



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

Nota Técnica N°11

CIADI II

Febrero 2007

Proyecto de Asistencia al Poder Judicial de la Nación en Temas Financieros

La utilización o la publicación, parcial o total, para su difusión o con fines comerciales, de documentos, fotografías, logotipos y elementos gráficos, está estrictamente prohibida sin autorización previa de la Fundación Centro para la Estabilidad Financiera (CEF). Ésta deberá solicitarse al CEF o, en el caso de materiales de otras entidades (cuyos datos figuran en nuestros trabajos), así como en el caso de publicaciones de otras editoriales, a la entidad, la persona o la editorial de que se trate. Está prohibido modificar el material cuyos derechos se reserva el CEF, con la obligación de citar la fuente. En caso de utilizar material del CEF se solicitará una muestra o ejemplar de prueba a fin de darle aprobación. Ante el incumplimiento el CEF se reserva el derecho correspondiente.



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

Introducción.

Impulsar el bienestar económico y social mediante la adecuada canalización del capital a aquellas inversiones que arrojen el máximo de rendimiento, debe ser uno de los objetivos primordiales de los países.

A comienzos de la década de los 90, los movimientos de capital a nivel mundial han crecido a un ritmo inusual, aunque siempre han estado presentes en el esquema de endeudamiento internacional representados en créditos y préstamos internacionales, estos han ido perdiendo fuerza, cediendo importancia a la Inversión Extranjera Directa (IED) que lidera hoy la tendencia cada vez más fuerte de la Globalización económica, esta trae consigo, la liberalización del comercio, la inversión y la desregulación de los mercados.

La inversión extranjera directa es la atracción que se produce entre los países en vías de crecimiento, de capitales necesarios para su mejor desarrollo. La inversión extranjera se realiza por medio de: personas morales extranjeras, personas físicas extranjeras, Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica, empresas nacionales en las que participe capital extranjero de manera mayoritaria.

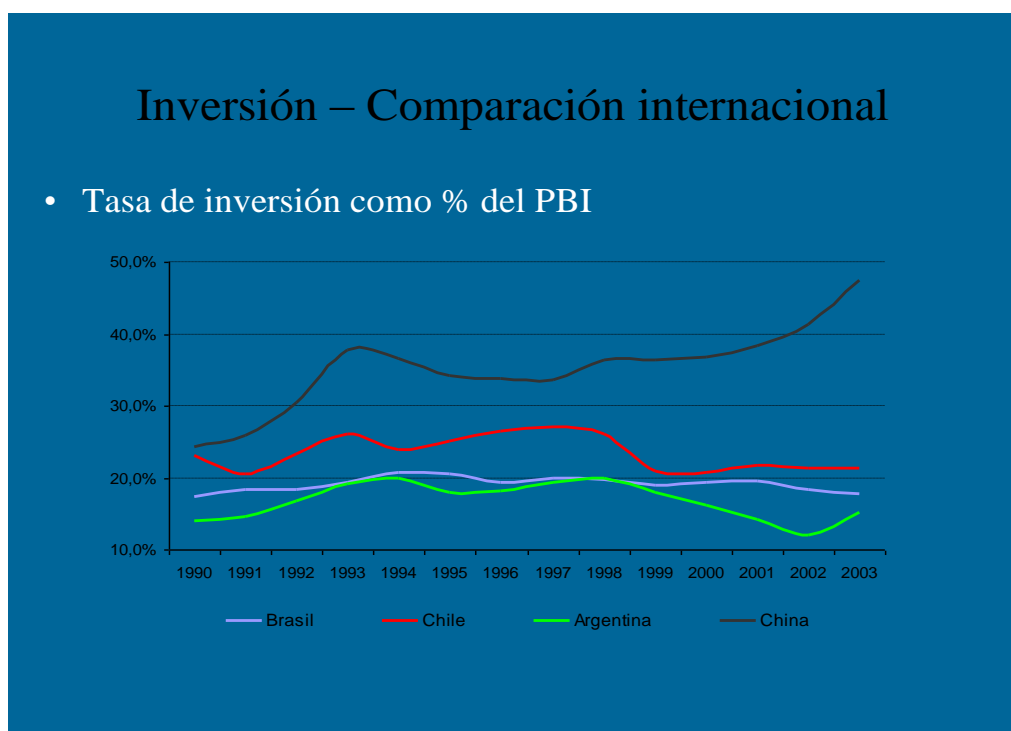
Ella se ha convertido, en la fuerza pujante para regiones como América Latina, pues ha contribuido en la adopción de nuevas tecnologías y formas de producción, procesos reestructuración económica, y le ha posibilitado un mayor crecimiento Económico. Se divide en dos grandes ramas: Directa e Indirecta. La directa se efectúa por particulares para el establecimiento, mantenimiento o desarrollo de toda clase de negocios también particulares, en un país extranjero. Esta se subdivide en: Única cuando el capital del negocio sea exclusivamente extranjero y Mixta cuando se combina el capital extranjero con el nacional. La indirecta es captada y utilizada por el Estado para realizar obras infraestructurales o aplicarla a empresas estatales de carácter industrial¹.

