

Título: Arbitrajes internacionales, servicios públicos y emergencia

Autor: Durand, Julio C.

Publicado en: LA LEY 28/08/2013, 1 - LA LEY 28/08/2013, 1 - LA LEY 2013-E, 642

Cita: TR LALEY AR/DOC/3187/2013

Sumario: 1. Introducción. 2. Los contratos administrativos para la prestación de servicios públicos y la participación de los inversores internacionales. 3. Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI). 4. La Convención de Washington y el CIADI. 5. Mecanismos de solución de controversias previstos en los TBI: el arbitraje de inversión. 6. La emergencia declarada en 2002 y las disposiciones de la Ley 25.561. 7. Los arbitrajes iniciados por inversores extranjeros en el sector de servicios públicos en la Argentina. 8. La situación actual de los arbitrajes. 9. La situación actual de los contratos. 10. La cuestión del cumplimiento y ejecución de los laudos CIADI: un interrogante pendiente.

"En atención al número de arbitrajes sin resolver, la falta de uniformidad en las decisiones existentes y la propia mecánica de aquéllos —donde el precedente tiene un peso relativo—, todavía no existe un criterio definitivo sobre el alcance de la responsabilidad internacional del Estado por estos eventos ni sobre las pautas para determinar la indemnización resultante".

I. Introducción

En el marco del proceso de privatizaciones que tuvo lugar en la Argentina en la última década del siglo XX el Estado Nacional delegó la gestión de los servicios públicos domiciliarios a empresas privadas por medio de la "concesión de servicios públicos", que históricamente ha sido una figura central en el universo de los contratos administrativos. (1)

Las privatizaciones atrajeron a numerosos inversores extranjeros —especialmente de los EE.UU., España, Francia, Italia y el Reino Unido— quienes se convirtieron en accionistas de las nuevas concesionarias.

En 2002, a diez años de iniciado aquel proceso, el país experimentó una gravísima crisis económica y social. En ese marco, el Congreso de la Nación —invocando el poder de policía de emergencia— modificó unilateralmente las concesiones, afectando de manera especial las disposiciones sobre tarifas.

El Estado dispuso simultáneamente la apertura de un proceso de renegociación de los contratos, para intentar encontrar una solución razonable, que compatibilizara los intereses de todos los actores involucrados. (2) A medida que este proceso se extendía en el tiempo sin resultados satisfactorios, los inversores extranjeros promovieron arbitrajes internacionales bajo las reglas del CIADI, invocando la violación de los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

De este modo, el problema generado por la modificación de los contratos públicos —desde la perspectiva de las empresas extranjeras que vieron afectada su inversión— ha sido sometido a la jurisdicción de tribunales arbitrales internacionales en el ámbito de CIADI.

II. Los contratos administrativos para la prestación de servicios públicos y la participación de los inversores internacionales

Entre 1990 y 1993, en el marco del proceso de "Reforma del Estado" dispuesto por la Ley 23.696, la República Argentina "privatizó" prácticamente todas las empresas comerciales e industriales en las que el Estado tenía participación. (3)

En el campo de los llamados "servicios públicos domiciliarios" o tradicionales (agua, gas natural, electricidad y telefonía), de los que se trata en este trabajo, el Estado mantuvo la titularidad de la actividad pero transfirió la gestión a empresas privadas. Para ello recurrió a procedimientos competitivos que —con sus variantes— preveían: (i) una licitación pública para adjudicar el servicio a la propuesta más conveniente (que en general incluía el pago de un precio al Estado), y (ii) la celebración de un contrato con el oferente ganador (4), donde se incluían los términos y condiciones de la relación jurídica, incluyendo las estipulaciones sobre la tarifa que el concesionario cobraría a los usuarios.

El Estado logró que participaran en estas licitaciones las principales empresas internacionales de cada rubro, quienes se presentaron, en la mayor parte de los casos, integrando consorcios junto con empresas locales, y se convirtieron en accionistas de las nuevas empresas (sociedades anónimas nacionales).

En todas estas concesiones y licencias se incluyeron referencias más o menos explícitas a la necesidad de contar con tarifas "justas y razonables" (5) que permitieran recuperar la inversión y una tasa razonable de rentabilidad (6), o directamente, garantías específicas que aseguraban una cierta tarifa en dólares. (7)

La cuestión tarifaria era esencial en el equilibrio de las licencias y concesiones, ya que el único ingreso de las empresas provenía de esa fuente, y la prestación del servicio era obligatoria.

III. Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI)

Hasta la década del 90, la actitud de la Argentina hacia el arbitraje internacional para la resolución de conflictos en los que fuese parte el Estado era muy poco entusiasta: en el contexto de la llamada "doctrina Calvo", se sostenía que los inversores de otros países debían someterse a la legislación y jurisdicción nacionales, y en particular, que debían someter sus diferencias con el Estado a los órganos judiciales permanentes del país receptor de la inversión (del mismo modo en que lo hacían los nacionales de ese mismo país).

Como parte del proceso privatizador, y seguramente con la intención de otorgar garantías adicionales a los inversores extranjeros que participaron en ese proceso, la Argentina suscribió (a partir de mayo de 1990) Tratados bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI) con 57 países.

Es difícil saber si la existencia de estos TBIs tuvo una incidencia decisiva en la realización de las inversiones extranjeras en servicios públicos. Con independencia de ello, lo importante —e indiscutible— es que el régimen jurídico emergente de los TBIs y el Convenio se aplica a las disputas generadas en el marco de las numerosas inversiones extranjeras recibidas por el país en la década del 90. La validez y vigencia de este régimen jurídico —que se mantiene hasta nuestros días— deriva de la declaración de voluntad internacional del Estado, al suscribir oportunamente los TBIs y el Convenio del CIADI, y puede considerarse ratificada por la omisión de denunciar el Convenio y los TBIs (8), a pesar de las críticas de diversos funcionarios contra el sistema. (9).

