

3er. CONGRESO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE GAS Y ELECTRICIDAD

Santa Cruz de la Sierra – Bolivia – 22/24 de Abril de 2002

SEGURIDAD JURÍDICA. LA EXPERIENCIA ARGENTINA - JUDICIAL SAFETY. THE ARGENTINEAN EXPERIENCE

Julio César Crivelli

Julio César Crivelli Asesores Jurídicos

INDICE

LA FALTA DE SEGURIDAD JURIDICA EN ARGENTINA

- I) Una visión teórica: Seguridad Jurídica y Clima de Inversión.**
 - 1. Factores sociales**
 - 2. Factores políticos – jurídicos**
 - a) Consideraciones generales**
 - 2.1. La plena libertad**
 - 2.2. El Sistema Representativo y el principio de división de poderes**
 - 2.2.1. Consideraciones Generales**
 - 2.2.2. Cambios de Gobierno**
 - 3. Clima de Inversión y Seguridad Jurídica.**

II) Un caso particular de la Argentina: El problema planteado en torno a las cláusulas de ajuste de las tarifas de los servicios públicos privatizados en moneda extranjera (PPI o CPI)

- 1. La controversia planteada**
- 2. Cuestiones previas de carácter jurídico**
- 3. Convertibilidad y privatización: factores correlativos**
- 4. Esencia de la tarifa en dólares corregida por inflación, en el marco de los contratos de privatización.**
- 5. Conclusiones**

SEGURIDAD JURÍDICA. LA EXPERIENCIA ARGENTINA - JUDICIAL SAFETY. THE ARGENTINEAN EXPERIENCE

Julio César Crivelli

Julio César Crivelli Asesores Jurídicos

LA FALTA DE SEGURIDAD JURIDICA EN ARGENTINA

Nuestro enfoque se dirigirá al análisis de la seguridad jurídica y sus efectos en el clima de inversión.

La situación actual en la Argentina induce necesariamente a un urgente análisis de la cuestión, atento a los síntomas alarmantes que exhibe la inversión, en realidad, la desinversión, en el momento presente:

- Los argentinos tenemos más de la mitad de nuestro PBI ahorrado en el exterior, en cuentas sin declarar, ocultas al Estado argentino.
- Existe una masiva cantidad de jóvenes que desean emigrar y que están haciendo todo lo posible para conseguir ubicación en otras sociedades
- Hay una discontinuidad de los planes de inversión de las empresas, trazados en el pasado, y no existen nuevos planes de inversión.
- El valor de los activos cae permanentemente, nadie tiene confianza en que conservará su trabajo, y por más que los bancos se esfuercen en abaratar el crédito, el consumo se sigue contrayendo.
- Existe una desocupación muy superior al 15% sin que en la sociedad exista ninguna esperanza de que esto será revertido.
- Pese al bajísimo valor de los activos, y al bajo valor del trabajo, en las condiciones de desocupación existentes, los agentes económicos, extranjeros y locales, no consideran que exista una oportunidad favorable de inversión en la Argentina.

Existen muchos otros factores, que ponen de manifiesto que la economía de nuestra sociedad padece de graves problemas, referidos a su falta de aptitud y al poco interés que despierta en el momento de decidir inversiones.

Todos estos factores demuestran que la situación generada de desinversión, no se debe al comportamiento intrínseco, moral de cada uno de los actores señalados precedentemente.

En efecto, los ahorristas argentinos no ahorran en el exterior porque son inmorales, sino porque tienen miedo de perder el fruto de su trabajo.

Los jóvenes que desean irse no lo hacen por falta de sentimientos de pertenencia a la sociedad, sino muy a su pesar porque no encuentran como desarrollarse en la sociedad en que nacieron.

Y los empresarios nacionales y extranjeros que no realizan inversiones o que discontinúan programas de inversión que existían, lo hacen porque no tienen más remedio, porque nuestra sociedad tiene una grave falla que hostiliza y ataca a las inversiones grandes y pequeñas e impide entonces el crecimiento de la actividad económica.

El presente trabajo se relaciona con la búsqueda y análisis de una de las principales causas de este gravísimo problema, que está disolviendo nuestra trama social.

I. Una visión teórica: Seguridad Jurídica y Clima de Inversión.

En qué consiste el clima de inversión: El clima de inversión de una sociedad está configurado por las condiciones sociales, políticas y jurídicas que permiten generar hacia el futuro expectativas respecto de las inversiones. El clima de inversión es un clima de expectativas económicas, que se basa fundamental pero no exclusivamente en la seguridad jurídica.

1. Factores sociales

Los responsables de la generación de un clima de inversiones son el Gobierno y la Sociedad. En una sociedad insegura o violenta, con alto grado de delitos, como puede ser la sociedad colombiana en el presente, o la sociedad del sur de Italia en el pasado próximo, es difícil que se genere un clima de inversiones.

Francis Fukuyama en su libro “El fin de la historia”, incorpora una categoría metodológica llamada “Capital Social”.

Dicho “capital social” es en definitiva la disposición que tiene una sociedad para cumplir con las normas que supuestamente la rigen.

Cabe destacar que en estas sociedades dicha resistencia al cumplimiento de la ley en general, no depende de la ley en sí, ni de su ajuste a la realidad, ni de su justicia o arbitrariedad.

En realidad estas sociedades se han dividido desde muy antiguo, en subgrupos que no concilian entre sí. Lo que se ha quebrado es el pacto social y en realidad, en el extremo, como sucedía hasta hace poco en el sur de Italia, no puede decirse que haya una Sociedad, sino un conjunto de grupos que no tienen la necesaria cohesión para respetar un sistema ético o jurídico, sin interesar como sea este sistema.

En la obra citada, Fukuyama compara el desarrollo económico del norte y del sur de Italia, advirtiendo sus enormes diferencias, y atribuyéndolas a esta noción de “capital social”, presente en el norte de Italia y ausente en el sur. Dicha noción, es la que provoca que existiendo cohesión social y una razonable expectativa de cumplimiento de ley, por parte de los grupos sociales y los individuos, hayan existido en el norte de Italia grandes inversiones y masiva acumulación de capital.

