

## **Presión de las compañías privatizadas. El fantasma de los juicios internacionales contra Argentina\***

*Por Mabel Thwaites Rey*

Un temible fantasma se echó a rodar tras la devaluación y la pesificación de enero de 2002: el de los juicios internacionales que las privatizadas harían llover sobre las arcas públicas, por incumplimiento contractual. Las empresas, a través de sus influyentes operadores y de sus “comunicadores sociales” rentados o vocacionales, intentaron poner en jaque al Gobierno con sus reiteradas amenazas de abandonar el país, de declararse en *default* (concretada en varios casos), de reducir inversiones, de despedir personal en forma masiva y de recurrir a tribunales internacionales en el marco de los *Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras* firmados por la Argentina en los años 90.

Aunque se pretenda que estos tratados son las armas secretas que servirán para convalidar las “patentes de corso” que supieron conseguir muchas empresas de los amistosos despachos oficiales de la década pasada, la cuestión es un poco más compleja de lo que parece a primera vista. Es cierto que los acuerdos bilaterales fueron promovidos y firmados por el gobierno de Carlos Menem, mayoritariamente entre 1990 y 1995, para dar mayor certeza a las inversiones extranjeras que entusiastamente se comenzó a alentar en esos años. De este modo, la Argentina suscribió acuerdos con 38 Estados, entre ellos Francia, Italia, Estados Unidos Alemania, España, Canadá y Chile, países de origen de la mayor parte de los capitales que ingresaron en las empresas de servicios durante en furor privatista.

Pero la Argentina no fue la única “promotora” de inversiones y firmadora compulsiva de tratados. Aunque este tipo de convenios se empezó a suscribir a partir de mediados de los 60 entre los países desarrollados, y en los 80 incluyó a los de África y Asia, la tendencia recién llegó con ímpetu a América latina en los 90. Los vientos de la globalización neoliberal empujaron con fuerza las antiguas barreras de la región, para dar cabida a la veloz circulación de capitales y afirmar la renovada competencia entre naciones por capturar las inversiones -ansiosas de alta rentabilidad y bajo riesgo- disponibles en una época de alta liquidez. Para ello, los Estados tuvieron que adecuar sus sistemas normativos y dejar atrás la arraigada Doctrina Calvo (impulsada por el diplomático argentino Carlos Calvo, a fines del Siglo XIX), que establecía que los problemas con firmas extranjeras se debían resolver en sedes judiciales locales, rechazándose de plano la jurisdicción externa. De modo que se avinieron a la demanda de los países “exportadores” de capital y aceptaron someterse a tribunales internacionales, mediante la firma de convenios específicos.

El propósito explícito de los acuerdos bilaterales es establecer ciertos estándares de protección de la inversión extranjera, para poner a salvo a los capitales –“huéspedes benefactores”- del peligro de la arbitrariedad de los gobiernos anfitriones. El rasgo principal es que el inversionista tiene el beneficio de acudir a una jurisdicción arbitral internacional para resolver eventuales conflictos con el Estado receptor. Su objetivo es, básicamente, evitarle a los inversores tres tipos de riesgos: 1) La expropiación o

---

\* Publicado en *Le Monde Diplomatique*, Año V, N° 49, julio 2003, Buenos Aires. ISSN N° 1514-5220

nacionalización de sus bienes (salvo que se haga por causa de utilidad pública de acuerdo a la Constitución y a las leyes, y que se pague una compensación justa); 2) La discriminación en el trato con respecto a las compañías locales, es decir, que se privilegie a las empresas nacionales y se perjudique a las extranjeras; y 3) La denegación de justicia; esto es, no permitir el acceso a los tribunales locales cuando hay alguna controversia.

Para hacer efectivos los convenios, cobró especial relevancia el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado en el marco del Banco Mundial. El CIADI, que le facilita a los inversores extranjeros medios internacionales de conciliación y arbitraje, fue creado en 1966 mediante el "*Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*", y ya fue ratificado por 131 países. La Argentina lo firmó en 1991 (el mismo año que lo hicieron Bolivia, Chile y Perú) y entró en vigencia en 1994.