El contenido de los TBIs firmados por la Argentina difiere según los países, pero en general incluye:

a) una definición amplia de "inversión" (que es el concepto que delimita los intereses protegidos por el TBI) (10) a la que se caracteriza como "todo tipo de activo" [TBI Alemania, 1(1), "los activos tales como los bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza" [TBI Francia, 1(1), "todo tipo de haberes" [TBI España, 1(2), "todo aporte o bien invertido o reinvertido" [TBI Italia, 1(1) o, finalmente, "todo tipo de inversión" [TBI EE.UU., I(1(a)) de los nacionales de una parte en el territorio de la otra;

b) una enumeración —no taxativa— de varios ejemplos de "inversiones", entre los que se incluye a "las concesiones otorgadas por entidades de derecho público" [TBI Alemania, 1(1(e)), "las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato" [TBI Francia, 1(1(e)), y "cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato y cualquier licencia o concesión de acuerdo con las disposiciones vigentes que regulan estas actividades económicas" [TBI Italia, 1(1(f));

c) una caracterización de los "inversores", esto es, las personas físicas o jurídicas (11) legitimadas a invocar las disposiciones del TBI, que tiene un alcance ligeramente diferente en diversos tratados. Así, por ejemplo, para España son inversores "[l]as personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte" [TBI España, 1(1(b)). Por su parte otros TBIs, como el de Francia, también consideran como "inversores" a "las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas" [TBI Francia, 1((c));

d) una serie de compromisos y standards de protección, entre los que destacamos los siguientes:

d.1) el compromiso del Estado de abstenerse de expropiar o nacionalizar la inversión, o someterla a medidas de resultado equivalente, excepto que ello obedezca a razones de utilidad pública [o de "seguridad o interés nacional", conf. TBI EE.UU., 5(b), o "imperativo de utilidad pública y social", TBI China, 4(a)], y que se otorgue a cambio una compensación "pronta, adecuada y efectiva", en condiciones no discriminatorias [TBI Reino Unido, 5(1; TBI España, V; TBI Francia, 5(2; TBI Rusia, 6, etc.);

d.2) el compromiso de brindar a la inversión un "trato justo y equitativo" [fair and equitable treatment, conf. TBI Francia, 3; TBI España, IV; TBI China, 3(1; TBI Chile, 2(1);

d.3) el compromiso de brindar "protección y plena seguridad" (full protection and security) a la inversión (TBI Francia, 5, TBI España III; TBI Chile, 4(1. En algunos tratados este compromiso figura como un único standard junto al anterior, y en otros aparece como una protección diferente;

d.4) el compromiso de no tratar al inversor extranjero en condiciones menos favorables que aquellas que se conceden a los inversores nacionales [national treatment, conf. TBI Alemania, 3(1; TBI Francia, 4; TBI Italia, 3(1; TBI Chile, 3; TBI EE.UU., II)];

d.5) una garantía que asegura la libre transferencia de las rentas y ganancias, así como de otros pagos relacionados con las inversiones, "conforme con los procedimientos previstos por la legislación del país" (TBI Francia, 6; TBI España, VI; TBI Chile, 5; TBI Reino Unido, 6; TBI China, 5);

d.6) una cláusula existente en la mayor parte de los TBIs (denominada umbrella clause) que extiende la protección del tratado a las estipulaciones favorables incluidas en otros compromisos internacionales, o en acuerdos regidos por la ley local (por ejemplo, los Contratos de Concesión) (12);

d.7) una "cláusula de nación más favorecida" (CNMF), tal como la que se incluye en el art. IV(2 del TBI España, el art. 4º del TBI India, el art. 3(2 del TBI China, el art. 3.1 del TBI Chile, o el art. 3º del TBI Reino Unido, según la cual el Estado se compromete extender a los inversores de la Parte las condiciones de trato más favorables acordadas a los inversores de cualquier otro Estado.

IV. La Convención de Washington y el CIADI

A tono con el cambio de posición sobre el acceso a las instancias arbitrales internacionales para la solución de diferencias entre los inversores y la Argentina, en esa misma época nuestro país aprobó también el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington (EE.UU.) el 18.03.65 (en adelante, el Convenio del CIADI). (13)

Este Convenio creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, o ICSID según su abreviatura en Inglés) dentro de la estructura del Banco Mundial (cuyo Presidente es a la vez Presidente del CIADI).

El CIADI no es un tribunal, sino una entidad que provee un marco institucional a los tribunales arbitrales que en cada caso se constituyen para resolver las disputas.

V. Mecanismos de solución de controversias previstos en los TBI: el arbitraje de inversión

En rigor, puede decirse que los TBIs no expandieron significativamente los derechos sustanciales de los inversores extranjeros, ya que la Constitución Nacional y las leyes del Congreso garantizan adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los contratos (incluso aquellos de Derecho Público) así como el respeto del equilibrio económico-financiero, que en definitiva integra el derecho de propiedad del inversor. (14) La novedad más importante, y posiblemente la más apreciada por el inversor, es la habilitación de una jurisdicción arbitral internacional para resolver las eventuales disputas que pudieran suscitarse entre los inversores extranjeros y la Argentina. (15)

Como un resabio atenuado de la doctrina Calvo, en los primeros nueve tratados se exigió que antes de iniciar el arbitraje internacional el inversor debía demandar al Estado argentino ante los tribunales nacionales [por ejemplo, TBI España, X (2, TBI Alemania, 10(2), y recién transcurrido un cierto plazo (en el caso del TBI España, 18 meses desde el inicio de esa demanda)

quedaba habilitada la vía internacional, siempre que la controversia no estuviera resuelta para esa fecha. La exigüidad del plazo hace prácticamente imposible suponer que la cuestión será definitivamente decidida en tan poco tiempo, y lo cierto es que el requisito fue soslayado por varios tribunales del CIADI recurriendo a la "cláusula de nación más favorecida". (16) A pesar de ello, una reciente jurisprudencia parece exhibir un criterio más restrictivo. (17)

Como explica Tawil, a partir del TBI celebrado con Francia en 1991 se eliminó este requisito, y en la mayoría de los tratados subsiguientes se previó —luego de un plazo inicial para negociar de buena fe una solución— la opción para el inversor entre un arbitraje bajo las reglas del CIADI, o la constitución de un tribunal ad hoc que habitualmente actúa bajo las reglas de CNUDMI (o UNCITRAL, tal su sigla en Inglés). (18)

