

## **EL CAPITAL EXTRANJERO EN ARGENTINA**

**Agustín Crivelli\***

### **RESUMEN**

La estructura económica argentina se encuentra fuertemente extranjerizada. Se trata de un proceso que se ha venido acentuando desde la última dictadura militar, a partir de la puesta en marcha, y posterior vigencia de un marco jurídico extremadamente favorable a los capitales extranjeros. En este contexto las inversiones externas no sólo no han servido para sostener el desarrollo nacional sino que, por el contrario, han contribuido a profundizar la histórica restricción de divisas para el desarrollo.

En la década de 1990, en un contexto de grandes flujos de inversión extranjera directa (IED) recibida por los países de América Latina, en Argentina esta situación se vio agravada por la firma indiscriminada de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), junto con la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales internacionales, donde las empresas extranjeras pueden demandar directamente a los estados nacionales.

Este trabajo analiza los antecedentes y la evolución del régimen internacional de protección de inversiones, en lo referido a los intentos de establecer un marco multilateral, el funcionamiento del esquema bilateral, y los mecanismos vigentes de resolución de disputas. Asimismo revisa el proceso de extranjerización de la economía argentina, el marco jurídico para los capitales externos, y las demandas iniciadas por inversores extranjeros contra el Estado argentino ante tribunales internacionales. Finalmente se sugieren algunas propuestas de acción que apuntan a revertir el estado actual de la regulación del capital extranjero en la Argentina.

**PALABRAS CLAVE: INVERSIÓN EXTRANJERA, TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN, CIADI, ARGENTINA**

### **ABSTRACT**

The Argentine economic structure is heavily dominated by foreign firms. This process has been increased since the last military dictatorship, with a extremely favorable foreign capital legal framework. In this context, foreign investment have not served to sustain national development but instead helped to deepen the historical foreign exchange constraint to development.

In the nineties, in a context of large inflows of foreign direct investment (FDI) to Latin American countries, this situation was aggravated in Argentine by the indiscriminate signing of Bilateral Investment Treaties (BITs), together with the extension of jurisdiction in favor of international tribunals, where foreign companies can directly sue national states. Throughout this paper we analyze the history and evolution of the international investment protection, when it comes to attempts to establish a multilateral framework, bilateral scheme operation, and dispute resolution mechanisms in place. It also reviews the process of denationalization of the Argentinean economy, the legal framework in which foreign capital operate, as well as claims brought by foreign investors against Argentina in international courts. Finally we suggest some proposals for action aimed at reversing the current state of regulation of foreign capital in Argentina.

---

\* IIHES-IDEHESI, [crivelli@gmail.com](mailto:crivelli@gmail.com)

**KEYWORDS:** FOREIGN INVESTMENT, BILATERAL INVESTMENT TREATIES, ICSID, ARGENTINA

La extranjerización es una característica estructural de la economía argentina desde la última dictadura militar (1976-1983) hasta el presente. Este proceso fue posible gracias a la vigencia, desde esa dictadura, de un marco jurídico extremadamente favorable a los capitales extranjeros. Las inversiones externas, lejos de cumplir un rol central para el desarrollo, impulsaron una fuerte exportación de ahorro real al resto del mundo en forma de utilidades y dividendos, contribuyendo a profundizar la histórica restricción de divisas para el desarrollo.

La década de 1990 se caracterizó por un crecimiento sin precedentes de los flujos de inversión extranjera directa (IED) recibida por los países de América Latina, en el marco del proceso de apertura económica y privatización que llevaron a cabo la mayoría de los países de la región. Fomentado por la matriz ideológica neoliberal, proliferaron en América Latina los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), junto con la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales internacionales, donde para las disputas se prevé un sistema de solución de diferencias en el que las empresas pueden demandar directamente a los Estados.

A más de quince años de la firma de estos acuerdos el balance dista de ser positivo. Al escaso (o nulo) efecto de estos instrumentos sobre los flujos de IED se debe sumar la avalancha de demandas ante instancias de arbitraje internacional que desembocan en multimillonarias indemnizaciones que se tornan intolerables, y limitaciones que actúan como un corsé para la instrumentación soberana de las políticas públicas nacionales.

Resulta indispensable comprender el origen y la magnitud de esta problemática, para poder así tomar las medidas necesarias en pos de recuperar la soberanía económica, y estar en condiciones de llevar a cabo políticas públicas que apunten al pleno desarrollo de nuestros pueblos. A ese objetivo procura contribuir este trabajo.

El artículo se compone de tres apartados. El primero analiza los antecedentes y la evolución del régimen internacional de protección de inversiones, en lo referido a los intentos por establecer un marco multilateral y el funcionamiento del esquema bilateral vigente. El apartado siguiente se focaliza en los mecanismos de resolución de disputas, revisa la evolución histórica de diferentes mecanismos y en particular el funcionamiento del CIADI. El tercer apartado analiza la inversión extranjera en la Argentina, repasa la extranjerización de la economía argentina, la evolución histórica y la actualidad del marco

jurídico en el que se desenvuelve y el proceso de suscripción de TBIs de la Argentina. Asimismo se examinan las demandas iniciadas por inversores extranjeros contra el Estado argentino ante tribunales internacionales. Para finalizar se exponen las principales conclusiones y algunas propuestas de acción que apuntan a revertir el estado actual de la regulación de los capitales extranjeros en Argentina.

### **Régimen internacional de protección de inversiones**

Es posible encontrar los antecedentes históricos de los TBIs en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN) de fines del siglo XIX. Posteriormente, en las décadas de 1920 y 1930, las relaciones comerciales internacionales continuaron expandiéndose y los TACN se convirtieron en los principales instrumentos jurídicos de protección de inversores extranjeros<sup>1</sup>. A finales de los años 1930 estos acuerdos incorporaron el derecho del inversor a recibir una compensación pronta, adecuada y efectiva en caso de ser expropiado, de acuerdo con la denominada “cláusula Hull”<sup>2</sup>. No obstante, estos tratados establecían que en caso de controversia por la presunta violación de estos acuerdos, el conflicto debía derivarse a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el contexto de un arbitraje entre Estados<sup>3</sup>.

Algunas décadas más tarde, más precisamente el 25 de noviembre de 1959, la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán firmarían el primer TBI. Alemania fue gradualmente seguida por otros países europeos, y en la década de 1970 la firma de estos acuerdos se convirtió en una política deliberada de los países exportadores de capital, suscribiendo decena de ellos principalmente con países de África y Asia.

En los años 1980, con el auge del liberalismo político y económico, y ante la necesidad de fortalecer sus economías y la insuficiencia de divisas, los países en desarrollo iniciaron una excepcional cesión sobre parte de los derechos conquistados, con la finalidad de atraer capitales.

En un primer término la firma de los TBI se expandió a los países de Europa del Centro y del Este y los del Sudeste Asiático, y en los años 90<sup>3</sup>, bajo el pretexto de la

---

<sup>1</sup> Estados Unidos de América, Japón –en menor medida- y algunos países de Europa Occidental continuaron utilizando estos instrumentos durante la posguerra y hasta finales de la década de 1960.