Estado actual de la Inversión Internacional.

Lo que motiva a ahondar en mecanismo que ayuden a saltar obstáculos que no permitan que esa tasa de inversión extranjera directa pueda contribuir a la inversión es el modo de tener inversión extranjera directa como parte de esa inversión extranjera.

¹ OMC-Banco Mundial-FMI La Agenda de los Países Industrializados y los Organismos Económicos Internacionales SP/CL/XXIII.O/Di No. 9

Durante la década del noventa se recibieron significativos flujos en concepto de IED, los cuales mostraron una tendencia creciente desde un promedio de 4.000 millones (1992-1995), a una media de 8.000 (1996-1998) hasta alcanzar el pico de 24.000 en 1999, monto obtenido como consecuencia de la compra de YPF. A partir de ese momento, se produce un profundo cambio en la tendencia, cerrando el año 2002 con flujos por 775 millones de dólares. Las transferencias accionarias, el componente más importante de estos flujos en la década pasada, cayeron significativamente dados el comienzo de la recesión y posterior crisis en el país, la tendencia internacional a la disminución de los mismos y el agotamiento de la inversión en muchos sectores. Los aportes se mantuvieron estables pero se dirigieron más al sostenimiento patrimonial de las empresas que a financiar nuevos proyectos, mientras que los otros rubros (deuda con empresas vinculadas y reinversión de utilidades) decrecieron hasta pasar a ser negativos².

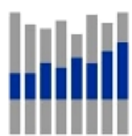


La evolución de la renta en los últimos años muestra principalmente la influencia de dos fenómenos, el efecto de la importante y persistente caída en el nivel de actividad económica y la magnitud del sector petrolero a

² Luis Alberto Giussani y María Fernanda

L'hopital, del grupo de trabajo de inversión directa, bajo la supervisión de

Luis Alberto Giussani y María Fernanda L'hopital, del grupo de trabajo de inversión directa, bajo la supervisión de Beatriz López y Marcelo Gabriel Dinenzon. MINISTERIO DE ECONOMÍA, SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

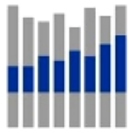
partir de 1999. En el año 2002 se suma el efecto de la devaluación en los resultados de las empresas. La renta del sector petrolero aumenta significativamente a partir de 1999 cuando Repsol toma el control de YPF, mientras que el resto de los sectores presentan una evolución contraria: hasta el año 1998 muestran una tendencia creciente y a partir de 1999 una tendencia decreciente, hasta llegar al año 2002 con pérdidas estimadas que superan a las utilidades del sector petrolero.

Los flujos acumulados de IED fueron hasta el año 2001 el principal factor que explica la evolución del stock medido en dólares. Sin embargo, en el año 2002 el mismo cae abruptamente por los efectos de la devaluación del peso en los balances de las empresas. En este sentido la evolución del stock de IED va a ser más fluctuante, dependiendo no sólo de los flujos sino principalmente del comportamiento del tipo de cambio real.

Durante la década pasada, la Inversión Extranjera Directa (IED), como categoría de la Cuenta Financiera del Balance de Pagos, representó una parte importante del financiamiento externo de la economía argentina. El contexto internacional prevaleciente y las reformas introducidas en la economía argentina en la década del noventa, sustentaron la fuerte corriente de financiamiento bajo la forma de inversiones directas del exterior, que alcanzaron a representar alrededor del 2.1% del PIB en promedio para el período 1992-1998, con pico del 8.5% en 1999.