El recurso al CIADI está previsto en la mayoría de los tratados bilaterales y el número de asuntos que se le someten es cada vez mayor. Actualmente -según sus registros en internet- tiene 53 casos pendientes y de los 72 que lleva resueltos desde 1972 a 2002, las tres cuartas partes fueron iniciados en la década de los 90.

Antes de iniciar el arbitraje, algunos de los tratados que firmó la Argentina exigen que haya un período obligatorio de negociaciones amistosas, con un tiempo mínimo de 6 meses. Esta instancia se inicia en el Ministerio de Relaciones Exteriores, que llama a las partes para arreglar, por lo que muchos casos no llegan al arbitraje porque se solucionan en esta etapa. Hasta el acuerdo con Francia –firmado en julio de 1991-- los tratados disponían que se debía ir a sede judicial por 18 meses y, si no había sentencia o ésta no era justa, recién ahí se acudía al arbitraje. Así consta en los tratados con Alemania, Austria, España, Gran Bretaña, Suiza, Canadá, Bélgica, Corea e Italia. A partir de la firma del convenio con Francia, se eliminó esta disposición y el inversor puede elegir entre la vía judicial y la arbitral.

Cuando una solicitud de arbitraje es presentada, el secretario general del Ciadi (hoy es Coyunj Koyung Tung) debe determinar si entra dentro de su competencia. Si lo acepta, se forma un tribunal de 3 miembros: uno designado por el CIADI y los otros dos, uno por cada parte. Respecto a la Argentina, casi todos los pedidos fueron aceptados. Desde que en 1996 se hizo la primera presentación, hasta la actualidad, se iniciaron 4 casos que fueron desistidos por sus impulsores<sup>1</sup> y otros 13 están en trámite. Se estima que estarían en juego reclamos por mas de 2.000 millones de dólares.

El único que hasta hoy ha tenido un fallo arbitral es el reclamo que presentó la empresa *Aguas del Aconquija S.A.*, del grupo francés Vivendi Universal (Caso ARB/97/3). El conflicto se originó en la controvertida concesión del servicio de agua potable en Tucumán, rescindida tras prolongada disputa. Iniciado el procedimiento arbitral en diciembre de 1996, el CIADI emitió un laudo favorable a la Argentina en noviembre de 2000, pero el trámite aún no está concluido por un pedido de nulidad del fallo formulado

---

<sup>1</sup> Los cuatro corresponden a conflictos con provincias: *Lanco International*, (EEUU) (Caso ARB/97/6) concesionaria de una terminal portuaria de Buenos Aires; *Houston Industries Energy* (EEUU) (Caso ARB/98/1), concesionaria de distribución eléctrica en Santiago del Estero; *Mobil Argentina* (Caso ARB/99/1), dedicada a la explotación petrolera en la provincia de Salta y *Empresa Nacional de Electricidad* (Chile) (Caso ARB/99/4), concesión de energía hidroeléctrica en la provincia de Neuquén.

por la empresa. El reclamo supera los US\$ 350 millones. *Azurix*, otra concesionaria de aguas de la norteamericana Enron, en octubre de 2001 también llevó al tribunal internacional su reclamo contra la decisión de la provincia de Buenos Aires (Caso ARB/01/12) de rescindir el contrato por incumplimiento. La demanda sería por US\$ 600 millones. La misma suma pretende la alemana *Siemens* (Caso ARB/02/8), que radicó su reclamo en julio de 2002, por la rescisión del contrato de los DNI y pasaportes.

En abril de 2001, la transportadora de gas *Enron Corporation* y *Ponderosa Assets* planteó su caso (Caso ARB/01/3) y en agosto del mismo año, la estadounidense dueña del 30% de Transportadora de Gas del Norte -y con participación en gasoductos a Chile y Brasil- *CMS Gas Transmission Company* inició su reclamo (Caso ARB/01/8).

