

**El Laudo Arbitral que puso fin a la controversia entre la Provincia de Tucumán y
la Compañía de Aguas del Aconquija S.A., concesionaria del servicio de agua y cloacas.**

Dra. María Gilda Pedicone de Valls

1. Como Fiscal de Estado de la Provincia de Tucumán, he tenido a mi cargo la ardua tarea de representar a Tucumán en la "*controversia compleja y a menudo amarga*" entre la misma y la concesionaria del servicio de agua y cloacas, la Compañía de Aguas del Aconquija S.A., filial argentina de la sociedad francesa Compagnie Générale des Eaux, operadora de sistemas de agua y cloacas en Francia y en otros países. Además de participar en el segundo proceso de renegociación del Contrato de Concesión, también he tenido la responsabilidad de la instrumentación de la rescisión del contrato con la referida Compañía (fines del año 1997) y en mi carácter de representante legal de la Provincia, he instado las acciones judiciales en contra de la co-contratante en los Tribunales provinciales. En el proceso arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI) he aportado, a través de dos affidavits, las explicaciones de los hechos y el derecho en los que la Provincia de Tucumán basó su defensa y en Washington participé como testigo de la defensa en las Audiencias llevadas a cabo entre los días 11 al 13 de agosto de 1999.

2. Todo ello me permite dar fe de los múltiples esfuerzos que en una primera etapa, en dos oportunidades, hizo la Provincia de Tucumán, a través de sus autoridades y organismos técnicos, para dar continuidad a un contrato de Concesión que no conformó a la sociedad tucumana desde el inicio mismo de su vigencia, marcado por un signo negativo y una reprobación muy generalizada porque:

a) Debuta en los últimos meses del 1995 con un aumento tarifario de más del 100%, en momentos de mayor severidad de la crisis económica y financiera que aquejaba a la Provincia de Tucumán como consecuencias del llamado "efecto tequila".

b) En enero y febrero de 1996 aparece la excesiva turbiedad en el agua provista a los usuarios (el agua era, en realidad, de color negro en los peores momentos), causada por la negligencia de la Empresa en el cumplimiento de sus obligaciones e impericia de sus técnicos. La concesionaria intentó justificarse ante la población diciendo que esa agua que cobraba tan caro a los usuarios, era potable, cuando los análisis del las autoridades sanitarias de la Provincia (SIPROSA) informaban sobre la no potabilidad. Frente a la duración del fenómeno, la empresa fue ensayando múltiples excusas para esconder sus falencias: sabotaje, limpieza de cañerías, algas muertas, etc. Con el tiempo, todas ellas probaron ser falsas. Mientras tanto, la gran mayoría de la población de la ciudad de San Miguel de Tucumán debió soportar, durante los meses más calurosos del año, la provisión de agua "negra", de pésima calidad y no potable.

c) Traslada al usuario cargas fiscales que eran a su cargo, según interpretación conteste de Fiscalía de Estado, del Tribunal de Cuentas, de la Defensoría del Pueblo y de la Justicia provincial.

d) Se niega a acatar Resoluciones del Ente Regulador del Servicio de Agua y Cloacas de Tucumán, en adelante el ERSACT, (Resoluciones N° 212 y 213) que ordenaban practicar descuentos en las facturas, conforme lo ordenaba el Contrato de Concesión, por la indebida incorporación de las cargas fiscales a los usuarios y por el mal servicio en la ciudad de San Miguel de Tucumán.

3. Sin embargo, la Empresa no mostró signos de preocupación por esa imagen negativa. Al contrario, la agravó con medidas como las intimaciones y amenazas patrimoniales a los usuarios deudores, desatención en la oficina de queja de los usuarios, contratación de servicios de cobradores profesionales, etc. En

suma, Aguas del Aconquija incurrió en gruesos errores empresariales y la prestación propiamente dicha tuvo falencias, incumplimientos, tropiezos y desavenencias desde el inicio mismo de la Concesión. Pero, lo que seguramente más complicó la continuidad del Contrato, se desató a partir de una situación inédita en las recientes privatizaciones de servicios públicos del país, porque entre las causales que suelen dar lugar a renegociaciones o reconversiones de un Contrato Público de Concesión no figuraba la causal que se dio en Tucumán: LA FALTA DE PAGO DEL SERVICIO POR LOS USUARIOS por disconformidad con la calidad y precio del mismo. Éste era el meollo de la situación: Aguas del Aconquija era consciente de que había asumido un riesgo empresario y que perdió por hechos propios. Advertida de ello, la misma empresa abrió la posibilidad de renegociación contractual que le permitiera eximirse de obligaciones que había asumido según el contrato y que -modificando el régimen tarifario - lo hiciera más aceptable para la población.

