



Análisis del CURI

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS ENTRE INVERSORES EXTRANJEROS Y EL ESTADO URUGUAYO

Problemas en cuanto al control jurídico respecto de los Tratados internacionales y los Principios en materia de contratación internacional: el caso UPM

Dr. Juan Manuel Rivero Godoy

***Consejo Uruguayo
para las Relaciones Internacionales***

08 de abril de 2020

Análisis N° 2/20

El CURI mantiene una posición neutral e independiente respecto de las opiniones personales de sus Consejeros. El contenido y las opiniones de los "Estudios del CURI" y "Análisis del CURI" constituyen la opinión personal de sus autores.

Los contratos internacionales celebrados entre inversores extranjeros y el Estado uruguayo. Problemas en cuanto al control jurídico respecto de los Tratados internacionales y los Principios en materia de contratación internacional: el caso UPM

Por Dr. Juan Manuel Rivero Godoy¹

Sumario

1. Introducción. 2. Marco normativo y conceptual. 3. Marco de actuación de los inversores extranjeros: los Acuerdos Internacionales de Inversión. 4. Breve análisis del Contrato UPM-Uruguay. 5. Mecanismos de control de los contratos internacionales en Uruguay: sugerencias. 6. Solución de controversias. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Resumen

El presente texto tiene como objetivo delinear la normativa referente al control de las normas internacionales de las que Uruguay forma parte, específicamente los Tratados internacionales, contratos internacionales y el control parlamentario de las diversas norma internacionales que suscribe. Ese control supone “*prima facie*” un análisis de legalidad del tratado a la luz del ordenamiento jurídico interno del Estado; y por ende, la conveniencia en su aprobación. Sin embargo, hay normas provenientes de contratos internacionales entre Estado e inversores extranjeros que no transitan por el mismo control, pero que hacen responsable al Estado de su incumplimiento y por tal impone obligaciones. Esta situación parece un tanto incongruente dado que el Estado suscribe obligacio-

¹ Profesor Adscripto de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, UdelaR. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Administración y Ciencias Sociales. Actual Secretario del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR período 2020-2023, Asunción, Paraguay. Miembro de ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado). Miembro de la SLADI (Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional). Miembro de la ESIL (European Society of International Law). Miembro de la AUDM (Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo). Miembro de la AIADR (Asian Institute of Alternative Dispute Resolution).

nes internacionales por una via alternativa (la contractual) pero sin control de su legalidad, convencionalidad y constitucionalidad.

Palabras claves

-Tratados-contratos internacionales-control parlamentario-principios Unidroit-

Brief

The following excerpt tries to shed light on the normative basis proceeding about the subscription of treaties and international contracts by the Uruguayan state and its parliament control. The latter supposes a legality assessment of the internal order and the convenience of adopting an international treaty. However, there are international contracts (regulations) between States and foreign investors wherein a strict control does not exist, but State is responsible by its breaching. This situation is not congruent because Uruguay is adopting international obligations by an alternative way (contracts) without legality, conventional and constitutional control, despite having regulations to rule that.

Keywords

-Treaties- international contracts-parliament control-Unidroit principles-

1. Introducción

La modernidad y los avances en las relaciones internacionales han llevado a que los Estados -por medio de sus gobiernos- se relacionen no solo con otros Estados y Organizaciones Internacionales, sino con variadas empresas multinacionales que desarrollan sus negocios más allá del establecimiento principal donde se han formado y constituido.

Esto puede plantear algunos inconvenientes, ya que por medio de los contratos celebrados entre estas Empresas (inversores) y los Estados el control de la legalidad, convencionalidad y constitucionalidad de tales acuerdos -a la luz de normas sustanciales y procedimentales- no se evalúa y tampoco hay un procedimiento establecido, excepto el jurisdiccional. A diferencia de lo que sí ocurre con los tratados internacionales. Parecería que en la práctica el análisis de la legalidad y constitucionalidad de los tratados se cumple, pero no la de los contratos, especialmente cuando se vinculan a aquellos.

Esta situación se origina actualmente por las reiteradas acciones del Gobierno la República Oriental del Uruguay (en adelante ROU) sobre diversos acuerdos con empresas como TOTAL Energy, UPM, Huawei, Aratiri, etc., donde muchos críticos y la opinión pública han mostrado ciertas reservas por el marco “secreto” en que se celebran y por la falta de consulta, especialmente cuando se trata de una eventual afectación de los recursos naturales, medioambiente, condiciones contractuales de criticable legalidad y sectores estratégicos que hacen a la soberanía e independencia del Estado. Además, muchas de sus cláusulas son de dudosa práctica habitual en el mundo del comercio internacional.

A lo largo del trabajo se plantean algunas interrogantes dentro del marco normativo para el control de las normas internacionales como en el caso de los Tratados y la falta de tratamiento para estos contratos comerciales internacionales que incorporan derechos y obligaciones para el Estado, pero que escapan al control tradicional del Parlamento.

2. Marco normativo y conceptual.

Es de notorio y público conocimiento la práctica habitual de Uruguay al firmar, aprobar y ratificar tratados internacionales cuando trata de obtener algún tipo de relacionamiento y beneficios con otros Estados, sea en materia de seguridad, comercio, inversiones, etc. La materia convencional es amplia y solo reconoce limitaciones de orden público internacional, orden público doméstico y algunas especificidades como la posibilidad de anular un tratado celebrado bajo coacción, por ejemplo. Por lo demás, Uruguay ha sellado una variedad de trata-

dos internacionales en materia de seguridad internacional, derechos humanos, temas comerciales, tributarios, inversiones, etc.

Es por ello que a la hora de celebrar estos tratados, el Gobierno de turno debe conocer la regulación y principios existentes –en el ámbito del derecho comprado- referente a cómo celebrar tratados². En esa materia, Uruguay no puede ser ajeno a la existencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969³, de la cual forma Parte. No obstante, gran parte de sus disposiciones se han transformado en normas consuetudinarias debido al accionar y desarrollo de esta práctica que los Estados dan obligatoriedad por su simple reiteración en su aplicación. Es ya conocido que varias de sus normas han sido declaradas costumbre por la Corte Internacional de Justicia. Ejemplo de ello son la *buena fe* en el cumplimiento de las obligaciones, *la no invocación del ordenamiento interno como excusa para incumplir una obligación internacional*, etc.

Toda vez que el Gobierno quiere celebrar un tratado debe ajustar su conducta a las normas básicas de aquella convención. Un aspecto importante en esta materia es la estricta coordinación entre la aplicación de esta norma internacional y las disposiciones del orden constitucional del Estado. A efectos de evitar colisiones y eventuales responsabilidades en el plano internacional⁴. Esa coordinación se extrae del juego articulado de los Art.46 de la CVDT de 1969 y los Artículos 85 N°7 y 168 N°20 de la Constitución Nacional.