Los arbitrajes promovidos al amparo de los TBIs (o del capítulo sobre inversión de un acuerdo de libre comercio) se denominan "arbitrajes de inversión" y —como indica Cremades— "difieren en importantes aspectos del arbitraje comercial internacional entre partes privadas", entre otros aspectos, en que (i) "los derechos sustantivos del inversor se derivan de un tratado entre el Estado nacional del inversor y el Estado en donde se lleva a cabo la inversión (conocido como el Estado anfitrión)", (ii) en virtud del contexto, "el derecho internacional público [penetra] en el arbitraje de inversión, haciéndolo doctrinalmente distinto del arbitraje comercial internacional en muchos aspectos importantes; (iii) se aplican las reglas sobre responsabilidad internacional del Estado (por ejemplo, para hacer responsable al Estado por los actos de sus divisiones políticas internas, e impedirle invocar las normas de su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional) y (iv) el consentimiento del Estado para someter la controversia a arbitraje no surge de una cláusula arbitral sino de la oferta anticipada realizada en el TBI, y el del inversor resulta de la iniciación del arbitraje en cuestión". (19)

VI. La emergencia declarada en 2002 y las disposiciones de la Ley 25.561

La Ley 25.561, de febrero de 2002, al tiempo que derogó el sistema de convertibilidad 1:1 entre el peso y el dólar estadounidense (20), dejó sin efecto todas las previsiones sobre tarifas en dólares (afectando a aquellos contratos que incluían esta garantía), y dispuso para todos los contratos públicos (tuviesen o no tarifas en dólares) el "congelamiento" de las tarifas en el valor nominal en pesos que tenían al momento de la sanción de la ley. (21)

Al mismo tiempo, prohibió a los concesionarios y licenciatariaos alterar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo (22), y finalmente —asumiendo que esta solución no podía mantenerse sine die— dispuso "autorizar" al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos afectados por estas medidas. (23)

En síntesis, en el contexto de una gravísima crisis, y con invocación del "poder de policía de emergencia", la ley del Congreso alteró unilateralmente las condiciones de la relación jurídica establecida entre los concesionarios y el Estado para evitar un aumento de tarifas.

Esta decisión provocó —casi inmediatamente— que las tarifas "congeladas" y "pesificadas" resultaran insuficientes para afrontar el incremento de costos locales, y —en la mayoría de los casos— el repago de las obligaciones financieras constituidas en moneda extranjera, emergentes de los créditos que los concesionarios habían tomado para realizar las inversiones iniciales necesarias para la actualización y/o expansión del servicio público. (24)

Como único remedio frente a estas drásticas alteraciones, el Estado propuso la apertura de una "renegociación", cuyo plazo inicial se previó en 120 días pero finalmente se extendió por varios años sin arribar a un resultado exitoso.

En cuanto hace al objeto de este trabajo, lo relevante es destacar que para el año 2004, cuando comenzaron a firmarse los primeros acuerdos con las concesionarias locales, la mayoría de los inversores extranjeros en el sector de servicios públicos ya había decidido iniciar reclamos arbitrales ante el CIADI.

VII. Los arbitrajes iniciados por inversores extranjeros en el sector de servicios públicos en la Argentina

Veamos ahora una breve descripción de los arbitrajes, iniciados por inversores internacionales en el sector de los servicios públicos domiciliarios, como consecuencia del impacto de las medidas adoptadas por el Estado a partir de la Ley 25.561.

En rigor, hay que comenzar por recordar que cuando fue dictada esa ley de emergencia (febrero de 2002) ya existían varios arbitrajes internacionales en curso contra la Argentina, vinculados al sector de los servicios públicos.

Dos de ellos se referían a concesiones del servicio público de agua potable en las provincias, y no tuvieron —ni inicialmente, ni con posterioridad— relación con la emergencia 2001/2002: uno es el promovido por Vivendi (antes Compagnie Générale des Eaux) y su controlada Compañía de Aguas del Aconquija, esta última concesionaria del servicio de agua en la Provincia de Tucumán. El arbitraje (CIADI ARB/97/3) se inició con una solicitud de registro en diciembre de 1996, por las violaciones al TBI Francia-Argentina resultantes de la conducta de la Provincia de Tucumán, apenas iniciada la relación con el concesionario en el marco del contrato firmado en 1995 (y finalmente transferido a un organismo público en 1998). El otro es el iniciado por Azurix (CIADI ARB/01/12), accionista controlante de la concesionaria del servicio de agua potable y saneamiento en la Provincia de Buenos Aires, quien en septiembre de 2001 había solicitado el registro de una demanda arbitral en la que invocaba diversos incumplimientos en perjuicio de su inversión, por causas anteriores y ajenas a la crisis de 2001/2002.

Un tercer arbitraje se refería a una controversia relacionada con el servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica en la Provincia de Santiago del Estero (CIADI ARB/98/1).

Por otro lado, varios inversores norteamericanos, que habían iniciado demandas ante el CIADI por cuestiones vinculadas a su inversión en el sector del gas antes de la crisis y la emergencia de 2002, posteriormente ampliaron su pretensión para incorporar los reclamos emergentes de éstas. Veamos:

a) Los primeros fueron Enron Corp. y Ponderosa Assets L.P. (accionistas de TGS) quienes habían iniciado un arbitraje a comienzos de 2001 por cuestiones vinculadas a requerimientos provinciales sobre el Impuesto de Sellos (CIADI ARB/01/3). En 2003 los demandantes presentaron una "demanda adicional", que fue acumulada a la existente, de conformidad con el art. 46 de la Convención del CIADI, en la que incorporaron el reclamo emergente de las consecuencias de la Ley 25.561.

b) En julio de 2001 CMS Gas Transmission Company (accionista de TGN) había solicitado el registro de una solicitud de arbitraje, reclamando por la suspensión del mecanismo de ajuste de tarifas previsto en la Licencia (25) (CIADI ARB/01/8). En

febrero de 2002 presentó una demanda adicional, reclamando por las consecuencias de la emergencia, y el Tribunal dispuso su incorporación al mismo procedimiento.

c) En Diciembre de 2001 LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International (inversores en Distribuidora de Gas del Centro, Distribuidora de Gas Cuyana y Gas Natural BAN) también habían solicitado el registro de un arbitraje contra el Estado argentino alegando el incumplimiento de la obligación de ajustar automáticamente las tarifas (CIADI ARB/02/1), presentación que fue inmediatamente complementada a comienzos de 2002, con la denuncia de nuevos incumplimientos al TBI emergentes del dictado de la Ley 25.561.

En 2002 solicitaron el registro de su arbitraje otros dos inversores norteamericanos, las empresas Semptra (accionista de Camuzzi Gas Pampeana y Camuzzi Gas del Sur, CIADI ARB/02/16) y AES (como controlante de 6 empresas de generación y 3 distribuidoras de energía eléctrica: EDELAP, EDEN y EDES, CIADI ARB/02/17) por controversias relacionadas con la sanción de la Ley 25.561 y su efecto sobre las concesiones o licencias de servicios públicos. Finalmente, en noviembre de ese mismo año Camuzzi International S.A. inició un arbitraje (CIADI ARB /03/2) como accionista de las mismas sociedades en las que participaba Semptra, por lo que ambos procedimientos fueron unificados.

