Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones

Pérez Hualde, Alejandro

Publicado en: LA LEY 2001-D, 14

Fallo Comentado:  [Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas A Inversiones de Washington Dc (TArbitralCentroInternacdeArreglodeDiferenciasRelativasaInversionesWashington) ~ 2000/11/21 ~ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y otra c. República Argentina (caso Nº ARB/97/3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=i3082B958929D11D686070050DABAA208&spos=&epos=1&td=&openLocator=)

Sumario: SUMARIO: I. Introducción.- II. El caso.- III. La jurisdicción sobre los contratos administrativos en el Derecho Público Provincial.- IV. La jurisdicción del CIADI sobre los contratos administrativos provinciales. Supuesto y alcance.- V. Los principios de derecho público como límite de los tratados internacionales.- VI. Mensajes que deja el laudo arbitral para las contrataciones provinciales.

I. Introducción

Desde hace un tiempo se observa con particular atención y expectativa el avance y evolución de los procesos iniciados por distintos concesionarios de servicios públicos contra la República Argentina ante el CIADI, "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones".

Este organismo funciona en el ámbito del Banco Mundial y ha sido acordada su intervención en numerosos tratados internacionales de promoción y protección recíproca[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN2) de inversiones celebrados por nuestro país en los últimos años con distintas naciones; entre ellas, Francia y los Estados Unidos. Respecto de su funcionamiento recomendamos la lectura de un trabajo de Tawil publicado en estas mismas páginas[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN3).

Desde el 18 de noviembre de 1994 en que la República Argentina adhirió formalmente a dicho tribunal de arbitrajes, se han presentado cuatro reclamos contra ella originados en contratos públicos. Uno motivado en la concesión de la explotación de una terminal, "Lanco International, Inc. v. Argentine Republic" (Case Nº ARB/97/6), y otro, en una concesión de explotación de una fuente hidroenergética, "Empresa Nacional de Electricidad S.A. v. Argentine Republic" (Case Nº ARB/99/4). Hoy ambos están terminados por haber sido discontinuados por pedido de los actores[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN4).

Se encuentra pendiente de resolución un sólo reclamo que es el motivado en una concesión de distribución de electricidad, "Houston Industries Energy, Inc. and others v. Argentine Republic" (Case Nº ARB/98/1). Y, el recién resuelto, "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic" (Case Nº ARB/97/3) surgido con motivo de la rescisión contractual de la concesión del servicio de aguas y cloacas de la provincia de Tucumán.

**Este tribunal arbitral, disponible a opción del inversor, tiene por objetivo expreso la garantía de que las inversiones gozarán de protección y plena seguridad en aplicación del principio de tratamiento justo y equitativo, y de que las partes contratantes de los tratados de protección recíproca de inversiones no adoptarán medidas de expropiación o nacionalización salvo por causa de utilidad pública, sin discriminación, y dando lugar al pago de una compensación pronta y adecuada**. En estos acuerdos se incluye también normas que establecen un **tratamiento no menos favorable** que el acordado a los inversores locales, también uno idéntico al que se le otorgue a la nación más favorecida en otro tratado, reglas sobre transferencia de divisas, y finalmente, normas que autorizan el sometimiento de las disputas que se ocasionen a arbitrajes internacionales.

Para nuestro país, tanto los tratados de inversiones como su sometimiento al CIADI, tuvieron además un objetivo político comercial de relevancia en la medida en que se persiguió afianzar su confiabilidad internacional para atraer inversiones y lograr bajar el denominado "riesgo país"[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN5).

Cabe hacer notar que la suscriptora del mencionado instrumento es la **República Argentina** y que ésta, no obstante estar dentro de sus posibilidades conforme al art. 25 del Tratado**, no ha acreditado la existencia de sus subdivisiones o estados federales que la componen de modo de posibilitar la participación directa de alguno de ellos cuando, como en este caso, se encuentra afectado de modo directo**[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN6). "El Estado Federal, como centro de imputación normativa, lo componen tanto el Gobierno Central como los gobiernos locales -incluyendo a sus entes administrativos-. En el caso, el Estado Argentino es el Estado Nacional -con sus entidades administrativas- y las provincias y municipios -con sus entidades administrativas-"[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN7).

El laudo que comentamos es el primero que se produce en el CIADI con participación de la República Argentina y ha resultado favorable a nuestro país. No obstante, ha dejado planteadas una serie de reflexiones acerca de su implementación en nuestro sistema federal y, especialmente, frente a las instituciones públicas de los estados provinciales.