En cambio en el sur, la ley es solo una pretensión, en realidad lo que existe es un conjunto de grupos de pertenencia (familias, mafias, etc.). Dentro de estos grupos de pertenencia, impera la Justicia y la Ley, dictadas por el propio grupo. Fuera de ellos, las leyes son meras pretensiones que nadie toma seriamente.

En tal situación social, es imposible la generación de una clima de inversiones, es imposible acometer grandes empresas que trasciendan la reducida dimensión de estos grupos sociales, sea por parte de actores externos a tales grupos o bien por los propios integrantes de la sociedad que en realidad no puede afrontar un esfuerzo cooperativo, porque está tabicada y dividida en grupos de adversarios.

Afortunadamente las condiciones sociales de Argentina no son las del sur de Italia ni las de Colombia. Existe una trama social que, con defectos y fracturas previsibles, colabora hacia una

meta común; y no es por falta de “capital social” por lo que no existe un verdadero clima de inversión en nuestro país, desde hace muchos años.

Nuestro análisis debe focalizarse entonces en la situación política y jurídica de nuestra sociedad, que es el verdadero factor que conspira contra la existencia de un clima de inversiones en nuestro país.

2. Factores político - jurídicos.

a) Consideraciones generales:

Hemos descartado sumariamente, los factores sociales de la Seguridad jurídica, como objeto de análisis, por resultar evidente que no reside allí la clave de nuestras preocupaciones.

Corresponde ingresar ahora en los factores políticos – jurídicos de la Seguridad jurídica.

Estos factores son:

- La plena Libertad.
- El Sistema Representativo y el principio de división de poderes.
- El principio de legalidad.

En realidad, estos factores son políticos si los miramos desde una perspectiva general, como observadores de la sociedad en conjunto.

Si los analizamos desde el punto de vista de los ciudadanos, estas mismas cuestiones son en realidad jurídicas, pues existe un derecho concreto a que sean de tal o cual manera.

Esos derechos concretos, están consagrados en la Constitución, por lo cual, estamos analizando derechos constitucionales, tanto derivados de la parte dogmática, como de la parte orgánica de la Constitución.

2.1. La plena libertad.

En un primer análisis, la existencia de un clima de inversión requiere una marco de libertad social, generado por decisiones jurídicas de la sociedad, de carácter constitucional.

En principio, no existe clima de inversión si no hay libertad religiosa; libertad política; libertad civil; libertad económica, es decir, si no existe libertad social plena.

La libertad religiosa es un presupuesto del clima de inversión desde el inicio de la Edad Moderna. El capital tendió a acumularse en las naciones que permitían la libertad de conciencia religiosa. Los condicionamientos religiosos en la actividad del Estado, los estados confesionales, de cualquier religión, no ha generado nunca un clima favorable de inversiones.

Aún hoy, el capital teme concentrarse en los estados fuertemente confesionales, como sucede con algunos países islámicos. Cuando se realizan inversiones en estos países, se realizan, bajo condición de excepcionalidad, en razón de especiales riquezas, tales como el petróleo, que originan complicados y riesgosos sistemas jurídicos para garantizar tales inversiones.

Pero la regla general es que la libertad religiosa es un presupuesto imprescindible de la inversión.

El capital no tiene ningún interés especial en la cuestión religiosa, pero desde el inicio de la Edad Moderna, la acumulación de Capital y la libertad de conciencia están necesariamente asociadas por circunstancias que varían a través de la historia.

No es necesario para esta Obra el análisis pormenorizado de las relaciones históricas. Nos basta con destacar que los estados confesionales siempre tienen restricciones canónicas a la libertad, que están por encima del Derecho y que son inaceptables para el capital.

La prohibición del préstamo de dinero a interés, estigmatizada por el Derecho Canónico, tanto católico como islámico, y permitido por la Reforma religiosa protestante, que inaugura la libertad de conciencia, es suficientemente expresiva de lo dicho.

Una sociedad con derecho confesional, restringe de tal modo la libertad, que impide la acumulación de capital por dos motivos:

- Porque existe un marco adicional de restricción, el religioso, que influye negativamente en las acciones posibles y,

- Porque todo sistema de libertad restringida implica inestabilidad potencial, para el momento en que se abandonen las reglas religiosas, lo cual confunde en un marco de imprevisibilidad a todo el sistema jurídico inherente.

Lo mismo sucede con la libertad política. Ya nadie invierte en un paraíso gobernado por un dictador. En general, el capital teme a la arbitrariedad que tarde o temprano llega cuando una sociedad carece de libertad política y es gobernada por cualquier otro sistema que no sea el sistema constitucional moderno.

También es imprescindible, para que exista un clima de inversión, la existencia plena de libertad civil y de derechos civiles que sean asegurados a todos los ciudadanos, sin discriminación. Las prohibiciones o restricciones al marco moderno de libertades, son factores hostiles a la acumulación de capital, puesto que generan, igual que las restricciones religiosas o políticas un clima de inestabilidad.

Durante muchos años, en Sudamérica, hemos intentado el experimento, desde luego fracasado, de generar un marco de libertad económica sin que existiera libertad política. Se trataba de generar un mercado, un ámbito económico libre, sobre la base de gobiernos militares. Creo que no existe peor contrasentido. La libertad económica no es una causa, sino una consecuencia. El despertar de la libertad como valor social, arranca en lo religioso y recorre el camino antes insinuado, por lo político y lo civil, para que finalmente, obtenido todo ese marco de libertad pueda nacer la libertad económica.

En nuestro país, a partir de 1930, hemos insistido una y otra vez, con este esquema, de creer que la libertad económica puede nacer de la nada, esto es en un marco de libertad política, religiosa y civil restringida.

Nos referimos aquí en especial a los gobiernos militares argentinos, en los cuales la libertad en general estaba restringida. En especial, los derechos políticos, pero muchas veces también existieron restricciones en los derechos civiles y también religiosos. Lo curioso es que simultáneamente se proclamaba la vuelta a la economía de mercado y a la libertad económica.

Por cierto, que eso no sucedió. La situación de la economía argentina aumentó consistentemente, durante los gobiernos militares "liberales".