<sup>2</sup> Este criterio fue formulado en 1938 por el Secretario de Estado de EE.UU., Cordell Hull, en virtud de las expropiaciones llevadas a cabo en México por el gobierno de Lázaro Cárdenas. En esa oportunidad Hull afirmó que "de acuerdo a todas las normas legales y de equidad, ningún gobierno tiene derecho a expropiar bienes privados, sea cual fuere la finalidad, sin que se disponga un pago pronto, adecuado y efectivo por ese concepto".

<sup>3</sup> Para esto, previamente se endosaba la controversia del inversor al Estado del cual era nacional, de manera que éste hacía suyo el reclamo del inversor frente al Estado receptor de la inversión.

búsqueda de un “clima para la inversión”<sup>4</sup>, en pos de garantizar la “seguridad jurídica” de los inversores extranjeros, los países latinoamericanos, que históricamente se habían negado a firmarlos en virtud de la Doctrina Calvo y de los reiterados abusos de los países exportadores de capital en sus relaciones económicas internacionales, se añadieron a la larga lista de países firmantes de Tratados de Inversión.

Durante los años 90’ se constató un crecimiento sin precedentes de los flujos de IED, superando incluso a los montos asociados al comercio. Este comportamiento respondió a una nueva lógica del capital: una parte del proceso productivo es realizado por las filiales, integrándose en una estrategia centralizada en la cual los diferentes eslabones de este proceso resultan en el ensamblado de un producto final, elaborado a escala mundial.

El acelerado crecimiento de los flujos de IED llevó a que los gobiernos incorporen esa variable en sus políticas económicas, generando una puja para atraer inversiones internacionales como fuente de financiamiento. Ese proceso, en un contexto de fuerte impulso de los postulados ideológicos del neoliberalismo, se tradujo en la implementación de políticas de liberalización de los regímenes de inversión y liberalización financiera. Como resultado de ello durante los años 90’ se constató un fuerte incremento en el número de TBI celebrados.

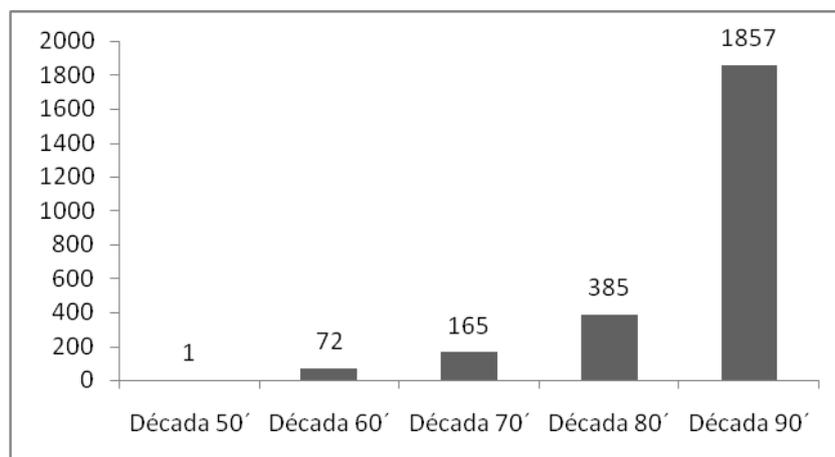
Desde la firma del primer TBI en 1959, su cantidad creció sostenidamente, cerrando el siglo XX con un total de 1.857 acuerdos celebrados (actualmente existen más de 2.700). El crecimiento dramático se constató durante la década de 1990, cuando el total de acuerdos firmados se quintuplicó.

---

<sup>4</sup> El Banco Mundial, en su Informe sobre el Desarrollo Mundial 2005, define *clima para la Inversión* como “(...) el conjunto de factores propios de cada lugar, que forjan las oportunidades y los incentivos para que las empresas (totalidad de los agentes económicos privados) inviertan en forma productiva, generen empleo y crezcan. Las políticas y la actuación de los Gobiernos ejercen una gran influencia en el clima para la inversión, por su impacto en los costos, los riesgos y las barreras a la competencia (...)”. Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2005. Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos. Panorama general*. Washington, D.C. 2005. 55p.

**Gráfico 1**

**Cantidad de TBIs firmados en todo el mundo (1959-1999)**

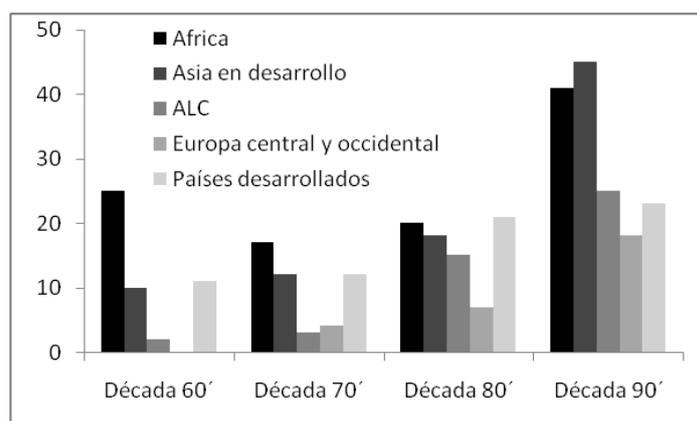


*Fuente: elaboración propia en base a UNCTAD (2000).*

Pero no sólo el número de TBIs firmados creció, sino también la cantidad de países involucrados, que pasaron de 2 a fines de los años 1950, a 48 a fines de los 60', 69 al término de los años 70', 102 a fines de los 80', alcanzando un total de 173 países a fines de los años 90', incluyendo a naciones de todas las regiones del mundo.

**Gráfico 2**

**Participación de países en TBIs, por región y década (1960-1999)**



*Fuente: elaboración propia en base a base de datos de TBIs de la UNCTAD.*

Los países latinoamericanos no comenzaron a firmar TBIs hasta fines de los años 1980, pero el cambio de estrategia de desarrollo durante los años 1990 llevó a un rápido crecimiento en el número de instrumentos firmados. Al finalizar la década de 1990 la región tenía 300 TBIs firmados, de los cuales el 93 por ciento se suscribieron durante los

años 1990. Junto con los 82 TBIs firmados por los países del Caribe (quienes comenzaron a firmar estos acuerdos con anterioridad), América Latina y el Caribe alcanzaron el total de 366 TBIs firmados<sup>5</sup>, de los cuáles 205 fueron con países desarrollados, particularmente de Europa Occidental (179). El resto de los acuerdos fueron suscriptos con países en desarrollo: 61 entre países de la región, 46 con países asiáticos, 16 con países africanos, y 38 con países de Europa Central y del Este.

La proliferación de los TBIs respondió a los sucesivos fracasos de los intentos de los capitales concentrados, a través de los Estados de los países desarrollados, por imponer un esquema multilateral de protección de las inversiones extranjeras, similar al existente en el caso de los intercambios comerciales.

El más popular de los intentos por establecer un marco multilateral de protección fue el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), a mediados de la década de 1990. Las negociaciones en su mayor parte transcurrieron en secreto, sin conocimiento de los parlamentos, los ministros (excepto los de Economía) ni los medios de comunicación. El secreto se debía a que los por entonces 29 miembros de la OCDE, entre los que figuran los países más ricos del planeta, pretendían ponerse de acuerdo antes de dar la voz de orden a los países en vías de desarrollo. Se suponía que entonces los países en desarrollo recibirían la propuesta de un acuerdo cerrado y ya firmado por los países más poderosos y no tendrían más opciones que adherir.

