



Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional

ESCRIBE: FABIANA ZONIS

SUMARIO: I. Introducción. — II. Instrumentos jurídicos: Régimen legal aplicable a las inversiones en el estado receptor. — III. La privatización: fundamentos jurídicos invocados por las empresas prestatarias de servicios. — IV. Conclusión.

I. Introducción

Desde febrero del 2003 se han iniciado 17 arbitrajes internacionales contra la República Argentina (1). En efecto, "La defensa de los casos que tiene en su contra la Argentina, ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI) (2), tribunal arbitral del Banco Mundial es un complejo problema para el Gobierno.

En conjunto, las demandas de las empresas privatizadas superan los 12.000 (3) millones de dólares, como resarcimiento por la devaluación y pesificación de las tarifas.

Por una parte, el Gobierno está intentando condicionar las renegociaciones (4) contractuales y eventuales aumentos tarifarios, a que las empresas desistan de estas acciones en el exterior. Sin embargo, las firmas se resisten a dejar a un lado una herramienta que consideran útil para su reclamo, antes de tener una idea clara del tenor de las nuevas reglas en discusión" (5).

"El Gobierno insiste con que para renegociar sus contratos, las empre-

sas privatizadas deben primero suspender las demandas que han presentado contra la Argentina en el Comité Internacional de Arreglos sobre Diferencia en Inversiones del Banco Mundial en Washington" (...) (6). Esta fuente periodística pudo confirmar que a las 27 empresas que ya figuran en la lista de querellantes, se agregarán próximamente otras 30 más.

En el presente trabajo, expondremos el funcionamiento de los instrumentos jurídicos en los que se amparan las empresas prestatarias de servicios para demandar al Estado nacional y los fundamentos jurídicos invocados por las mismas.

1.1. Antecedentes

A partir de 1990 la República Argentina suscribió numerosos Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras (conocidos como BIT's por las siglas en inglés de *Bilateral Investment Treaties*) con distintos países al tiempo que recibía importantes inversiones del exterior.

Los TBI han sido concebidos fundamentalmente como el marco legal dentro del clima de inversiones de un país, para darle protección a la propiedad privada invertida, y ofrecerle al inversionista las garantías mínimas necesarias para que pueda realizar la actividad económica que motivó la inversión (7). El fundamento económico de los TBI es conferir

a las inversiones una protección confiable a través de un instrumento jurídico que no puede ser modificado unilateralmente por los estados receptores de capital (8).

Los TBI otorgan una serie de garantías sustantivas y procesales mínimas claramente identificables para el inversionista. Asimismo, la suscripción de estos instrumentos internacionales es un requisito para el otorgamiento de seguros contra riesgos no comerciales por los aseguradores de los países exportadores de las inversiones de sus nacionales (9).

Durante el siglo pasado, las diferencias relativas a las inversiones llevaban al ejercicio de la protección diplomática, seguido del uso de la fuerza. Razon por lo cual los países en desarrollo estaban expuestos al abuso de la protección diplomática y a la intervención armada extranjera. Ello produjo la reacción de los países latinoamericanos que se concretó en la formulación de dos doctrinas, la primera de ellas fue la Doctrina Drago, que aspiraba a prohibir el uso de la fuerza para el cobro de la deuda pública de los Estados de América Latina. La otra con mayor repercusión fue la Doctrina Calvo, que basándose en el principio de igualdad de los Estados, negaba que los extranjeros tuvieran derechos o privilegios especiales y establecía la necesidad que las controversias de ellos fueran sometidas a los tribunales nacionales y resultas de conformidad

con la legislación nacional sin que los Estados extranjeros pudieran intervenir.

Una derivación de esa doctrina es la llamada "cláusula Calvo", establecida en los contratos con extranjeros, por la cual éstos se comprometían a no solicitar la protección diplomática, y a recurrir a los tribunales y leyes del Estado receptor para resolver sus diferencias. Esta cláusula tiene una validez limitada en el ámbito internacional. Pues aunque puede ser obligatoria para el inversionista que la acepta, esto no significa que el derecho del Estado exportador a la protección diplomática o a la reclamación internacional por un perjuicio a sus intereses derivado de la violación del derecho internacional que perjudicó a un nacional suyo, pueda ser renunciado por éste o negado unilateralmente por el Estado receptor.

La doctrina y cláusula Calvo, nacidas para hacer frente a determinadas circunstancias históricas, fueron justificadas en su momento, pero con la evolución de la economía internacional y de las normas que rigen las relaciones internacionales entre los Estados, se volvieron anticuadas y fueron dejadas de lado (10).