El resultado fue que en tales condiciones, no aumentó la inversión ni local, ni extranjera.

La libertad, conceptualmente, es una y única. Pero su desarrollo histórico recorre normalmente las etapas que se han descripto anteriormente. El capital, local o extranjero, tiende a acumularse adonde la sociedad ha logrado en el curso de la historia aproximarse a la libertad plena.

Y esto es así, porque la falta de libertad en algunos de los grandes ámbitos mencionados, religioso, político, civil o económico, genera siempre inestabilidad. Las sociedades describen siempre una evolución desde la restricción hacia la libertad. Esta evolución necesariamente produce cambios. Cuando en algunos de los grandes campos de la actividad social, religiosa, política, civil o económica, la libertad se ha quedado “estancada” y existen restricciones pronunciadas de cualquier índole, este dique represivo tiende en algún momento a saltar violentamente, generando situaciones imprevisibles para todos y también para el capital. En definitiva, es la eterna búsqueda de estabilidad y previsibilidad por parte del capital, la que lo impele a exigir la plena libertad como marco previo y condicionante de su acumulación y establecimiento.

Solamente en un marco de libertad plena, tal como se concibe en el constitucionalismo moderno, se dan condiciones de estabilidad suficientes para que quienes gerencian el capital sientan garantía de estabilidad. Y esto porque en una sociedad con libertad plena, las “grandes batallas”, que implican grandes riesgos, ya han sido dadas.

2.2. Sistema representativo y principio de división de poderes.

2.2.1. Consideraciones generales

Para que exista propensión a la inversión de capital doméstico y extranjero es imprescindible la existencia de un sistema republicano- en sentido amplio- en vigencia. No interesa si se trata de una monarquía constitucional, de un sistema parlamentario o de un sistema presidencialista. Lo que interesa es que exista en vigencia plena el principio de división de poderes y la representatividad de mayorías y minorías.

Las sociedades con sistemas exóticos de gobierno, dictaduras de distintas clases, monarquías más o menos absolutas, monarquías o repúblicas confesionales, o cualquier otro ingenio de gobierno que no contenga el principio de representación popular y el principio de división de poderes no generan un clima de inversiones.

En estas sociedades la inversión y la acumulación de capital es en general marginal puesto que se trata de sociedades políticamente inestables, en las cuales se mantiene la cohesión mediante la represión ideológica.

En consecuencia, basadas en la represión, estas sociedades están en un verdadero equilibrio inestable, que puede terminar en cualquier momento y que se cierne como amenaza al capital. En general, estas sociedades cambian su gobierno por medio de transiciones más o menos violentas, que son un verdadero antídoto para que el capital se acumule. Las transiciones violentas, implican cambios repentinos de reglas de juego, inesperadas alteraciones de gran profundidad, grandes cambios sociales no evolutivos. Todas estas son situaciones que conspiran en contra de un clima de inversiones.

Cuando existen inversiones en estas sociedades más o menos autoritarias, las mismas se hacen al amparo de estatutos especiales, consistentes en tratados y/o concesiones, que garantizan al capital una estabilidad normativa que está más allá de la estabilidad natural del sistema. La realidad es que son pocos los que creen, que se pueda obtener una estabilidad normativa, que vaya más allá de la estabilidad que brinda naturalmente el sistema político. En consecuencia las inversiones en tal situación, son siempre marginales y escasas.

Lo concreto es que salvo casos excepcionales, como el petróleo árabe, o la minería de diamantes de Sudáfrica, a nadie le interesa arriesgarse a perderlo todo, en una sociedad gobernada por un dictador mandón y provinciano.

Esta fue durante años la situación de las naciones latinoamericanas, cuya consabida y permanente inestabilidad institucional, con fuerte tendencia a las dictaduras militares, o de otra índole impidió durante décadas el crecimiento económico, por falta de un clima generalizado de inversiones, que estimulara la creatividad y la acumulación de capital tanto doméstico como extranjero.

Y sigue siendo la situación de la mayoría de los países asiáticos y africanos, cuyos sistemas políticos, no se basan en la representación popular por más que lo pretendan, estando el poder normalmente concentrado en un individuo o grupo de individuos.

Latinoamérica en cambio, ha superado, desde hace aproximadamente dos décadas la crisis de los sistemas institucionales y puede afirmarse que el principio representativo y el de división de poderes están afianzadas en la región.

Para nada deseamos menoscabar la trascendencia de lo expuesto precedentemente, que ha sido una conquista que en la Argentina ha costado más de medio siglo.

Sin embargo, desde la asunción formal de estos principios, hasta su profunda materialización en la dinámica política, existe un camino a reconocer, que para nuestro país, ni siquiera ha comenzado.

A continuación analizaremos estos principios en la acción cotidiana de la política y veremos hasta que punto nuestra sociedad y nuestros políticos se han hecho carne de tales principios.

Veremos, si "funcionan" en la política cotidiana, o si lamentablemente han quedado como el título de una tarea que toda vía debe iniciarse, como meras formalidades.

La vigencia real de estos principios tiene una vinculación profunda con la estabilidad jurídica.

En efecto, la adopción formal de los principios republicanos, constituye un importante paso adelante en el sentido de la seguridad jurídica, ya que en la inestabilidad institucional y los gobiernos surgidos de golpes de estado, la seguridad jurídica es nula.

Pero también veremos que si la vigencia de estos principios republicanos no es real y profunda, los gobiernos, aunque legítimos por ser producto de una elección popular, no alcanzan a generar seguridad jurídica en la sociedad, como lamentablemente nos sucede en la Argentina.

El clima de inversión esta directamente relacionado a la cantidad de políticas de estado, a la cantidad de consensos que existan en una sociedad y en sus políticos. Si el número y sobretodo la profundidad de las políticas de estado es importante en una sociedad, se genera un formidable clima de estabilidad, una certeza profunda sobre el rumbo compartido por todos, una certeza de que las normas jurídicas representarán necesariamente tales políticas de estado y la certeza adicional de que estas normas serán de fácil cumplimiento para todos

Estas certezas sobre el futuro, sobre la dirección y el sentido del esfuerzo social generan en la sociedad una estabilidad inigualable. Se despiertan entonces esfuerzos creativos domésticos y

extranjeros que saben precisamente hacia dónde ir y que están dispuestos a hacer sacrificios durante largos plazos, en la seguridad de que estando en el rumbo adecuado serán finalmente rentables.