Esto significa que el Art.168 N°20 otorga la competencia al Poder Ejecutivo para concluir, celebrar y ratificar los Tratados que decida negociar. En ese sentido, una vez que el Estado uruguayo ha celebrado un tratado –y firmado⁵- debe proceder a dar cumplimiento al tracto sucesivo referente a su derecho interno. Esto significa que ese tratado debe pasar por el control parlamentario a efectos

² Eso también implica conocer otros aspectos de la regulación internacional como el derecho aplicable, por ejemplo.

³ Aprobada por Ley 15.195 el 19/10/1981, disponible en <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp143708.htm>, consultada el 30/08/2019.

⁴ Al margen de problemas jurídicos de orden doméstico como bien puede ser el trato diferenciado del Estado a los inversores extranjeros por oposición a los inversores locales. Especialmente con los regímenes impositivos o tributarios.

⁵ Ver al respecto el Artículo 11 de la C.V.D.T. de 1969.

de analizar su aprobación. Así dispone el Artículo 85 N°7 de la Constitución Nacional:

Decretar la guerra y aprobar o reprobado por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.

Estas dos disposiciones se deben coordinar con lo previsto en el Artículo 46 de la CVDT de 1969 sobre “*Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados*” que dispone:

El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Esta disposición claramente refiere a que se haya omitido en el proceso de concreción del tratado (celebración, firma, ratificación) la voluntad del Poder Ejecutivo. Un ejemplo sería si el Poder Legislativo se otorgara para sí esa competencia en clara violación del derecho interno uruguayo (la Constitución).

Esto significa que el constituyente previó la forma en que el Estado uruguayo se puede obligar internacionalmente y facultó a dos de sus Poderes con diversa competencia en materia de celebración de tratados; que una vez cumplidos facultan al Estado a exigir y serle exigible el tratado, siempre y cuando se encuentre vigente⁶.

Este proceso interno tiene suma importancia. *En primer lugar*, el Estado debe observar tal procedimiento para no vulnerar su norma constitucional. *En segundo lugar*, se posibilita el control por parte del órgano plenario y más representativo de la sociedad a la hora de considerar las ventajas y desventajas de obligarse por un tratado internacional. *En tercer lugar*, supone cierto control de

⁶ Salvo lo dispuesto en el Artículo 11 de la CVDT de 1969 referentes a la etapa previa de vigencia del Tratado referente a la no vulneración del objeto y fin del tratado.

coherencia entre las actividades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial que le indican que acciones tomar, a efectos de no vulnerar el tratado, so pena de hacer responsable al Estado a nivel internacional.

Esto hace pensar que una vez vigente el Tratado el Poder Ejecutivo debe evitar la adopción de Decretos que afecten al Tratado, el Poder Legislativo ser cuidadoso de las leyes que sanciona y el Poder Judicial observar la estricta aplicación de los Tratados internacionales, sin excusas en su derecho interno⁷, al momento de dictar una sentencia. Así lo dispone la CVDT en su Artículo 27:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Además, esta norma es parte de la llamada costumbre internacional o incluso hay quienes la elevan al rango de ser un principio general de derecho, ya confirmada en numerosos fallos por la Corte Internacional de Justicia. Expresa en ese sentido De La Guardia (1997: 196):

Principio que poseía ya un fuerte reconocimiento doctrinario y jurisprudencial: “Ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico internacional invocando su derecho interno” (Verdross, p.66). Así, en el caso de las “Zonas Francas” (CPJI...): Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales”. “Esto vale incluso para las leyes constitucionales opuestas al derecho internacional” (...). Igualmente las sentencias arbitrales en los asuntos “Montijo” (... 1875) y “Georges Pinson” (...), y la CPJI en el caso de los “Nacionales polacos en Danzig” (...): “Un Estado no puede invocar contra otro su propia constitución con miras a evadir obligaciones que le incumben por el derecho internacional”.

⁷ Y aquí no cabe diferenciar el tipo de normas dado que el término “derecho interno” abarca todas las normas desde la Constitución hacia abajo.

Asimismo, el principio de buena fe⁸ y seguridad jurídica⁹ son normas –ya reconocidas– que aplican al caso, dado que el Estado debe respetar ambos como ente soberano que es, a fin de no incurrir en responsabilidad internacional.

3. Marco de actuación de los inversores extranjeros: los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII o TBI).

Durante muchos años los inversores extranjeros que visitaban un país subdesarrollado o en vías de desarrollo –a efectos de articular sus negocios– se enfrentaban a la disyuntiva de si ante un eventual litigio con el Estado receptor de la inversión debían o no someterse a los tribunales domésticos de aquel. Durante el desarrollo de este paradigma los inversores extranjeros sentían que sus derechos e intereses no eran considerados plenamente y la desconfianza ante los tribunales locales llevó a que la dinámica del Derecho internacional reaccionara equilibrando la balanza de alguna manera. Claramente, el principio de la inmunidad de jurisdicción y ejecución no aplica a los particulares extranjeros.

La reacción posterior se manifestó en una especie de tensión entre los países desarrollados y no desarrollados. Los primeros porque exportaban capitales y los segundos porque eran receptores de ellos. Entonces, comienza a desarrollarse la mecánica de suscribir acuerdos de inversión entre estos Estados donde la principal ventaja se representa para los inversores quienes se ven beneficiados por las diversas cláusulas, estándares de tratamiento justo y equitativo, tribunales arbitrales internacionales donde plantear sus reclamos, etc.

Esto significó que las relaciones básicas entre Estado-inversor (un mínimo normativo) queda anclado en un tratado Estado-Estado donde se beneficia al inversor y su principal ventaja es que en caso de conflicto con el Estado receptor su reclamo no lo va a plantear ante la jurisdicción doméstica de aquel sino ante un tribunal arbitral foráneo especializado, en la materia de inversiones y comercio, en su idioma y bajo sus reglas. Por lo que hay un mínimo estandarizado de

⁸ La llamada Pacta Sunt Servanda del Art. 26 de la CVDT también ya existente con anterioridad, sea como costumbre o principio general de derecho (De la Guardia, 1997, p.193).

