en el Cuadro 2.1, entre 1990 y 1994, época en la que se llevan a cabo el grueso de las privatizaciones, del total de 15.624 millones de dólares recaudados por el fisco en concepto de venta de activos públicos, 8.932 millones provenían de no residentes y 6.690 millones eran de residentes. Sin embargo este dato por sí sólo no muestra que efectivamente en un primer momento se creara una “comunidad de negocios” alrededor de las privatizaciones, ya que podría darse el caso que los capitales extranjeros adquirieran empresas en las que el capital nacional no participara de la compra y viceversa. Pero si se analiza con detalle las estadísticas más desglosadas, se puede calcular cómo del total de 97 operaciones de privatización llevadas a cabo entre 1990 y 1994, en aproximadamente la mitad de ellas, en concreto 49 operaciones, se da conjuntamente la participación de capitales nacionales y extranjeros en la compra de las empresas públicas. Estos datos son en términos nominales en cuanto al número de operaciones de privatización.

Cuadro 2.1. Capital nacional y extranjero en las privatizaciones (millones de dólares)

Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Total
Capital nacional	613	1.108	2.641	1.921	407	296	156	328	171	146	7.787
Capital extranjero	1.174	854	2.855	3.534	515	1.114	580	892	351	4.191	16.060
IED	1.174	460	2.344	935	136	1.114	580	892	334	4.191	12.160
I. en cartera	-	394	510	2.600	379	-	-	-	17	-	3.900
Total	1.787	1.963	5.496	5.456	923	1.410	736	1.220	522	4.337	23.850

Fuente: Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, 2000: 22.

Cuadro 2.2. Operaciones de privatización según el origen del comprador (número y millones de dólares)

	Operaciones conjuntas	Operaciones de capital nacional exclusivamente	Operaciones de capital extranjero exclusivamente	Operaciones totales	Proporción operaciones conjuntas
Número	49	39	9	97	50,52%
Monto	12.774	1.851	999	15.624	81,76%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Dirección Nacional de Cuentas Internacionales.

Pero resulta más interesante ver cuál fue la *magnitud* de la entrada de capitales privados nacionales y extranjeros de forma conjunta en el total de los ingresos percibidos por parte del Estado. De los 15.624 millones de dólares ingresados por las privatizaciones entre 1990 y 1994, 12.774 millones fueron en operaciones

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

conjuntas de capitales privados nacionales y extranjeros, es decir que el 81,76% del capital desembolsado para la compra de empresas públicas fue en operaciones conjuntas de residentes y no residentes (Cuadro 2.2).

Estos datos sustentan la idea planteada inicialmente del surgimiento de una comunidad de negocios en torno a las privatizaciones, ya que la mayoría del monto total de capitales extranjeros que adquirieron empresas públicas lo hicieron en operaciones conjuntas con capitales nacionales, generándose así unos intereses mutuos alrededor de las empresas apropiadas. Efectivamente, tal como comenta Basualdo:

“[...] las privatizaciones fuerzan una modificación en el comportamiento tradicional de las empresas transnacionales en el país. En efecto, en el ámbito internacional, la tendencia a la asociación (*joint-ventures*) de las empresas extranjeras con capitales locales cobra intensidad en la década del 60 [...] y el 70 [...]. Sin embargo, durante esos años, en la Argentina —a diferencia de lo que ocurre a nivel mundial— las empresas extranjeras mantienen un acentuado grado de control sobre el capital de sus subsidiarias locales, siendo muy reducido el número de casos en que establecen acuerdos de capital con empresas locales, sean estatales o privadas. [...] durante el proceso de industrialización —y específicamente en la segunda etapa del proceso sustitutivo que se inicia a fines de los 50— estas firmas no realizan acuerdos significativos con empresas locales, sino que, por el contrario, la mayoría de ellas mantiene desde el comienzo de sus actividades en el país, un acentuado grado de control sobre el capital de sus subsidiarias locales. [...] es recién a partir de la privatización de empresas públicas que se consolidan las asociaciones, asumiendo las mismas una importancia desconocida hasta ese momento.” (Basualdo, 2000: 82-83).

Aunque es relevante para el estudio de las privatizaciones el tema de la aceptación de títulos de deuda externa al valor nominal como forma de pago para la adquisición de activos públicos y su relación con el fracaso del plan Baker y la implantación del plan Brady, dicha relación “deuda externa pública-Plan Baker-Brady” excede los límites de esta investigación. Sin embargo sí es necesario presentar datos cuantitativos de lo que significó la aceptación de deuda externa a su valor nominal en la compra de empresas.

Como se ha comentado, los acreedores extranjeros tenían títulos de deuda pública argentina que a finales de los 80 eran papeles de dudoso cobro y que en el mercado secundario habían perdido gran parte de su valor. Por tanto al plantearse la salida del conflicto entre capitales nacionales y acreedores externos a favor principalmente de éstos últimos, esto propició que se permitiera a los acreedores externos capitalizar sus títulos de deuda a valor nominal para la compra de las empresas en proceso de privatización. Mientras se practicó este procedimiento, básicamente entre 1990 y 1994, el *valor efectivo* de los títulos de deuda externa entregados al Estado para la compra de empresas públicas ascendió a 4.657 millones de dólares, mientras que por medio de estos títulos los compradores pudieron hacerse con la propiedad de activos públicos por valor de 13.615 millones de dólares, ya que este era el *valor nominal* de la deuda externa aceptada por el Estado como contrapartida por dichas ventas.

Así, en 1990 el promedio de cotización de los títulos de deuda aceptados para la compra de empresas públicas era tan sólo del 14% de su valor nominal, en 1991 el valor efectivo era del 15% de su valor nominal, en 1992 del 46%, en 1993 del 68% y en 1994 del 71%. Por tanto el promedio del valor efectivo ponderado en función de la aceptación de títulos de deuda por parte del Estado fue tan sólo del 34% para el

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

período 1990-1994 (Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, 2000: 14). Es decir que, en promedio, por la entrega de un dólar de deuda externa a su valor efectivo los compradores podían adquirir tres dólares de activos públicos.

Cuadro 2.3. Concesiones de obras y servicios públicos. 1990-1998

Sector/empresa	Año	Términos de la concesión
Canales de TV y Radios (1990/1991)	1990	Concesión por 15 años
Subsecretaría de combustibles	1990	Concesión de áreas marginales
Caminos	1990	Concesión de 10.000 Km de rutas nacionales
Ferrocarriles	1991	Concesión por 30 años del ramal Rosario
Subsecretaría de combustibles	1991	Concesión de áreas marginales
Ferrocarriles Argentinos	1992	Concesión por 30 años: Línea Mitre-carga Delta Borges-pasajeros Línea San Martín-carga Línea Gral. Roca-carga Línea Gral. Urquiza-carga
Subsecretaría de combustibles	1992	Concesión de áreas marginales
EDELAP Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA) La Plata	1992	Concesión por 95 años
Obras Sanitarias de la Nación	1992	Concesión por 30 años
FEMESA (Ferrocarriles)	1993	Concesión por 20 años: Línea Gral. Urquiza-pasajeros Subterráneos de Buenos Aires
Elevadores (Puertos)	1993	Concesión por 30 años: Puerto Ingeniero White Puerto de Mar del Plata
FEMESA (Ferrocarriles)	1994	Concesión por 10 años: Línea Belgrano Norte Línea San Martín-pasajeros Línea Belgrano Sur
Caminos	1994	Concesión por 22 años y 8 meses Acceso a Capital Federal
Unidades Portuarias VI y VII Rosario	1994	Concesión por 30 años
Terminal 1 y 2 del Puerto Nuevo-Ciudad de Buenos Aires	1994	Concesión
FEMESA (Ferrocarriles)	1995	Concesión Línea Sarmiento y Mitre
Correos	1997	Concesión por 30 años
Sistema Nacional de Aeropuertos	1998	Concesión por 30 años

Fuente: Heymann y Kosacoff, 2000: 145-154.

Además de la venta directa de empresas públicas también se dio otra forma de privatización que no implica la transferencia de activos públicos pero que igualmente tiene un impacto importante: la concesión de servicios y obras públicas. Como se observa en el Cuadro 2.3, donde se muestran las principales concesiones de los años 90, éstas no son para nada desdeñables, tanto por la naturaleza de las mismas

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

como por los períodos de concesión establecidos. Las concesiones públicas pueden ser onerosas, gratuitas o subvencionadas, pero aquí no importa tanto si el Estado recibió o no ingresos por las concesiones, ya que, una vez se decide concesionar un servicio, la forma más eficiente ponerlo de en práctica (concesión onerosa, gratuita o subvencionada) dependerá de la naturaleza del mismo. Lo que aquí interesa es más bien su número, la intensidad en los primeros años (paralela a la venta de empresas) y los sectores que abarcaron, desde el sector petrolífero hasta el eléctrico pasando por el de distribución y saneamiento de aguas.

Junto con estas anotaciones en términos cuantitativos de lo que representaron las privatizaciones y concesiones, hay al menos tres aspectos específicos en relación a las privatizaciones que es necesario remarcar. Por orden de importancia según los objetivos del análisis los aspectos fundamentales son los siguientes: 1) las privatizaciones se llevan a cabo dentro del régimen de convertibilidad puesto en marcha en marzo de 1991,⁵ según el cual se establecía la paridad entre el peso y el dólar estadounidense, estando el Banco Central obligado a cambiar a todo aquel que lo solicitara pesos argentinos por dólares estadounidenses según la relación 1 peso argentino=1 dólar estadounidense. Este punto no es solamente característico del contexto en el que se llevan a cabo las privatizaciones, sino que es transversal a toda la economía; 2) la estipulación de contratos extremadamente favorables para las empresas de servicios y obras públicas; 3) la subvaluación de activos y la absorción de pasivos por parte del Estado a la hora de vender las empresas públicas.