En cambio en las sociedades en las que todo entra en discusión, el clima de inversión no se genera. En realidad nadie sabe muy bien hacia dónde ir en el mediano y largo plazo; a veces la incertidumbre llega hasta el corto plazo. Sin la existencia de verdades compartidas por toda la sociedad, las propuestas de los políticos son contradictorias, polémicas, a veces diametralmente opuestas. Nada es comparable a esta incertidumbre. Nadie sabe qué es lo que está bien, qué es lo atinado; lo que conviene. Sólo subsisten los negocios de cortísimo plazo que se realizan instantáneamente. La única fórmula del capital para sobrevivir este grado de incertidumbre es el “hit and run”, esto es mantenerse permanentemente líquido, solamente invertir en activos de los cuales uno pueda desprenderse rápidamente, tomando la ganancia y volviendo a la liquidez inicial.

En esta condición las posibilidades de crecimiento económico, son nulas o casi nulas. Sin un esfuerzo continuado dirigido a la acumulación de capital y sin que el capital acumulado realice inversiones transformadoras y profundas, el crecimiento es casi imposible. Desde la revolución industrial en adelante, la evolución hace que el capital deba permanecer durante mucho tiempo para lograr los resultados sorprendentes que obtiene. En la economía del 2000, que ya es la economía del conocimiento, de la investigación científica y de la tecnología, el período de maduración de las inversiones se ha hecho aún más largo, con lo cual una sociedad sin políticas de estado carece absolutamente del soporte necesario para ingresar en esta nueva generación de la economía.

Pero cuadra destacar que sin políticas de estado tampoco es posible el desarrollo de una economía basada en los recursos naturales y la industria, como la economía tradicional.

De lo expuesto surge que cuanto más evolucionada es una sociedad existen mayor cantidad de acuerdos, más anchos y más profundos, respecto de las cuestiones básicas que hacen al comportamiento social y a la economía. En cambio, en las sociedades menos evolucionadas las discusiones son mucho mayores porque no existen los acuerdos mencionados. En estas sociedades todo está sujeto a discusión y los acuerdos son verdaderamente escasos.

2.2.2. Cambios de gobierno

Existe otra cuestión, totalmente dinámica, de carácter político, íntimamente relacionado con la falta de políticas de estado, con la falta de consensos básicos. Se trata de la actitud de los gobiernos entrantes, respecto de la gestión de gobierno inmediatamente anterior.

Es esta una cuestión de enorme trascendencia, puesto que se relaciona con la estabilidad de la gestión y la estabilidad de los objetivos en el tiempo.

Existen sociedades muy evolucionadas en las que el cambio de gobierno significa solamente cambios de orientación en políticas que son comunes a toda la sociedad. Se produce así una continuidad administrativa de la mayor importancia puesto que se trata de un nuevo “ motor de certezas” que irradia su efecto estabilizador en toda la sociedad.

Los agentes económicos en esta situación, saben que las reglas de juego seguirán siendo las mismas y que los cambios serán de estilo administrativo o de orientación. Si aparece un objetivo nuevo, las reglas en general serán consensuadas sobre bases técnicas, que no admiten dobles verdades.

En suma, el cambio de gobierno en estas sociedades no representa un dato traumático ni genera incertidumbre alguna. Los negocios pueden programarse a largo plazo, con total indiferencia respecto a los cambios de gobierno, puesto que todos saben que con leves diferencias de estilo, las reglas de juego, serán mantenidas.

En sociedades más primitivas, aunque esté vigente el principio representativo y la división de poderes, el cambio de gobierno suele ser más traumático y representa a veces, cambios diametrales, alteraciones fundamentales en las políticas básicas que hacen a la contextura de la sociedad misma.

Es evidente que en un ámbito en el cual todo puede cambiar porque el gobierno cambió, no hay estabilidad posible, no hay reglas de juego. En el ejemplo, todo lo que estaba bien durante la presidencia de Frondizi, pasó a estar mal durante la presidencia de Illia. No se trata de cambios de estilo más o menos profundos, ni de cambios administrativos. Se trata de alteraciones en la base de la política y de la economía, de movimientos violentos, de terremotos que desconsideradamente arrasan el esfuerzo acumulado por los particulares, como si este de ningún valor fuese, frente a la mera ideología de los que mandan.

En tal situación, la acumulación de capital es imposible. Quienes denodadamente invirtieron su esfuerzo, su creatividad y su capital, al amparo de reglas de juego proclamadas como estables,

sufrieron la pérdida de toda su apuesta, a manos de un cambio de gobierno, que pensaba todo lo contrario al anterior. Más allá de las connotaciones jurídicas de esta cuestión, en términos de derechos y obligaciones, lo que interesa señalar es la pérdida de confianza, de creencia en la seriedad del Estado argentino (y de los argentinos porque el Estado no es sino su representante).

El ejemplo que hemos puesto, se ha repetido en todos los cambios de gobierno en nuestro país, que han configurado alteraciones profundísimas, de carácter político, social y económico.

Muchas veces un simple cambio del gabinete de ministros, o de algún ministro del mismo gobierno, ha sido suficiente para generar comportamientos absolutamente diferenciados de los anteriores.

3. Clima de inversión y seguridad jurídica.

Hasta aquí hemos realizado una descripción de los factores político-constitucionales y de la dinámica política que es necesaria para producir un ambiente previsible del derecho que tenga como consecuencia la seguridad jurídica, la acumulación de capital y el crecimiento. Toda esta descripción, ha sido necesariamente previa y externa al proceso en sí.

Ahora, trataremos de describir cómo es, desde adentro, ese ambiente de seguridad que lleva necesariamente al clima de inversiones.

- 1) Un sistema uniforme: En primer término interesa señalar que la seguridad jurídica que produce la generalizada propensión a las inversiones, es un sistema uniforme para toda la sociedad. Un verdadero clima de inversiones no se genera por estatutos especiales o leyes prebendarias o concesiones, referidas a personas determinadas o inversiones específicas.