4. El conjunto de incumplimientos incurridos por la Empresa en tan corto tiempo, y la resistencia de la población de Tucumán a pagar las excesivas tarifas impuestas, hicieron que la situación fuese insostenible. Todos los sectores de la sociedad tucumana reclamaban solución para el conflicto. La Legislatura Provincial llegó incluso a considerar un pedido al Poder Ejecutivo para que interviniera a la Concesionaria. En ese momento, el Poder Ejecutivo Provincial se encontró ante una difícil decisión:

- podía rescindir el Contrato de Concesión de inmediato, ya que estaban reunidos los requisitos contractuales para ello (incumplimientos graves y reiterados de la Concesionaria), y buscar a través de una otra licitación un nuevo operador para el servicio, o

- podía iniciar conversaciones con la Concesionaria para renegociar los términos del Contrato de Concesión, a efectos de adecuarlo a las necesidades y la realidad de los habitantes de Tucumán.

5. El gobierno de la provincia optó por la segunda alternativa, en sucesivos intentos de reformulación del contrato firmado por la concesionaria con la Provincia, aliviándola de inversiones, purgando sus múltiples incumplimientos, y modificando sustancialmente el área de concesión (que quedaba reducida a la más rentable por el número y volumen de consumo de las cuentas que incluye, por los menores gastos que demanda y los mejores índices de cobrabilidad). La última Ley aprobada por la H. Legislatura de la Provincia como parte del proceso de negociación (Ley N° 6826), que autorizaba al Poder Ejecutivo Provincial a firmar un nuevo contrato renegociado, constituyó un claro ejemplo de buena voluntad de las autoridades provinciales hacia la Concesionaria para permitirle, con un contrato sustancialmente distinto del original, continuar como prestadora del servicio en condiciones sumamente rentables. Es probable que el texto finalmente aprobado por la H. Legislatura no le haya dado a la misma la totalidad de los numerosísimos beneficios extraordinarios que pretendía, pero sin duda constituyó un gran esfuerzo de acercamiento a un contrato más razonable, que revirtiera el rechazo que el original había generado entre los usuarios.

6. Fracasados los dos intentos de renegociación, el contrato fue rescindido por la Concesionaria (alegando culpa de la Provincia) y por la Provincia (alegando los múltiples incumplimientos de la Concesionaria). La reapertura del proceso arbitral, una vez rescindido el contrato, obligó a la Provincia a comprometer a la Nación su asistencia en la defensa de los intereses de ambas frente a una demanda de indemnización que la Concesionaria fijó en más de U\$S 300.000.000.- La Nación finalmente entendió las razones de Tucumán y contrató los servicios de estudios jurídicos para que la representaran en Buenos Aires y Washington, en el largo proceso que acaba de concluir (el laudo fue notificado a las partes el 21 de noviembre de 2000) con fallo favorable a la República Argentina.

Los tribunales locales –Cámara en lo Contencioso Administrativo- se declararon competentes para resolver conflictos relacionados con el Contrato de Concesión.

7. La Provincia inició acciones judiciales en contra de la Concesionaria para ratificar su obligatoriedad de continuar prestando el servicio por 18 meses, solicitando a la Justicia local, dentro del proceso de la Acción Declarativa de Certeza, el dictado de Medida Cautelar de no Innovar tendiente a que la concesionaria continuara prestando el servicio, según lo dispuesto por Decreto 2270/1, en ejercicio de la atribución que en tal sentido prevé la cláusula 15.11. del Contrato de Concesión.

8. En dicho proceso judicial, la Justicia Provincial tuvo oportunidad de expedirse respecto de las excepciones (defensas) que opuso la Concesionaria para el progreso de las acciones judiciales iniciadas en su contra: la demandada planteó la incompetencia de la justicia local para entender en el pleito, y la litispendencia por estar radicado el reclamo ante el CIADI. La Cámara en lo Contencioso Administrativo tramitó bajo la forma de incidente dicho planteo, y abrió el tema a prueba.

9. Luego de un amplio debate, en el que cada una de las partes hizo oír sus fundamentos, la Cámara rechazó las excepciones de incompetencia y litispendencia presentadas por la empresa, y se declaró competente para seguir entendiendo en la causa.

El laudo arbitral del 21 de Noviembre de 2000.