2003 fue, definitivamente, el año en el que se inició el mayor número de arbitrajes por controversias emergentes de concesiones o licencias de servicios públicos, ya que solicitaron el registro de su controversia con la Argentina las siguientes empresas:

a) Camuzzi International S.A. (CIADI ARB/03/7), en los términos del TBI celebrado entre la Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, por la inversión en TRANSPA (una concesionaria del servicio de transporte de energía eléctrica por distribución troncal), EdeA (distribución de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires) y EDESA (distribución de energía eléctrica en Entre Ríos);

b) Gas Natural SDG (CIADI ARB/03/10) por su inversión en Gas Natural BAN (distribuidora de gas) protegida por el TBI entre la Argentina y España;

d) Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Aguas de Barcelona e Interaguas (CIADI ARB/03/17) por su inversión en la empresa de agua de Santa Fe, invocando los términos de los TBI con Francia (Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez) y España (Aguas de Barcelona, Interaguas);

e) Aguas Cordobesas, Suez y Aguas de Barcelona (CIADI ARB/03/18) por su inversión en la primera, protegida por el TBI Francia (Suez) y España (Aguas de Barcelona);

f) Aguas Argentinas, Suez, Vivendi, Aguas de Barcelona (CIADI ARB/03/19) y AWG Group Ltd., por su inversión en Aguas Argentinas S.A. (concesionaria del servicio de agua potable y saneamiento en la Ciudad de Buenos Aires y sus partidos vecinos), en los términos del TBI Francia (Aguas Argentinas, Suez, Vivendi), España (Aguas de Barcelona) y Reino Unido (AWG). En este último caso, como la Argentina no aceptó que el arbitraje respecto de AWG se rija por las reglas CIADI, existe un arbitraje UNCITRAL, acumulado al anterior, y administrado por el CIADI;

g) BG Group plc (arbitraje UNCITRAL) como accionista de Metrogas (distribuidora de gas natural en el área metropolitana y partidos del sur del Gran Buenos Aires) bajo el amparo del TBI con el Reino Unido;

h) National Grid (arbitraje UNCITRAL) como accionista de TRANSENER (concesionaria del servicio de transporte de energía eléctrica en alta tensión) según el TBI con el Reino Unido;

i) Telefónica S.A. (CIADI ARB/03/20) por su inversión en Telefónica de Argentina, protegida por el TBI con el Reino de España;

j) Pan American Energy y dos subsidiarias de BP (CIADI ARB/03/13 y CIADI ARB/04/8), todos ellos inversores norteamericanos que reclamaban por la afectación de sus inversiones en el sector energético en la Argentina, entre las que se incluye su participación del 16% en Gas NEA (distribuidora de gas natural en Entre Ríos, Corrientes, Formosa, Chaco y Misiones).

Todos estos arbitrajes fueron iniciados al comienzo del año, antes de la asunción de las autoridades nacionales (que tuvo lugar el 25 de mayo). Luego, en junio de ese año, dos empresas francesas, EDF International y SAUR (una subsidiaria de aquella) junto a su controlada local, solicitaron el registro de un arbitraje por la afectación de la inversión en EDEMSA, concesionaria de distribución de energía eléctrica en la Provincia de Mendoza (CIADI ARB/03/23).

Un mes después, ENERSIS inició demanda por su inversión en Edesur (CIADI ARB/03/21) invocando las cláusulas del TBI con Chile.

En agosto, nuevamente EDF International —esta vez, junto con una subsidiaria argentina— iniciaron arbitraje por la afectación de la inversión en EDENOR (CIADI ARB/03/22) bajo el tratado francés.

En octubre de 2003 TOTAL inició un arbitraje (CIADI ARB/04/1) reclamando por la afectación de su inversión en diversas empresas del sector de la energía eléctrica y los hidrocarburos, incluyendo su participación minoritaria en TGN, también amparada por el TBI con Francia.

En noviembre, y bajo los términos del mismo TBI, SAUR International (CIADI ARB/04/4) reclamó por la afectación de su inversión en la concesionaria de agua potable y servicios cloacales de Mendoza (Aguas de Mendoza). Finalmente, en diciembre Azurix promovió un arbitraje por su inversión en esa misma empresa (CIADI ARB/03/30).

Con posterioridad a este año 2003 sólo se iniciaron cuatro arbitrajes (siempre referidos a controversias emergentes de concesiones o licencias de servicios públicos domiciliarios, que involucren a la Argentina):

a) en 2004 France Telecom inició arbitraje por su inversión en TELECOM, protegida por el TBI Francia (CIADI ARB/04/18);

b) en 2005 Compañía General de Electricidad solicitó el registro de su arbitraje CIADI contra la Argentina (CIADI ARB/05/2) con relación a su inversión en empresas concesionarias de servicios eléctricos provinciales en San Juan, Tucumán y Jujuy (bajo los términos del TBI Chile);

c) en 2007 IMPREGILO solicitó el registro de un arbitraje para la resolución de una controversia vinculada a su inversión en Aguas del Gran Buenos Aires (AGBA) protegida por el TBI con Italia (CIADI ARB/07/27);

d) poco después, URBASER y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (CIADI ARB/07/26) (accionistas de la misma concesionaria mencionada en el caso anterior) iniciaron su arbitraje por la misma cuestión, en los términos del TBI con España.

En todos estos arbitrajes los inversores alegan que las medidas adoptadas por la Argentina a partir de la Ley 25.561 implican un incumplimiento de diversas obligaciones bajo el respectivo TBI (en particular, el compromiso de no expropiar sin compensar, la obligación de proteger la inversión, y la garantía de un trato justo y equitativo (26)) y reclaman la indemnización de los daños resultantes.

VIII. La situación actual de los arbitrajes

El panorama actual de los arbitrajes es muy diverso, y dificulta una descripción simplificada.

En primer lugar, algunas demandas arbitrales (CMS (27), CIADI ARB/01/8; Compañía de Aguas del Aconquija-Vivendi, CIADI ARB/97/3; Azurix, CIADI ARB/01/12 (28)) ya cuentan con un laudo favorable y firme, que sin embargo no ha sido cumplido por el Estado (quien sostiene, en esencia, que el laudo debería ser previamente presentado para su cumplimiento ante las autoridades locales (29)).