II. El caso

Podemos resumir los hechos, ya que éstos se encuentran detallados en el laudo, destacando que la empresa internacional actora "Compañía de Aguas del Aconquija S.A.", que es receptora de inversiones extranjeras en su capital por parte de la "Compagnie Général des Eaux", celebró un contrato con la provincia de Tucumán para la concesión del servicio público de distribución de aguas y cloacas.

La concesionaria, luego de un largo conflicto, decide concurrir al CIADI, conjuntamente con la inversora extranjera, para reclamar una indemnización debido a que, sostenía, había sufrido de parte de las autoridades de Tucumán, pero atribuibles a la República Argentina, actos que derivaron en una caída de la tasa de recupero del contrato de concesión; actos que unilateralmente redujeron las tarifas, abusos de la autoridad reguladora y tratos de mala fe.

Mientras se tramitó el procedimiento, la provincia de Tucumán debió soportar una serie de presiones que alcanzaron a afectar la provisión de financiamiento por el Banco Mundial a la provincia y a los anuncios de la Nación de resarcirse con la coparticipación federal a distribuir; ambos hechos fueron destacados por la doctrina en su momento con preocupación[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN8).

En todos los casos el Tribunal Arbitral efectúa un análisis tendiente a determinar las responsabilidades de la República Argentina y el debido planteamiento de las cuestiones ante esa instancia internacional.

**El Tribunal llega a la conclusión de que la actora francesa debió haber concurrido a la instancia de los tribunales contencioso administrativos locales que contempló en forma expresa el contrato de concesión** (cláusula 16.4.) y al que ambas partes se había sometido voluntariamente. Entendió que sin haber intentado esta reclamación mal podía atribuir a la República Argentina una violación al tratado de protección de inversiones. Podría parecer que esta posición no se compadece con el contenido del convenio que ha suscripto nuestro país con Francia el 3 de julio de 1991 según el cual el inversor de ese origen tendría abierta la posibilidad de concurrir en forma directa al arbitraje sin necesidad de agotar previamente procedimientos locales[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN9). La doctrina nacional ya hizo mención de este punto con anterioridad al laudo[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN10).

Entendemos que lo que ha ocurrido es que el Tribunal considera que el sometimiento a los tribunales locales era imprescindible para determinar las posibles responsabilidades de la República Argentina y que no se trataba del ejercicio de la opción prevista en el Tratado; sólo era necesaria la jurisdicción local a efectos de precisar la existencia o no de incumplimientos comprendidos en la protección del Tratado.

Señaló el Tribunal que la jurisdicción del Superior Tribunal local, pactada en el contrato administrativo en forma expresa, no impide la jurisdicción del Tribunal CIADI[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN11) y la opción por los primeros no hace perder el derecho a concurrir a los segundos en los supuestos previstos por el tratado.

Por otra parte, no aceptó el intento de la República Argentina de sustraerse a esta instancia internacional por pretender que no le eran atribuibles los actos de una provincia, como Tucumán, en un estado federal como el argentino. Dice el laudo que "**la República Argentina puede ser responsable, a la luz de los tratados de protección de inversiones, por el accionar de una provincia y, en especial, por el comportamiento de sus Tribunales en lo contencioso administrativo que, muchas veces es el máximo Tribunal de la provincia".**

Por lo tanto, "la provincia miembro de un estado federal puede ser parte en los arbitrajes convocados ante el CIADI[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN12). El Tribunal interpreta que se trata de una ampliación de la jurisdicción del CIADI y que sólo depende del consentimiento expreso del Estado miembro"[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN13) y que en este caso no existió.

**III. La jurisdicción sobre los contratos administrativos en el Derecho Público Provincial**

El procedimiento que surge del Tratado afecta de modo directo, sin lugar a dudas, el esquema de control judicial de nuestros contratos administrativos provinciales en tanto y en cuanto los mismos ahora, cuando incluyen inversiones extranjeras, pueden ser revisados en una instancia que excede los límites nacionales. Con esto se ve completado, en el plano contractual, la jurisdicción también internacional, desde el punto de vista de su eficiencia y de su transparencia, que ha hecho presente y advertido Gordillo[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN14), que impone la Convención Interamericana contra la Corrupción[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN15).

Las provincias "se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas" (art. 122, CN), y esta facultad está garantizada en forma expresa por el Gobierno Federal (art. 5º, CN). De ella deriva en forma implícita la facultad de firmar contratos públicos y de impartir justicia sobre las acciones judiciales que de ellos emanen.