La iniciativa fue impulsada por los Estados Unidos<sup>6</sup>, que venía de alcanzar el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TLCAN) en su región, donde había conseguido imponer su modelo de acuerdo y proyectaba incluir en el AMI el mismo modelo perfeccionado<sup>7</sup>. A diferencia de los demás tratados multilaterales, el AMI preveía que todos los sectores y actividades que no estuvieran expresamente excluidos en el texto del tratado, quedarían incorporados al mismo. En otras palabras, todos los sectores estarían por definición incluidos en el tratado, y únicamente la introducción de una excepción específica podría permitir a una parte contratante suspender la aplicación del acuerdo para un sector en particular que deseara proteger<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> El número total de TBIs firmados por América Latina y el Caribe se calcula restando los 16 acuerdos firmados entre países de las subregiones, de manera de evitar el conteo doble.

<sup>6</sup> Estados Unidos fue quien defendió la idea de que la discusión se lleve a cabo en el marco de la OCDE y no en la OMC. La estrategia consistía en negociar el acuerdo entre un grupo más reducido de países, para extenderlo luego al resto de la comunidad internacional. (Edgardo Lander. "El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El capital diseña una constitución universal", *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, N° 2-3, abril-septiembre 1998. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1998.)

<sup>7</sup> De ahí que muchos tratadistas lo denominaran como "TLCAN-plus".

<sup>8</sup> Edgardo Lander *op. cit.*

El borrador del acuerdo se encontraba finalizado en un 90 por ciento, cuando en abril de 1997 una ofensiva llevada a cabo por movimientos norteamericanos de ciudadanos contra el procedimiento del fast-track<sup>9</sup> se apropió de una copia del documento y lo hizo público. Fue así que el Congreso de Estados Unidos cayó en la cuenta del tipo de negociaciones que se venían desarrollando desde hacía tres años, hasta el momento negadas por el Departamento de Estado y el Tesoro, que debieron aceptar que dicho documento fuera puesto a disposición del público en Internet.<sup>10</sup> En otros países europeos también hubo situaciones similares con funcionarios directamente involucrados que también negaban conocer las negociaciones para establecer el AMI.

La publicación en Internet del proyecto del AMI<sup>11</sup> permitió que Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) de todo el mundo realizaran su propio análisis del tratado, desatando movilizaciones sociales en Europa y Norteamérica, que finalmente terminaron con las pretensiones de aprobar este acuerdo multilateral de protección a las inversiones extranjeras.

Si bien el AMI no pudo ser aprobado, las disposiciones en él contenidas están presentes en los TBIs. En realidad la inmensa mayoría de los TBIs pueden considerarse como adaptaciones de un TBI prototipo elaborado por un conjunto reducido de países desarrollados (Francia, Alemania, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos)<sup>12</sup>. Se trata de acuerdos que procuran profundizar la liberalización en materia de inversiones, a partir de la inclusión de cláusulas tendientes a eliminar cualquier tipo de restricciones que afecten la entrada o permanencia de inversores externos. A grandes rasgos estos acuerdos se encuentran estructurados alrededor de dos pilares centrales: la protección de las inversiones extranjeras, y la consagración de un sistema de arbitraje para resolver controversias.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Un procedimiento legal y administrativo de Estados Unidos mediante el cual el Congreso estadounidense otorga la autorización al Presidente para que, junto con sus negociaciones, pueda iniciar acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales, evitando la posibilidad de que sufran modificaciones posteriores por parte del Congreso.

<sup>10</sup> MAI-Not! Project: <http://www.utopia.pcn.net/mail.html>

<sup>11</sup> En Francia, el documento del AMI fue publicado en francés, gracias al movimiento de defensa de los consumidores Public Citizen, por *Le Monde Diplomatique*, del 8 de octubre de 1997. Es posible consultarlo en la dirección [www.monde-diplomatique.fr/md/dossiers/AMI/](http://www.monde-diplomatique.fr/md/dossiers/AMI/).

<sup>12</sup> Konrad von Moltke. *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg. 2000.

<sup>13</sup> Michael Mortimore y Leonardo Stanley. "La Argentina y los tratados bilaterales de inversión: el costo de los compromisos internacionales", *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 46, No. 182 (Jul. - Sep., 2006). Instituto de Desarrollo Económico y Social, Buenos Aires, 2006.

## **Mecanismos de resolución de disputas**

Tradicionalmente las disputas que involucran a ciudadanos extranjeros con inversiones en el país fueron consideradas un problema de Estado a Estado. En el caso de los conflictos derivados de los TACN, en el caso de suscitarse una controversia por la presunta violación de estos acuerdos, el conflicto se derivaba a una Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el contexto de un arbitraje entre Estados.

Con posterioridad surgiría la doctrina Calvo en América Latina, como respuesta al expansionismo imperialista de las potencias europeas, rechazando el uso de la “protección diplomática” de sus nacionales y otras formas de intervención armada<sup>14</sup>. Luego fue reforzada por la doctrina Drago, a comienzos del siglo XX, rechazando el uso de la fuerza o la ocupación como forma de cobrar deudas de un Estado, extendida posteriormente también a las obligaciones contractuales. La doctrina Calvo daría luego lugar a la cláusula Calvo, utilizada en convenios de concesión con extranjeros y que establece la jurisdicción de los tribunales locales para resolver los posibles conflictos, vedando el recurso al arbitraje internacional.<sup>15</sup>

Bajo el principio de soberanía nacional y jurisdicción territorial, la doctrina Calvo postula que los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales. Se encuentra recogida en varias Constituciones de países latinoamericanos y pese a la decidida oposición de Estados Unidos, quedó consagrada en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1948, y fue reafirmada por la OEA en 1975 mediante una declaración.<sup>16</sup> La doctrina Calvo también fue apoyada por numerosos países de otras regiones del mundo, particularmente en ex colonias, inspirando también la Resolución de la Asamblea General de la ONU del 17 de diciembre de 1973 que proclama la soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales, y un año más tarde en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

---

<sup>14</sup> “En el Derecho Internacional, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el cobro de los créditos y las reclamaciones privadas no justifican de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen entre ellos invariablemente la regla de no intervención por problemas económicos, no hay ningún motivo para que no la impongan también en sus relaciones con las naciones del nuevo mundo”. Carlos Calvo, citado por María Haydée Miguel. “Caso Cartellone: ¿es también una cálida manta para Calvo?”. *Revista Jurídica de la Federación Interamericana de Abogados*. Vol. 3. Washington, D.C. 2005. p.2.

<sup>15</sup> Patxi Zabalo. “Los Acuerdos Internacionales sobre Inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina” *Gestión en el Tercer Milenio*, Vol. 11, N° 22. UNMSM. Lima. 2008.

<sup>16</sup> La Declaración del Consejo Permanente de la OEA de julio de 1975 dice: “Las empresas transnacionales deben someterse a la legislación y jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países donde realizan sus actividades y ajustarse a la política de desarrollo de los mismos”. María Haydée Miguel *op cit*.