⁹ Así se expresó, por ejemplo en el caso Usine de Chorzow 1928 Série A n°17 p.30 CPJI, Zones francés Série A n°24 p.12 CIJ, Pêcheries norvégiennes 1951 p.142 CIJ, Essai nucléaires Rec. 1974 p.268, Actions armées Rec. 1988 p.105, en Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet (1999: 349).

normas que benefician al inversor, al margen de otros acuerdos entre inversores y Estado directamente (como un contrato por ejemplo). Ejemplo de esto es el Tratado entre la Confederación Suiza y Uruguay en materia de promoción de inversiones y luego los diversos acuerdos entre Uruguay y el inversor Philips Morris quien se prevalece de ese acuerdo bilateral entre Estados.

Ese es un primer aspecto donde los inversores encuentran un respaldo a su actuación y un paraguas protector (*“the umbrella clause”*). Sin embargo, los inversores pueden -y así sucede- celebrar acuerdos directamente con el Gobierno (dependiendo la Cartera Ministerial) para obtener condiciones más específicas, ejemplo de ello es el reciente acuerdo entre UPM-Uruguay para la instalación de la segunda planta de celulosa donde aquella obtiene la construcción de un ferrocarril desde el Departamento de Tacuarembó (Ciudad de Paso de los Toros) al Puerto de Montevideo con apoyo del Gobierno uruguayo más varias cláusulas que condicionan la inversión. Este acuerdo específico queda anclado bajo el paraguas del Tratado bilateral de inversiones entre Uruguay y Finlandia¹⁰.

Por otro lado, lo interesante de esta mecánica es que estos contratos entre el inversor y el Estado no tienen un debido control -parlamentario- como si lo tienen los Tratados. Está claro que la necesidad de acuerdos entre inversores y Estado no se hace imperativo cuando ya existe un tratado bilateral de inversiones. Sin embargo, en estos contratos se suelen regular aspectos más concretos, aunque terminan sobrepasando los lineamientos generales del acuerdo bilateral.

No debe olvidarse que las Cámaras pueden aprobar o desaprobar un contrato internacional celebrado entre Estados, pero este no es el caso ya que se trata de un contrato entre una persona jurídica extranjera y el Estado. Situación no prevista en el ordenamiento constitucional.

Esto es importante ya que el Estado asume dos clases de obligaciones internacionales. Una proveniente del Tratado bilateral y otra proveniente del contrato con el inversor. Una de esas normas pasa por el control parlamentario, pero no así la otra. Ante lo cual, en los hechos se produce una omisión de control por una vía oblicua al tratado. Esta situación implica analizar si no hay una proble-

¹⁰ Ley 17.759, disponible en <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp8677820.htm>, consultado por 30/08/2019.

ma a ser resuelto dado no hay control de constitucionalidad de esos contratos. Ahora, el problema es aún mayor cuando el gobierno que representa al Estado firma esos contratos, dado que le es aplicable la doctrina del *estoppel*, con lo cual su responsabilidad se acrecienta.

4. Breve análisis del Contrato UPM-Uruguay y su relación con el AII de Finlandia.

Por Ley N° 17.759 se aprobó el acuerdo de inversiones entre Uruguay y Finlandia, a fin de propiciar condiciones justas y equitativas entre los nacionales inversores de cada Estado en el territorio de la otra Parte. Esto significa que Uruguay debe garantizar esas condiciones a los inversores de nacionalidad finlandesa en el territorio oriental y viceversa. Nótese que se trata de un acuerdo marco y no de actividades concretas. Si se analiza el convenio –en términos generales- es el típico tratado modelo donde se prevén condiciones para ambos inversores bajo cláusulas como el trato justo y equitativo, facilidades para adquirir todo tipo de bienes, acciones y derechos, no imposición de medidas discriminatorias, justa compensación por expropiación, etc.

Asimismo, en caso de controversias entre los inversores de una Parte y el Estado donde se promueve la inversión se ha pactado que “*a criterio del inversor*” este podrá recurrir al CIADI o a un Tribunal Arbitral Ad hoc bajo las reglas de la UNCITRAL. Al margen de que el Artículo 9 2.a del Acuerdo Bilateral de Inversiones permite que el inversor plantee su reclamo ante la jurisdicción local, algo que claramente no sucede –en la práctica- en estas relaciones inversor extranjero-Estado. Difícilmente el inversor extranjero se someta a la jurisdicción local donde probablemente le apliquen el derecho domestico con exclusividad.

Por otro lado, el Artículo 12 del AII prevé la existencia de “*otras normas*”. Esas normas son los acuerdos posteriores que favorezcan de mejor manera a los inversores extranjeros frente al Estado donde se hace la inversión. En el caso de análisis es el contrato entre UPM y el Gobierno uruguayo para la concreta realización de la segunda Planta de Celulosa. Esto significa que si se pactaron mejores condiciones para el inversor finlandés, el Estado uruguayo debe garantizar esas condiciones. Así dispone el Artículo 12:

Si las disposiciones legales de cualquiera de las Partes Contratantes u obligaciones que emanan del derecho internacional, existentes a la fecha o a ser establecida en el futuro entre las Partes Contratantes, además del presente acuerdo contienen una norma, ya sea general o específica¹¹, facultando a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante a recibir un tratamiento más favorable que el previsto por este Acuerdo; esas disposiciones, en cuanto resulten más favorables para el inversor prevalecerán sobre este Acuerdo¹².

Ahora bien, no deja de ser interesante que el AII ya prevea condiciones “estándar” para los inversores extranjeros que fueron aprobadas por el Poder Legislativo con su debido control de constitucionalidad y legalidad (en términos generales) pero que el contrato específico que puede ampliar ese margen de condiciones favorables para el inversor no pase por el mismo control, por ausencia expresa de norma constitucional. Y el problema se hace patente cuando ese acuerdo entre inversor y Estado afecta o puede afectar aspectos claves de la legislación interna o imponer condiciones al Estado sumamente onerosas y que de no cumplirlas lo hacen pasible de un reclamo internacional o al menos puede dejarlo expuesto a un juicio internacional.

De alguna manera estos acuerdos privados “sin control de legalidad y constitucionalidad” son una vía oblicua para obligarse el Estado sin demasiados controles de conveniencia y legitimidad. Sobre todo si se tiene en cuenta que no hay un claro control a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo; quizás el Tribunal de Cuentas podría intervenir a la hora de aprobar gastos; aunque son aspectos que se desconocen.

En ese sentido, lo que el Poder Ejecutivo acuerda con una potencia extranjera y que queda bajo el control del Parlamento posteriormente puede ser vulnerado por el mismo Poder Ejecutivo al celebrar un contrato detallando otras condiciones más gravosas, pero sin la anuencia del Parlamento; y con la particularidad de que el Estado puede verse responsabilizado internacionalmente.

¹¹ En el caso de estudio –UPM- puede leerse Contrato de Inversión y Contrato Complementario.