Otras demandas también han sido admitidas (es decir, se ha dictado laudo condenatorio en contra de la República Argentina) pero la decisión fue objeto de un planteo de nulidad que se encuentra en trámite (Sempra, CIADI ARB/02/16; EDF-Saur-León Participaciones, CIADI ARB/03/23; Impregilo, CIADI ARB/07/17)

Muchos trámites han sido suspendidos de común acuerdo entre el Estado argentino y los inversores, y se mantienen en esa situación, presumiblemente, a las resultas de la evolución de las inversiones de los demandantes en la Argentina (tal el caso de ENERSIS, CIADI ARB/03/21, suspendido en 2005; Enron Corp. y Ponderosa Assets, CIADI ARB 01/3, que cuenta con un laudo condenatorio de 2007, una posterior anulación de ese laudo por un tribunal ad hoc en 2010, y un nuevo arbitraje en curso, suspendido en 2012; LG&E, CIADI ARB/02/1, que también cuenta con un laudo condenatorio, y un posterior trámite de anulación, actualmente suspendido; AES Corp., CIADI ARB/02/17, y Camuzzi Internacional, CIADI ARB/03/2, suspendidos luego del dictado de la respectiva resolución que rechazó las objeciones a la jurisdicción; Gas Natural SDG, CIADI ARB/03/10, suspendido desde 2007 y Electricidad Argentina-EDF, CIADI ARB/03/22, suspendido desde 2005).

También un grupo importante de arbitrajes ha sido definitivamente desistido (Aguas Cordobesas-Suez-Aguas de Barcelona, CIADI ARB/03/18; Pan American Energy-BP Argentina, CIADI ARB/03/13; France Telecom, Caso CIADI ARB/04/18, desistido en marzo de 2006; Compañía General de Electricidad, Caso CIADI ARB/05/2, cuyas pretensiones fueron desistidas en varias etapas, hasta 2009; Telefónica, CIADI ARB/03/20, entre otros) sea por la celebración de un acuerdo con el Estado, o por causas originadas en la evolución propia de las inversiones de los demandantes.

En algún caso se dictó una "decisión sobre responsabilidad", en la que el tribunal se pronunció sobre la existencia de violaciones al tratado, postergando la determinación del quantum indemnizatorio resultante (Suez, Aguas de Barcelona, Vivendi, AWG, Caso CIADI ARB/03/19; id. CIADI ARB/03/17). Finalmente, otros arbitrajes siguen en trámite, y se encuentra todavía pendiente el laudo definitivo (Total, CIADI ARB/04/1; SAUR Internacional, CIADI ARB/04/4, entre varios más).

Ni siquiera dentro de cada uno de los grupos antes identificados se presentan situaciones uniformes: algunos fallos condenatorios han entendido que las medidas adoptadas por la Argentina equivalen a una expropiación de la inversión; otros, que se ha incumplido el standard de "trato justo y equitativo". Algunas decisiones han admitido parcialmente la defensa del "estado de emergencia", mientras que la mayoría la ha rechazado. Varios arbitrajes han sido desistidos porque las inversiones locales han sido vendidas a terceros, otros porque se llegó a un acuerdo satisfactorio entre el inversor y el Estado (30), y otros porque los restantes negocios del inversor en el país compensaron los perjuicios de su actividad regulada.

En definitiva, como lo anticipamos, se trata de un panorama complejo, del que apenas nos animamos a extraer tres conclusiones básicas:

a) todavía existe una cantidad importante de casos pendientes (entre aquellos que están en trámite y los que se encuentran suspendidos) por importes indemnizatorios potencialmente muy significativos;

b) la duración del procedimiento se ha extendido más tiempo del esperado —en particular, en aquellos arbitrajes que han sido objeto de anulación— lo que pone en cuestión la alegada "celeridad" del arbitraje CIADI para la resolución de este tipo de controversias;

c) existe alguna incertidumbre sobre el grado de efectividad de estos arbitrajes, ya que el Estado —recurriendo a excusas formales— todavía no ha cumplido voluntariamente con los laudos finales y firmes.

IX. La situación actual de los contratos

Igualmente complejo es describir el panorama actual de los contratos de concesión y licencia de servicios públicos domiciliarios, aun limitándonos a aquellos de jurisdicción nacional.

Excluyendo el caso de Aguas Argentinas, cuya concesión fue extinguida, la mayoría de las empresas finalmente suscribió un "Acuerdo de Renegociación" (transitorio, en varios casos, y definitivo, en los restantes).

Finalmente, la suscripción de los acuerdos (aun los "definitivos") está lejos de ser el final del conflicto. Así, por ejemplo, en los "acuerdos de renegociación definitiva" de las distribuidoras eléctricas se formalizó el compromiso de realizar una "revisión tarifaria integral", de la que debería resultar la nueva tarifa "justa y razonable", según diversas pautas establecidas en el texto. Con la suscripción de este acuerdo las distribuidoras y sus accionistas se comprometieron a suspender sus reclamos pendientes (incluidos los arbitrajes CIADI), y una vez publicado el cuadro tarifario resultante de la RTI, esos reclamos deberían ser definitivamente desistidos. El problema es que muchas de las disposiciones de estos acuerdos han sido incumplidas (notoriamente, la realización de la RTI) por lo que la validez de estas actas podría ser puesta en cuestión, y —en cualquier caso— el tema de fondo sigue pendiente de solución. (31)

Podemos decir, entonces, que en la generalidad de los contratos de servicios públicos domiciliarios no se ha implementado aún una salida definitiva a los problemas generados por la emergencia.

X. La cuestión del cumplimiento y ejecución de los laudos CIADI: un interrogante pendiente

La situación jurídica descrita en torno a los arbitrajes de inversión derivados de la emergencia suscita varios interrogantes.

Desde la perspectiva de los inversores, la primera cuestión pendiente es la sustancial: en atención al número de arbitrajes sin resolver, la falta de uniformidad en las decisiones existentes, y la propia mecánica de estos arbitrajes (donde el precedente tiene un peso relativo) todavía no existe un criterio definitivo y uniforme sobre el alcance de la responsabilidad internacional del Estado por estos eventos (ni, en su caso, sobre las pautas para determinar la indemnización resultante).