El sostenimiento de la doctrina Calvo se había convertido para los países en desarrollo (especialmente entre los latinoamericanos), en algo inamovible, por lo que la soberanía en materia de disputa jurídica estaba fuera de discusión. En este sentido, y a pesar de coexistir diferentes actitudes con respecto al tratamiento de la inversión extranjera, la mayoría de los países de la región sostuvo una postura contraria a la extraterritorialidad de los extranjeros, amparándose en la doctrina Calvo. Esta situación se modificó cuando en los años 90', en el marco del auge de las ideas neoliberales, muchos países de la región suscribieron el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI)<sup>17</sup> y firmaron numerosos TBIs, aceptando la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales extranjeros, colocando a empresas extranjeras y Estados nacionales en pie de igualdad.

Los TBIs establecen que, en caso de disputa, los inversores externos cuentan con una diversidad de instancias jurídicas externas donde pueden acudir. El CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) es el ámbito principal, aunque no es el único. Existen otros tribunales internacionales como los establecidos por las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), y los tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París.

Todos estos tribunales se rigen por sus propias reglas, que originariamente no estaban establecidas para resolver disputas entre empresas y Estados nacionales, sino para disputas comerciales entre empresas. Algo similar ocurre con las reglas establecidas en 1976 por la CNUDMI, que son utilizadas en procedimientos de arbitraje ad hoc celebrados en cualquier lugar acordado entre la partes, ya que la CNUDMI simplemente proporciona reglas que otros tribunales luego se encargan de administrar.

Así, mientras las leyes de cualquier país democrático son aprobadas por su poder legislativo, las reglas de arbitraje no resultan de algún procedimiento legislativo; sino que provienen de una estrategia impulsada desde hace décadas por asociaciones empresariales y de abogados que buscan privatizar la justicia. Además, otro de los aspectos relevantes, es la inexistencia de la posibilidad de apelación ante un órgano superior, lo que adquiere mayor trascendencia cuando una de las partes implicadas es un estado, dado que se traduce en una evidente merma de su soberanía.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Convenio de Washington de 1966.

<sup>18</sup> Patxi Zabalo *op. cit.*

Por otro lado, a diferencia de los tribunales de justicia, en los tribunales de arbitraje, normalmente llamados paneles, los árbitros son designados para cada ocasión<sup>19</sup>. De allí que, en los hechos, la inmensa mayoría de los árbitros proceden de importantes despachos de abogados especializados en arbitraje internacional, y resulta habitual que una misma persona actúe algunas veces como asesor de empresas multinacionales y otras como árbitro en litigios que involucran a esas mismas empresas. De este modo el arbitraje internacional es claramente un sistema concebido para proporcionar justicia privada al servicio de las empresas transnacionales<sup>20</sup>.

Además de no existir jueces propiamente dichos, no existe vista oral, ni apelación, ni jurisprudencia, ni acumulación de causas similares. El procedimiento arbitral permite muchas menos pruebas que la jurisdicción ordinaria, y los paneles deciden sobre su propia competencia y jurisdicción, llegando incluso a producirse dos laudos contrarios y sin posible casación para un mismo caso.<sup>21</sup>

La opacidad es otra de las características centrales de estos procesos de arbitraje. De hecho, sólo en el caso del CIADI existe un registro público de demandas junto a una información muy limitada sobre su contenido, mientras que en las demás instancias arbitrales la existencia de una demanda y su resolución sólo se conoce si una de las partes implicadas decide hacerla pública, dado que las audiencias no son públicas y el laudo se notifica únicamente a las partes involucradas.<sup>22</sup>

Los TBI se presentan como un escudo protector contra los posibles abusos de los estados receptores de las inversiones, aunque en realidad terminan siendo un mecanismo mediante el cual las empresas transnacionales extorsionan a los Estados<sup>23</sup>. Un resultado posible es que los Estados ante el temor de enfrentarse a indemnizaciones millonarias,

---

<sup>19</sup> Tres cuartas partes de los árbitros provienen de países de la OCDE, encabezados por los estadounidenses (18%) y británicos (10%), y sólo el 3,5% son mujeres.

<sup>20</sup> Susan Franck. "Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration". *North Carolina Law Review* Vol 86. Universidad de Carolina del Norte. North Carolina, 2007.

<sup>21</sup> Como consecuencia de dos demandas diferentes que fueron admitidas por sus respectivos paneles bajo las reglas del CNUDMI por referirse a distintos TBI, un demandante perdió el caso pero al otro le concedieron una indemnización de más de 300 millones de dólares a cargo del Estado checo. UNCTAD. "Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review", *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*. New York. 2005

<sup>22</sup> UNCTAD op. cit.

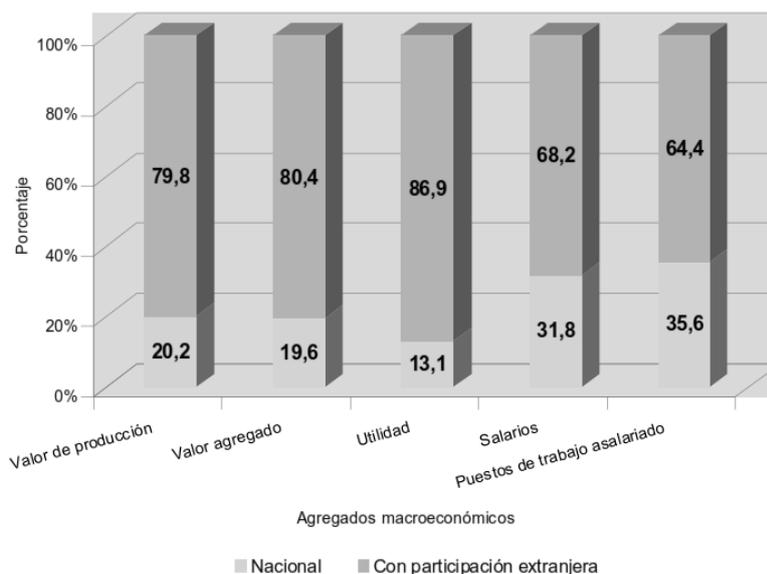
<sup>23</sup> Public Citizen. "Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversores contra Estados. Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica". *Public Citizen's Global Trade Watch*. 2005.

debido a reclamos de “expropiación indirecta”<sup>24</sup>, decidan limitar las regulaciones favorables al interés público, viéndose limitada la soberanía nacional para dictar políticas públicas.<sup>25</sup>

### Los capitales extranjeros en argentina

Los datos de la Encuesta Nacional de Grandes Empresas (ENGE), difundida por el INDEC en diciembre de 2012<sup>26</sup>, muestran que el proceso de extranjerización de las 500 empresas más grandes de Argentina se mantiene. El 64,4% de esas empresas siguen siendo extranjeras, generan el 79,8% del valor bruto de la producción, el 80,4% del valor agregado, y representan el 86,9% de las utilidades del panel.

**Gráfico 3:**  
**Argentina. Participación porcentual de los principales agregados macroeconómicos por origen de capital (2011)**



*Fuente: INDEC (ENGE 2012).*

Uno de los mayores limitantes para una economía en la cual el capital transnacional predomina en el control de la cúpula empresarial, es la carga de la remisión

<sup>24</sup> Como en el arbitraje internacional no hay unificación de doctrina, y los laudos sobre “expropiación indirecta” son contradictorios, persiste la incertidumbre sobre qué espacio tiene el estado para hacer política pública.

<sup>25</sup> Vicente Yu y Fiona Marshall. *Investors' Obligations and Host State Policy Space*. 2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators. Marrakech, 2008.