1) Respecto al funcionamiento del régimen de convertibilidad es necesario hacer primero un pequeño apunte descriptivo respecto al funcionamiento del mismo. Por un lado el objetivo de éste se puede resumir de la forma más sucinta posible diciendo que “la instauración de un planteo de caja de conversión con una tasa de cambio fija fue una política destinada a estabilizar el nivel de precios –detener el proceso inflacionario– mediante la recuperación del papel de la moneda local.” (Basualdo, 2006: 310). Por otra parte la base para poder poner en práctica un régimen cambiario de este tipo, en el que la oferta monetaria pasa a depender de las reservas de dólares del Banco Central, vino dada por el resurgimiento de las condiciones favorables de financiación externa después de las restricciones de la década de los 80. Esta mejora se debió a que “los planes de conversión de la deuda externa latinoamericana y la baja de la tasa de interés en los mercados internacionales reiniciaron la corriente de capitales de corto plazo hacia América Latina y otros mercados emergentes. Al mismo tiempo, las privatizaciones de empresas públicas atraían la inversión privada directa.” (Ferrer, 2008: 405).

Pero lo que más nos interesa resaltar más allá de las implicaciones de política monetaria o cambiaria, es que la Ley de Convertibilidad aseguraba a los adjudicatarios de las empresas y servicios públicos la adquisición de unos activos valuados en dólares y unos ingresos corrientes por prestación de servicios que eran directamente convertibles en dólares.

El régimen de convertibilidad es un aspecto transversal a toda la economía, pero como se verá en la tercera sección tiene especial interés para el tema aquí tratado.

⁵ El régimen de convertibilidad es un aspecto absolutamente central de toda la política económica argentina de la década de los noventa. Sin embargo aquí no nos ocuparemos de explicar en profundidad su lógica de funcionamiento, desarrollo, limitaciones, etc., y se tomará como un hecho dado la existencia y posterior ruptura del mismo.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

- 2) Aunque cada caso tiene sus particularidades, la estrategia seguida de forma generalizada fue la constante renegociación al alza de los contratos originales de concesión de servicios públicos y de los marcos regulatorios de los mismos, para así lograr la obtención de beneficios extraordinarios (Azpiazu, 2002: 131-161). Igualmente las tarifas de los servicios habían sido dolarizadas, lo cual en la práctica significaba que las empresas calculaban la tarifa en dólares y luego por motivos de facturación cobraban los servicios prestados a los usuarios en pesos. A esto hay que sumar el incumplimiento por parte de los consorcios licenciatarios de los aspectos relativos a inversiones comprometidas; la indexación en dólares de las tarifas según el IPC de los EE.UU. (Di Rosa, 2004: 46-47) (a pesar de que el Artículo 7 la Ley de Convertibilidad lo prohibía expresamente);⁶ y la ausencia del traslado de reducciones impositivas y de aumentos de productividad a las tarifas pagadas por los usuarios (Azpiazu, 2002: 137), lo cual por un lado reducía los costes de explotación y por otro aumentaba los ingresos.
- 3) Por una parte, como ya se ha comentado, el Estado aceptó deuda externa a su valor nominal (parte de la cual estaba en manos de residentes) como medio de pago de las empresas privatizadas aun siendo su valor efectivo muy inferior al nominal. Por otra parte también se hizo cargo de una buena parte de los pasivos de las empresas a privatizar. Los pasivos más importantes asumidos por el Estado de los que se ha podido conseguir datos de la Dirección Nacional de Cuentas Internacionales son: Entel: 1.760 millones de dólares. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA): 4.446 millones de dólares. Gas del Estado: 1.713 millones de dólares. Hidroeléctrica Norpatagónica (HIDRONOR): 1.500 millones de dólares (Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, 2000: 10). Es decir, un total de 9.419 millones de dólares asumidos como pasivo en tan sólo 4 empresas.

De este modo, e introduciendo por primera vez en el análisis la firma de los BITs aunque de momento sólo tangencialmente, las empresas extranjeras compradoras de activos públicos estaban especialmente interesadas en lo que se refiere los puntos 1 y 2: la estabilidad cambiaria y el no empeoramiento de los contratos de concesión de servicios públicos. Estos dos aspectos, a diferencia de la compra de activos subvaluados la cual se hace en un momento puntual, hacen referencia a variables que son susceptibles de ser modificadas en el tiempo a discreción del gobierno. Estos dos puntos son precisamente los que los BITs pueden cubrir de forma adecuada ya que una de sus principales funciones es proteger a los inversores extranjeros de las incertidumbres del futuro en cuanto a cambios en la política económica del gobierno firmante del acuerdo que les puedan perjudicar. Por tanto, en vista de las particularidades de los puntos 1 y 2, la firma de los BITs se convierte en algo especialmente importante para los inversores extranjeros que se hicieron con las empresas públicas.

Una vez mostrada la situación por lo que respecta al valor de los activos privatizados en el período 1990-1994 y las especificidades comentadas en los puntos 1, 2 y 3, cabe preguntarse para los objetivos de esta investigación cuál fue el origen de los capitales extranjeros involucrados en las compras.

⁶ Sin embargo esto fue solucionado según los diferentes casos mediante la proclamación de decretos específicos. Por ejemplo para el caso de la regulación de las tarifas telefónicas, el Decreto N° 2.585/91 permitía la indexación de las tarifas respecto a las variaciones semestrales del IPC de los EE.UU. (Azpiazu, 2002: 137).

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

Según los mismos datos de la Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, en 1998 (Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, 2000: 24), momento previo a la venta de YPF a la empresa española Repsol, el 86% de los flujos de IED que entraron en el país para la adquisición de empresas públicas estaba concentrado en 5 países, distribuyéndose de la siguiente manera:

- EE.UU.: 33%
- España: 17%
- Chile: 15%
- Francia: 11%
- Italia: 10%
- Otros: 14%

Por tanto hasta aquí tenemos tres características fundamentales del proceso de privatización: a) la asociación entre capitales privados nacionales y extranjeros en una parte mayoritaria del volumen de las privatizaciones en términos monetarios en los momentos de mayor actividad privatizadora (1990-1994); b) lo referente al régimen de convertibilidad, las formas regulatorias y la subvaluación de activos explicado en los puntos 1, 2 y 3; y c) finalmente tenemos que la distribución nacional del origen de los capitales extranjeros estuvo muy concentrada.

Es interesante observar desde ahora que junto con este proceso de privatización *dentro del régimen de convertibilidad*, y en el que están asociados capitales extranjeros y nacionales, los 5 países a los que pertenecían los principales inversores habían firmado todos ellos BITs con la Argentina. Según datos del CIADI, ya en noviembre de 1991 estaban firmados los BITs con Italia (mayo de 1990), Francia (julio de 1991), Chile (agosto de 1991), España (octubre de 1991) y Estados Unidos de América (noviembre de 1991). Por tanto, a pesar que la Argentina tiene firmados BITs con un total de 56 países desde 1990 hasta 2002, resulta llamativo que los primeros Tratados hayan sido firmados precisamente con los países que participaron de manera más activa en las privatizaciones de los primeros años 90.

Del total de 56 BITs firmados un gran número involucra a Estados que difícilmente podrían considerarse como socios comerciales o inversores clave para el país, pero tal vez, y esto no se intenta demostrar aquí, podría explicarse esta frenética actividad de firma de BITs con el mayor número de países posible como una forma de mostrar a la comunidad internacional el fuerte compromiso de la Argentina en los años 90 para con la protección de las inversiones extranjeras dentro del marco de políticas de ajuste estructural, aunque la firma de muchos de los Tratados tuviera un impacto real mínimo dadas las escasas relaciones económicas con un gran número de los Estados firmantes. Tal como señalan Mortimore y Stanley:

“En su afán por incrementar la reputación y atraer inversores extranjeros, [el gobierno justicialista] firma más de 50 TBIs [Tratados Bilaterales de Inversión], muchos de ellos con países con los cuales la Argentina ni siquiera poseía lazos comerciales de envergadura. De igual forma, la adhesión al CIADI, el 18 de noviembre de 1994, también puede entenderse como parte del *esfuerzo de señalamiento del gobierno*. [Subrayado nuestro]” (Mortimore y Stanley, 2006: 200).

Sin embargo, es complicado demostrar que la firma de los BITs con los principales países a los que pertenecen las empresas extranjeras que participaron en el proceso de privatización fue condición necesaria para la entrada de capitales, ya que

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

importantes empresas estatales y servicios públicos se otorgaron en parte a capitales extranjeros antes de la firma de los BITs. Así, por ejemplo, en el caso del monopolio de la telefonía, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel) fue privatizada y concesionado el servicio a la empresa Telefónica de España, a la francesa Stet-France Cable et Radio y a grupos empresariales locales como el Grupo Techint, el Grupo Soldati y el Grupo Pérez Companc ya en noviembre de 1990 (Azpiazu, 2002: 133; Thwaites Rey, 2003: 39-42; Kulfas, 2001: 33), antes de la firma de los BITs con España y Francia. Otro ejemplo es el de Aerolíneas Argentinas, otro de los símbolos, junto con ENTel, de las privatizaciones en la Argentina. En este caso la aerolínea de bandera nacional fue adjudicada a un consorcio formado por la aerolínea española IBERIA, pública por aquel entonces, y a la aerolínea argentina Cielos del Sur, también en noviembre de 1990 (Boron y Thwaites Rey, 2004: 135-137). Estos dos casos simplemente ilustran el hecho de que lo más probable es que no era un prerequisite para la recepción de IED la firma de los BITs.

3. LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE NEGOCIOS. 1995-2001

Una vez analizado el surgimiento de lo que se ha llamado la comunidad de negocios es necesario explicar su evolución a lo largo del tiempo para poder comprender cómo las modificaciones en su seno a partir de mediados de los años 90 llevaron al establecimiento de una situación totalmente diferente a la expuesta hasta ahora en lo referente a la relación entre los capitales locales y extranjeros.

A partir de 1995, una vez privatizados el grueso de los activos públicos⁷, los residentes que habían accedido a la propiedad de éstas empresas comienzan a deshacerse de ellas pudiendo conseguir por medio de estas transacciones un enorme flujo de ingresos. Obviamente para que los capitales nacionales que habían adquirido una buena parte de las empresas públicas pudieran venderlas era necesario que existieran compradores dispuestos a hacerse con estas propiedades. Es aquí donde de nuevo entran en escena los capitales extranjeros. Diversos estudios (Dirección Nacional de Cuentas Internacionales, 2000: 18-19; Kulfas, 2001: 32-44; Basualdo, 2006: 334-338; Basualdo, 2000: 31-32) muestran cómo a partir del año 1995 se inicia un intenso proceso de transferencia de empresas privatizadas en manos de residentes a manos de capitales extranjeros. Este fenómeno, que Basualdo llama “la segunda vuelta de las privatizaciones” (Basualdo, 2006: 337), es el que se califica aquí como la “disolución de la comunidad de negocios”.

Pero ¿por qué se produjo esta venta de empresas privatizadas hacia capitales extranjeros? Aquí es necesario hacer entrar en juego una de las características que según Basualdo define la forma de actuación de los capitales nacionales argentinos a partir del fin de la segunda etapa de la industrialización sustitutiva de importaciones, es decir desde el golpe militar de 1976: la valorización financiera (Basualdo, 2006: 334-342).

La lógica que definió el comportamiento de una buena parte de los capitales nacionales que habían adquirido empresas estatales durante la primera mitad de los años 90 fue lo que el propio Basualdo llama la “realización de ganancias

⁷ Sólo quedaba por privatizar el Correo Argentino (1997), el Sistema Nacional de Aeropuertos (1998), YPF (1999) y algunas otras acciones residuales de empresas públicas.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

patrimoniales”. ¿Qué significa esto? Dado que, como se ha comentado más arriba, la enajenación de activos públicos se hizo en términos muy favorables para los compradores (subvaluación, establecimiento y renegociación continua de tarifas y marcos regulatorios cada vez más ventajosos, etc.), los capitales nacionales potencialmente podían, dentro del régimen de convertibilidad⁸, realizar enormes ganancias patrimoniales ya que tenían la posibilidad de vender a altos precios sus activos adquiridos dado que en gran parte eran capitales invertidos en servicios públicos que presentaban tasas de rentabilidad muy superiores a las del resto de la economía (Petras y Veltmeyer, 2004: 79 Cuadro N° 2, 81 Cuadro N° 3). Por este motivo los inversores extranjeros estaban igualmente dispuestos a hacerse con el control total de empresas que les aportaban rentabilidades superiores a las que podían obtener en otros países. Luego de la venta fugaban al exterior, directamente en forma de dólares (por ello la aclaración de la nota 8), los ingresos provenientes de estas ventas obteniendo así enormes rentabilidades respecto a la cantidad de capital invertido en el momento de la compra de las empresas públicas. Por tanto “como el objetivo es realizar esas ganancias patrimoniales, y no invertir en otras actividades económicas, la manera de conservarlas en las monedas de los países centrales es remitirlas al exterior para independizarlas de los vaivenes de los precios relativos internos, especialmente del tipo de cambio de una etapa de creciente sobrevaluación del peso. De esta manera, un activo fijo cambia de naturaleza y queda subsumido en la lógica de la valorización financiera.” (Basualdo y Arceo, 2006: 158).

Cuadro 3.1. Ganancias patrimoniales obtenidas por diversos grupos económicos locales por la venta de participaciones en las empresas telefónicas (Millones de dólares y porcentajes)

	Sociedad comercial del Plata (Grupo Soldati)	Inversora Catalina (Grupo Techint)	Inter Río Holding (Grupo Pérez Companc)	Compañía naviera Pérez Companc (Grupo Pérez Companc)
Participación accionaria	5,2% de Cointel*	8,3% de Cointel*	15,2% de Cointel*	25% de Nortel**
Inversión inicial (I)	18	43	79	112
Fecha de venta	jul-93	abr-97	feb-97	jul-99
Monto obtenido por la venta (II)	85	240	515	379
Ganancias patrimoniales(III)=(II)-(I)	67	197	436	267
Ganancias sobre el capital Invertido=(III)/(I)*100	372,2%	458,1%	551,9%	238,4%
Rendimiento anual de la inversión	20,9%	34,8%	29,8%	55,2%

*Sociedad controlante de Telefónica de Argentina

**Sociedad controlante de Telecom Argentina.

Fuente: Kulfas, 2001: 33, Cuadro n° 13.

⁸ Aquí sin duda hay que tener en cuenta que el régimen de convertibilidad está íntimamente relacionado con la lógica de funcionamiento de la fuga de capitales y de las variaciones en el monto de deuda externa pública, conjunción de elementos que permitió en la práctica la realización de ganancias patrimoniales. Pero estos aspectos no pueden ser tratados aquí. A este respecto se puede consultar Basualdo, 2006: cap. 6.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

Cuadro 3.2. Ganancias patrimoniales obtenidas por diversos grupos económicos locales por la venta de participaciones en las empresas que anteriormente formaban Gas del Estado (Millones de dólares y porcentajes)

	Metrogas (Grupo Pérez Companc)	Gas natural Ban (Grupo Soldati)	Distribuidora de Gas del Centro y Cuyana (Grupo Socma/Macri)
Participación accionaria	17,50%	17,50%	67,5 % y 45 %
Inversión inicial (I)	52	27	148
Año de venta	1998	1999	1997 y 2000
Monto obtenido por la venta (II)	109	74	323
Ganancias patrimoniales(III)=(II)-(I)	57	47	174
Ganancias sobre el capital Invertido=(III)/(I)*100	109,6%	174,07%	117,6%
Ganancias corrientes acumuladas	49	55	127
Rendimiento anual de la inversión	28,0%	35,0%	20,0%

Fuente: Basualdo, 2006: 340, Cuadro 6.8.

Sin pretender ser ni mucho menos un análisis exhaustivo, se pueden mostrar un par de ejemplos que ilustren la magnitud de las ganancias patrimoniales mencionadas. Para ello existen datos referentes al sector de telefonía y gas.

Como se observa en los Cuadros 3.1 y 3.2, los rendimientos obtenidos por los grupos económicos locales con la venta de las empresas privatizadas fueron impresionantemente altos en ambos casos⁹.

La otra cara de la moneda de este proceso fue el aumento del control por parte de empresas extranjeras en las empresas privatizadas, disolviéndose así la comunidad de negocios entre empresas nacionales y extranjeras. Como señala Kulfas (Kulfas, 2001: 27, 33), en 1995 el 36% de las operaciones de fusiones y adquisiciones realizadas en la Argentina se hizo en empresas vinculadas a las privatizaciones, en 1996 el 10,3%, en 1997 el 32,3%, en 1998 el 50,1% y en 1999 el 67,8%, representando en la mayoría de los casos una compra de activos en manos de residentes por parte de empresas extranjeras.

La comparación de los Cuadros 3.3 y 3.4 muestra cómo efectivamente en los sectores privatizados se daban altas rentabilidades en comparación con las empresas no relacionadas con las privatizaciones. Como se ha comentado más arriba esto indujo a los inversores extranjeros a adquirir la práctica totalidad de las empresas privatizadas cuando los empresarios locales decidieron deshacerse de sus activos.

⁹ A esto hay que añadir que en el caso de la telefonía no se están teniendo en cuenta los flujos de ingresos obtenidos durante la explotación de estos servicios públicos.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

Cuadro 3.3. Evolución de la tasa de rentabilidad sobre las ventas de la élite empresaria local, 1993-2000 (%)

Año	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Empresas locales no vinculadas con las privatizaciones	2,6	4,1	2,3	1,1	0,8	0,9	-0,3	-1,2

Fuente: Azpiazu, 2002: 181, Cuadro nº 3.