A la sombra de ese interrogante surgen otras cuestiones derivadas, de las que nos interesa mencionar una sola: el problema del cumplimiento y ejecución de los laudos condenatorios.

El tema —como ocurre con todos los vinculados a la protección de inversiones extranjeras y el CIADI— es complejo, e involucra el análisis de normas y principios de derecho internacional (32), por lo que debe ser abordado con respeto y conciencia de las propias limitaciones. Comencemos por destacar que el Convenio CIADI prevé que los laudos dictados en un arbitraje CIADI son obligatorios, no sólo para el Estado que ha sido condenado, sino para todos los estados miembros de la organización. (33).

La primera situación está prevista en el art. 53 del Convenio, que dice:

1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

La situación de los Estados contratantes en general se contempla en el artículo siguiente —el 54— que dice (34):

1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran...

2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda".

El art. 64, por su parte, dispone -con carácter general, aplicable también a eventuales diferencias emergentes al momento de cumplir o ejecutar un laudo- que "Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo".

De este modo, el Estado de origen del inversor cuyo laudo no sea cumplido podría demandar al Estado incumplidor ante la Corte Internacional de Justicia. En adición a lo expuesto, los propios TBIs incluyen estipulaciones acerca del modo en que se deberán resolver las controversias que puedan suscitarse entre los Estados signatarios (por ejemplo, las que podrían resultar de la falta de cumplimiento de un laudo), que esencialmente consisten en una etapa de negociaciones amistosas, y un arbitraje posterior.

A pesar de la vigencia de este régimen, la Argentina ha omitido cumplir hasta la fecha con los primeros laudos condenatorios firmes emitidos por tribunales CIADI. Por lo que hemos podido advertir, esta omisión se sustenta en dos órdenes de argumentaciones:

a) el argumento según el cual el laudo debe ser presentado ante las autoridades argentinas (en principio, las autoridades administrativas) para que el Estado proceda a su adecuado cumplimiento;

b) directamente, un cuestionamiento a la constitucionalidad de los laudos (e incluso del propio sistema del CIADI) y su eventual incompatibilidad con el orden público interno.

El primero ha sido formalmente argumentado en los propios arbitrajes, mientras que el segundo ha sido más bien reservado al ámbito local. En la práctica, ambos argumentos combinan y potencian sus efectos: un Estado que sostiene la inconstitucionalidad de los laudos, y/o su incompatibilidad con el orden público interno, difícilmente vaya a dar curso favorable a un requerimiento administrativo exigiendo el cumplimiento de la decisión. (35).

Es interesante, con relación a este último tema, repasar los términos de las discusiones suscitadas en varios procedimientos de anulación de laudos arbitrales contrarios a la Argentina (Semptra, CIADI ARB/02/16, ENRON, CIADI ARB/01/3, CMS, CIADI ARB/01/8, Vivendi-Aguas del Aconquija, CIADI ARB/97/3). Cuando la Argentina requirió que se suspendiera la ejecutoriedad del laudo durante el trámite de anulación, los inversores exigieron que la Argentina ofreciera alguna garantía de pago del laudo cuestionado, o al menos un compromiso irrevocable de cumplir sin condiciones con ese pago, para el caso en que fracasara el procedimiento de anulación (como manera de demostrar que no se trataba de un mero recurso dilatorio).

En ese contexto, la representación de la Argentina en esos arbitrajes resistió el otorgamiento de cualquier garantía, y comprometió el cumplimiento de un modo que fue considerado ambiguo por los inversores. Estas presentaciones insistieron en la necesidad de que el inversor formalice el pedido de cumplimiento en el país, ya que —se argumentó— la propiciada presentación del laudo ante las autoridades administrativas de la Argentina (supuestamente prevista por el art. 54 de la Convención del CIADI) constituía un mero requisito burocrático.

Aparentemente, el argumento no ha convencido a los inversores, que no han accedido a realizar esa presentación y continúan exigiendo el cumplimiento voluntario e incondicionado en los términos del art. 53. Algunos precedentes del CIADI (dictados en el marco de la apuntada controversia en torno a la suspensión de los laudos que fueron objeto de requerimientos de anulación) han apoyado este criterio, a partir de una interpretación de los arts. 53 y 54 de la Convención del CIADI diferente de la propuesta por la Argentina (ver, por ejemplo, la decisión del 20 de mayo de 2009 del Tribunal ad hoc encargado de analizar el pedido de anulación de laudo que favorecía a ENRON en el ARB CIADI/01/3, que concluyó que

"... el Comité concluye que la Argentina no ha cambiado su posición sobre que, si el Laudo en este caso no es anulado, la Argentina no cumplirá con el Laudo sin requerir a los Demandantes la iniciación de procedimientos para el cumplimiento del laudo de acuerdo a las disposiciones de la ley argentina que hace aplicable el art. 54 de la Convención del CIADI... (36)."

La posición de las autoridades del Estado —colegida por el Tribunal, en la decisión antes transcrita— ha sido mucho más explícita en el ámbito local. En este sentido, ha sido especialmente relevante —por la importancia de los cargos públicos que ocupó, y por su prestigio doctrinal— la posición asumida por el Dr. Horacio Rosatti, Procurador del Tesoro de la Nación entre 2003 y 2004 y luego Ministro de Justicia hasta 2005.

Su tesis esencial —expuesta en un artículo de 2003 (37)— es que ni los TBIs, ni las decisiones que resuelvan controversias aplicando los TBIs, pueden quedar exentos del "control de constitucionalidad" por parte de un tribunal local, aun cuando se entienda que ese control ha sido renunciado en los TBIs, ya que éstos sólo tienen jerarquía infraconstitucional. De otro modo, dice Rosatti, se estaría reformando la Constitución por medio de una simple ley del Congreso (la que aprueba el respectivo tratado). De lo expuesto el autor concluye que el sistema formado por el Convenio CIADI y los TBI violaría la Constitución Nacional, al impedir la intervención (previa o posterior) de la justicia local en las controversias regidas por esos tratados. (38).

Este razonamiento, indudablemente agudo, es irrelevante en el plano internacional, donde no pueden alegarse limitaciones emergentes del derecho interno para excusar el cumplimiento de una obligación internacional, como la de cumplir con un laudo del CIADI. Aun cuando los TBIs fuesen declarados inconstitucionales por la Corte Suprema, para tomar un ejemplo extremo, esa declaración no sería oponible al inversor en la esfera internacional. En otras palabras, aun cuando se admitan sin reservas los argumentos del Dr. Rosatti, los mismos demostrarían —en todo caso— la falta de acierto de la decisión estatal que dispuso el voluntario sometimiento al régimen del CIADI (39), pero no afectarían un ápice su validez y obligatoriedad internacional, ni alterarían la obligación de cumplir con el laudo prevista en el art. 53 de la Convención.