¹² Esto significa que los contratos –sin control parlamentario- pueden ir más allá de lo establecido en los tratados.

4.1. El contrato UPM-Gobierno uruguayo.

El contrato se celebró el 7/11/2017¹³ entre el inversor finlandés y Uruguay amparado por el AII ya mencionado *ut supra*, donde se brinda los estándares principales de protección a la inversión. Posteriormente, se celebró un contrato complementario el 15/07/2019, de acuerdo al Anexo 3 de aquel contrato. Estos instrumentos constituyen “*prima facie*” el derecho aplicable entre las Partes.

En cuanto a las disposiciones del contrato, el preámbulo –por ejemplo- en el punto 1.1 plantea algunas incongruencias desde el plano constitucional. Se expresa en ese punto “*La estrategia nacional de desarrollo de ROU que promueve un desarrollo económico productivo e innovador, con sustentabilidad, equidad social y equilibrio ambiental y territorial*”.

Véase que la Constitución Nacional, sobre este punto, consagra lo siguiente en el Art.47:

La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

En este sentido, el agua es uno de los recursos naturales que se pueden ver afectados por la eventual planta de celulosa. Sobre este punto la Constitución es clara en lo que al agua refiere “*Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas*” (artículo 47 1. b).

Parecería que en este punto del contrato el Estado uruguayo debería haber instrumentado algún mecanismo de control del impacto ambiental con participación de la sociedad civil, sobre todo por la eventual afectación que pudiese haber sobre el ciclo de agua que incluye aguas subterráneas, acuíferos, ríos, arroyos, lagunas, etc. Lo mismo podría decirse sobre el aspecto forestal que es el

¹³ Este contrato se hizo en el marco del Decreto 477/008 que reglamenta la Ley 16.906 que facilita un marco de negociación y requisitos de eventuales contratos entre el Estado e inversores que han obtenido la declaración a la que refiera la Ley. Ver Decreto en <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/477-2008>.

insumo básico para este emprendimiento. Por lo menos se pudo haber previsto una cláusula que advierta al inversor que la inversión puede verse condicionada por las normas ambientales y que tal aspecto no apareja responsabilidad para el Estado.

Ejemplo de esto es el apartado 2.3.8 del Acuerdo del 7/11/2017¹⁴ donde se prevé “*El Proyecto UPM también contempla el compromiso de las Partes de cooperar en la mejora de la calidad del agua de la cuenca del Río Negro*”. Sin embargo, no se ha previsto ni instrumentado mecanismo alguno de participación de la sociedad civil, lo cual constituye un mandato constitucional.

Al margen de ello, no es obstáculo para que las autoridades ambientales de Uruguay instrumenten medidas para la intervención de la sociedad civil en la administración y gestión del recurso fluvial. La ley 16.466 instruye sobre el mecanismo de participación en proyectos que afecten al medioambiente, al menos para tener una instancia de consulta, dependiendo de la clasificación de los proyectos. Es claro que el porte de la operación amerita la participación del público y las instancias de audiencias públicas, desconocidas hasta el momento en este caso.

En relación a lo anterior, es interesante que el contrato complementario contradice el compromiso de mejorar la calidad de las aguas. La cláusula 6.1 expresa:

En los términos de la Cláusula 3.7.2 del Contrato de Inversión, ROU hará que se establezca un flujo mínimo en el Río Negro aguas abajo de la Presa de Rincón del Bonete, de acuerdo a los lineamientos ambientales fijados por el Poder Ejecutivo y las resultancias del Estudio de Impacto Ambiental de la Planta de Celulosa, *no estando obligada UPM a realizar ninguna compensación por dicho flujo mínimo*.

Es claro que UPM no asume ninguna obligación de garantizar la calidad de las aguas (como su caudal mínimo).

En cuanto a las operaciones forestales y su impacto ambiental, no hay salvaguardas; así expresa el acuerdo de inversión o contrato de inversión en su punto

¹⁴ Decreto 477/008 que reglamenta la Ley 16.906 respecto del presente proyecto.

2.2.1 b “la adquisición o arrendamiento de la tierra para la plantación, cosecha, producción y comercialización de productos de madera, en particular, para el suministro de las plantas de celulosa”. En ningún momento se prevé un plan de reforestación o atenuación de los efectos negativos que deja la plantación de eucalipto, no solo por el agua que consume sino por el estado de infertilidad en que deja la tierra una vez realizada la deforestación. Tampoco se prevén principios aplicables en materia de forestación acorde a estándares internacionales ambientales.

El punto 2.5.3 habla de contrato (bien definido por sus derechos y obligaciones). Sin embargo, es de destacar que es un contrasentido lo siguiente “*Con este Contrato UPM busca definir acciones de desarrollo de infraestructura y otros pre-requisitos en Uruguay que son requeridos para apoyar una posible inversión de una planta de celulosa*”. Esta cláusula habla de posible inversión cuando del acápite del contrato surge que ambas Partes han arribado a un contrato de inversión. Esta llamativa incongruencia es acentuada en el contrato complementario donde en definitiva queda claro que hay un contrato entre las Partes y no una posible inversión¹⁵.

En el apartado de Antecedentes se expresa:

1.1. Con fecha 7 de noviembre de 2017 la República Oriental del Uruguay y UPM Pulp Oy, **celebraron un Contrato de Inversión** en el marco del Decreto N° 477/008, de 7 de octubre de 2008, reglamentario de la Ley N° 16.906, de Promoción y Protección de Inversiones, de 7 de enero de 1998.

Por otra parte, UPM asume la obligación de compensar la mejora de la calidad de las aguas, no usa la expresión o el estándar de precaución o prevención utilizada en la normativa internacional medioambiental como la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 1997, cuyas normas son parte del ordenamiento jurídico uruguayo. Esa compensación supone una desmejora de la calidad de las aguas ya contemplada por lo que una actividad de esta magnitud apareja, lo que

¹⁵ Lo que claramente no puede ser lo mismo desde lo semántico hasta los efectos jurídicos que ello implica.

vuelve a cuestionar la falta de participación de la ciudadanía exigida constitucionalmente.