Sin embargo, hacia finales de la década pasada, y acompañando el cambio de tendencia en los flujos financieros internacionales, el comienzo de la recesión en el país, el agotamiento del proceso de privatizaciones y transferencia de acciones en ciertos sectores y la creciente incertidumbre acerca de la sostenibilidad de las políticas, los flujos de capital en concepto de IED comenzaron a debilitarse rápidamente y finalmente en el 2002, ya en un contexto de superávit de cuenta corriente y de fuerte salida de capital privado, los flujos son cercanos a cero.

Creció la importancia y participación de las empresas de IED en la economía, debido al ingreso sostenido de flujos a lo largo de la década del 90.

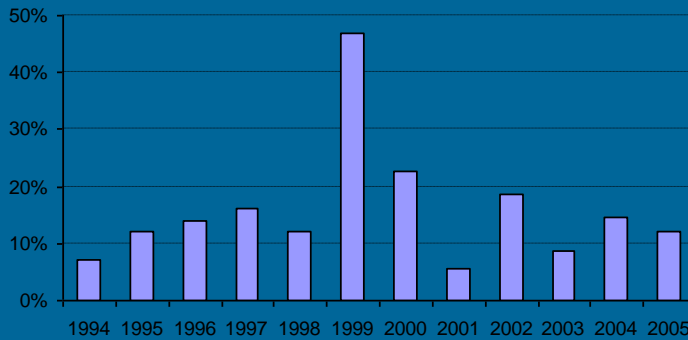


CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

Inversión en Argentina

- Participación de la IED en la IBIF total



Fuente: Ministerio de Economía

El CIADI y la Argentina

Un amplio número de casos de arbitraje han sido abiertos en el CIADI contra la Argentina a partir de 2002. Llegando en la actualidad a la cantidad de 34 los reclamos contra la Argentina durante el 2004, se observó un crecimiento significativo de tales números, que figuraban en la lista del CIADI³, los cuales involucran un pedido de resarcimiento económico cercano a los 20.000 millones de dólares y han convertido a la Argentina en el país más demandado ante dicho organismo.

La mayoría de los reclamos efectuados se relacionan con el impacto que algunos inversores extranjeros consideran que les produjeron las medidas económicas de emergencia adoptadas, especialmente en 2002, por el gobierno argentino; medidas que, por su naturaleza, produjeron impacto en otros inversores y, por cierto, también en los ciudadanos argentinos.

Los gobiernos argentinos negociaron y suscribieron diversos tratados bilaterales de promoción y protección jurídica recíproca para inversiones extranjeras (TBI), desde los años noventa, con numerosos países con el

³ ver <http://www.worldbank.org/icsid/cases>



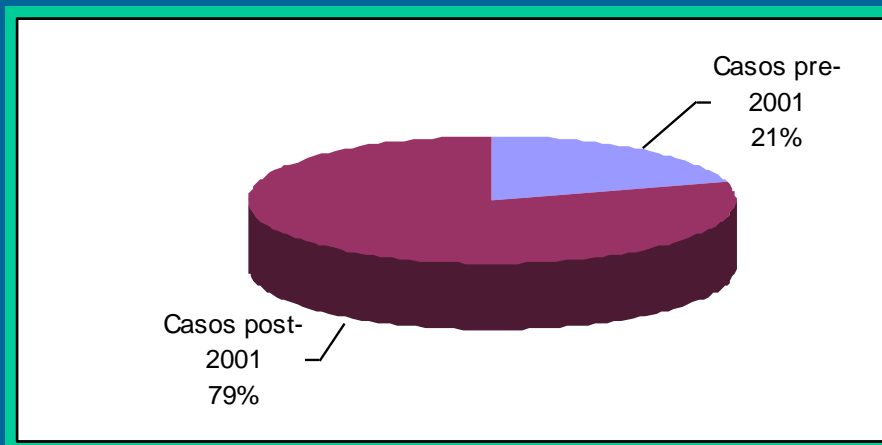
CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

propósito de alentar y atraer inversiones al país y estimular la confianza de capitales, acuerdos alcanzados tanto con países industrializados como con otros países en desarrollo. Así, en los últimos quince años, la Argentina logró firmar 59 TBI con distintas naciones: dos no se pusieron en vigencia (con Nueva Zelanda y Grecia), en tanto buena parte del resto se encuentran vigentes, y han sido ratificados por ley del Congreso Nacional.