Estos instrumentos son propios de sociedades primitivas, casi feudales, en las cuales no existe un verdadero ambiente generalizado para las inversiones, pretendiéndose la creación de microclimas especiales para determinadas situaciones en que el capital es necesario.

Nuestro país, en su permanente "Estado de Emergencia" que excluye al Estado de la Ley, y le permite apropiarse del patrimonio de los inversores particulares, se ha ido convirtiendo, lamentablemente –sin la riqueza petrolera–, en una sociedad casi feudal, adonde el capital privado existe, pero sólo al amparo de Tratados de Protección de las Inversiones firmados con extranjeros.

Los argentinos, estamos todos sometidos a la voracidad sin límites de nuestro Estado.

Más allá del éxito que se pueda tener con este tipo de políticas para convocar inversiones en áreas determinadas, como sucede en los países árabes con el petróleo, esta situación nada tiene que ver con el ambiente generalizado de inversión que se propicia.

Este último es un estado de ánimo entusiasta de toda la sociedad, que atraviesa todas sus capas y que se funda en la conciencia de que sus esfuerzos acumulados en términos de capital, pequeños o cuantiosos, están razonablemente protegidos y razonablemente generarán la renta esperada. No se circunscribe esta situación ni a personas determinadas ni a actividades determinadas, ni requiere leyes especiales de ninguna índole. Es simplemente el devenir normal del Derecho el que genera estas expectativas.

- 2) Las políticas de estado y la cultura técnica: Para que esta situación se produzca, se requiere previo a todo cierta estabilidad en la política. La estabilidad política tiene que ver con la cultura política y esta última con la capacidad de los políticos de apreciar la realidad tal cual es y de ver con claridad los límites que la realidad le impone a las discusiones.

Cuanto mayor sea la cultura política y técnica de la clase política, será mayor su compromiso y mejor su apreciación de la realidad. En el marco de una conciencia clara de las realidades de todo orden, la improvisación se reduce enormemente y aumenta la convergencia en las ideas del partido del gobierno y del partido de la oposición, configurando políticas de estado.

Esta convergencia no puede obtenerse por imposición o por decreto. Se requiere para arribar a ella un profundo conocimiento de la realidad, una "cultura técnica" que marque los límites de lo que es discutible.

- 3) Acción política y opinión pública: Pero, en realidad, esto no es una responsabilidad exclusiva de los políticos sino de todos los sectores sociales, que son quienes en definitiva admiten o no, en términos de opinión pública y en última instancia de elección, el rango de lo que es discutible. Pues de esto se trata, de determinar qué es lo discutible dentro de un marco de objetividad y verdades técnicas y qué es lo sencillamente perjudicial, en términos de discusión. Al momento de escribir este libro, en el Congreso de la Nación se ha formado una comisión bicameral, con la denominación "Jubileo 2000", cuyo objetivo es la discusión de la deuda externa. Esto sería

cómico si no fuera sencillamente trágico. La discusión de la deuda externa es una cuestión absolutamente inadmisibile en un país occidental y moderno. Lo único que se puede hacer con la deuda externa es pagarla y cuanto antes mejor.

La necesidad de una discusión de estas características contribuye al aumento del riesgo-país y al incremento de la tasa de interés para los préstamos hacia Argentina, a generar un sentimiento de legítima inseguridad jurídica en aquellos que nos han prestado porque les hemos pedido.

El aumento de la tasa de interés para préstamos externos repercute también en las tasas domésticas, las cuales también tienden a subir. En un momento difícilísimo de nuestro país, en que se requiere empleo y para ello inversiones y crédito, resulta indignante que en forma irresponsable, y con el mero objetivo de “hacer política” se constituya una comisión bicameral cuyo único efecto es el de desprestigiar al país, asustar a los inversores y disminuir el poco empleo existente.

El ejemplo precedente pone en evidencia el daño enorme que provoca una irresponsable discusión sobre lo que no puede discutirse. Sin embargo, la reacción de la opinión pública ha sido tenue frente a este disparate, que tiene efectos reales negativos sobre el empleo.

Una reacción enérgica y durísima contra la irresponsabilidad de los legisladores hubiese sido un acto de educación, una rectificación de rumbo, un límite que la sociedad debió imponer oportunamente.

- 4) El poder sujeto a la Ley: Si se logra que el rango de lo que se discute coincida aproximadamente con lo que es discutible en el marco real y en el marco técnico, el sistema político, que es un presupuesto de la juridicidad real, crece en términos de previsibilidad.

El rango de las discusiones políticas tiene que ver con una concepción más o menos absolutista de la política y del poder. En las sociedades modernas, la política está lejos de ser absolutista y asume como presupuestos los datos de la realidad y del Derecho. En una sociedad evolucionada no se puede “hacer política” más allá de la realidad, o más allá de lo que las reglas del juego indican. Todo lo contrario, en la mayoría de los casos, la discusión política se ciñe a los presupuestos reales y jurídicos existentes, circunscribiendo su rango al marco que ellos le permiten.

A la luz del Derecho Internacional vigente, de la interdependencia del comercio y del derecho de propiedad consagrado por el constitucionalismo moderno, en una sociedad evolucionada a nadie se le ocurriría discutir si es posible dejar de pagar una parte de la deuda externa o la deuda interna. La concepción del poder, lejos de ser absolutista, es relativa y concibe que el poder debe ejercerse dentro de los límites que imponen las realidades económicas y técnicas y, por sobre todas las cosas, dentro de los límites del Derecho.

Si el poder está sujeto al Derecho, casi todo es previsible. Como decía Aristóteles, “los griegos son más libres que los bárbaros porque los bárbaros están sujetos a la voluntad del soberano mientras que los griegos están sujetos a la voluntad de la Ley”. La Ley es previsible mientras que el soberano no es previsible. Son las mismas realidades desde hace más de 2.000 años. El esfuerzo, la esperanza, la imaginación y la creatividad que se requieren para acumular capital, se producen en un ambiente estable, en el cual todos saben, con cierta aproximación razonable, cuáles son las consecuencias que cada hecho tiene. Esto solo puede determinarlo la Ley y nunca en voluntad de los políticos.