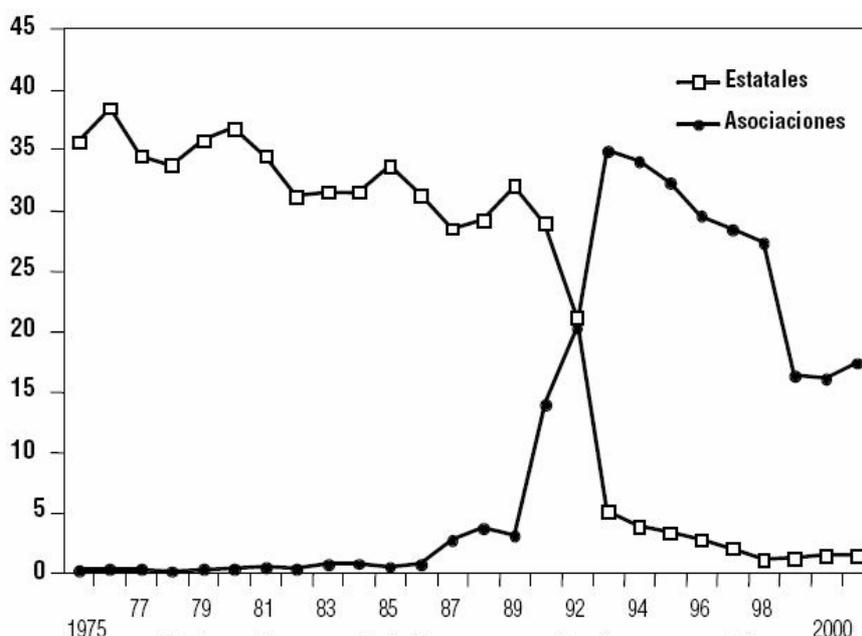
Cuadro 3.4. Evolución de la rentabilidad sobre las ventas de las empresas privatizadas, 1994-1999 (%)

Sector	1994	1995	1996	1997	1998	1999	Promedio 1994-1999
Concesionarios viales	11,6	9,6	7,5	9,7	9,4	s/d	9,6
Gas natural	19,4	17,0	14,6	15,5	15,1	14,0	15,9
Energía eléctrica	-0,4	7,5	8,9	9,3	10,1	6,5	7,0
Telefonía	17,0	16,4	13,8	15,5	13,4	12,4	14,5
Agua y servicios cloacales	8,7	14,8	15,4	13,7	11,5	18,0	13,7
Rentabilidad total/ Ventas totales	11,3	13,1	12,0	12,7	11,9	12,7	12,3

Fuente: Azpiazu, 2002: 185, Cuadro nº 4.

Hay que hacer notar aquí el escenario en el que se da este proceso. En estos momentos aparentemente está funcionando sin problemas la convertibilidad y los principales BITs ya están firmados, por lo que los inversores extranjeros tienen ante sí el mejor de los escenarios posibles para obtener altas rentabilidades en dólares sin tener que temer un posible empeoramiento en lo que respecta a la paridad peso-dólar o en los términos contractuales que regulan la actividad de las empresas privatizadas que dirigen.

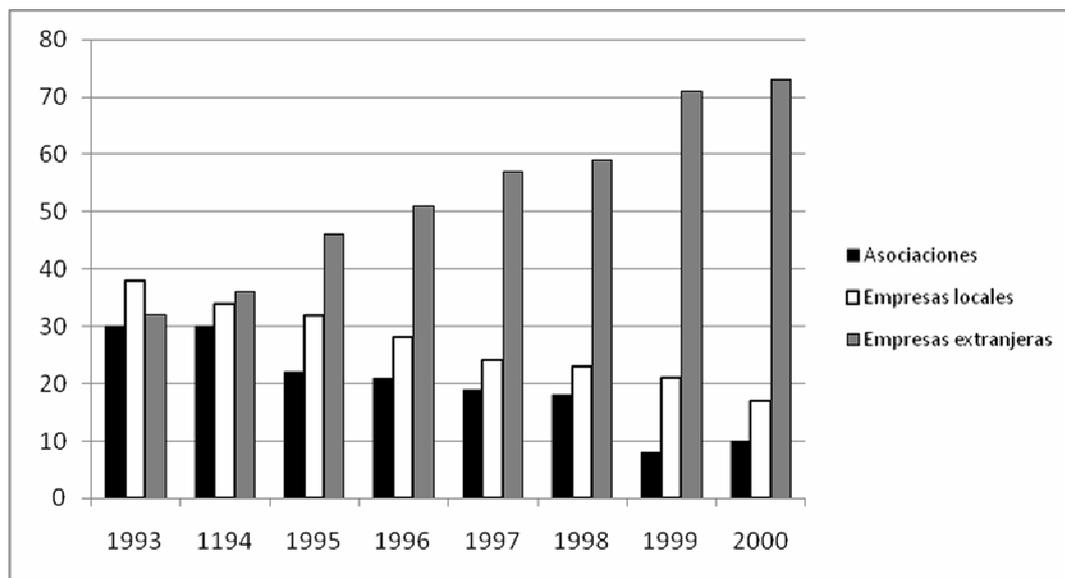
Gráfico 3.1. Participación de las empresas estatales y las asociaciones en las ventas de las 200 empresas de mayor facturación 1975-2000 (%)



Fuente: Basualdo y Arceo, 2006: 144, Gráfico nº 7.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

Gráfico 3.2. Distribución del valor agregado de las 500 empresas de mayor facturación según el origen del capital de las firmas (%)



Fuente: Briner y Schorr, 2002: Gráfico nº 1.

En términos agregados, y ya para finalizar con el tema de la disolución de la comunidad de negocios, se pueden presentar dos estadísticas más sobre el peso relativo de las asociaciones (empresas en las que participan conjuntamente capitales nacionales y extranjeros) en las ventas de las 200 y las 500 mayores empresas del país. Estos datos se encuentran reflejados en los gráficos 3.1 y 3.2 respectivamente.

Aunque estos dos últimos gráficos en rigor no son comparables e incluyen empresas que nada tuvieron que ver con las privatizaciones, sí dan una idea de la magnitud del fenómeno de la disolución de la comunidad de negocios. El Gráfico 3.1 de nuevo parece confirmar la idea de que la comunidad de negocios surgió alrededor de las privatizaciones, mientras que a partir de 1995 se puede ver en ambos gráficos cómo las asociaciones empiezan a perder peso relativo, a la vez que las empresas extranjeras son las que toman el control de la élite empresarial en detrimento tanto de las asociaciones como de las empresas locales (Gráfico 3.2).

Por tanto las diferentes lógicas de acumulación y valorización entre capitales nacionales y extranjeros fueron las que en última instancia facilitaron el traspaso de las participaciones de empresas en manos de residentes a no residentes. Pero como se verá más adelante estas lógicas contrapuestas también tuvieron otras consecuencias no tan suaves a la hora de “tensar” los límites de funcionamiento del régimen de convertibilidad.

Ahora tenemos otro escenario diferente al esbozado hasta mediados de los 90. A partir de 1995 aproximadamente los capitales extranjeros empiezan a tomar el control total de las empresas privatizadas previamente. Ahora sí definitivamente su patrimonio e ingresos, al controlar los principales servicios públicos, dependen de la continuidad del régimen de convertibilidad (para mantener el valor en dólares de la enorme cantidad de activos adquiridos y de los ingresos corrientes obtenidos por la

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

explotación de los servicios públicos) y de la estabilidad o mejora de los términos de los contratos de concesión (para continuar obteniendo altas rentabilidades gracias a los ingresos corrientes).

En otras palabras: las empresas extranjeras ahora controlan casi la totalidad de los activos privatizados en un escenario interno de lo más favorable para la gestión de los mismos (régimen de convertibilidad y tarifas de servicios públicos muy beneficiosas), por lo que lo último que desean es un cambio en cualquiera de estas dos variables tan dependientes de la discrecionalidad en la política económica gubernamental. En rigor habría que decir que las empresas no sólo buscan la “estabilidad de la política económica” en “abstracto” por su valor intrínseco a la hora de poder trabajar con unas expectativas futuras previsibles. En el caso argentino lo que también buscaron decididamente e incluso por medio de prácticas ilegales¹⁰ fueron los cambios de la misma en función de sus intereses para la mejora de su situación. Como ejemplo de esto se puede mencionar lo que ya se anotó más arriba sobre el cambio de los marcos regulatorios y renegociación de tarifas. No supuso ningún problema para las empresas el constante cambio “al alza” en las tarifas y las regulaciones de los servicios públicos, a pesar de la “inestabilidad” que ello suponía para la gestión de sus negocios.

Finalmente, para cuando llega el momento en que las empresas extranjeras se han hecho con la mayoría de las empresas privatizadas y servicios concesionados ya tienen en parte cubiertas las espaldas contra cualquier cambio que pudiera producirse en la política económica del país y que afectara negativamente a sus intereses. Esta cobertura se la proporcionaba los BITs firmados a principios de la década.

4. LA FUNCIONALIDAD ESPECÍFICA DE LOS BITS EN LA ARGENTINA. 2002 EN ADELANTE

En esta sección se tratará finalmente de hacer explícito cómo lo sucedido durante la década de los 90 y que ha sido analizado en las dos primeras secciones cobra claramente todo el sentido en relación a la pregunta planteada al principio cuando introducimos de lleno en el análisis los BITs y la salida del régimen de convertibilidad a partir de 2002.

Para ello sólo se tomarán en consideración los BITs firmados por la Argentina con los 5 países a los que pertenecían los inversores principales durante las privatizaciones iniciales y “la segunda vuelta de las privatizaciones” (EE.UU., España, Francia, Italia y Chile). Esta acotación se puede justificar en primer lugar precisamente por los datos referentes a la distribución relativa de las inversiones de empresas de estos países en el total de las empresas privatizadas y en segundo lugar, y adelantando algo de información, porque fueron las empresas de estos países prácticamente las únicas que presentaron demandas contra la Argentina ante el CIADI.