<sup>26</sup> Los datos refieren al año 2011.

de utilidades al exterior sobre los déficits del Balance de Pagos. El capital extranjero invertido en nuestro país implica año a año la salida de divisas por el giro al exterior de parte de sus ganancias. Es así que el fuerte crecimiento económico de los últimos años generó un incremento de magnitud en la remisión de utilidades y dividendos, que pesan cada vez más sobre el balance cambiario. Según datos del Banco Central, entre 2003 y 2011 cerca de 22.000 millones de dólares fueron remitidos al exterior por las empresas extranjeras. En el año 2012, las regulaciones cambiarias dispuestas por el gobierno nacional prácticamente paralizaron el egreso de divisas.

En octubre de 2011 el Banco Central de la República Argentina (BCRA) creó el "Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias"<sup>27</sup>, a través del cual se comenzaron a efectuar las solicitudes de compra de moneda extranjera supervisadas por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)<sup>28</sup>. Posteriormente, en marzo de 2012 el BCRA restringió el retiro de dinero desde el exterior con tarjetas de débito locales a aquellas personas con cuentas bancarias en moneda extranjera en bancos argentinos. Finalmente, en julio de 2012 se suspendió la venta de moneda extranjera con fines de atesoramiento<sup>29</sup>. De este modo, como resultado de las regulaciones cambiarias, las operaciones en el Mercado Único y Libre de Cambios (MULC) se redujeron notablemente, y la fuga de capitales pasó de 25 mil millones de dólares en 2011 a 600 millones durante 2012.

La apertura de la economía a los flujos de capitales exteriores descapitalizó a la economía argentina y profundizó la histórica restricción de divisas al desarrollo. A pesar de esto la ortodoxia económica sigue sosteniendo que un país como el nuestro requiere de la radicación de inversiones extranjeras para desarrollarse. Pero la experiencia de 2003-2014 es clara, con un producto bruto interno que se duplicó sin financiamiento externo y en base al ahorro interno.

La desnacionalización de la propiedad del aparato productivo argentino fue posibilitada por sucesivos gobiernos (principalmente la dictadura militar de 1976-83 y los dos mandatos presidenciales de Carlos Menem, 1989-1999) a través de políticas económicas que mediante innumerables medidas han ido construyendo un marco jurídico-institucional favorable al capital foráneo, en desmedro del capital nacional.

---

<sup>27</sup> BCRA, Comunicación "A" 5239.

<sup>28</sup> AFIP, Resolución General 3210/11

<sup>29</sup> BCRA, Comunicación "A" 5318.

El gobierno de la última dictadura militar, bajo la conducción económica de Martínez de Hoz, reemplazó la Ley de Radicaciones Extranjeras (Ley 20.557) por el Decreto Ley 21.382 del año 1977. Esta norma (aún vigente) restringe al mínimo las áreas vedadas a las inversiones extranjeras; prohíbe un tratamiento preferencial al capital nacional en relación a los capitales extranjeros; permite transferir utilidades, dividendos e, incluso el capital, en cualquier momento y casi sin restricciones; abre el acceso al crédito interno; y consagra una ficticia independencia jurídica entre la casa matriz y su sucursal en nuestro país.

La Ley 20.557 de 1973 establecía que las inversiones debían instrumentarse mediante contratos de radicación, sujetos a la aprobación, según los casos, del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo. La norma establecía requisitos relacionados con el desarrollo de zonas geográficas específicas, la mejor utilización de los recursos naturales y humanos, la mejora de las condiciones de vida de la población, y ponía límites a la contaminación ambiental.<sup>30</sup> La repatriación del capital no podía efectuarse antes de transcurridos cinco años desde la aprobación del contrato de radicación, ni podía realizarse por montos superiores al 20 por ciento anual, también se fijaron porcentajes máximos para la remisión de utilidades.

La norma de 1973 procuraba asegurar la viabilidad económica de largo plazo de las inversiones extranjeras, estableciendo que toda inversión extranjera debía generar el monto de divisas<sup>31</sup> necesarias para financiar la remisión de utilidades y amortizaciones del capital: *“Que los bienes o servicios a producir posibiliten una sustitución de importaciones o sean objeto de exportaciones a través de un compromiso expreso, debiendo dejar un beneficio neto para el país en cuanto al balance de divisas de la radicación, computándose para su cálculo de probables egresos o repatriación de capital, utilidades, amortizaciones, intereses, regalías, importaciones –incluso las indirectas a través de los insumos– y otros egresos”*.<sup>32</sup>

La Ley de Radicaciones Extranjeras de 1973 también contenía una serie de restricciones referidas a niveles y razones para la remisión de utilidades al exterior, áreas que por cuestiones estratégicas no eran admisibles para el ingreso de capitales externos (de seguridad nacional, alimentaria, recursos naturales, entre otras), impedimentos para fondearse en el mercado de crédito local para evitar la absorción del capital nacional por el

---

<sup>30</sup> Ley 20.577, Artículo 5, puntos a-d.

<sup>31</sup> Ya se sustituyendo importaciones o generando nuevas exportaciones.

<sup>32</sup> Ley 20.577, Artículo 5, punto e.

extranjero, y el fomento del desarrollo tecnológico en el país, a través de la obligación de contratar técnicos locales.

Como resultado de la eliminación de las regulaciones de la Ley 20.577, junto con otras medidas, el gobierno militar desarticuló el proceso de sustitución de importaciones. Una vez recuperada la democracia, los constantes desequilibrios macroeconómicos durante el gobierno de Raúl Alfonsín (1984-1989), la carga de la deuda externa, y la persistencia de una tasa inflacionaria de tres dígitos, generaban un clima de incertidumbre acerca de la marcha de la economía muy poco atractivo para las inversiones extranjeras.

Pero en el contexto de las ideas reinantes del Consenso de Washington, la administración del presidente Menem redefinió el papel del Estado en relación a la actividad económica, impulsando fuertemente la actividad privada en diferentes ámbitos antes regulados por el Estado<sup>33</sup>. En este marco en 1993, a través del Decreto 1853/93, el Poder Ejecutivo aprobó el texto reordenado del Decreto Ley 21.382. Esta nueva norma no sólo ratificó el decreto de la dictadura, sino que la hizo aún más liberal. En su artículo 2º el nuevo decreto incluye que los inversores extranjeros podrán efectuar inversiones en el país sin necesidad de aprobación previa, y en su artículo 5º establece que el derecho de los inversores de repatriar su inversión y enviar al exterior las utilidades líquidas y realizadas podrá ser ejercido en cualquier momento.

Se fijó una amplia libertad para el movimiento de capitales, sin limitaciones para la remisión de dividendos (a los que se exceptuó del pago de impuestos), ni para acceder a programas de financiamiento público o privado. Los inversores extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones que las leyes otorgan a los inversores nacionales; pueden transferir al exterior las ganancias y repatriar su inversión; y hacer uso del crédito interno con los mismos derechos y en las mismas condiciones que las empresas locales de capital nacional.

Las mayores concesiones otorgadas por la legislación nacional al capital extranjero no fueron consideradas suficientes para brindar la “seguridad jurídica” que asegurara el necesario ingreso de divisas para sostener el plan de convertibilidad. Fue así que se resolvió comprometer internacionalmente al país mediante la firma de numerosos acuerdos bilaterales de inversión y la adhesión al convenio del CIADI, prorrogando la jurisdicción en favor de tribunales extranjeros.