Además, UPM al no asumir compromiso alguno, según el contrato complementario, estaría haciendo que Uruguay vulnere algunos principios contenidos en aquella convención de 1997 tales como la *obligación de no causar daños sensibles, obligación de cooperar*, etc. Esos principios no solo son aplicables al Estado sino a particulares, pero esta cuestión debe estar garantizada en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Otro aspecto relevante del contrato es la construcción del tren para las operaciones de UPM, obligación que asume el Estado uruguayo. Asimismo, hasta tanto no se construya el tren UPM no invierte, pero sino invierte no indemniza al Estado uruguayo por la inversión en que haya incurrido por las obras de construcción. Esta obligación –como tantas otras- parece ser divisible en el contrato. Bastante llamativa esta modalidad. Y sobre todo el hecho de que queda sujeto –El Estado- a la realización del tren frente a UPM (pero eso no implica que UPM invierta). Vinculado a este punto si UPM no obtuviera la licitación para el tren tiene la potestad de alterar las condiciones aunque sea un tercero el que intervenga en la realización de la obra 3.3.6. Es nuevamente llamativo que “*a third party*” intervenga en un contrato donde participa el Estado y otra empresa. Aspecto que vulnera el ordenamiento doméstico dado que los contratos solo obligan a quienes lo suscribieron (principio general de derecho).

Otro aspecto relevante de la operativa es el Proyecto portuario. A total y exclusivo beneficio de UPM. El Estado se compromete a realizar el dragado correspondiente en el Río de la Plata y su tramo a la terminal portuaria construida. Es de mencionar que la ANP asume bajo “su costo” el dragado.

En materia laboral UPM condiciona su decisión final de inversión a que los acuerdos laborales sean de su agrado 3.6 c). Este aspecto es sumamente bisagra en el contrato. En caso de conflictos laborales las Partes (MTSS, UPM y el PIT-CNT) se comprometen a obtener una “*implementación de Procedimientos de Prevención y Solución de Conflictos, así como la regulación de Piquetes y Ocupaciones*”.

No solo es claro que no se utilizarán los mecanismos ya existentes en el ordenamiento jurídico uruguayo sino que UPM “*deja expresa constancia que si el resultado de las negociaciones en ese ámbito no fuera plenamente satisfactorio a los requisitos del Proyecto de UPM, podrá constituir una causal para que UPM no tome una Decisión Final de Inversión positiva*”. Una vez más la decisión de invertir de la empresa extranjera queda en su libre arbitrio y decisión unilateral. Es raro ver que un contrato quede al libre arbitrio de una sola de las Partes, al menos no es nada común está operativa jurídica. Salvo que del otro lado un Estado abdique totalmente de su soberanía.

La cláusula 3.7 es la que más infringe la Constitución, en especial, porque no respeta la política de recursos nacionales hídricos. El contrato expresa que Uruguay se compromete “*a la concesión de derechos de uso del agua para los procesos industriales asociados al Proyecto de Planta de Celulosa*” y lo mismo (aunque sin especificar las acciones que tomará) con respecto a que la “ROU hará que se establezca un flujo mínimo en el Río Negro aguas debajo de la Represa del Rincón del Bonete de acuerdo a los lineamientos ambientales fijados por el Poder Ejecutivo y las resultancias del Estudio de Impacto Ambiental de la Planta de Celulosa, no estando obligada UPM a realizar ninguna compensación por dicho flujo mínimo”.

Al respecto, la Constitución en su Artículo 47 expresa que:

“la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil, participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas”.

Lo que es un mandato constitucional el Estado uruguayo lo ha violentado por vía indirecta al “garantizar” la concesión del uso de aguas para la empresa UPM sin previo cumplimiento de la normativa constitucional. Esto supone el incumplimiento de varios principios a nivel nacional e internacional en lo que se puede denominar una serie de normas que se han integrado al llamado control de convencionalidad en materia ambiental como el acceso a la justicia, el acceso

a la información, el respeto al principio de que el contaminador paga, mecanismo de consulta¹⁶, etc.

Luego aparecen las cláusulas que hablan de las condiciones necesarias para que UPM adopte una decisión final de inversión (en adelante DFI). Todo el contrato se supedita a la voluntad de UPM, en claro detrimento de la soberanía del Estado (ver cláusula 4.1). También véase la cláusula 4.3, donde hay una libertad absoluta de UPM a no invertir aun así se de cumplimiento a las condiciones necesarias. La disposición establece “*Las Partes reconocen y acuerdan que la Decisión Final de Inversión de UPM sobre si procede o no con el Proyecto de Planta de Celulosa quedará sujeta a la sola discreción de UPM, aun cuando cada una de las Condiciones Necesarias hayan sido satisfechas y el Contrato Complementario haya sido suscrito*”.

Esta cláusula tira por tierra las anteriores y hace expresa una condición totalmente ajena a la *Lex Mercatoria* internacional o la práctica comercial mundial: que una sola de las Partes decida si ejecuta el contrato pese al estricto cumplimiento de la otra. Nuevamente, bajo la operativa y práctica internacional este tipo de cláusulas no es habitual.

Luego viene una serie de irregularidades desde la hermenéutica jurídica y la congruencia más simplista que es la Cláusula 4.5. Véase que “*Ninguna de las Partes incurrirá en responsabilidad alguna de cualquier naturaleza bajo o en relación con este Contrato antes de la Fecha DFI* (inclusive con respecto a cualquier incumplimiento de obligaciones)”. Esta cláusula es bastante perpleja desde que si se lee el contrato hay una serie de obligaciones previas antes de que UPM otorgue su decisión final de inversión. Pero si Uruguay no cumple con ellas UPM no invierte pero si incumple no es responsable. Así lo expresa la cláusula 8.3 que expresa:

Cualquier terminación de este Contrato (inclusive bajo la cláusula 8.2) hará caer todas las obligaciones y compromisos asumidos en el presente por ambas Partes y ninguna de las Partes incurrirá en responsabilidad alguna de cualquier

¹⁶ El reciente acuerdo de Escazú es bastante moderno en este sentido y algunas sentencias de la Corte Interamericana en este sentido son muy ilustrativas al respecto.

naturaleza con respecto a cualquier terminación de este Contrato antes de una Decisión Final de Inversión positiva.

Es atinado expresar a estas alturas que estas cláusulas no son nada corrientes o comunes en la práctica contractual internacional. Y que no reflejan los principios en materia contractual internacional que más adelante se expondrán. Al margen de que en caso de controversia se plantea una serie de problemas donde se hace necesarios tener reglas claras; y seguramente estos dos contratos no son punto de referencia para solucionarlos.

Por otro lado, se establece que la ley aplicable es la uruguaya a todos sus efectos, pero se limita exclusivamente al contrato y sus anexos y adendas. En ese sentido, estipula qué aspectos abarca como la “*validez, redacción, interpretación, integración, ejecución y cumplimiento*”. Al igual que la cláusula de solución de controversias donde se pacta el arbitraje bajo la regla CIADI, donde Uruguay puede recibir demandas por las diversas partes del proyecto ver 11.2 C. En ese sentido, es probable que se apliquen parámetros que se manejan en esas jurisdiccionales, distantes del foro doméstico dado que se aplica no solo el derecho del Estado donde se invierte sino una serie de normas internacionales que los contratos no reflejan.