Como ya se dijo en la *anotación preliminar*, no se tratará de hacer un análisis del *significado* de los BITs en términos genéricos; de su evolución a nivel mundial a lo

¹⁰ Cf. *Supra*. p.10 y n. 6.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

largo de la historia; de la relación entre su existencia y el aumento o no de los flujos de IED, etc.,¹¹ sino del papel que jugaron en función de lo ocurrido durante las dos primeras etapas (1990-1994 y 1995-2001) dados los cambios en el escenario económico que se dieron a partir de 2002 y que serán explicados en la sección 4.2.

4.1. Características generales de los 5 BITs firmados por la Argentina

Sí es necesario hacer primero algunas aclaraciones de lo que son las características generales de estos 5 Tratados. Para ello se tiene la ventaja que se pueden tratar todos los acuerdos de forma conjunta dada la enorme similitud entre ellos (ver en la *anotación preliminar* lo mencionado sobre la semejanza del contenido de todos los BITs).

Empecemos por preguntarnos qué es lo que significa en un BIT su principal concepto, la inversión, para poder saber qué es lo que son susceptibles de proteger en la práctica.

Así, por ejemplo, según el Artículo 1º de la Ley 24.342 del 9/6/1994 que sanciona el Tratado firmado con la República de Chile (aunque se podría mencionar cualquier otro ya que las diferencias existentes son casi exclusivamente de redacción) se define inversión como:

“(1) El concepto ‘inversiones’ designa, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor, todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de ésta, en particular, pero no exclusivamente: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda; b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades, como también la capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior; c) obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada; d) derechos de propiedad intelectual como, en especial, derechos de autor, patentes, diseños y modelos industriales y comerciales, procedimientos tecnológicos, know how y valor llave; e) concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación. Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Tratado.”

Como se ve, bajo el concepto *inversión* se está definiendo casi cualquier tipo de activo (tangible o intangible) que un no residente posea en el país. Por tanto la amplitud de la cobertura de un BIT en cuanto a la naturaleza de las inversiones que debe “Promover y Proteger” es sin duda muy amplia. Por ello en la práctica cualquier inversión extranjera está bajo el paraguas de influencia de los BITs, sin tomar en cuenta aspectos desde hace tiempo considerados y discutidos por diferentes corrientes de pensamiento de la teoría del desarrollo sobre qué tipo de inversión extranjera es la que está entrando en el país. Se dejan totalmente de lado consideraciones referentes por ejemplo a su capacidad de generación de encadenamientos productivos hacia atrás o hacia adelante; de su contenido tecnológico; de su relación con la estructura productiva nacional; de la capacidad de generación de empleo de las diferentes alternativas técnicas; de requisitos de compra de productos nacionales para el proceso productivo; etc. En este sentido, al

¹¹ Algunos de estos temas son tratados en UNCTAD, 2000; Mortimore y Stanley, 2006: apartados 1, 2 y 3; Stanley, 2004: apartados I.A y I.B; y de forma mucho más sucinta en Ortiz, 2006: 2-4.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

definir la inversión de forma tan amplia, se pierde de vista el carácter cualitativamente diferenciado de los diferentes tipos de IED y por tanto de su diferente potencialidad para favorecer procesos de desarrollo y de cambio estructural de la economía. A pesar de que este no es el tema central del trabajo sí que será oportuno retomarlo en las conclusiones finales para proponer posibles líneas de discusión tomando como base el caso argentino.

Otro aspecto que refuerza la metodología antes comentada sobre la posibilidad de tratar los diferentes BITs de forma conjunta es la “cláusula de nación más favorecida” presente en estos 5 Tratados. Tal y como es habitual en otros ámbitos como el comercio internacional, se establece que cada Parte no someterá a las inversiones de la otra Parte a un “trato menos favorable” que el que otorga a las inversiones de los propios nacionales o de terceros Estados. Es por tanto esta una cláusula de “nivelación”, ya que las características de cualquier BIT que en algún momento ofrezcan un trato más ventajoso a un los inversores de un determinado país serán aplicables inmediatamente a los demás inversores de terceros países.

La siguiente característica es de suma importancia para el caso argentino. Existen en los BITs un tipo de artículo que establece que “Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, *de manera directa o indirecta*, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular. Las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas *deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada*, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión” [El subrayado es nuestro] (Artículo 5 de la Ley 24.100 del 10/6/1992 “Acuerdo suscrito con la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones”). Aquí sólo se apunta la existencia de esta cláusula haciendo hincapié en el término “*expropiación indirecta*” y “*compensación adecuada*”, ya que, como se verá más adelante, tiene importancia para el caso argentino.

Por último cabe hacer referencia a un punto también central para esta investigación: la solución de controversias. En todos los BITs existe la posibilidad de recurrir, de una u otra forma, a un tribunal internacional para solucionar los conflictos que surjan entre inversor extranjero y país receptor. En los BITs aquí tratados en general se establece, con algunas diferencias en lo relativo a los plazos, que si en un período de 6 meses desde el inicio de la controversia no se ha llegado a un acuerdo amistoso, se someterá el caso, *a pedido del inversor*, o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia (es decir el país receptor de la inversión) o bien al arbitraje internacional,¹² siendo los tribunales arbitrales que los BITs consideran competentes en esta materia la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones (CIADI). Así, a la hora de hacer efectivos los derechos que regulan la expropiación directa e indirecta y las disposiciones de trato no menos favorable, los inversores extranjeros tienen la

¹² En algunos Tratados no es tan explícita la capacidad del inversor de elegir el tribunal que prefiera desde un primer momento, pero en todos los casos por diferentes caminos el inversor puede llegar sin grandes dificultades a plantear el caso ante un tribunal internacional.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

oportunidad de recurrir y recurren a jurados que no dependen en absoluto del país receptor de la inversión. De este modo evitan “sufrir” en el tratamiento y resolución de las demandas consideraciones relativas intereses específicos de la nación que de otra forma podrían estar presentes cuando las disputas fueran presentadas ante tribunales nacionales.

4.2. La funcionalidad particular de los BITs en la Argentina de la post-convertibilidad

Recapitulemos. En la *sección 1* mostramos cómo alrededor de las privatizaciones, y en función de la trayectoria económica de la Argentina de los años 80 (enfrentamiento entre acreedores externos y grupos económico locales; salida de la crisis con predominio de los intereses de los acreedores externos; capitalización de títulos de deuda pública; capacidad de presión política de los grupos locales y conocimiento del medio económico; capacidad técnica y financiera de las empresas extranjeras) se formó una particular comunidad de negocios entre capitales locales y extranjeros por medio de la fuerte corriente de IED que entró en el país para la compra de empresas públicas. En la *sección 2* vimos cómo las diferentes estrategias de empresas locales y extranjeras produjeron que por una parte las empresas locales vendieran sus participaciones en las empresas privatizadas para así realizar ganancias patrimoniales y fugar el dinero al exterior, y por otra parte que las empresas extranjeras se hicieran con esos activos que presentaban altísimas rentabilidades en términos de ingresos corrientes. Es lo que más arriba se ha denominado la disolución de la comunidad de negocios. Además se recordará que los contratos de prestación de servicios dentro del régimen de convertibilidad incluían la dolarización de las tarifas, es decir el cálculo de las tarifas en dólares y la posterior facturación en pesos a los usuarios (que gracias al régimen de convertibilidad eran directamente convertibles en dólares), y la indexación de las tarifas a las tasas de inflación de los Estados Unidos.

Así, ahora cabe volver a hacerse la pregunta inicial planteada en la introducción pero con un nivel de concreción mayor en base a los hechos hasta aquí expuestos: *¿existe alguna relación entre la forma en que se desarrollaron las privatizaciones en los 90 y la cantidad y el tipo de demandas que ha enfrentado la Argentina ante el CIADI a partir de 2002? Y si efectivamente esta relación existe ¿cuál es el nexo de unión de estos dos fenómenos?*

Aquí se intentará mostrar cómo esta relación existe y que el nexo de unión entre las privatizaciones (teniendo en cuenta sus particularidades hasta aquí expuestas) y las demandas ante el CIADI fue la *salida del régimen de convertibilidad juntamente con otras disposiciones legales establecidas por la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario* sancionada en enero de 2002 para gestionar la crisis que estalla en diciembre de 2001.

La mejor forma para poder explicitar esta relación es ver a qué hacían referencia las alegaciones que presentaron las empresas extranjeras ante el CIADI a partir de 2002. Es decir, analizar *a posteriori* si las consecuencias económicas de los cambios introducidos por la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario fueron las que motivaron estas demandas y cuáles fueron los derechos establecidos

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

en los BITs a los que se aferraron las empresas extranjeras para fundamentar sus alegaciones.