Un elemento adicional de preocupación para el inversor es el que resulta del reciente fallo "Cartellone" de la Corte Suprema. (40). Allí el Máximo Tribunal, abandonando una pacífica doctrina de muchos años, decidió admitir un recurso ordinario deducido contra la sentencia de Cámara en una acción de nulidad promovida, a su vez, contra un laudo arbitral (nacional) y en ese contexto resolvió desconocer la validez de la renuncia anticipada a los recursos contra un laudo arbitral cuando éste vulnere cuestiones de orden público, para revocar —ya no anular— la decisión de un Tribunal Arbitral. (41). Además, la Corte entendió que "la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable", expresión cuya amplitud proyecta graves dudas sobre el carácter definitivo de los laudos.

El fallo tuvo repercusiones significativas, que combinaron críticas con comentarios aprobatorios. Si bien su alcance parece circunscribirse a los arbitrajes comerciales locales, varios autores han querido encontrar en él fundamentos para cuestionar la validez constitucional de los laudos del CIADI. (42).

En el escenario descripto, por ahora, la situación es de una "tensa calma". Los arbitrajes que no han sido desistidos o suspendidos continúan su trámite, y de a poco se van sumando laudos condenatorios. En el ámbito de los contratos, los "acuerdos de renegociación" —aun aquellos calificados como "definitivos"— no muestran signos de avanzar hacia su cumplimiento integral, de un modo que permita dejar definitivamente atrás, al menos, el conflicto en el escenario local. El Estado ha sugerido que los inversores que ya cuentan con laudos finales y firmes deberían realizar una presentación formal ante la Administración Pública requiriendo el cumplimiento de la decisión, algo perfectamente razonable en otras circunstancias, pero que a la luz de todo lo expuesto permite suponer que el pedido será rechazado con fundamento en las apuntadas objeciones constitucionales, obligando a la promoción de acciones judiciales. Por ahora ningún inversor lo ha hecho, aunque sí han procurado avanzar con la ejecución de los laudos en terceros países, y algunos de los Estados a los que pertenecen estos inversores han adoptado incipientes medidas diplomáticas, en represalia a lo que consideran el incumplimiento de una obligación internacional del Estado (aunque la sensación es que no se ha ido demasiado lejos).

Como en 2002, entonces, la cuestión todavía aguarda por una solución razonable y justa, que compatibilice los intereses de todos los actores involucrados.

(1) CASSAGNE, Juan Carlos, Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2011, 10ª ed., t. II, p. 665.

(2) El art. 9º de la Ley 25.561 disponía que en el caso de los contratos de servicios públicos, la renegociación debía tomar en consideración los siguientes criterios: "1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas".

(3) CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., t. II, p. 172.

(4) Ya sea "contratos de concesión de servicios públicos" (en los sectores del agua y la electricidad) o "licencias" (para transporte y distribución de gas, y telefonía fija) que participan de las características de una verdadera concesión (ver CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., t. II, p. 184).

(5) Art. 2.d), ley 24.065; íd., ley 24.076.

(6) Art. 43.e), Dto. 999/92; Art. 41, Ley 24.065; íd., ley 24.076.

(7) Sin perjuicio de su conversión a pesos al momento de la facturación, conf. art. 2º, Subanexo 2, Contrato de Concesión de EDENOR y EDESUR; Art. 15, Subanexo II.A, Contrato de Concesión de TRANSENER, entre otros.

(8) Cfr. GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán y MORELLO, Augusto M., "El vencimiento de los tratados bilaterales de inversión", LA LEY, 2005-E, 1106.

(9) Ver La Nación, <http://www.lanacion.com.ar/590487-criticas-de-economia-a-los-juicios-en-el-ciadi>; Pina/12, "Juicios y críticas al CIADI", <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/subnotas/2-15711-2005-01-18.html>, entre muchos otros.

(10) La mayoría de los tratados establecen definiciones igualmente amplias. La definición abierta es un reconocimiento de que el concepto de 'inversión' es dinámico y puede evolucionar con el tiempo [Redfern, Alan y Hunter, Martín (con Blackaby, Nigel y

Partasides, Constantine), Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, 4ª ed, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 651, n. 11-09].

(11) Ver REDFERN-HUNTER-BLACKABY-PARTASIDES (cit.), p. 648, n.11-06.

(12) Cfr. TAWIL, Guido S., "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", LA LEY, 2000-D, 1106.

(13) Conf. ley 24.353 (28.7.94).

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, op. cit., tomo II, pp. 463/465.

(15) De carácter optativo para el inversor, que también podría recurrir a los tribunales locales para plantear su conflicto de inversión, aunque difícilmente lo haga, ya que -como decimos en el texto- esta habilitación de una vía arbitral internacional es posiblemente el aspecto más valorado del sistema.

(16) A partir del conocido caso de "Emilio Agustín Maffezzini c. Reino de España" (Caso CIADI ARB/97/7).

(17) Conf. las decisiones en "Daimler Financial Services AG c. Argentina" (Caso CIADI ARB/05/1) y "Wintershall" (Caso CIADI ARB/04/14).

(18) TAWIL, Guido S., "Los conflictos en materia de inversión", en Cassagne (dir.), Derecho Procesal Administrativo, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, t. 1, pp. 350/351. Se trata de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, "creada por la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1996 por la Asamblea General.

(19) CREMADES, Bernardo, "El arbitraje de inversión", LA LEY, 2005-C, 1250.

(20) Ley 25.561, Título III.

(21) Ley 25.561, art. 8º. Esta decisión impacta de manera especialmente intensa en los concesionarios y licenciataria de servicios públicos, por dos razones principales: (i) se trata, por exigencia expresa del Estado, de empresas con objeto único y exclusivo (es decir que la concesión o licencia constituye su único negocio) y (ii) en ese contexto, la tarifa regulada representa su único ingreso.

(22) Ley 25.561, art. 10.

(23) Ley 25.561, art. 9º.