10. Como lo habíamos expresado, la instancia arbitral promovida por la concesionaria, quedó registrada y tramitó ante el CIADI bajo la carátula "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux, Demandantes c. República Argentina, Demandada". La decisión, contenida en 36 página y dos Apéndices, está integrado por los siguientes acápite:

Introducción y resumen.

Historia procesal.

Los hechos y las posiciones jurídicas de las partes.

Jurisdicción.

El fondo.

Costas y Honorarios.

Laudo.

11. La decisión arbitral toma como marco normativo las siguientes disposiciones:

-El Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones, firmado entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Francia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, en adelante el TBI, firmado el 3 de Julio de 1991 y aprobado por Ley Nacional nº 24.100, publicada en el Boletín Oficial el 14 de Julio de 1992;

-El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en adelante el Convenio del CIADI, que entró en vigencia para la Argentina el 18 de Noviembre de 1994 y para Francia el 20 de Septiembre de 1967.

-El Contrato de Concesión firmado entre la provincia de Tucumán y la Compañía de Aguas del Aconquija S.A., uno de cuyos socios era la sociedad francesa Compagnie Générale des Eaux.

12. La particular cuestión que se suscitó en esta causa fue que la demandada, la República Argentina, no era parte del Contrato de Concesión ni de las negociaciones que llevaron a su celebración. También se discutió el significado jurídico que debe atribuirse a la cláusula de elección de foro (cláusula 16.4. del Contrato de Concesión, que disponía que la resolución de controversias contractuales fueran sometidas a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán), a la luz de las disposiciones que regulan los recursos bajo el TBI y el Convenio del CIADI.

El reclamo de la Concesionaria ante el CIADI.

13. La Concesionaria argumentó que *"desde los comienzos de la concesión, se hizo aparente que en lugar de apoyar la concesión, varias ramas del gobierno provincial buscaron destruir la concesión"* y que se vió sometida a *"una corriente constante de decretos, resoluciones, leyes y dictámenes que tenía por objeto debilitar la operación de la concesión y , o ahuyentar a CAA de la Provincia, o bien forzarla a que renegociara el Acuerdo"*. Según los dichos de la reclamante, la concesión fue atacada y vilipendiada por los funcionarios de todas las ramas del gobierno provincial, con el objeto de debilitar el cumplimiento del Contrato de Concesión por parte de CGE, porque *"la concesión amenazaba con quebrantar intereses económicos y políticos adquiridos por la Provincia y representaba una oportunidad para elementos del gobierno provincial de ganarse el apoyo del público"*.

La defensa de Tucumán y la República Argentina ante el CIADI

14. La República Argentina, tomando en consideración los hechos y antecedentes que la Provincia de Tucumán le proporcionara, negó los dichos de la Concesionaria y defendió su accionar y el de las autoridades de la Provincia demostrando que la conducta de estas últimas estuvo relacionada con las deficiencias en la prestación del servicio por parte de la Concesionaria y en el legítimo derecho que le acordaba el Contrato de Concesión de exigir una adecuada prestación de los servicios de agua y cloacas. Se puso especial énfasis demostrar que la actuación del Estado Concedente siempre estuvo fundada en la defensa de los intereses de los usuarios frente a los reiterados incumplimientos de la Concesionaria.

La decisión.

15. El Tribunal consideró que la cuestión tiene dos implicancias:

a-JURISDICCIONAL,

b-ANÁLISIS JURÍDICO DEL FONDO DE LA CONTROVERSIA entre el inversor extranjero y la República Argentina

16. La jurisdicción del CIADI según el Laudo.

El Tribunal Arbitral afirma que dado que las reclamantes han expresado que la República Argentina (a quien le atribuyen como gobierno central los actos de la Provincia de Tucumán) se encuentra basada en supuestas violaciones al TBI y no en aspectos contractuales regulados por el Contrato de Concesión, el CIADI *"tiene jurisdicción para conocer las reclamaciones de la Compagnie Générale des Eaux en contra de la República Argentina por violación de las obligaciones de la República Argentina bajo el Tratado Bilateral de Protección Recíproca de Inversiones"*. En la interpretación del Tribunal Arbitral, *"ni la disposición de elección de foro del Contrato*