Pero fue a partir de la devaluación y la sanción de la Ley de Emergencia Económica que crecieron las presentaciones en el CIADI, sobre todo de las gasíferas y eléctricas. La primera en quejarse por el “cambio de reglas” fue la distribuidora de gas *LG&E Energy*, que inició su caso el 31 de enero de 2002 (Caso ARB/02/1). A ella le siguieron *Sempra Energy International* (Caso ARB/02/16), ya en diciembre de ese año, *Camuzzi International* (Caso ARB/03/2), en febrero de 2003 y *Gas Natural SDG* (Caso ARB/03/10) en mayo pasado. La empresa estadounidense que controla las distribuidoras bonaerenses EDELAP, EDEN y EDES y las generadoras San Nicolás y Alicurá, *AES Corporation*, se presentó en diciembre de 2002 (Caso ARB/02/17) y la distribuidora y transportista eléctrica *Camuzzi International* (Caso ARB/03/7) inició el reclamo en abril de este año. A ellas les siguieron la compañía aseguradora *Continental Casualty Company* (Caso ARB/03/9) y la empresa *Metalpar S.A.* y *Buen Aire S.A.* (Caso ARB/03/5)

La presentación de estos casos no quiere decir que la Argentina tenga las de perder, como pretenden algunas voces interesadas en agitar el fantasma. Las empresas tienden a elegir la instancia de arbitraje porque les resulta mas expeditiva (los casos se resuelven, en promedio, en dos años) y menos costosa. Sin embargo, la protección del inversor externo que se invoca no puede ser interpretada como un fin absoluto, que lo pone a salvo de los riesgos normales que corre cualquiera que hace una inversión. Solo lo protege de eventuales arbitrariedades por su condición de extranjero. Que tengan la posibilidad de recurrir al tribunal arbitral no significa que los tratados garanticen cualquier pretensión de las empresas, pues no son asimilables a una suerte de “seguro político” que los inmuniza ante cualquier emergencia.

Lo que dicen los tratados, en general, es que los Estados se comprometen a otorgar, “*un tratamiento justo y equitativo*” según el Derecho Internacional, a las inversiones efectuadas por nacionales de la otra Parte. Esto significa que Estado contratante se compromete a darle a los inversores del otro Estado “*un tratamiento no menos favorable*” que el acordado a sus propios inversores”. Es decir, resguarda la igualdad ante la ley. Para el caso de que los inversores sufran pérdidas por causa “*de guerra o de otros conflictos armados, estados de emergencia u otros acontecimientos político-económicos similares*”, también disponen expresamente que, en materia de indemnizaciones, se les concederá un tratamiento “*no menos favorable*” del que se otorgue a los nacionales.

Siguiendo este planteo jurídico, debe interpretarse que las medidas que toma un Estado en materia monetaria –como devaluar, por ejemplo- corresponden al ejercicio de su soberanía y afectan al total de los habitantes del país y a todos aquellos que, tanto en el ámbito local como en el exterior, tienen relaciones económicas y/o comerciales con Argentina. La devaluación no se hizo con el ánimo de perjudicar o incumplir un contrato

específico –la hizo “el mercado”, por otra parte-, por eso no puede entenderse como una actitud discriminatoria ni contraria a algún compromiso particular contraído con una prestadora de servicios públicos. Su perjuicio, en todo caso, es idéntico al que pudieron experimentar todos aquellos que tienen intereses en la economía argentina, con independencia de su nacionalidad.

De modo que, a lo que pueden aspirar los inversores extranjeros a quienes amparan los tratados, es a recibir un tratamiento justo y equitativo, acorde al dado a todos los demás actores económicos y sociales. Más aún, si consideramos que la mayoría de los inversores en empresas privatizadas adquirieron activos por 20, 30 y hasta 99 años, es a todas luces razonable y ajustado a derecho pretender que se comprometan con la suerte coyuntural de la “comunidad de negocios” en la que se plantearon obtener ganancias en tan largos plazos. Lo contrario sería pensar que puede convalidarse en ámbitos supranacionales la teoría del mínimo riesgo y máxima rentabilidad en el menor plazo posible para los capitales externos. Y aunque es probable que esta sea la pretensión de varias empresas, está en el Estado argentino el saber articular una defensa jurídica y política que impida que se consagre otra arbitraria expropiación del patrimonio público argentino.