Hay que hacer antes un par de incisos. Sobre los motivos de la ruptura del régimen de convertibilidad primero advertir de nuevo que, tal como se indicó en la *nota 5* de la primera sección, se toma como un hecho dado su existencia y su posterior desaparición, ya que aunque ocupa un lugar importante en la investigación no es necesario para el objetivo de la misma explicar su lógica de funcionamiento y limitaciones. Aquí sólo cabe anotar de forma sucinta, siguiendo a Basualdo, lo que consideramos más relevante dado el enfoque que se ha utilizado en este trabajo en relación al surgimiento y disolución de la comunidad de negocios en torno a las privatizaciones:

“En el último cuatrienio de la Convertibilidad (1998-2001) se pusieron en marcha dos propuestas alternativas al régimen vigente que profundizaron sus diferencias a lo largo del tiempo. La alternativa de los capitales extranjeros tenía como objetivo profundizarlo, reemplazando la Convertibilidad por la dolarización. Mediante esta eventual modificación de la política económica, las subsidiarias extranjeras se asegurarían que dichos capitales mantuvieran su valor en dólares, evitando sufrir pérdidas patrimoniales sobre los recursos invertidos¹³. [...] La otra propuesta era impulsada por la *oligarquía diversificada* (grupos económicos y algunos conglomerados extranjeros) y tenía como objetivo central salir de la Convertibilidad mediante una devaluación de la moneda local. Salta a la vista, y se corrobora por la experiencia posterior, que este tipo de política económica generaría los efectos contrarios a la anterior, infligiéndole pérdidas patrimoniales al capital extranjero y potenciando en la moneda local el poder económico de la *oligarquía diversificada*, ya que sus recursos en el exterior y los ingresos corrientes de su saldo comercial estaban dolarizados [Subrayado en el original]” (Basualdo, 2006: 344).

Por tanto tenemos que uno de los motivos que hizo tan fluida la disolución de la comunidad de negocios (por una parte la lógica de valorización financiera de los capitales nacionales y por otra la lógica de obtención de altas rentabilidades de los inversores extranjeros en relación a la tendencia media internacional) es el que ahora empieza a “tensar” hasta sus límites el funcionamiento del régimen de convertibilidad. Parece ser que la propia disolución de la comunidad de negocios pudo jugar un papel importante también en lo que más arriba se ha llamado el “nexo de unión” entre proceso privatizador y la ola de demandas ante el CIADI. Así, a pesar de que aquí el derrumbe del régimen de convertibilidad se lo considera como un elemento exógeno, podría ser interesante estudiar en profundidad cómo éste estuvo influido a su vez por uno de los elementos centrales del presente análisis, la llamada comunidad de negocios.

Continuando con los BITs, y sin introducirnos a analizar la compleja maraña legal que envuelve los casos presentados ante el CIADI,¹⁴ veamos cuál ha sido el empleo de los mismos que han hecho en la práctica las empresas de los países firmantes.

Hasta el momento (agosto de 2010), la Argentina ha tenido que enfrentar un total de 49 procesos ante el CIADI, 21 de los cuales ya han finalizado. En el Cuadro 4.1 se clasifican los diferentes casos según su estado y relación con las privatizaciones.

¹³ Es importante mencionar aquí que también hay que tener presente a favor de este argumento y en relación con el análisis del presente estudio la importancia de los flujos de ingresos corrientes convertibles en dólares provenientes de la explotación de los servicios públicos privatizados.

¹⁴ A este respecto se puede recurrir a Di Rosa, 2004: 49-61, donde se verá efectivamente la gran complejidad legal del tema, al menos para el ojo no experto en derecho internacional.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

Cuadro 4.1. Demandas presentadas ante el CIADI contra la República Argentina según su naturaleza y estado actual

Procesos	Abiertos	Acuerdo entre las partes	Decisión del tribunal	Proceso abandonado por el demandante	Anulados por el CIADI	Total
Relativo a concesiones de servicios y obras públicas o empresas privatizadas	20	8	4	3	1	36
No relativo a concesiones de servicios y obras públicas o empresas privatizadas	8	2	2	0	1	13
Total	28	10	6	3	2	49

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del CIADI.

Para entender el contexto en el que se presentan las demandas hay que anotar las dos principales implicaciones que tuvo para los inversores extranjeros la ley que estableció los lineamientos iniciales para la gestión de la crisis económica que detona en diciembre de 2001 y que estipulaba la salida del régimen de convertibilidad. La Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561 del 6/1/2002 (“Ley de Emergencia” de aquí en adelante) de enero de 2002, establecía según el Artículo 8 lo que se ha venido a llamar la “pesificación de las tarifas”. Es decir que el cálculo del precio de las tarifas de los servicios públicos seguiría estableciéndose según la relación 1 peso=1 dólar estadounidense (Ley N° 25.561, Artículo 8°) mientras que la relación de cambio entre el dólar y el peso dependería a partir de entonces de su cotización en el mercado cambiario. Esto implicaba en la práctica la reducción en los ingresos de las empresas prestadoras de servicios públicos dada la depreciación del peso una vez finalizado el régimen de convertibilidad (en poco tiempo se pasó de la relación fija de 1 peso=1 dólar a una relación fluctuante de aproximadamente 3 pesos=1 dólar).

Por otra parte la Ley de Emergencia congeló las tarifas al nivel existente en esos momentos, impidiendo así cualquier ajuste tarifario que estuviera estipulado en los diversos marcos regulatorios de los servicios públicos o en los contratos de concesión.

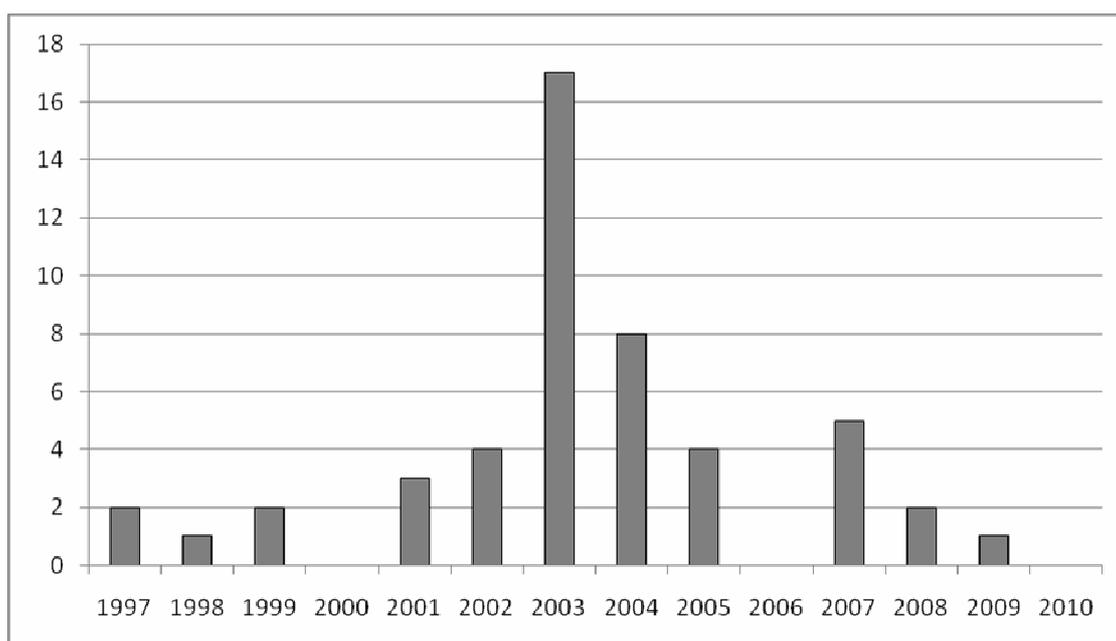
Como es de suponer, estos dos aspectos significaron una enorme merma en los beneficios que hasta entonces estaban obteniendo las empresas que controlaban la gestión de obras y servicios públicos, en su mayoría propiedad de capitales extranjeros.

En el Cuadro 4.1 se puede observar un aspecto llamativo. Del total de 49 demandas contra la República Argentina que inversores extranjeros han presentado ante el CIADI, 36 de ellas, es decir un 73%, hacen referencia a empresas concesionarias de servicios y obras públicas o empresas privatizadas. Por otro lado también hay que hacer notar la distribución en el tiempo. Un gran número de esas demandas fueron presentadas una vez estallada la crisis y aprobada la Ley de Emergencia. Esta

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

oleada de demandas abarca desde enero de 2002 hasta mayo de 2005. En este período se presentan 33 de las 49 demandas (ver Gráfico 4.1). Luego hay un período de inactividad en cuanto a la apertura de nuevos casos para volver a iniciarse a partir de enero de 2007, pero ya entonces con mucha menor intensidad que durante los 3 años y cinco meses que abarcan de enero de 2002 a mayo de 2005.

Gráfico 4.1. Número total de demandas presentadas ante el CIADI contra la República Argentina (distribución anual)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del CIADI.

Cuadro 4.2. Demandas presentadas ante el CIADI relativas a empresas y servicios públicos privatizados. 2002-2005

Nacionalidad del inversor	Número de demandas
EE.UU.*	10
Francia**	8
España***	5
Chile	2
Italia	2
Alemania	1
Total relativo a empresas privatizadas y servicios públicos	25

* Una de las demandas presentadas conjuntamente con inversores de Gran Bretaña

** Tres de las demandas presentadas conjuntamente con inversores de España

*** Tres de las demandas presentadas conjuntamente con inversores de Francia

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del CIADI.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

También hay que destacar el origen de las demandas según la nacionalidad de la empresa demandante. En este sentido del total de demandas presentadas entre 2002 y 2005 relativas a servicios y obras públicas y empresas privatizadas la distribución según el origen geográfico del demandante era la presentada en el cuadro 4.2.

Así tenemos que del total de las 33 demandas presentadas en este período 25 hacen referencia a servicios y obras públicas concesionados y empresas privatizadas durante la década de los noventa. Los Tratados firmados a principios de los 90 con los principales países inversores en la Argentina durante la época del surgimiento y disolución de la comunidad de negocios fueron a los que recurrieron las empresas de forma mayoritaria durante la etapa inmediatamente posterior a la convertibilidad. Empieza a hacerse visible ahora que efectivamente hubo una correspondencia entre empresas y servicios públicos privatizados y el origen geográfico de los compradores por un lado, y las demandas ante el CIADI a la salida de la convertibilidad por otro.