---

<sup>33</sup> Mediante las leyes 23.696 (Reforma del Estado) y 23.697 (Emergencia Económica) de 1989 y sus decretos reglamentarios.

De acuerdo a las reformas introducidas en la década de 1990, el Estado debía transformarse en un facilitador de los negocios del sector privado, regulando ocasionalmente las “fallas del mercado” y ocupando el lugar de éste en la prestación de actividades no rentables. Al mismo tiempo se apoyaba la internacionalización de las economías de la región, que debían abrir sus fronteras al capital, procurando ser atractivas para la inversión extranjera.<sup>34</sup>

En un contexto internacional de fuerte movilización del capital financiero y productivo en búsqueda de altas rentabilidades e integración productiva de sus unidades de negocios a nivel mundial, la firma de TBIs fue el eje central de la política exterior argentina en materia de inversiones durante la década de 1990. La cantidad de acuerdos suscriptos se incrementó al ritmo del crecimiento de la inversión extranjera.

La firma de los TBIs era justificada a partir de la necesidad de alentar las inversiones extranjeras, para protegerlas frente a los riesgos derivados de la privación de justicia por parte de los Estados nacionales, a partir de la inestabilidad política e institucional de los países en desarrollo.<sup>35</sup>

Así, a comienzos de la década del noventa, al mismo tiempo que abría sus mercados a las inversiones extranjeras, Argentina iniciaba un rápido proceso de firma y ratificación de TBIs. El primer paso fue dado en el año 1991, mediante la firma del convenio del CIADI.<sup>36</sup> A partir de entonces el gobierno firmó múltiples instrumentos internacionales, alcanzando un total de 58 TBIs, que a partir de 1992 fueron sucesivamente ratificados por el Congreso Nacional. En los primeros cuatro años de su ratificación, entraron en vigencia casi el 60 por ciento del total de acuerdos firmados.

Es importante notar que en el primer año de la ratificación de los tratados, casi su totalidad estaba relacionada con países de la OCDE.<sup>37</sup> Estos acuerdos fueron ratificados entre 1992 y 1995, años que coinciden con el traspaso a manos privadas de las empresas estatales más grandes (gas, electricidad, petróleo y provisión de agua potable y

---

<sup>34</sup> Desde esta concepción la extranjerización de las empresas y de la economía serían indicadores del mejoramiento de las economías y sociedades latinoamericanas, puesto que el incremento de los beneficios de las empresas y de las élites prósperas redundaría en un derrame de los beneficios hacia los sectores más postergados, lo que nunca ocurrió.

<sup>35</sup> Javier Díez-Ochleitner. *La eficacia de los tratados bilaterales para la inversión extranjera*, Real Instituto Elcano. Madrid, 2004.

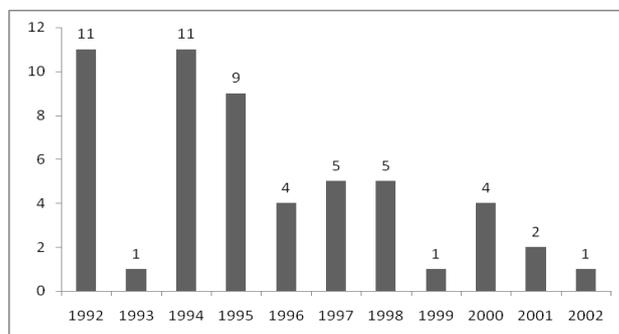
<sup>36</sup> Cabe destacar que si bien la Argentina firmó el Convenio del CIADI en 1991, éste entró en vigencia el 28 de julio de 1994, cuando el Congreso Nacional lo ratificó mediante la promulgación de la Ley N° 24.353.

<sup>37</sup> De un total de 11 tratados, 10 correspondían a países de la OCDE, con la excepción de Chile que también contó con capitales que participaron del proceso privatizador argentino.

saneamiento). En este proceso, la presencia de las empresas extranjeras fue muy importante.

**Gráfico N° 4:**

**Número de TBIs ratificados por año por la legislación argentina (1992-2002)**



*Fuente: Elaboración propia en base a datos del Congreso de la Nación Argentina.*

Es sumamente probable que la presión para la firma de TBIs se debiera en gran parte a las propias insuficiencias legales del proceso privatizador<sup>38</sup>. En un contexto donde algunas privatizaciones autorizaron la indexación de tarifas, mecanismo prohibido por la ley de convertibilidad, podría pensarse que la firma de los tratados constituyó un reaseguro jurídico para inversiones sumamente lucrativas que ya tenían incluido el riesgo país en sus estimaciones de rentabilidad.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Excepto en el caso del gas y la electricidad las demás privatizaciones no tuvieron marcos establecidos por ley.

<sup>39</sup> Alejandro Peyrou. *Argentina: los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones (TBI) y el CIADI*, Mimeo, Buenos Aires. 2005.

**Cuadro N° 1:**

**Argentina. Principales privatizaciones**

Empresa	Fecha de venta	Comprador	Origen
Central Puerto	Abr-92	Chilgener, Chilectra	Chile
Central costanera	May-92	Endesa Chile, Enersis	Chile
Edenor	Ago-92	Astra, Electrite de France Endesa España	Argentina Francia España
Edesur	Ago-92	Pérez Companc Enersis Chilectra Endesa Chile Grupo Psi	Argentina Chile Chile Chile EEUU
Telecom	Nov-90	Telecom Italia Telecom France JP Morgan Chase Bank Pérez Companc	Italia Francia EEUU Argentina
Telefónica	33178	Citicorp Telefónica de España Pérez Companc	EEUU España Argentina
Aerolíneas	Nov-90	Iberia Amadeo Riva Banesto Banco Hispanoamericano	España España España España
Aceros Zapla	Abr-92	Citicorp Pensa Sima	EEUU Argentina Francia
El Chocón	Ago-93	Hidroelectricidad CMS	Chile EEUU
Piedra del Aguila	Dic-93	Duke Transaeta Hidroandes	EEUU Canadá Chile
Llao Llao	May-91	Citicorp Choise Cofica	EEUU EEUU Argentina

*Fuente: Peyrou (2005)*

Entre los países involucrados se destacan España, Italia, Francia, EEUU, Gran Bretaña y Alemania, es decir, los más importantes inversores externos en la Argentina. Se evidencia así una correlación positiva entre la presencia inversora de los países más desarrollados y la búsqueda de garantías para la inserción de sus empresas en el mercado local. En este sentido la firma indiscriminada de TBIs encuentra coherencia con la oleada de inversiones extranjeras en la Argentina vinculadas a la privatización de activos del Estado, y desde mediados de la década de 1990 con el proceso de adquisiciones de firmas de capital local por empresas extranjeras.