- 5) El Cambio de Gobierno como sucesión previsible: Estando el poder sujeto al Derecho y sujeto a una apreciación técnica de la realidad, se estrechan esos límites de apreciación y nace con facilidad la convergencia respecto de las ideas básicas entre los distintos partidos políticos. Las discusiones se vuelven meramente instrumentales, pero los objetivos son compartidos. Esto provoca certeza en los agentes económicos, que saben qué es lo que todos quieren y qué es lo que seguramente va a suceder. En esta situación en la sociedad, las transiciones de poder se vuelven mucho menos traumáticas. El cambio de manos del poder no provoca revanchas ni persecuciones, contra quienes han colaborado con los gobiernos anteriores. En nuestro país muchas veces un mero cambio de gabinete dentro del mismo gobierno implica alteraciones fundamentales en la política y lo que es más importante, una actitud de sanción, de castigo, de reproche hacia las políticas anteriores y hacia quienes les ha tocado colaborar con ellos. En cambio, en las sociedades donde existe convergencia de objetivos, el principio de continuidad jurídica del Estado surge como consecuencia natural de la continuidad en los objetivos.
- 6) El Poder Judicial, la Seguridad jurídica y la corrupción. La actuación del Poder Judicial es fundamental para generar Seguridad jurídica. Una actividad eficaz y certera del Poder Judicial, asegura que la infracción del orden jurídico es reparada rápida e integralmente y que, si es posible, si se está a tiempo, la actividad judicial previene e impide a la actividad ilícita.

El funcionamiento eficiente del Poder Judicial es la defensa más importante que puede erigir una sociedad contra la venalidad de los funcionarios y la corrupción. Si todos saben que la infracción de su derecho será reparada por los jueces o aún impedida, cuando está en ciernes, por una justicia eficaz y accesible, todos acuden a los tribunales y nadie busca medios alternativos y corruptos.

Siempre será poco lo que se diga sobre esta cuestión tan importante. La corrupción nace siempre al amparo de la injusticia y de la falta de esperanza en la Justicia. La corrupción, dejando de lado importantísimos aspectos morales, no es más que la búsqueda de la Justicia por mano propia. En general, los estados con un Derecho Administrativo totalitario, que se protegen con innumerables barreras de la demanda de los particulares y hacen poco menos que imposible los litigios en su contra, generan en los empleados públicos el “negocio de hacer justicia” consistente en cobrar dinero por reconocer el derecho de alguien que es obvio que tiene derecho. En una sociedad en la que impera la seguridad jurídica la corrupción es muy baja, y esto constituye un factor reanimador y estimulante para la acumulación del capital. Las sociedades con fuerte corrupción, salvo rarísimas excepciones, en general no despiertan el interés de la inversión interna ni externa. Nadie apuesta su esfuerzo y su capital a un sistema corrupto y por naturaleza imprevisible, en el cual no se tiene la certeza de la reparación al derecho infringido. En consecuencia, constituye un presupuesto básico de la seguridad jurídica y del estímulo de la inversión, el funcionamiento eficiente del Poder Judicial y el sometimiento sin privilegios ni escollos procesales del Estado a la Justicia. Solamente así se obtienen dos finalidades importantísimas y correlativas: evitar la corrupción y aumentar la previsibilidad.

- 7) La Seguridad jurídica: un motivo del cambio social. En las sociedades antiguas, la seguridad jurídica se obtenía mediante el inmovilismo del Derecho. Solón, cuando dio su constitución a los atenienses, prohibió su modificación durante cien años, con el objeto de asegurar un sistema estable.

En el mundo moderno, esto es totalmente diferente. Las sociedades que más seguridad jurídica tienen son, paradójicamente, las que experimentan mayor cambio espiritual, científico, técnico, económico y social. Probablemente la sociedad que más rápidamente y más vertiginosamente cambia en el mundo sea la sociedad norteamericana y sin embargo la sociedad norteamericana es un paradigma de seguridad jurídica.

La sociedad norteamericana nos ha demostrado que si todos los agente Sociales y económicos están seguros jurídicamente frente al cambio social, éste se desenvuelve con mucho mayor facilidad. Todo cambio produce "perdedores": la cuestión es tener un sistema jurídico que repare lo mejor, lo más rápido posible tales pérdidas. Si esto se logra, en plenitud suficiente, los agentes resistentes al cambio tienden a disminuir y las posibilidades de evolución en todos los órdenes aumentan geométricamente. A la inversa en las sociedades injustas e imprevisibles en las cuales los perdedores no obtienen reparación de ninguna índole, la resistencia al cambio es enorme. Frente a cada propuesta de cambio social o económico, quienes saben ó intuyen que van a ser perjudicados inmediatamente organizan la resistencia disminuyendo las posibilidades de evolución o modificación del status existente.

El capital tiende a acumularse en las sociedades con flexibilidad y capacidad para el cambio, que estén en condiciones de absorber sus propuestas, presentes y futuras. En realidad, la perspectiva natural de la inversión es acumularse y crecer. Pero todo crecimiento cuantitativo en términos de capital, implica para la sociedad la necesidad de cambiar para crecer junto con la evolución que trae el crecimiento. Las sociedades anquilosadas son organismos en los cuales el crecimiento es complejo, a veces imposible. Los agentes de resistencia al cambio, que son los diferentes grupos de interés, exteriorizan y bloquean toda posibilidad de crecimiento que implique una pérdida para ellos. Es típico de las sociedades feudales que existan roles anquilosados que no pueden crecer ni disminuir. En esta situación, la acumulación de capital y el crecimiento se vuelven imposibles.

En cambio, en las sociedades post-industriales existen posibilidades ilimitadas para el crecimiento apoyado no solamente en la seguridad jurídica sino también en la multiplicidad de oportunidades.

En definitiva: la seguridad jurídica es uno de los pilares fundamentales del cambio social. Al asegurarles a todos la reparación rápida y plena de lo que pierden como consecuencia del cambio, hace que tiendan a desaparecer los grupos de interés resistentes al cambio, produciéndose condiciones altamente propicias para la inversión y la acumulación de capital.