Sin embargo, el contrato complementario cambia esas reglas dado que indica -en forma genérica- que el contrato se basará en:

“las disposiciones contenidas en el Contrato de Inversión, el presente Contrato Complementario, sus Anexos y sus adendas, en el Tratado Bilateral de Inversión y en el marco jurídico actualmente vigente en ROU, constituyendo estos instrumentos la base de su potencial inversión” (cláusula 17.2 del Contrato complementario¹⁷). Claramente difiere, en cuanto que exclusivamente sea el “derecho uruguayo aplicable” el único llamado a intervenir en caso de controversia. Sobre todo por lo que sigue en el párrafo siguiente.

¹⁷ Disponible en https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2019/resoluciones/07/cons_mi-n_840_anexo.pdf, consultado el 29/03/2020.

En cuanto al Arbitraje, hay una cierta imprecisión sobre el derecho aplicable dado que si la ley uruguaya es la que rige el contrato, la cláusula 11.2 literal A) daría lugar a otro entendimiento ya que expresa “*Todas las disputas se resolverán conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI y sus Reglamentos vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje*”. Si las Partes han elegido el derecho aplicable parecería que el reglamento del CIADI o de la UNCITRAL solo ofrecería aspectos procesales o procedimentales pero no otro derecho de fondo. Téngase en cuenta que se expresa “Reglas de Arbitraje del CIADI” lo que no diferencia si son netamente procesales o de fondo.

No obstante estas cláusulas, parece bastante obvio que lo no previsto por la ley uruguaya -en cuanto aplicable únicamente a esas categorías jurídicas mencionadas ut supra- sean aplicables los estándares utilizables en las controversias CIADI o UNCITRAL. Esto implica recurrir no solo al derecho de fondo seleccionado sino a la costumbre o práctica comercial, la *Lex Mercatoria*, los estándares en materia de protección de inversiones, principios UNIDROIT, etc.

Es bastante claro que la ambigüedad en la redacción de los contratos solo afecta a Uruguay dado que con su voluntad soberana contribuyó a la formación del contrato. Este contrato se integra con varios anexos, adendas y un contrato complementario, no siempre en armonía y congruencia con el contrato de inversión. Véase la interpretación de los contratos del Código Civil uruguayo Art. 1297-1307 para darse cuenta que la ley uruguaya es insuficiente para regular el contrato en cuanto a sus ambigüedades e incongruencias. Sería un contrasentido que el Estado invocara normas para lograr lo que la negociación no pudo.

4.2. Principios aplicables a los contratos internacionales: la práctica más corriente a nivel de derecho internacional comparado.

En este apartado se hace de interés exponer algunos principios, reglas, normas uniformes, guías, etc., y todo lo que tenga relación con los contratos internacionales. El objetivo es atender si tales normas (en sentido general) pueden ser convocadas y si se han tenido en cuenta a la hora de celebrar este contrato.

Con referencia al polémico contrato, resulta enteramente novedosa la cláusula 4.2.2.2¹⁸ que deja a UPM una carta en blanco de poder terminar el contrato “por razones de conveniencia y a su entera discreción”.

En razón de ello habrá que analizarse si este tipo de cláusulas es de estilo en los contratos comerciales internacionales. A tales efectos, la búsqueda de normas que rijan estas cláusulas debe buscarse en principios o reglas comerciales habituales e invocadas en la contratación internacional y en los casos de arbitrajes internacionales.

En ese sentido, los principios UNIDROIT¹⁹ -de 2016- aplicables a la contratación comercial internacional disponen ciertas reglas a ser seguidas por las Partes que celebran un contrato. Para el caso de “*right to terminate the contract*” (art. 7.3.1) el principio dispone cuándo una parte puede invocar la terminación del contrato de forma unilateral²⁰. Para ello enumera una serie de circunstancias:

(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated. (3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

¹⁸ Se aclara que el contrato complementario incluye hipótesis de incumplimientos por parte de UPM y del Estado como en las cláusulas 4.2.2.3 y 4.2.2.1, la crítica es hacia la cláusula 4.2.2.2.

¹⁹ También puede verse la “*Guide on the Law applicable to International Commercial Contracts in the Americas*” (2019).

²⁰ (1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance. (2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether.

Como puede apreciarse en estas disposiciones no figura nada similar a “razones de conveniencia y a su entera discreción” a favor de UPM como excusa para terminar el contrato.

Por otro lado, se pudo haber invocado otras alternativas en materia de terminación del contrato o que pudieran servir de solución más aceptada en derecho comparado. Los principios UNIDROIT son un reflejo de ello, así como las convenciones de México o de la Haya para la uniformidad del derecho en materia de contratación internacional.

Es por eso que pueden considerarse cláusulas aceptadas la de fuerza mayor dispuesta en los principios UNIDROIT en el Art. 7.1.7. Este principio dispone:

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract. (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

Se puede ver como esta opción plantea alternativas a la Parte que sufre una interrupción unilateral fundada en la fuerza mayor e impone ciertos requisitos a la Parte que la invoca so pena de reparar daños. Claramente, la cláusula 4.2.2.2 se aleja de esa posibilidad y solo favorece a UPM. Teniendo la libertad de invocarla dentro del año desde la DFI. Se podría imaginar la hipótesis actual del COVID-19 que bien sería considerado un caso de fuerza mayor. Eso impondría a UPM ciertos requisitos y la posibilidad de considerar temporal el incumplimiento. Sin embargo, la cláusula 4.2.2.2 le da libertad de rescindir el contrato sin requisitos, ni responsabilidad.

Otro principio de utilidad en estos casos es la llamada *hardship clause*. Esta cláusula implica “a *fundamental alteration of the equilibrium of the contract*”²¹. Esta cláusula es aplicada en casos donde una de las Partes sufre un serio desequilibrio que hace que su negocio (inversión) no sea rentable o atractivo (sea la suba intempestiva subida del dólar, por ejemplo). Para estos casos, los principios UNIDROIT prevén opciones a efectos de no dar por terminado el contrato. El Art. 6.2.3 de los principios establece algunos remedios:

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Esto significa que en un supuesto hipotético como el expresado, la Parte afectada podría pedir la renegociación del contrato para adaptarlo, por ejemplo. Con la cláusula 4.2.2.2 UPM no tiene por qué expresar que el contrato ya no le es favorable o que ha alterado su equilibrio y puede unilateralmente retirarse. Claramente, una situación de estas perjudica al Estado uruguayo.