Si bien muchos países de la región vivieron un proceso de similares características, en ningún caso se verificó la cantidad y velocidad de acuerdos firmados por el gobierno argentino. Mientras que en el Mercosur el promedio de tratados firmados por país es de 31, en la Comunidad Andina es de 20. Por otro lado es posible observar importantes diferencias entre posiciones extremas caracterizadas por la experiencia argentina (con casi 60 tratados firmados, de los cuales más del 90% fueron ratificados) y las de Colombia y Brasil, con un número muchísimo menor de tratados celebrados y ratificados. En el caso de Brasil incluso ninguno de los TBIs firmados fue posteriormente ratificado por el congreso brasileño, como resultado de la resistencia de diversos grupos político-sociales (partidos, sindicatos, organizaciones empresarias) frente al intento de externalizar la jurisdicción legal y resignar este aspecto de la soberanía del estado nacional.<sup>40</sup>

Argentina es el país con más denuncias en el CIADI. Según la base de datos de este ámbito<sup>41</sup> son 18 las causas contra el Estado argentino que ya han concluido, mientras que actualmente subsisten otras 16 causas pendientes en ese centro del Banco Mundial. Si bien en muchas causas el monto de la demanda es desconocido, se estima que el total de las demandas contra el Estado argentino oscila los 20.000 millones de dólares.

En casi todos los casos las demandas contra el Estado argentino están relacionadas con las medidas que adoptó el gobierno para hacer frente a la crisis que estalló a finales de 2001. La Ley 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario, adoptada en 2002 y prorrogada hasta la actualidad, es el blanco preferido de casi todas las demandas en tribunales internacionales. Esta norma incluye un capítulo dedicado a los contratos públicos que deja sin efecto las cláusulas de ajuste de tarifas en dólares, las

---

<sup>40</sup> Es de destacar el hecho de que entre países desarrollados no existe la práctica de firmar tratados que incluyan la proroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales.

<sup>41</sup> Consultado el 17/09/2014 en <http://icsid.worldbank.org/>

basadas en el índice de precios estadounidense y en cualquier otro mecanismo indexatorio; pesifica las tarifas, y autoriza al gobierno a renegociar los contratos.

El eje central de la estrategia legal de defensa del gobierno argentino consiste en invocar el “estado de necesidad”<sup>42</sup>. Esta cláusula figura en varios TBI firmados por Argentina. Ella limita la aplicabilidad de la protección del inversor en circunstancias excepcionales y permite tomar medidas que en circunstancias normales violarían el tratado, cuando se las considera necesarias para la protección de la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público o para responder a una emergencia sanitaria.

En las demandas presentadas por empresas concesionarias de servicios públicos y privatizaciones los alegatos hacen referencia a la pesificación de las tarifas. En nueve de ellos las demandas refieren al congelamiento de las tarifas, siete casos tienen como una de las causas la imposición de retenciones a la exportación (empresas hidrocarburíferas y gasíferas); en cinco demandas aparece como uno de los motivos la suspensión del ajuste de las tarifas según el índice de precios de los Estados Unidos; mientras que en dos de los casos se alega la rescisión total del contrato de concesión de servicio público.

La defensa del gobierno argentino sostiene que la situación de emergencia económica producto de la crisis socioeconómica desatada a fines del año 2001 se ajusta plenamente a la cláusula de “estado de necesidad”, razón por la cual el Estado argentino no puede ser imputado de ninguna responsabilidad por las medidas adoptadas para afrontar la crisis. Sin embargo los laudos contrarios a nuestro país dejan en claro que la interpretación de los árbitros del CIADI rechaza la argumentación de la Argentina.

La Procuración del Tesoro de Argentina sostiene que, según su interpretación del Convenio del CIADI, el inversor externo debe pedir la ejecución del laudo del CIADI ante el tribunal competente<sup>43</sup>, razón por la cual hasta octubre de 2013 el Estado argentino no había abonado ninguna indemnización<sup>44</sup>. Pero la dilación del pago no evita que a medida

---

<sup>42</sup> Esta cláusula figura en todos los TBI firmados por Estados Unidos, incluso en los precursores acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación. La misma cláusula también aparece en el primer TBI suscrito en 1959 por Alemania y Pakistán.

<sup>43</sup> En este caso el tribunal competente sería la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Buenos Aires.

<sup>44</sup> En octubre de 2013 el gobierno argentino llegó a un acuerdo con cinco empresas que contaban con laudos a su favor en el CIADI. Se trata de Blue Ridge (titular del reclamo de CMS Gas), CC-WB (titular del reclamo de Continental Casualty Co.), Vivendi (Aguas del Aconquija), Azurix Corp, y NG-UN Holdings (tenedora del litigio de National Grid). En cuatro de los casos se trata de grupos que compraron juicios ganados por las empresas que, debido a su dificultad de cobro, los vendieron a un valor menor. El acuerdo alcanzado supuso una quita del 25% respecto del monto originalmente reclamado, y el pago se realizó mediante la entrega de una combinación de bonos Bonar X para el capital y Boden 15 para los intereses.

que concluyen los arbitrajes se acumulen condenas, y, además, a la hora de pagar, al monto de las indemnizaciones se agregan los costos procesales y de defensa<sup>45</sup>.

Las demandas ante tribunales internacionales no son más que un eslabón de una larga cadena de dispositivos destinados a presionar al Estado argentino para mejorar las condiciones para los negocios de las grandes corporaciones transnacionales que operan en nuestro país. Prueba de ello son los resultados de las gestiones del gobierno argentino con los España y Francia, mediante las que se ha conseguido que empresas de esos países retiren al menos diez demandas del CIADI, a cambio de mejores condiciones en las renegociaciones de contratos de concesión de servicios públicos privatizados.

## **Conclusiones**

A más de quince años de la firma de los primeros TBIs y de la adhesión al CIADI, es posible realizar una evaluación pública de los resultados económicos y jurídicos de estos acuerdos.

El principal argumento esgrimido por los defensores de estos instrumentos jurídicos es el efecto positivo en la captación de inversiones. Sin embargo la evidencia empírica no apoya esta tesis, ya que las economías que reciben más inversiones (Estados Unidos<sup>46</sup>, China y Brasil) no suscribieron tratados con prórroga de jurisdicción. Incluso la Constitución de Brasil lo prohíbe expresamente y esto no ha impedido que Brasil sea el país de la región que capta las mayores inversiones. En el mismo sentido apuntan diversos trabajos que analizan las vinculaciones las ventajas de tipo jurídico y las inversiones. Un estudio econométrico realizado por la UNCTAD<sup>47</sup> para determinar el efecto de los TBIs sobre los flujos de inversión no encontró ninguna relación causal, mostrando que ellos sólo presentan una débil influencia, mientras que Hallward-Driemeier<sup>48</sup> analiza los flujos de IED provenientes de los países desarrollados, descartando que una mayor protección pueda convertirse en un inductor válido para atraer inversión adicional. Al mismo resultado arriba Sullivan<sup>49</sup> al analizar la influencia de los TBIs al momento de definir las IED

---

<sup>45</sup> En 2003 el gobierno argentino se vio obligado a crear un organismo encargado de su defensa ante las demandas en los tribunales internacionales, éste es la *Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral*, presidida por el titular de la Procuración del Tesoro de la Nación, que es la asesoría jurídica de más alto rango del Presidente y representa al Estado en ciertos litigios.

<sup>46</sup> Por otro lado el 80% de la IED de Estados Unidos se dirige a tres países (México, China y Brasil), con los cuáles no tiene firmado ningún acuerdo especial en la materia (a excepción del TLCAN con México)

<sup>47</sup> UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. United Nations. New York. 1998.