II. Un caso particular de la Argentina: El problema planteado en torno a las cláusulas de ajuste de las tarifas de los servicios públicos privatizados en moneda extranjera. (PPI o CPI).

1. La controversia planteada.

Casi una década después, de firmados los contratos de privatización, que transformaron la economía argentina, realizando masivas inversiones en obras y servicios públicos, que pusieron al día una infraestructura, que sufría varias décadas de abandono, se ha determinado la inaplicabilidad, de las cláusulas de ajuste de las tarifas en moneda extranjera, en mérito al art. 7° de la Ley de Convertibilidad.

2. Cuestiones previas de carácter jurídico.

El propósito de este trabajo, no es el de controvertir jurídicamente la cuestión que se comenta, lo cual ya se ha hecho en diversos ámbitos. Se dejan de lado aquí consideraciones jurídicas de altísimo valor. En primer término, que la interpretación de la ley que se propicia, sería retroactiva, atento a que las prescripciones de la Ley de Convertibilidad, se estarían aplicando a contratos suscriptos durante su vigencia.

En segundo término, se deja de lado la Teoría de los Actos Propios, expresamente aplicable a la situación bajo análisis, atento a que los contratos, al momento de su firma, fueron juzgados legítimos por el Estado Argentino, estando ya vigente la Ley de Convertibilidad.

Como se ha dicho, estos análisis ya han sido suficientemente expuestos y desarrollados y no constituyen el propósito de este trabajo.

No obstante ello, cuadra formular algunas precisiones, que prologan y dan marco a la cuestión, que se desarrollará más adelante.

- a) El planteo del problema, se realiza casi diez años después de firmados los contratos y realizadas las inversiones, en conocimiento de que la inflación argentina, ha sido en el período, menor que la inflación norteamericana.
- b) Está claro, que el proceso de pensamiento de la posición que aquí se critica, no registra -más allá de las pretensiones- un proceso jurídicamente válido de construcción. En efecto, la realidad, que se pretende disimular, con poco éxito es que:

- ? Se comprueba, casi 10 años de después de realizadas las inversiones y firmados los contratos, que la inflación norteamericana ha sido mayor, que la inflación argentina.
- ? Se considera, en consecuencia, que es posible bajar las tarifas - sin daño a los concesionarios- que se habrían estado enriqueciendo, sin contrapartida alguna de costo (Argentina no tuvo inflación).
- ? Con base en una verdadera y profunda incomprensión del rol financiero y jurídico de la tarifa corregida por inflación, se busca el esquema normativo (art. 7º de la Ley de Convertibilidad), que justifique el fin buscado, esto es, eliminar el ajuste por inflación del dólar.

3. Convertibilidad y privatización: factores correlativos

- a) En la línea de pensamiento que venimos desarrollando, antes de ingresar en el problema, de la moneda de las tarifas de los contratos y su respectivo ajuste, es previo una descripción de la íntima relación existente, entre estabilidad monetaria y privatización, en la Argentina de 1990.
- b) En 1991, después de 45 años de inflación continuada y dos hiperinflaciones, Argentina tomó la decisión de reformar su moneda y convertirla en un símbolo estable. Para dar credibilidad a tal decisión, ató en vínculo “uno a uno” la relación peso-dólar, mediante la Ley de Convertibilidad. Sin embargo, el cumplimiento de la Ley de Convertibilidad, exigía a su vez resolver otros desafíos, como veremos a continuación.
- c) Los factores fundamentales, para que Argentina pudiera cumplir con la Ley de Convertibilidad eran, sustancialmente, los siguientes (entre otros):
 - ? Reestructuración de su deuda externa
 - ? Solvencia fiscal.
- d) Para la solvencia fiscal, eran importantes múltiples ajustes y medidas, tanto en el área del Gasto Público como de la Tributación. Sin embargo un punto fundamental, era la privatización de una inmensa porción de la actividad económica, que se encontraba en manos del Estado y que era la causante, de la abrumadora mayoría del déficit fiscal.

- e) Es evidente que desde un principio, convertibilidad y privatización, fueron dos factores correlativos, dinámica e íntimamente vinculados. Si Argentina no privatizaba, subsistía el déficit fiscal y la convertibilidad estallaba.
- f) Por tanto, el Estado Argentino con acierto, decidió buscar los medios más enérgicos, rápidos y eficaces, para proceder a la privatización de casi todos sus activos, adoptando diversas modalidades según los casos. El tino, en la elección de estos medios y modalidades, aseguró, en definitiva, el éxito de la convertibilidad.

4. Esencia de la tarifa en dólares, corregida por inflación, en el marco de los contratos de privatización.

- a) La definición de la moneda, de la tarifa de un contrato de privatización, está necesariamente vinculada, a las condiciones económico–financieras del país concedente y al consecuente riesgo–país, que afecta la tasa de interés.
- b) Esta cuestión, la definición de la moneda de la tarifa en los contratos de privatización, es de una enorme trascendencia, con respecto al costo del servicio al público que se privatiza.

En efecto, de la moneda que se elija, dependerá la tasa de interés de los préstamos, que se utilicen para financiar la privatización, lo cual tiene una influencia absolutamente preponderante, respecto del valor de cualquier otro insumo.

- c) Expresado económicamente, un servicio público tiene un primer insumo preponderante, que es la financiación necesaria, para realizar las inversiones, que permitan prestar el servicio público en cuestión. El precio de este insumo, es la tasa de interés, que afecta a esa financiación la cual equivale al 100% de la inversión.
- d) La tasa de interés, con que se financia el total de la inversión, se define básicamente, por la moneda de la tarifa del servicio público en cuestión, por cuanto dicha tarifa, es el ingreso que permitirá el pago de los préstamos.

Si la moneda elegida es inestable, si está afectada de un alto riesgo–país, la tasa de interés naturalmente crecerá y crecerá consecuentemente, el costo del servicio al público.

