

Marzo 1999

El extenso corte de electricidad ocurrido en la ciudad de Buenos Aires durante el mes de febrero, focaliza la atención de la opinión pública en la privatización de los servicios. En nuestra nota editorial se abordan aspectos legales relacionados con la solución de controversias en los contratos de concesión.

Para estimular el flujo de capitales privados y el desarrollo económico, la República Argentina ha suscripto tratados con numerosos países sobre promoción y protección recíproca de inversiones en los cuales se incluyeron cláusulas para la solución de las controversias que surgen en los reclamos entre un Estado Parte y nacionales o sociedades de otro Estado Parte, en materia de inversiones. Por ejemplo, en el Tratado con los Estados Unidos de América (TEUA) en 1991, se expresa que las controversias (entre un Estado Parte y un nacional o sociedad de otro Estado Parte) se tratarán de solucionar mediante consultas y negociaciones y luego se las podrá someter a los tribunales judiciales o administrativos del Estado Parte o a los procedimientos de solución de diferencias previamente acordados.

También prescribe que, transcurridos seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, el nacional o la sociedad extranjera podrá expresar por escrito la voluntad de someterla al arbitraje obligatorio, pudiendo radicarla en el "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones," entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), con sede en Washington, o en cualquier otra institución arbitral que acordasen las partes en disputa.

Los tratados con España de 1991 y con Alemania del mismo año establecen claramente la jurisdicción prioritaria de los tribunales en cuyo territorio se realizó la inversión, y en otros acuerdos como los celebrados con Francia y con la República de Chile, también en 1991, se establece una opción, a favor del inversor de elegir entre un tribunal nacional o el arbitral.

Cabe destacar que la mayoría de los contratos de concesión celebrados tanto por la Nación como por las provincias priorizan la jurisdicción local para la solución de controversias. Los contratos, por ejemplo, con Aguas Argentinas S.A., Edesur, Edenor y Edelap establecen que las partes aceptan la jurisdicción de los Tribunales de la Capital Federal. Cabe preguntarse si son válidas esas cláusulas o carecen de valor a la luz de los tratados de garantía de inversión. En contratos suscriptos por las provincias de Tucumán y de Santiago del Estero se pactó la jurisdicción local y los casos ya han sido llevados ante el CIA DI. En ambos se pretende desconocer el principio de la autonomía de la voluntad, lo que no es válido dado que sólo puede ser dejado de lado en situaciones muy excepcionales, como cuando una parte sea tan débil que no pueda por sí sola hacer valer sus derechos. Este no es el caso de las empresas inversoras, muchas veces respaldadas por sus países altamente desarrollados, que tienen mayor poder que aquéllos donde se realiza la inversión. Tampoco se trata de disposiciones de orden público internacional que no pueden ser derogadas por tratados o por acuerdos con particulares.

Esto no significa abogar por suprimir la posibilidad de recurrir al CIADI o a cualquier otro tipo de arbitraje, pero debe insertarse en los contratos de concesión expresamente como en el contrato de Gerenciamiento suscrito entre Telefónica de Argentina S.A. y la República Argentina donde se estableció que la cuestión será sometida a juicio arbitral a través de la

Cámara de Comercio de París. No puede permitirse que las empresas suscriban contratos con cláusulas que desde un principio saben que no van a cumplir. Pactan la jurisdicción local sabiendo que luego plantearán las cuestiones ante el CIADI o ante otra jurisdicción arbitral.

En los casos en que los tratados de garantía de inversión establecen la opción, como el de Chile o Francia, se estima que los inversores ya optaron al firmar los contratos de concesión adoptando la jurisdicción local. En Derecho Internacional el principio de interpretación de buena fe de los tratados es un axioma que no puede dejarse de lado, porque caería todo el sistema del derecho de los tratados. Por lo tanto, los Tratados sobre garantía de inversión no pueden interpretarse como que otorgan un derecho absoluto a los inversores para desdecirse, en cualquier momento, de lo que acordaron.

Si las empresas quieren la jurisdicción internacional que la pacten y si han aceptado la jurisdicción local, sólo en caso de que existiera denegación de justicia podrán acudir a la jurisdicción arbitral y además los estados de los que son nacionales podrán ejercer la protección diplomática. En definitiva las cláusulas en las que se pacta la jurisdicción local son válidas y la Argentina debe hacerlas valer y en adelante debe arbitrar los medios para dejar bien aclarada la cuestión en los próximos contratos de concesión.

Un problema adicional es que algunos tratados de inversión (p. e. el TEUA), contemplan su aplicación a las subdivisiones políticas de las partes (las provincias). Sin embargo el Convenio que dio lugar al CIA DI, establece que las provincias deben consentir la jurisdicción del CIADI, con el aval del Estado Nacional, lo que no ha ocurrido en los dos casos que están radicados en ese ámbito.