<sup>48</sup> Mary Hallward-Driemeier. *Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit...and they could bite*. World Bank. New York. 2003

<sup>49</sup> Nicholas Sullivan. *Bilateral Investment Treaties as a determinant of U.S. foreign direct investment in developing countries*. Money Matters Institute. Boston. 2003.

estadounidenses. Es decir que la vinculación entre la firma de TBIs y el incremento de los flujos de IED es un mito falso.

Sin embargo el efecto de los TBIs sobre las posibilidades de desarrollo de la economía argentina dista de ser nulo. La vigencia de este marco institucional reduce de manera significativa el margen de maniobra del Estado argentino para implementar políticas activas de regulación y desarrollo de la actividad económica. Con la legislación vigente el Estado no está en condiciones de exigir que la cúpula empresarial cumpla con metas de reinversión de utilidades, de creación de puestos de trabajo, de compra a proveedores locales o de generación de un saldo positivo de divisas.

Por otro lado, tal como la han señalado diversos especialistas, la adhesión de Argentina al convenio del CIADI no sólo es nula<sup>50</sup>, sino que la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales del CIADI resulta inconstitucional. Al respecto el ex Procurador del Tesoro de la Nación Horacio Rosatti, sostiene: *“Si en virtud de la aplicación de un tratado internacional pudiera evitarse el control de constitucionalidad local, queda consagrada la posibilidad de modificar la Constitución Nacional por medio de leyes, violentándose el procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 30 y, a la vez, quedaría subvertida la pirámide jurídica nacional desde el momento en que el tratado supra-legal pero infra-constitucional prevalecería sobre la Constitución, violentándose el orden jerárquico establecido en el Constitución Nacional (...) No es aceptable que Argentina pueda ceder de modo anticipado (a través de una ley que aprueba un TBI) y definitivamente (por medio de otra ley que aprueba un mecanismo de arbitraje internacional como el CIADI) su potestad de efectuar el control judicial de constitucionalidad en sus tribunales de los tratados de comercio ni de los conflictos que suscite su aplicación”*.<sup>51</sup>

La recuperación de la doctrina Calvo permitiría que las actividades de las empresas multinacionales se encuentren bajo el control democrático en base a la primacía

---

<sup>50</sup> La adhesión de Argentina al CIADI fue publicada en el Boletín Oficial del 2 de septiembre de 1994. Pocos días antes, el 24 de agosto de 1994, entraba en vigencia la nueva Constitución Nacional, cuyo artículo 75 inciso 24 especifica que es el Congreso quien debe "aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales". Para tal fin establece un procedimiento especial cuando se trata de Estados extranjeros no latinoamericanos: la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara deberá declarar la conveniencia de la aprobación del tratado, y después de 120 días podrá ser aprobado por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Como ese acto nunca se efectuó, cualquier arbitraje del CIADI con respecto a Argentina es nulo. Alfredo Eric Calcagno y Eric Calcagno. "Renunciar soberanía es inconstitucional", en *Le Monde Diplomatique*, Edición Cono Sur, N° 72. Buenos Aires. 2005.

<sup>51</sup> Horacio Rosatti. "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino". *Revista La Ley*. Buenos Aires. 2003.

absoluta de los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo del conjunto de la población frente al beneficio empresarial.

La reversión del entramado jurídico resultante de negociaciones internacionales que no se corresponden con un modelo de desarrollo productivo autónomo aparece como uno de los pasos necesarios para pensar en revertir el alto grado de extranjerización de la economía argentina. Para esto también resulta necesario modificar el marco normativo interno que regula al capital extranjero, de manera que sea coherente con el modelo de desarrollo. La lógica de las normas vigentes (Decreto Ley 21.382/1976 y Decreto 1853/1993) atenta contra la producción nacional y se manifiesta en el nivel excesivo de apertura hacia el capital extranjero, la imposibilidad de planificar la radicación del capital y la ausencia de restricciones a la remisión de utilidades y a la repatriación del capital invertido.

Existen ejemplos concretos en este sentido, tal como es el caso de los gobiernos de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Estos países han tomado las medidas necesarias para desentramar el marco jurídico contrario a sus intereses nacionales, mediante el abandono de los tribunales del CIADI, y la denuncia y/o renegociación de los TBIs firmados en décadas pasadas. Brasil, como se mencionó, no ha cedido su soberanía en materia de regulación de los capitales extranjeros.

De existir la decisión política para avanzar en tal sentido, la Argentina deberá buscar la estrategia más adecuada para minimizar los costos que posiblemente existan al desmantelar este perjudicial entramado jurídico vigente. La acción conjunta de los países de la región puede resultar menos gravosa y más eficaz que las acciones individuales que se puedan tomar en este sentido.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2005. Un mejor clima para la inversión en beneficio de todos. Panorama general*. Washington, D.C. 2005.

Alfredo Eric Calcagno y Eric Calcagno. “Renunciar soberanía es inconstitucional”, en *Le Monde Diplomatique*, Edición Cono Sur, N° 72. Buenos Aires. 2005.

Colegio de Abogados de Buenos Aires. “Demandas ante el CIADI. Aconsejan acatar los laudos”. Buenos Aires. 2005

Javier Diez-Ochleitmer. *La eficacia de los tratados bilaterales para la inversión extranjera*. Real Instituto Elcano. Madrid. 2004.

Susan Franck. "Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration". *North Carolina Law Review Vol 86*. Universidad de Carolina del Norte. North Carolina, 2007.

Mary Hallward-Driemeier. *Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit...and they could bite*. World Bank. New York. 2003

Edgardo Lander. "El Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI). El capital diseña una constitución universal", *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, N° 2-3, abril-septiembre 1998. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1998.

María Haydée Miguel. "Caso Cartellone: ¿es también una cálida manta para Calvo?". *Revista Jurídica de la Federación Interamericana de Abogados. Vol. 3*. Washington, D.C. 2005.

Michael Mortimore y Leonardo Stanley. "La Argentina y los tratados bilaterales de inversión: el costo de los compromisos internacionales", *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 46, No. 182 (Jul. - Sep., 2006). Instituto de Desarrollo Económico y Social. Buenos Aires. 2006.

Alejandro Peyrou. *Argentina: los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones (TBI) y el CIADI*, Mimeo, Buenos Aires. 2005.

Public Citizen. *Capítulo 11 del TLCAN y los Litigios de Inversores contra Estados. Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica*. Public Citizen's Global Trade Watch. 2005. Disponible en: [www.citizen.org](http://www.citizen.org)

Horacio Rosatti. "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino". *Revista La Ley*. Buenos Aires. 2003.

Nicholas Sullivan. *Bilateral Investment Treaties as a determinant of U.S. foreign direct investment in developing countries*. Money Matters Institute. Boston. 2003.

UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. United Nations. New York. 1998.

UNCTAD. *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. 2005. Disponible en: [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

Konrad von Moltke. *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*. International Institute for Sustainable Development. Winnipeg. 2000.

Vicente Yu y Fiona Marshall. *Investors' Obligations and Host State Policy Space*. 2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators. Marrakech, 2008. Disponible en: [www.iisd.org](http://www.iisd.org).

Patxi Zabalo. "Los Acuerdos Internacionales sobre Inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina" *Gestión en el Tercer Milenio*, Vol. 11, N° 22. UNMSM. Lima. 2008.