- e) En un país como Argentina de 1990/1994, la incertidumbre, de más está decir, que era altísima. Argentina, recién salía de su segunda hiperinflación, que tuvo pico en 1990, e implantaba en 1991, su Ley de Convertibilidad. Nadie sabía a ciencia cierta, si el país iba a poder cumplir, con la relación “uno a uno”, establecida en dicha ley.
- f) Existiendo un altísimo riesgo-país implícito en la tasa de interés, el Poder Concedente, se esforzó por encontrar soluciones que disminuyeran, en lo posible, las incertidumbres, procurando así disminuir la tasa de interés, y lograr, de este modo, costos competitivos para los servicios públicos que se privatizaban.
- g) Como consecuencia de esa idea rectora, en la Argentina de 1990/1994, cuando se realizaron la mayoría de las privatizaciones, se recurrió a la moneda más estable y rígida posible, con el objeto de asegurar a los inversores, una estabilidad tal, que conjurara el altísimo riesgo-país, que se debía afrontar.

La elección de la moneda, fue el dólar corregido por inflación del dólar (Consumer Price Index; Power Price Index, etc.).

- h) Toda tasa de interés, lleva implícita dentro de sí, una previsión inflacionaria, lo cual significa que el número que designa, a una tasa de interés dada, incluye dos conceptos: renta pura e inflación previsible futura (estimada).
- i) La elección del dólar corregido por la inflación, como moneda tarifaria redujo significativamente las tasa de interés, que nuestro país hubiera merecido en las condiciones económicas de 1990/1994, en tanto que dichas tasas fueron bonificadas, de la estimación de inflación implícita. Ello en la certeza de que la inflación del dólar, ingresaba al flujo de fondos como posterior ajuste de tarifa.
- j) La certeza que agrega el ajuste por inflación, es altísima. En efecto, es mucho más incierto, definir una tasa de interés hacia el futuro, con un contenido implícito de inflación, que se basa en una razonable estimativa; que definir una tasa de interés pura, con la certeza absoluta de que la inflación, que efectivamente afecte a la tasa, será devuelta por la tarifa ajustada por inflación en el flujo de fondos.

- k) En definitiva, la moneda de la tarifa de los servicios privatizados, definida por los pliegos de licitación, que estableció el Estado Argentino, aseguró la renta pura de la tasa de interés, despojando a dicha tasa de interés, de la necesidad de toda previsión inflacionaria implícita.
- l) Con esto, se obtuvo un dramático descenso de las tasas, que se reflejó directamente en el monto de la tarifa ofrecida y en la totalidad del contrato.

Consecuencias de lo expresado.

1. El supuesto “beneficio”, obtenido por los prestadores de los servicios públicos, en razón del ajuste de sus tarifas, con la inflación norteamericana, (CPI; PPI; etc.), que se obtiene al relacionar la inflación argentina, con la inflación del dólar, es totalmente inexistente y parte de una profunda incomprensión, de la contextura económica de los contratos de privatización.
2. En los contratos de privatización, el insumo fundamental y preponderante es el costo financiero, representado por la tasa de interés, que a su vez depende de la moneda que se elija para la tarifa, con la cual se constituye el flujo de devolución de los préstamos.
3. El Estado Argentino, eligió como moneda de la tarifa el dólar, ajustado por inflación. En consecuencia, recibió cotizaciones, estructuradas sobre una tasa de interés despojada de inflación implícita; muchísimo más baja, que la tasa que hubiera correspondido, si no existía el ajuste por inflación en la tarifa.
4. Esto indica claramente, que eliminar el ajuste por inflación, implica desestructurar la ecuación económica del contrato, que se ha establecido, sobre la base de una tasa de interés excepcional, la cual se obtiene, apoyada en la certeza, de que las tarifas serán ajustadas, por la inflación del dólar.
5. Si el ajuste de la tarifa, por inflación del dólar se suprime, la tarifa deja de ser representativa del costo financiero, originando una importantísima pérdida, equivalente a la diferencia de tasa obtenida para financiar (en mérito al ajuste prometido y no cumplido).
6. Es falso, que el prestador del servicio público, se haya beneficiado por la diferencia entre la inflación del dólar y la inflación del peso.

Todo lo contrario, dicha diferencia, ya se encuentra bonificada en el costo financiero, que sirvió de base, para determinar la ecuación económica del contrato.

5. Conclusiones

- a) Si el Estado Argentino suprime el ajuste por inflación del dólar, de las tarifas de los servicios públicos, desnaturaliza completamente, la ecuación económica de los respectivos contratos.
- b) La consecuencia natural de esa acción, será indudablemente que los concesionarios, reclamarán la diferencia de tasa de interés, obtenida por eliminación de la previsión inflacionaria, para el 100% de la inversión realizada, durante todo el tiempo hasta la finalización del contrato.
- c) Sería muy interesante, académicamente, determinar el resultado de esta suma algebraica: por un lado, despojar a los contratos del ajuste por inflación de dólar en sus tarifas y por otro, aumentar el costo de la inversión y en consecuencia de la tarifa, con la previsión inflacionaria oportunamente dejada de lado, en mérito a las disposiciones del pliego y de la ley.

Seguramente, el resultado del ejercicio arrojaría valores despreciables, a favor o en contra, del concedente o del concesionario.

- d) Lamentablemente, si tal ejercicio pasara de lo académico a lo práctico, se causaría un daño, tan inútil como grave, a la ya muy meneada imagen de la seguridad jurídica, de nuestro país.
- e) La posición que comentamos, desconoce que en la estructura del flujo de fondos de un servicio público privatizado, existe íntima correlatividad entre la moneda de la tarifa y el costo financiero y que no puede afectarse ninguna de las dos, con independencia de la otra.

En definitiva: el planteo en cuestión es jurídica y económicamente inválido. La falta de inflación local, y la correlativa afectación de la tarifa en dólares por el CPI ó PPI, en nada mejora la situación del prestador de servicios públicos, que ya descontó, en términos, en su oferta, -por imperio del Pliego- la inflación externa, atento a la disposición de esos Pliegos, que establecían que la tarifa sería corregida por el PPI ó CPI.

En consecuencia, la pretensión de no aplicar el PPI ó CPI, implica realizar un doble descuento en la ecuación del contrato: El que se realizó en la oferta, por imperio de la cláusula del Pliego que establecía la corrección de la tarifa por inflación y el que ahora se pretende realizar.

Buenos Aires, 9 de Noviembre de 2001