Todos estos tratados bilaterales contienen compromisos jurídicos internacionales relacionados con las políticas públicas que inciden sobre las inversiones extranjeras y que ambos países -en los hechos, la Argentina asumen respecto de las inversiones que empresas de uno realicen en el otro, pero su objetivo principal era que las partes contratantes se comprometieran a evitar actos expropiatorios o discriminatorios de los inversores extranjeros respecto de los nacionales, o que se les impidiera o dificultara el acceso a la justicia nacional. Es decir, que dichos tratados preveían distintas variantes de las típicas cláusulas de protección a los inversores extranjeros y a sus inversiones.

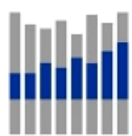
CASOS PRE-2001 vs. CASOS POST-2001



Información actualizada al 5 de mayo de 2006

Presentación Héctor M. Huici Estudio M. & M. Bomchil Abogados 11-05-06

En consecuencia, a partir de 2002 un amplio número de casos de arbitraje han sido abiertos en el CIADI contra la Argentina. Particularmente durante el 2004, se observó un crecimiento significativo de tales números, llegando en la actualidad a la cantidad de 34 los reclamos contra la Argentina que figuraban en la lista del



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

CIADI. Son aproximadamente un cuarenta por ciento de la totalidad de casos pendientes de resolución existentes en el foro internacional y casi un cincuenta por ciento del número de caso abiertos en este organismo desde enero de 2003⁴.

Estados latinoamericanos demandados ante el CIADI actualmente

| Estado demandado | Casos pendientes | TBIs firmados |
|--------------------------|------------------|---------------|
| Argentina | 27 | 58 |
| Estados Unidos Mexicanos | 7 | 17 |
| Ecuador | 5 | 28 |
| Chile | 3 | 51 |
| Venezuela | 3 | 25 |
| Perú | 2 | 29 |
| El Salvador | 1 | 24 |
| Bolivia | 1 | 22 |
| Total | 49 | |

Fuentes:

1. Sitio web del CIADI (www.worldbank.org/icsid)

2. Sitio web de la UNCTAD (<http://www.unctad.org/>)

Información actualizada al 5 de mayo de 2006

Presentación Héctor M. Huici Estudio M. & M. Bomchil Abogados 11-05-06

La Argentina, en virtud de ello, enfrenta en el CIADI actualmente 34 demandas que involucran un pedido de resarcimiento económico cercano a los 20.000 millones de dólares. En efecto, de las empresas -o grupos de inversores- que iniciaron juicio contra la Argentina, hay 15 estadounidenses, 7 francesas, 7 españolas, 3 alemanas, una británica y una italiana.

América latina ostenta es un 61% de los casos antes el ciadi y domina en el uso dicho mecanismo.

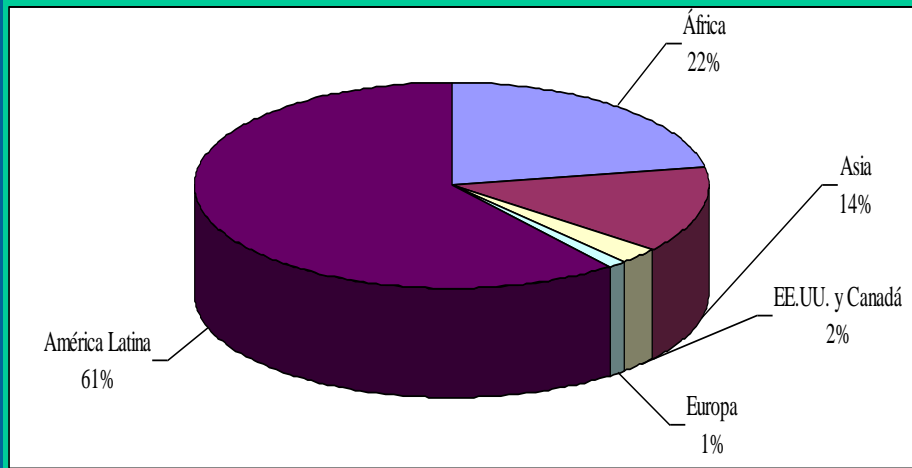
⁴ ver <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending>