En cuanto a estas cláusulas, cabe expresar alguna salvedad. Los principios de UNIDROIT tienen cierto ámbito de aplicación. Así lo expresan varios pasajes de sus comentarios. Se menciona lo siguiente:

²¹ Page 223 Comment, available in <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>.

The Principles may however be applied even if the contract is silent as to the applicable law. If the parties have not chosen the law governing their contract, it has to be determined on the basis of the relevant rules of private international law. In the context of international commercial arbitration such rules are very flexible, permitting arbitral tribunals to apply “the rules of law which they determine to be appropriate” (see, e.g., Article 21(1) of the 2012 Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce; Article 24(1) of the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce). Normally arbitral tribunals will apply a particular domestic law as the proper law of the contract, yet exceptionally they may resort to a national or supra-national rules such as the Principles.

Incluso se ha expresado:

The Principles may also be used to interpret and supplement domestic law. In applying a particular domestic law, courts and arbitral tribunals may be faced with doubts as to the proper solution to be adopted under that law, either because different alternatives are available or because there seem to be no specific solutions at all. Especially where the dispute relates to an international commercial contract, it may be advisable to resort to the Principles as a source of inspiration. By so doing the domestic law in question would be interpreted and supplemented in accordance with internationally accepted standards and/or the special needs of cross-border trade relationships.

Ahora bien, lo citado muestra que el derecho comparado está reflejado en estos principios²² y que actúan en caso de ausencia de un derecho aplicable seleccionado por las Partes o en caso de ayuda para la interpretación e integración. Sin embargo, las Partes en estos contratos (Uruguay y UPM) han hecho

²² La cláusula usualmente es expresada de la siguiente forma cuando las Partes no quieren aplicar un derecho nacional específico “*sometimes provide that it shall be governed by the general principles of law*”, *by the “usages and customs of international trade”*, “*by the lex mercatoria*”, etc.

mención expresa de esta cláusula 4.2.2.2 y es por tanto el derecho aplicable en caso de darse la situación ahí referida. Eso significa ¿Qué queda invalidada aquella cláusula?

No debe olvidarse que de un lado hay un Estado, ente soberano que en atribución de su soberanía, la certeza jurídica, la buena fe y el respeto a los tratados y contratos que celebra no puede invocar excusas como su ordenamiento interno, por ejemplo, para incumplirlos. Incluso también podría aplicarse la doctrina del *estoppel*. Estas últimas normas también son llamadas a intervenir cuando hay vacíos o problemas de interpretación. No solo provienen del derecho internacional privado sino del llamado derecho internacional público²³.

Finalmente, y en lo referido este punto, el principio dispuesto en el art. 3.2.7 podría resultar de interés. Expresa esta que:

(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. Article 3.2.10 (2) applies accordingly.

²³ Con ello se hace referencia a las normas de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y sus normas que han hecho costumbre internacional. También los llamados principios generales de derecho (Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) y normas provenientes de la Carta de Naciones Unidas.

Esto significa que una Parte puede invocar la rescisión del contrato si se entiende que una de las Partes tiene una excesiva ventaja. Es el caso de poder rescindir el contrato por parte de UPM sin ningún motivo y consecuencia. No obstante las causales son “*imprudencia, ignorancia, falta de habilidades en la negociación de los términos del contrato, urgencia, etc.*”. Visto esto, resulta difícil concebir que Uruguay pueda invocar este principio, teniendo en cuenta que es un Estado que contó con asesores, donde el contrato se negoció más de un año y donde se conocían las condiciones.

En cuanto al derecho aplicable, se plantea si este contrato de inversión y el complementario se rigen por la ley uruguaya. Del contrato de inversión y del complementario surgen las expresiones y disposiciones que dan a entender que sí. El art. 10 del contrato de inversión establece que el derecho aplicable es el de la ROU, al igual que prevé cuales cuestiones abarcaría. Exclusivamente al contrato y sus anexos y adendas, la “validez, redacción, interpretación, integración, ejecución y cumplimiento.

El contrato complementario expresa en la cláusula 17.2 una frase más genérica e incorpora más detalladamente los instrumentos aplicables. Expresa “*las disposiciones contenidas en el Contrato de Inversión, el presente Contrato Complementario, sus Anexos y sus adendas, en el Tratado Bilateral de Inversión y en el marco jurídico actualmente vigente en ROU, constituyendo estos instrumentos la base de su potencial inversión*”. Esta cláusula es más detallada dado que abarca algo más allá del derecho uruguayo. No es muy difícil entender que el marco jurídico actualmente vigente también incluye las normas internacionales.

Pero lejos de entrar en un debate de si el derecho uruguayo es aplicable, lo cierto es que hay otros aspectos que hacen que no lo sea, al menos no exclusivamente. Es lo expresado en los comentarios sobre la aplicabilidad de los prin-

cipios lo que genera una puerta de entrada a otra normativa que no es la nacional (aunque pueda estar contenida en ella).

Los principios y sus comentarios destacan que:

The situation is different if the parties agree to submit disputes arising from their contract to arbitration. Arbitrators are not necessarily bound by a particular domestic law. This is self-evident if they are authorised by the parties to act as amiable compositeurs or ex aequo et bono. But even in the absence of such an authorisation parties are generally permitted to choose “rules of law” other than national laws on which the arbitrators are to base their decisions (see in particular Article 28(1) of the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; see also Article 42(1) of the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID Convention)).

Esto implica que por más que las Partes hayan elegido un derecho nacional que regule su contrato (es el caso de estudio) si han pactado el arbitraje los decidores no se ven obligados a aplicar únicamente el derecho doméstico. Vale recordar que la cláusula de solución de controversias es el arbitraje como se expresó ut supra.

En cuanto a este punto hay doctrinos²⁴ que entienden que el contrato es netamente regido por el Derecho doméstico. Para ello invocan el art. 2399 del Apéndice del Código Civil que expresa “*Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas del interpretación con-*

²⁴ Se puede ver la opinión de la Dra. Cecilia Fresnedo en YouTube a raíz de “Análisis del contrato complementario ROU-UPM”, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=DkDx5jD-M1AA>.

tenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889”.

5. Mecanismos de control de los contratos internacionales en Uruguay: sugerencias.

Bajo el marco jurídico uruguayo solo lo que dispone la Constitución en materia de tratados internacionales puede ser objeto de control por el Parlamento, actuando por separado cada Cámara.