Pero intentemos ver cómo esto va más allá y que es posible hacer explícita la existencia de una *relación de causalidad*. Veamos que si ponemos sobre la mesa los elementos principales de cada uno de los casos abiertos en el CIADI podremos apreciar cómo efectivamente se da una relación de causalidad entre los siguientes elementos: 1) Los sectores en los que se invirtieron los capitales extranjeros, es decir las empresas privatizadas según lo explicado en las secciones 1 y 2; 2) la salida de la convertibilidad (en rigor la entrada en vigor de la Ley de Emergencia); y 3) los motivos de las demandas. Aquí veremos cómo la conjunción de los dos primeros elementos es la causa de las demandas ante el CIADI y de sus particularidades. Al hablar de relación de causalidad debemos hacer dos aclaraciones previas. Primero que no nos referimos a que exista una interrelación entre los elementos 1) y 2), es decir no se pretende argumentar que la salida de la convertibilidad y el resto de disposiciones sancionadas por la Ley de Emergencia estuviera determinada principalmente por la forma particular en que se llevó a cabo el proceso privatizador en la Argentina¹⁵. Y segundo que la Ley de Emergencia es el *detonante* que determina la cantidad y naturaleza particular de las demandas ante el CIADI *dada la estructura de los servicios públicos resultante del proceso privatizador en relación con las empresas extranjeras* y siempre recurriendo a los BITs firmados en la década anterior. Esto es lo que se intenta expresar en el esquema general de relaciones del *Anexo 1*, donde la Ley de Emergencia es la que afecta a los activos privatizados en manos de las empresas extranjeras y determina que éstas recurran a los BITs para demandar a la Argentina.

Por lo que respecta a la naturaleza de las demandas, no cabe duda de cuáles fueron las principales alegaciones que produjeron la ola de casos contra la Argentina ante el CIADI.¹⁶ Del total de motivos principales identificados en las demandas relativas a concesiones de servicios y obras públicas y empresas privatizadas, y teniendo en

¹⁵ Cf. *Supra*. p. 22. En ese sentido, y sólo con respecto a la salida de la convertibilidad, el pequeño apunte hecho más arriba lo único que busca es plantear posibles líneas de conexión que sería interesante investigar, pero que no se pretenden demostrar aquí.

¹⁶ Por causa de la imposibilidad de acceso a datos del CIADI sobre los motivos principales de las demandas no concluidas se utilizarán datos recogidos en otros estudios que tratan esta temática, en concreto Mortimore y Stanley, 2006; Stanley, 2004; Ortiz, 2006.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

cuenta que en varias demandas se incluye más de un motivo, tenemos el siguiente cuadro: en todos los casos excepto en dos, uno de los alegatos es la pesificación de las tarifas; en 9 demandas se alega el congelamiento de las tarifas; 7 demandas tienen como una de las causas la imposición de retenciones a la exportación. Estos son los casos de algunas de las empresas hidrocarburíferas y gasíferas; en 5 demandas aparece como uno de los motivos la suspensión del ajuste de las tarifas según el IPC de los EE.UU., lo que anteriormente se ha llamado la indexación de tarifas; finalmente en dos de los casos se alega la rescisión total del contrato de concesión de servicio público, precisamente en las dos demandas donde no se alegaba la pesificación de las tarifas, ya que se está recurriendo ante el CIADI en el sentido de la totalidad del contrato firmado con el Estado.

Como se ve claramente son todos éstos motivos que hacen referencia a los efectos negativos directos que la Ley de Emergencia produjo sobre los principales inversores de los países que a principios de los 90, en torno a las privatizaciones y dentro del régimen de convertibilidad, habían firmado los primeros BITs con la Argentina.

Estas demandas por motivos económicos se reflejaron en términos jurídicos en alegaciones de incumplimiento de determinados derechos de los inversores estipulados en los BITs. Desde una perspectiva jurídica, según Di Rosa las principales cláusulas de los BITs a las que se han acogido las empresas inversoras extranjeras son: proveer compensación por los actos expropiatorios; garantizar un trato justo y equitativo para los inversores extranjeros; y garantizar la no discriminación y el tratamiento no menos favorable que el ofrecido a los nacionales del país firmante o de terceros países (Di Rosa, 2004: 42-43).

Así, para acogerse a las cláusulas de “trato justo y equitativo” y “no discriminación y tratamiento no menos favorable”, la postura de los inversores ha sido la siguiente: A pesar que la Argentina argumenta que las medidas tomadas por el gobierno para hacer frente a la crisis fueron diseñadas de tal modo que afectaban a todos los actores económicos por igual, los inversores extranjeros alegan que la pesificación y el congelamiento de las tarifas afectaron de forma especialmente negativa a los inversores propietarios de empresas de servicios públicos, mientras que existían otros sectores que no fueron afectados por la pesificación y el congelamiento de las tarifas. El argumento se cierra diciendo que dado que el sector de servicios públicos está controlado de manera desproporcionada por capitales extranjeros en comparación con otros sectores, las medidas de pesificación y congelamiento suponen una discriminación en contra de los inversores extranjeros (Di Rosa, 2004: 71-72).

Por otro lado el recurso a la cláusula de “no expropiación directa o indirecta más que por motivos de interés público y con una adecuada compensación”, también está siendo utilizado por las empresas prestatarias de servicios públicos, al considerar que la pesificación es un hecho expropiatorio no justificado según los términos de los BITs y que requiere una indemnización adecuada. Este argumento fue utilizado por ejemplo por la empresa Camuzzi Internacional, distribuidora de gas natural, energía eléctrica y agua. De forma similar la empresa CMS, accionista minoritario de Transportadora Gas del Norte, reclama una compensación por expropiación

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

indirecta al considerar que el impedimento de ajustar sus tarifas (no indexación según el IPC de EE.UU.) supone un acto expropiatorio (Ortiz, 2006: 28-29, 34).

De esta forma se han utilizado en estos sectores este tipo de cláusulas de los BITs. Por ello estos principios reguladores de los BITs fueron resaltados en la sección anterior, por lo que en la práctica han significado a la hora de iniciar demandas en el CIADI.

No se ha tratado aquí hacer un análisis de las implicaciones jurídicas de las demandas ante el CIADI. Primero porque si bien puede ser interesante no es fundamental para lo que aquí se pretende mostrar, y segundo porque somos perfectamente conscientes de nuestro desconocimiento de los aspectos básicos de derecho internacional para tratar el tema desde esa perspectiva. *Sólo se ha pretendido mostrar cómo los BITs efectivamente han sido una herramienta sumamente útil en términos de protección jurídica para las empresas extranjeras dada la naturaleza de los activos adquiridos durante el proceso privatizador y de posterior venta por parte de las empresas nacionales dentro del régimen de convertibilidad.*

5. CONCLUSIONES

Ahora sí parece que se ve cómo *no ha sido casual* la gran concentración de demandas ante el CIADI que fueron abiertas contra la Argentina entre enero de 2002 y mayo de 2005.

Ahora se puede ver que la forma en que se llevaron a cabo las privatizaciones; que el surgimiento de la comunidad de negocios a su alrededor dado el escenario económico de principios de los 90; que la firma de los BITs con los países a los que pertenecen los principales inversores que se hicieron con gran parte de los activos privatizados; que la lógica de la valorización financiera que llevó a los empresarios locales a vender sus activos adquiridos durante la época inicial de privatizaciones; que la compra de estos activos por parte de los inversores extranjeros dentro de un régimen de convertibilidad y en base a unos esquemas regulatorios y tarifarios sumamente favorables a estas empresas; y que la salida de la convertibilidad *han tenido como resultado una cantidad de demandas ante el CIADI sin precedentes a nivel mundial.*

Las particularidades del proceso privatizador en la Argentina mostradas en las dos primeras secciones y el escenario económico en el que se enmarcó han escrito una historia cuyo desenlace ha sido un aluvión de demandas contra el país ante el CIADI en base a la firma de los BITs con los países de los principales compradores de empresas públicas.

Los BITs han sido una cobertura tan buena para éstos inversores que incluso están haciendo uso de ellos para evitar los daños ocasionados a sus capitales al declararse en enero de 2002 “la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria” (Artículo 1º de la Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario). Es decir, pueden recurrir a los BITs para intentar recuperar las pérdidas ocasionadas a sus inversiones por causa de una de las mayores crisis económicas y sociales de la historia argentina. En cierto sentido, y

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

recordando una de las cláusulas principales de los BITs, podría decirse que ha existido una “*discriminación y tratamiento menos favorable*” para con los ciudadanos argentinos en relación con las empresas extranjeras, ya que los primeros han tenido que soportar las consecuencias de la crisis sin tener la opción de recurrir a ningún organismo internacional con una autoridad como la del CIADI que repare los retrocesos causados en sus niveles de vida.

Cabe mencionar por supuesto que cada victoria judicial de las empresas extranjeras en el CIADI representará el pago de cuantiosas indemnizaciones por parte del Estado Argentino. En otras palabras: en la medida en que las empresas demandantes logren su objetivo, el recorte de privilegios que tuvieron que afrontar a partir de 2002 será compensado a costa del conjunto de una sociedad que todavía está “pagando” las consecuencias de la crisis económica iniciada en 2001 pero que tiene sus raíces en la década anterior.