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

Casos CIADI pendientes - Por región (demandada)



Presentación Héctor M. Huici Estudio M. & M. Bomchil Abogados 11-05-06

Alejandro Pérez Hualde, Ministro de la Corte Suprema de Mendoza, manifiesta que Argentina posibilitó la renovación automática de más de 20 tratados internacionales en los últimos 3 años. Ello pone en evidencia que Argentina no demuestra ganas de apartarse de CIADI.

Tomar conciencia Argentina mundo globalizado, la globalización es un hecho, no se discute según Spota, un pie en el municipio y otro en el mundo, ese hombre es el que nos pide una nueva justicia y hay que dar nuevas respuestas y para ello necesita cambiar el marco jurídico. CN 129 Art. mas 13 tratados internacionales (infoleg).

Distintos niveles tratados algunos en al Art. 75 Inc. 22 desde 1994, mecanismo incorporación es mismo rango de la constitución sin posibilidad de modificar ningún principio de la constitución. También prevé otros tratados internacionales que son de integración Art. 75 Inc. 24, donde se proroga competencia, normas por Inc. de la constitución, pero distinguiendo una mayoría y un procedimiento especial.

Los tratados del CIADI son ninguno de los Inc. 25 ni 24, son los otros tratados internacionales tienen el valor de la ley nacional en Art. 31 de la Constitución nacional. Esto no implica que no deben ser cumplidos. Se encolumna detrás de lo que se denomina protección recíproca de inversiones. En la década de los 90 celebró con 74 potencias extranjeras, principales países europeos, los USA, y países latinoamericanos. La idea es

proteger las inversiones de los inversores extranjeros en un país distinto. Se los protege que no vaya a ser materia de una expropiación o confiscación. Si existe debe indemnizarse. También protege sobre los tratos no discriminatorios.

Caso Aconquija:

En 1995 la Provincia de Tucumán suscribió con una empresa francesa -Compagnies Générale des Eux- y su filial argentina -Compañía de Aguas de Aconquija S.A.- un contrato de concesión del servicio de agua potable. En dicho contrato, contempló que las controversias sobre la interpretación o aplicación del contrato se someterían exclusivamente a los Tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán.

Luego de diferentes conflictos entre la empresa y el Gobierno de Tucumán, el 27/08/97 la Compagnies Générale des Eux notificó al Gobierno su voluntad de rescindir el Contrato de Concesión por supuestos incumplimientos de la Provincia. El 27/09/97 el Gobierno de Tucumán rechazó la notificación anterior, y puso término al Contrato de Concesión por supuestos incumplimientos de la concesionaria, requiriéndole a esta última la continuidad de la prestación del servicio hasta que se determinara un nuevo operador de servicio o se cumpliera el plazo de 18 meses.

Desde 1996, Compagnie Générale des Eux y la Compañía de Aguas del Aconquija SA habían solicitado la intervención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, que con sede en Washington DC funciona en el marco del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, reclamando a la República Argentina una indemnización de U\$S 300.000.000 en base a su responsabilidad internacional en el marco del citado Convenio y del acuerdo bilateral suscripto con Francia. Las causas de tal reclamo estaban dadas por el incumplimiento contractual operado y por ciertos actos soberanos de la Provincia de Tucumán, extremos que se produjeron -según la reclamante- por la omisión del Estado Nacional de impedir el comportamiento indebido de la Provincia de Tucumán.

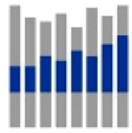
El Tribunal, por medio del presente Laudo, si bien consideró tener jurisdicción sobre las reclamaciones efectuadas contra la República Argentina a pesar de la cláusula contractual de prórroga de jurisdicción que fijaba en forma exclusiva el entendimiento de los Tribunales Contencioso Administrativos de Tucumán, rechazó sustancialmente el planteo de las demandantes por entender que corresponde la concurrencia a la jurisdicción acordada por los contratantes en el Contrato de Concesión, y sólo admite debatir planteos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en caso de que el inversor vea injustamente denegados sus derechos procesal o sustancialmente, ya sea si se les deniega a las demandantes el acceso a la jurisdicción acordada contractualmente o se las trata de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal), o si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta

(denegación de justicia material), o se les denegare de otro modo los derechos garantizados a los inversores franceses bajo los acuerdos internacionales suscriptos.