No obstante, los contratos internacionales celebrados con particulares carecen de este control y claramente el análisis constitucional, legal y convencional no se hace. Esto priva de calidad al acuerdo en estudio dado que no hay un mecanismo de control semejante al de los tratados. Por lo tanto, el examen de constitucionalidad no puede realizarse y por ejemplo, en materia ambiental el contrato no tiene salvaguardas expresamente contempladas en la constitución.

Lo mismo puede decirse del control de convencionalidad, no entendido en materia de derechos humanos únicamente, sino de ciertas reglas contenidas en tratados marco de los cuales se desprenden normas consuetudinarias aplicables o principios generales de derecho ya reconocidos en el derecho comparado.

Por otro lado, al no disponerse de mecanismos similares a los del tratado, cabe preguntarse cómo podría efectuarse un control efectivo –que permita redactar un contrato acorde al marco jurídico nacional- de los contratos comerciales internacionales que exceden lo previsto en los AII, en los cuales aquellos se enmarcan.

Sin dudas que lo aconsejable sería una reforma constitucional que prevea la posibilidad de que haya un control legislativo que contemple estos contratos a luz del orden jurídico interno y del derecho comparado; junto a los AII o TBI que obran como marco general. No hay lógica que se controle lo más –tratados internacionales- y no lo menos –el contrato como producto- pero cuyas consecuencias pueden ser perjudiciales para los intereses del Estado.

Podría entenderse que muchas de las disposiciones son violatorias del ordenamiento nacional. Ejemplo de ello podría ser el Art. 1253 del Código Civil na-

cional donde se expresa que los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno solo de los contrayentes, en cuanto su validez y cumplimiento. Esta puerta podría invocarse a efectos de solicitar su *¿nulidad, rescisión, renegociación?* Pero quién la invocaría sin quedar expuesto a que se invoque la teoría de los actos propios o el estoppel o que nadie puede contribuir a la nulidad y luego solicitarla.

Sin olvidar que las Partes pactaron la jurisdicción arbitral donde las reglas a invocar permiten la aplicación de estos principios. Un tribunal internacional bajo reglas CIADI o UNCITRAL difícilmente pase por alto que el Estado contribuyó a la nulidad.

Como se ve el círculo se cierra en un vacío a la hora de solucionar el problema.

Conclusiones.

Luego de haberse expuesto las principales inquietudes sobre el trato que debe otorgarse a los contratos internacionales celebrados por el Estado, quedan varias dudas en cuanto a su control de constitucionalidad y convencionalidad. Sobre todo a la hora de saber cómo instrumentar una modificación de un contrato perjudicial o de intentar su rescisión, anulación sin caer en responsabilidad internacional.

Del contrato celebrado entre UPM y el Estado uruguayo no surgen más que dudas en torno a su redacción y consecuencias de una eventual controversia en su aplicación. Esto es al margen de que una vez ejecutado el contrato solo quedará en anécdota el presente trabajo sino surgen controversias.

Sin embargo, a futuro es aconsejable –dado que no todas las situaciones son iguales- mejorar esta técnica del “*contract drafting*”, a efectos de tener cláusulas estándares y que no sea un problema su ejecución. En especial porque UPM y su inversión afectan aspectos sensibles del marco jurídico uruguayo y las consecuencias sobre la economía son muy importantes. Ya se ha visto que el contrato y su complementario contemplan cláusulas que están lejos de considerarse habituales en la práctica del comercio internacional.

Eso implica no considerar de exclusividad la aplicación del derecho uruguayo a las consecuencias que deriven del incumplimiento o cualquier otra vicisitud. Las reglas inmersas en el contrato y su cláusula de solución de controversias, acorde a los principios UNIDROIT mencionados, dan claras pautas que no solo el derecho doméstico será llamado para resolver cualquier litigio entre las partes, si es que ocurriera.

Por otro lado, la cláusula 4.2.2.2 es la que más cuestionamiento puede ameritar. No es corriente que la ejecución del contrato dependa –aunque sea por un año- enteramente de uno de los contrayentes. Además, téngase en cuenta que Uruguay dispone de una serie de obligaciones en el acuerdo de inversión que son el punto de referencia –de cumplirlas- para que UPM tome una DFI. Asimismo, en caso de hacer UPM uso de esta opción no le implica que tenga que dar justificaciones ni tampoco es responsable por los costos en que haya incurrido el Estado uruguayo en el cumplimiento de las obras acordadas, por ejemplo.

Esta libertad de “salirse del contrato” bien pudo haber sido regulado bajo algunos de los principios de la UNIDROIT que significaran algunas opciones para Uruguay en caso de operar tales circunstancias que activan esas disposiciones. Tales principios son aceptados en la práctica internacional comercial.

En cuanto a la posibilidad de rencauzar el contrato o buscar alternativas para invocar los principios señalados, se hace bastante compleja dado que el Estado uruguayo estuvo trabajando suficiente tiempo como para haber procedido de otro modo o haber exigido condiciones contractuales más acorde a la dinámica comercial habitual. Este contrato deja expuesto al Estado a pérdidas inconmensurables. Luego que ello suceda o no es objeto de probabilidades más o menos ciertas, pero es claro que pueden suceder como el actual COVID-19 o la suba del dólar.

Finalmente, las normas destinadas a los recursos naturales (forestación y uso del agua) no cumplen con criterios claros y arraigados en otros tratados de los que Uruguay forma parte. Además, deja a UPM libre de responsabilidades y compromisos fehacientes. Pero lo más criticable es el no cumplimiento –hasta ahora- de las normas constitucionales que disponen la participación del público

en estos actos que pueden aparejar daños sensibles a la tierra y al agua. No hay que olvidar que la jurisprudencia de la Corte I.D.H registra casos donde los Estados han violentado normas como la obligación de informar, la obligación de participación del público, acceso a la información, etc.

6. Bibliografía.

- UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (2016), <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>
- OAS *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts* (2019). Publicado por CEDEP, Paraguay.
- Fernández Arroyo, Diego et Rivera, Julio César *Contrats et Arbitrage Á L'Ére Globale* (2011). Publicado por CEDEP.
- Moreno, J. Antonio (2016). *A arbitragem internacional e a nova lei paraguaia de contratos internacionais*. Revista N°7 Año 4 del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.
- Moreno, J. Antonio (2015). *Direito Aplicável e Arbitragem Internacional*. Editora JURUÁ.
- Glitz, Federico (2017). *Lex mercatória: ¿orden jurídico autónomo?* Revista N° 9 año 5 del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.
- Cuniberti, Gilles (2017). *Conflict of Laws: A Comparative Approach. Text and Cases*. Edward Elgar Publishing.
- Silva Alonso, Ramón (2018). *Derecho Internacional Privado. Teoría General y Parte Especial*. Editora Intercontinental.
-