(24) "La mayoría de dichas compañías [se refiere a las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos que iniciaron reclamos en el CIADI] tomaron créditos con bancos del exterior, bajo contratos regidos por leyes extranjeras, los cuales se encuentran fuera de la pesificación impuesta por el Estado Nacional (...) De esta manera, las empresas privatizadas no sólo no se encuentran en condiciones de recuperar su inversión -nótese que ya no decimos obtener cierta ganancia- sino que además se encuentran imposibilitadas de honrar sus obligaciones con sus acreedores externos" (PANELO, Santiago, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión", LA LEY, 2003-E, 1482.

(25) Que preveía el ajuste semestral, de acuerdo a la evolución del "PPI" o "Producers Price Index", índice que representa la inflación mayorista en los EE.UU.

(26) Cfr. ZONIS, Fabiana, "Las empresas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional", La Ley, Sup. Act., 24/06/2004.

(27) Los derechos de CMS emergentes del laudo favorable fueron cedidos a un fondo de inversión (Blue Ridge) en 2008.

(28) Aunque estos dos últimos, como lo señalamos oportunamente, no se originan en las normas dictadas en el marco de la emergencia de 2001/2002.

(29) En una decisión de la Corte de Distrito de Nueva York, en un proceso iniciado por Blue Ridge (sucesor de CMS en los derechos emergentes del laudo dictado en CIADI ARB/01/8) para la confirmación del laudo en los Estados Unidos, el Tribunal relata: "12. A pesar de esta obligación incuestionable, la Argentina ha intentado invocar varios argumentos en un intento de evitar el pago del Laudo. Más recientemente, la Argentina asumió la posición de que Blue Ridge debe hacer cumplir el Laudo en los tribunales locales de la Argentina, aun cuando el sistema CIADI está específicamente diseñado para evitar depender de los tribunales locales para hacer cumplir un laudo. Blue Ridge piensa que, de este modo, la Argentina aspira a usar sus tribunales locales para revisar el laudo final del CIADI y, como mínimo, demorar el pago por varios años" (traducido del Inglés. El original puede verse en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0190_0.pdf).

(30) Aunque a veces ello no se refleje en el procedimiento elegido para finalizar el trámite, que aparece como "desistido" (cfr. TAWIL, Guido S., "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos 'Vivendi', 'Wena' y 'Maffezzini', La Ley, 2003-A, 914, nota 8).

(31) Conf. DURAND, Julio C., "El marco regulatorio eléctrico, después de una década en emergencia", Revista de Derecho Público, 2013-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 345.

(32) Como explica TAWIL, "[a]sumido que cuatro son en general las fuentes del derecho susceptibles de presentarse en este tipo de conflictos -el derecho internacional, los convenios multilaterales y bilaterales de inversión, la legislación local y los contratos- su superposición ha llevado a conflictos de creciente complejidad en los arbitrajes entre inversores y Estados, tal como lo demuestran los casos "Vivendi", "Wena" y "Maffezzini" (op. cit., LA LEY, 2003-A, 914).

(33) El régimen de ejecución de laudos incluido en los arts. 53, 54 y 55 de la Convención del CIADI "son *lex specialis* respecto de la Convención de Nueva York [sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958]. En este sentido [el Convenio del CIADI] se aplica sin consideración a la CNY" (Jana Linetzky, Andrés y Klein Kranenberg, Johanna, "La Convención de Nueva York y el CIADI. Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales bajo la Convención de Washington", en Tawil y Zuleta (dir.), El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2008, p. 675).

(34) "Contra lo que pudiera pensarse, la historia de la Convención de Washington demuestra que el art. 54(1 no fue incluido para favorecer a los inversionistas (...) El punto de partida de los redactores fue siempre que los Estados cumplirían voluntariamente con los laudos emitidos contra ellos, dado que el rehusar hacerlo implicaría una violación de sus obligaciones internacionales asumidas bajo la Convención" (JANA LINETZKY, Andrés y KLEIN KRANENBERG, Johanna, op. cit., p. 678).

(35) Interpretando la estrategia de las autoridades nacionales, un artículo de 2004 concluye que "[e]l mensaje final hacia los demandantes del Estado es que pueden conseguir fallos a su favor, pero les resultará muy difícil cobrarlos" (ZONIS, Fabiana, op. cit, La Ley, Sup. Act., 24-06-2004).

(36) Traducción del Inglés. El original puede verse en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0298.pdf>

(37) ROSATTI, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1283.

(38) Ver, en un sentido similar, FAYT, Carlos S., La Constitución Nacional y los Tribunales Internacionales de Arbitraje, Buenos Aires, La Ley, 2007-112). Al contrario, Bianchi explica las razones por las cuales no está "convencido de que los TBI son inconstitucionales por establecer una jurisdicción arbitral internacional sin permitir control alguno (posterior o anterior) por parte de un tribunal argentino" (BIANCHI, Alberto B., "El Estado nacional ante el arbitraje", LA LEY, 2005-B, 1405).

(39) La cuestión remite a un análisis basado en consideraciones políticas e históricas que excede el objeto de este trabajo. A favor de la estrategia adoptada por la Argentina puede decirse que los inversores, efectivamente, acudieron al llamado y renovaron el sector de los servicios públicos. Del otro lado, como parámetro de comparación reiterado, pero siempre relevante, está nuestro vecino Brasil: nunca adhirió a la Convención del CIADI, ni permitió que entrara en vigencia algún TBI, sin que ello haya - aparentemente- afectado su capacidad para recibir inversiones.

(40) Fallos: 327:1881, Sentencia del 01/06/2004 in re "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A."

(41) Conf. RIVERA, Julio César, "Arbitraje comercial: internacional y doméstico, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 670.

(42) Cfr. los diferentes matices en las posiciones de ARAZI, Roland ("Arbitraje nacional e internacional", La Ley, 2005-D, 1433); CORTI, Arístides H. y CONSTANTE, Liliana B. ("La soberanía y los tribunales arbitrales del CIADI", LA LEY, 2005-C, 1032); GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R. ("Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en Argentina. El reciente laudo en 'CMS', LA LEY, 2005-D, 1200); GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, "Desnaturalización del arbitraje administrativo", LA LEY, 2004-E, 493. Más allá de las opiniones, además, es indudable que esta sentencia de la Corte Suprema inspiró la posterior sentencia del Juz. Cont. Adm. Fed. 3 -también profusamente comentada- que suspendió cautelarmente el trámite de un arbitraje internacional (sentencia del 27/09/2004, "Entidad Binacional Yacyretá c. Eriday y otros").