Si bien existen analistas que postulan la irrevisibilidad de los laudos de los tribunales arbitrales del CIADI, otros especialistas como Liliana Constante y Arístides Corti entienden que: 1) En cuestiones de Derecho Público en las que se encuentre comprometido el orden público y el Estado sea parte, los procesos arbitrales no son válidos y la jurisdicción judicial argentina reviste el carácter de plena e irrenunciable, por constituir un atributo de la soberanía nacional; 2) La prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales del CIADI resulta inconstitucional por infringir lo dispuesto por los artículos 27, 29, 31, 75 inciso 24 y 116 de la Constitución Nacional; 3) Que la existencia de diversos tratados calificados de “protección recíproca de inversiones” y no obstante encontrarse ratificados por el Congreso Nacional, no convalida la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales externos teniendo en cuenta que resulta condición de validez de los mismos su conformidad con la Constitución Nacional (principio de supremacía constitucional y demás cláusulas constitucionales mencionadas en el punto anterior); 4) Que la Ley N° 24.353, en cuanto aprueba la convención que da origen al CIADI, también resulta inconstitucional, en tanto la misma fue promulgada el 22 de agosto de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de septiembre de 1994, para entrar en vigor recién 30 días después de la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, lo cual sucedió el 18 de noviembre de 1994, es decir, encontrándose ya vigente la reforma constitucional de 1994 (desde el 24 de agosto de 1994), que introdujo a la Carta Magna nacional el artículo 75 inciso 24 con una serie de recaudos constitucionales que no se verifican en el caso del convenio aprobado por la Ley N° 24.353; y 5) Para finalizar, resulta también inaceptable la exclusión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como tribunal argentino revisor de los laudos arbitrales, con arreglo a la jurisprudencia del propio máximo tribunal nacional (precedente de “Fallos” 290:458, autos “YPF c. Sargo S.A.”, y sentencia del 1° de junio de 2004, causa “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c Hidronor S.A.”) en orden a que “la renuncia de la revisión judicial no puede extenderse a supuestos en los que los términos de los laudos arbitrales resulten inconstitucionales, ilegales o contrarios al orden público argentino”.

Conclusión:

Asimismo, y aunque la Argentina debe cumplir con los tratados internacionales que ha firmado, resulta lógico el insistir también en la facultad que tiene el país de denunciar estos tratados en casos de irracionalidad, arbitrariedad o de cláusulas contrarias al orden público, para lo cual se hace necesario llevar adelante un estudio de los diversos TBI firmados para conocer dónde y cuándo corresponde denunciarlos, ya sea porque van contra los intereses de la Nación o porque son cláusulas irracionales o arbitrarias, y dónde se puede



CEF

Centro para la Estabilidad Financiera
Center for Financial Stability

plantear suscribir un protocolo que los modifique, en los cuales se debería procurar reivindicar posiciones soberanas, ratificar la preeminencia de la jurisdicción local y tener precisiones que limiten la posibilidad de las empresas extranjeras de litigar, amenazando de modo contundente las finanzas públicas. La apuesta oficial es promover cambios en el contenido de esos acuerdos, en la medida en que vaya expirando su vigencia, prevista por diez años y con prórroga de diez o quince adicionales, según los casos. La oportunidad estaría dada, ya que muchos documentos están en esa etapa de transición.

La confianza es un factor de gran importancia en la disminución de los niveles de conflictividad social; encarnado en normas y redes de compromiso cívico, es uno de los prerrequisitos fundantes del desarrollo económico y social, y uno de los elementos fundamentales de un ambiente estable, sustentable y posibilitador. Un ambiente de ese tipo permite a las empresas llevar adelante los negocios con mayor facilidad. Las empresas pueden elevar los escasos niveles de confianza existentes en nuestra sociedad, y pueden facilitar un nuevo pacto social.