Para tener una noción de las cantidades monetarias de las que aquí se está hablando, se pueden mencionar algunos casos concretos indicando el demandante y la cuantía reclamada en concepto de indemnización (en dólares estadounidenses): LG&E Energy: 268 millones; Continental Casualty: 45 millones; TOTAL: 1.000 millones; Aguas Argentinas: 1.000 millones; Enersis: 1.800 millones (Stanley, 2004: 39).¹⁷

Las rentabilidades particularmente altas que obtenían las empresas extranjeras encargadas de suministrar los servicios públicos demostraron ser insostenibles fuera de un régimen regulatorio y tarifario de los servicios públicos privatizados enormemente favorable a las mismas. Por otra parte tampoco eran sostenibles unos niveles de rentabilidad altos en términos internacionales si no era dentro de un esquema de paridad cambiaria entre el peso y el dólar que demostró ser imposible mantener en el tiempo. En otras palabras: en lo referente al régimen tarifario y regulatorio, el diferencial de beneficios a favor de éstas empresas no provenía principalmente de una muy adecuada gestión económica o de mejoras sustanciales en el proceso mismo de prestación de servicios, sino de una actitud que podría calificarse de rentista para con el Estado concesionario de los servicios públicos gracias a las tarifas continuamente infladas y regulaciones inexplicablemente favorables, teniendo en cuenta que en este juego el Estado fue un claro cómplice de dichas prácticas y no una simple víctima o preso de las exigencias de las empresas extranjeras dada la forma en que se llevó a cabo el proceso privatizador dentro de su estrategia de liberalización económica a ultranza durante la década de los 90. En lo referente a los altos beneficios en términos internacionales, éstos tenían sus raíces no en la esfera de la producción en base a características técnico-económicas especialmente favorables específicas de la Argentina en los sectores privatizados, sino en la *esfera de la circulación monetaria*, ya que eran posibles gracias a que las ganancias en pesos eran directamente convertibles en dólares en la situación de sobrevaluación continuada del peso establecida por las reglas del régimen de convertibilidad.

Sin embargo la destrucción de estos dos pilares básicos que sostenían los negocios de una parte de los inversores extranjeros no ha significado que éstos deban

¹⁷ Aquí sólo se muestran los casos para los que hay estimaciones de datos que hemos considerado fiables para los casos que siguen pendientes de resolución.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

conformarse en admirar con desolación la montaña de escombros que sobreviene a cualquier derrumbe. Al contrario. Existe un proceso por medio del cual las empresas extranjeras tal vez puedan resarcirse de las pérdidas que para ellas implicó el sismo económico que sacudió la Argentina en diciembre de 2001 y que ensanchó las grietas del tan endeble y a la vez venerado régimen de convertibilidad hasta tirarlo por los suelos. Este proceso se lleva a cabo en el CIADI. Y el combustible con el que se alimenta esta alquimia que pretende transformar los escombros de las cuentas de resultados en indemnizaciones multimillonarias se llama Tratado Bilateral para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

En base al desarrollo histórico y las consecuencias de los hechos que aquí se han explicado cabe ir algo más allá y plantear la lectura del *significado* mismo de los BITs o apuntar ciertas líneas de investigación que podrían tomar como base casos concretos de países como el hasta aquí expuesto.

La historia económica Argentina en los aspectos y la perspectiva aquí tratados en parte lo que hace es reflejar la lógica fundamental de funcionamiento en la que se basan los BITs. Más allá de los argumentos que apelan a la implantación de un marco jurídico bien definido y de estabilidad de la política económica, que como se ha visto son difícilmente aplicables al caso argentino¹⁸, dicha lógica no es otra que la de limitar sobremanera la capacidad del país para elaborar políticas de desarrollo propiamente dichas dentro de un marco coherente de cambio sostenido de la estructura productiva en lo que respecta al posible aporte de la IED en el proceso de desarrollo. Hay en realidad una absoluta subordinación a la lógica de rentabilidad empresarial de las posibles políticas de desarrollo que tengan a la IED como elemento sobre el que influir. Con esto no se intenta decir que en otros tiempos la entrada de IED en los países subdesarrollados no haya estado sujeta a las exigencias de rentabilidad de las empresas extranjeras, sino que la total subordinación a la misma por medio de los BITs lo que ha creado en la Argentina es la eliminación de raíz de los márgenes de maniobra de que dispone un país para utilizar la IED como factor de desarrollo económico.

Con los BITs y sus imposiciones sobre el tratamiento de la IED se borró del mapa argentino (si bien no de las discusiones teóricas sí de las posibilidades de aplicación práctica) uno de los elementos clásicos tratados por la teoría y las políticas de desarrollo que sin duda es clave para los procesos de cambio estructural en los países subdesarrollados. Para el caso argentino los BITs no sólo han podido ser restrictivos *a priori* en el sentido recién apuntado, sino que como se ha visto a lo largo de este artículo también han sido efectivamente punitivos *a posteriori* para la sociedad Argentina cuando las empresas extranjeras han recurrido a ellos en el momento en que sus ganancias se vieron afectadas por la debacle económica de 2001. Por tanto la firma de los BITs ha significado para la Argentina un coste adicional a la hora de gestionar la crisis económica iniciada en diciembre de 2001, lo cual lleva a plantear no sólo de qué formas la firma de estos Tratados puede comprometer la elaboración de estrategias de desarrollo económico, sino también cómo puede restringir la capacidad de acción del país a la hora de lidiar con períodos excepcionales de crisis como el que aquí se ha estudiado. Si bien para el caso argentino no se ha intentado demostrar que las medidas tomadas para la salida de la crisis hayan estado influidas por la firma de los BITs, sí queda claro que las

¹⁸ Cf. *Supra*. p. 17.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

decisiones tomadas no han resultado “gratuitas” para el conjunto de la sociedad en relación con los inversores extranjeros demandantes desde el momento en que éstos han recurrido a los Tratados para exigir indemnizaciones multimillonarias al país.

Por tanto no sólo cabe plantear la legitimidad o no de las demandas aquí anotadas dado el contexto económico argentino de la época, sino que se puede cuestionar la propia pertinencia de la existencia de los BITs tal y como son formulados en términos jurídicos en relación a sus consecuencias prácticas para los países subdesarrollados en general y para la Argentina en particular dada la situación en la que se encuentra. Como aquí se ha visto, los compromisos firmados por la Argentina le están saliendo realmente caros por el sólo hecho de las demandas ante el CIADI. Aunque en este artículo sólo se ha planteado cuál ha sido la historia que ha llevado a esta situación y la cantidad y tipo de demandas que enfrenta el país, es necesario apuntar que sería interesante ampliar el análisis y ver hasta qué punto estos hechos han sido la punta del iceberg de un proceso mucho más profundo de erradicación de la capacidad de utilizar la IED como elemento para el desarrollo y sus consecuencias particulares para el caso argentino.

Verbanaz, Samuel. Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI.

BIBLIOGRAFÍA

- Azpiazu, D. (comp.) (2002): *Privatizaciones y poder económico. La consolidación de una sociedad excluyente*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires.
- Basualdo, E. y Arceo, E. (comp.) (2006): *Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales*, CLACSO, Buenos Aires.
- Basualdo, E. (2000): *Concentración y centralización del capital en la Argentina durante la década de los noventa*, Universidad Nacional de Quilmes-FLACSO-IDEP, Buenos Aires.
- Basualdo, E. (2006): *Estudios de historia económica argentina. Desde mediados del siglo XX a la actualidad*, FLACSO-Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- Briner, M. y Schorr, M. (2002): "Principales características e impactos de la 'extranjerización' reciente de la economía argentina. Un análisis del desempeño de las grandes empresas transnacionales durante la década de los noventa", *Realidad económica*. nº 189.
- Di Rosa, P. (2004): "The recent wave of arbitrations against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and principal legal issues", *The University of Miami Inter-American law review*, vol. 36 nº1 Symposium Edition: International Arbitration, 41-74.
- Dirección Nacional de Cuentas Internacionales (2000): *El proceso de privatizaciones en la Argentina desde una perspectiva del Balance de Pagos*, Ministerio de Economía de la Nación, Buenos Aires.
- Ferrer, A. (2008): *La economía argentina. Desde sus orígenes hasta principios del siglo XXI*, 4ª ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, (1ª ed. 1963).
- Heymann, D. y Kosacoff, B. (ed.) (2000): *La Argentina de los Noventa. Desempeño económico en un contexto de reformas*, Eudeba, Buenos Aires.
- Kulfas, M. (2001): *El impacto del proceso de fusiones y adquisiciones en la Argentina sobre el mapa de grandes empresas. Factores determinantes y transformaciones en el universo de las grandes empresas de capital local*, CEPAL, Santiago de Chile.
- Mortimore, M. y Stanley, E. (2006): "La Argentina y los tratados bilaterales e inversión: el costo de los compromisos internacionales", *Desarrollo económico*, vol. 46 nº 182, 189-213.
- Ortiz, R. (2006): *Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI*, FOCO, Documento de trabajo nº 2.
- Petras, J. y Veltmeyer, H. (comp.) (2004): *Las privatizaciones y la desnacionalización de América Latina*, Prometeo, Buenos Aires.
- Stanley, E. (2004): *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*, CEPAL, Santiago de Chile.
- Thwaites Rey, M. (2003): *La (des)ilusión privatista. El experimento neoliberal en la Argentina*, Eudeba, Buenos Aires.
- UNCTAD (2000): *Bilateral Investment Treaties. 1959-1999*, United Nations, New York & Geneva.

Anexo 1. Esquema general de relaciones