de Concesión, ni las disposiciones del Convenio del CIADI y del TBI en los que se apoya la República Argentina, precluyen el recurso ante este Tribunal por parte de CGE sobre la base de los hechos que se han presentado". En relación a la cláusula contractual (Contrato de Concesión, cláusula 16.4) según la cual las partes se sometían en forma exclusiva a los Tribunales de la Provincia de Tucumán –Cámara en lo Contencioso Administrativo- para dirimir la interpretación y aplicación del Contrato de Concesión, el Tribunal expresó que *"la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión no desposee a este Tribunal de jurisdicción para conocer en este caso, porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de CGE a sus derechos bajo el art. 8 del TBI para plantear sus reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina"*. O sea que en la interpretación del Tribunal , el sometimiento de reclamaciones contra Tucumán ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo por infracciones al contrato, como lo requiere la cláusula 16.4 del mismo, no hubiera sido, contrariamente a la posición de las demandantes, el tipo de elección que hubiera constituido una "elección de vías" bajo el art. 8 del TBI, que hubiera cerrado el camino a futuras reclamaciones bajo el Convenio del CIADI.

17. La cuestión de fondo .

La decisión del Tribunal Arbitral sobre las cuestiones de fondo pueden sintetizarse así:

17.1. los actos supuestamente violatorios de los derechos de la Concesionaria nunca fueron objetados por la misma ante los Tribunales de Tucumán;

17.2. todas las acciones sobre las cuales las demandantes apoyan su reclamo para atribuir responsabilidad a la República Argentina, están estrechamente vinculadas al cumplimiento o incumplimiento de las partes a los términos del Contrato de Concesión, interpretación que las partes acordaron someter a los Tribunales de Tucumán;

17.3. en razón de ello y considerando que existió una elección de foro en la cláusula 16.4. del Contrato de Concesión, *"el Tribunal dictamina que, debido a la conexión crucial en este caso entre los términos del Contrato de Concesión y estas supuestas violaciones del TBI, no se puede hallar responsable a la República Argentina al menos y hasta que las demandantes hayan, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, hecho valer sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesal o sustantivamente"*;

17.4. Explicitando los alcances de su decisión el Tribunal expresa que, sobre la base de los hechos que han presentado las reclamantes, primero debieron haber objetado las acciones de las autoridades de Tucumán ante sus Tribunales. Así, una reclamación contra la República Argentina sólo podría corresponder:

-Si se les denegara a las demandantes acceso a los Tribunales de Tucumán para intentar sus acciones bajo la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión , o

-Si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal), o

-Si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegación de justicia material), o

-Si se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores franceses por parte de la República Argentina, según el compromiso asumido bajo el TBI.

18. Para el Tribunal " *ya que las demandantes dejaron de intentar acciones ante los tribunales administrativos de Tucumán y ya que no hay prueba ante este Tribunal que dichos tribunales les hubieran denegado a las demandantes justicia procesal o material, no hay base sobre este fundamento para hallar que existe responsabilidad de la República Argentina bajo el TBI*".

19. Con la categórica afirmación " ***El Tribunal, por medio de este laudo, desestima las reclamaciones presentadas por las demandantes en contra de la República Argentina***", los Jueces Francisco Rezek (Presidente, de nacionalidad brasilera), Thomas Buerghental y Peter Troobof (Árbitros, de nacionalidad norteamericana), pusieron fin al Caso n° ARB/97/3, radicado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington.

20. La decisión adoptada por el CIADI, además de poner fin a una controversia cuyo resultado final para muchos era de una inexorable condena, nos deja una importante lección: ***en las concesiones de servicios públicos privatizadas, explotadas por sociedades entre cuyos socios exista un inversor extranjero, el estado concedente y los organismos de control deben ejercer con firmeza y siempre de conformidad a la ley y con estricta sujeción a los procedimientos que ella prevé, sus competencias en defensa de los intereses de la población. Este fallo arbitral ha demostrado que los jueces, inclusive en un proceso arbitral internacional, son capaces de diferenciar entre efectivos incumplimientos contractuales y alegaciones de supuestos "tratos de mala fé" que esconden –en realidad- oposición de los concesionarios a ser controlados y exigidos. Demás está decir que el estado debe documentar debidamente sus verificaciones, constataciones, intimaciones, etc., que ofrecerá -llegado el caso- como prueba de la legitimidad de su proceder.***

21. En lo personal, me queda la enorme satisfacción de haber contribuido a una eficaz defensa de los intereses de mi provincia, en un pleito que –como lo dijo el propio Tribunal Arbitral- resolvió cuestiones nuevas y complejas, que no contaba con precedentes dentro ni fuera de nuestro país.

La autora ha sido Fiscal de Estado de la Provincia de Tucumán en el período 1996-1999. Como docente , se desempeña como Profesor Asociado de la Cátedra de Derecho Constitucional y Federal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán y como Profesor Titular de la misma materia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, de la cual es Decana desde abril de 2001.