Los TBI prevén en su articulado mecanismos de solución de controversias referidas a las disputas surgidas entre inversores particulares de uno de los Estados Contratantes y el

otro Estado Contratante receptor de la inversión. Así, el inversor extranjero que se considere perjudicado por una medida adoptada por el país receptor de la inversión tiene la posibilidad de someter la disputa a un procedimiento arbitral en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones (11) (en adelante CIADI), o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI).

Las principales obligaciones asumidas por los Estados en los TBI se refieren a la admisión y al tratamiento de la inversión.

II. Instrumentos jurídicos: Régimen legal aplicable a las inversiones en el Estado receptor

Los acuerdos internacionales de inversión (AI) utilizan generalmente estándares de trato. Así por ejemplo Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), prevé en su artículo 1102 el trato nacional (TN) (12) y en su artículo 1103 el trato de la nación más favorecida (TNMF) (13). Estos principios se caracterizan por ser estándares relativos; es decir están sujetos a una comparación entre el trato dado a los inversores extranjeros y el otorgado a los inversionistas nacionales o a los inversionistas

(Continúa en pág. 21)

NOTAS

(1) "List of pending cases" in <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>. Ver igualmente el Informe Anual 2003 in <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/main.htm>.

(2) Esta nota es de la autora. En la actualidad se encuentran 27 reclamos ante el CIADI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm> (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Azurix Corp. v. Argentine Republic, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, Siemens A.G. v. Argentine Republic, Sempra Energy International v. Argentine Republic, AES Corporation v. Argentine Republic, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer, Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. v. Argentine Republic, Pan American Energy LLC and BP Argentina, Exploration Company v. Argentine Republic, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Inter-

agua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic, Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic, Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, Telefónica S.A. v. Argentine Republic, Enersis, S.A. and others v. Argentine Republic, Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic, SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, Unisys Corporation v. Argentine Republic, Azurix Corp. v. Argentine Republic, BP America Production Company and others v. Argentine Republic; CIT Group Inc. v. Argentine Republic).

(3) Se calcula que se eleva a 16.000 millones al 1° de junio del 2004.

(4) La ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen cambiario autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional bajo normas de derecho público, incluyendo los de obras y servicios públicos, estableciendo los criterios que deben seguirse en el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos. En virtud de esta disposición legal, el dec. 293/02, encomienda al Ministerio de Economía e Infraestructura la renegociación de los contratos alcanzados por las previsiones del art. 8° de la ley 25.561 que tengan por

objeto la prestación de obras y servicios públicos.

(5) Diario el "Clarín" 17 de diciembre del 2003.

(6) Diario "El Clarín" 4 de febrero del 2004.

(7) Conforme a lo expresado en los preámbulos de los TBI, los mismos tienen por objetivo: "promover una mayor cooperación económica entre los países contratantes" para lograr "el desarrollo económico de los países" y "el incremento de la prosperidad de los pueblos" y, especialmente en "estimular la iniciativa económica privada y el flujo de capitales privados" como así también "mantener un marco estable para las inversiones y un trato justo y equitativo a las inversiones".

(8) Recordemos aquí que el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional Argentina dispone que los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional son jerárquicamente superiores a las leyes internas.

(9) YMAZ VELELA, Esteban M., "Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales, sus Efectos en las Contrataciones Administrativas", La Ley, 1999.

(10) PETERS, Paul y SCHRIJVER, Nico, "Latin American and International regulation of foreign Investment: Changing Perceptions", N°113, ps. 2/3,

Institute of Social Studies, The Hague, 1991, Working Paper Series. Aunque corresponde advertir que en los primeros tratados firmados por la Argentina, se establecía que previo a ir al arbitraje internacional, el inversor extranjero debía someter su controversia a los tribunales nacionales por un período de 18 meses, después de los cuales estaba en libertad de ocurrir a la jurisdicción internacional. A esta cláusula se la llamaba "Half hearted Calvo Provision" o "Soft Calvo". El punto de inflexión lo marcó el convenio celebrado con Francia el 03/07/91 que estableció la opción para el inversor entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción arbitral internacional; la opción es definitiva.

(11) A tal efecto, la República Argentina aprobó mediante ley 24.353 (B.O. 02/09/94) (Adla, LIV-C, 2861) el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965), por el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y se aprueban mecanismos de solución de controversias basadas en la conciliación y en el arbitraje.

(12) Artículo 1102: Trato nacional: 1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

venta u otra disposición de las inversiones; 2. Cada una de las Partes brindará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones; 3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, en relación con cualquier Estado o provincia, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado por ese Estado o provincia, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante (...).

(13) Artículo 1103: Trato de nación más favorecida: 1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones; 2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