"La acción de daños y perjuicios, y, en general, la acción donde se reclame una suma de dinero, sea que tales acciones respondan a la anulación o al incumplimiento de un 'contrato administrativo', participan de la misma naturaleza del contrato cuya extinción o incumplimiento la motiva"[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN16). De ahí entonces que son los Tribunales locales, de provincia, los llamados a resolver las cuestiones que se suscitan con motivo de los contratos que celebra su administración pública.

A tal punto está reconocida en nuestro derecho esta facultad provincial que las leyes y códigos provinciales han incluido la materia contractual administrativa entre las competencias de los tribunales contencioso administrativos específicos[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN17) siguiendo la mayoría de la doctrina nacional[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN18). También la Corte Suprema ha opinado en sentido de respeto hacia la jurisdicción local afirmando que "la insistencia del Tribunal descansa en el eje de un principio federalista nuclear del que es celoso custodio y con arreglo al cual los aspectos que venimos destacando constituyen materia no susceptible de revisión en la instancia extraordinaria en razón del respeto debido a la atribución de tales estados de darse sus propias constituciones y regirse por ellas"[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN19).

Pues bien, ahora el laudo arbitral del CIADI ha reconocido en forma expresa esta facultad de tal modo y a tal punto que, por no haber concurrido a ella, ha desestimado el reclamo de la empresa inversora extranjera rechazándolo totalmente.

Afirma el Tribunal que "no se puede hallar responsable a la República Argentina al menos hasta que las demandantes hayan hecho valer, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesalmente o substantivamente"[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN20).

Sostiene también que "dada la naturaleza de la controversia entre las demandantes y la Provincia de Tucumán, no le es posible a este Tribunal determinar cuáles acciones de la provincia fueron tomadas en el ejercicio de su autoridad soberana y cuáles en el ejercicio de sus derechos como parte del Contrato de Concesión, considerando en particular que gran parte de la prueba presentada en este caso se ha referido a cuestiones detalladas de cumplimiento y de tarifas bajo el contrato de Concesión. Para hacer tales determinaciones, el Tribunal tendría que emprender una interpretación y aplicación detallada del Contrato de Concesión, una tarea entregada por las partes de ese contrato a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán. Los tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán estaban abiertos a las demandantes para que intentaran acciones contractuales en contra de la Provincia de Tucumán bajo el Contrato de Concesión" ... "No existen alegaciones ante este Tribunal que los tribunales de Tucumán no se encontraran disponibles para conocer de dichas reclamaciones o que carecieran de independencia o equidad para su adjudicación"[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN21).

IV. La jurisdicción del CIADI sobre los contratos administrativos provinciales. Supuestos y alcance

El rechazo del proceso por razones formales, sin haber entrado en los contenidos reclamados, no significa que el Tribunal internacional no pueda intervenir en otros supuestos donde se cumplan las etapas previas consideradas imprescindibles por el Tribunal; una de ellas, agotar la vía judicial pactada en el contrato administrativo con la provincia o acreditar que la misma no se encuentra disponible.

En los casos en que se presenta una inversión extranjera encuadrada en alguno de los tratados de protección recíproca, la jurisdicción del Tribunal ha sido pactada en forma expresa. Es más, aun cuando inicialmente no se hubiera producido totalmente la inversión. Así ocurrió en el caso en análisis, según manifiesta el propio Tribunal; la Compagnie Général des Eaux no era inversora mayoritaria en Compañía Aguas del Aconquija S.A. al momento de la celebración del contrato de concesión de esta firma con la provincia de Tucumán; su control sobre la compañía se produjo después, por adquisición de acciones a una tercera inversora, pero antes del sometimiento de la disputa al CIADI[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN22).

¿En qué casos interviene el CIADI? El mismo Tribunal lo deja expresado: "cualquiera reclamación en contra de la República Argentina puede surgir sólo: a) si se les denegara a las demandantes acceso a los tribunales de Tucumán para intentar sus acciones bajo la cláusula 16.4 ó b) si se tratara a las demandantes de manera injusta ante tales tribunales (denegación de justicia procesal) o c) si la sentencia de tales tribunales fuera materialmente injusta (denegación de justicia material) o d) se les denegara de otro modo los derechos garantizados a los inversores"[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN23).

Es evidente que los supuestos son altamente comprensivos por cuanto prevé las posibilidades de falta de acceso a la Justicia, de injusticia procesal o material y, con amplitud, menciona "otro modo" de denegar los derechos garantizados al inversor.

También es total el alcance de las causas. La revisión de la justicia de la solución judicial alcanzada ante el Tribunal provincial implica lisa y llanamente el análisis de todos sus aspectos materiales y aun de la ponderación de la prueba. El Tribunal arbitral tendría un alcance mayor que la eventual intervención, ya bastante restringida por tratarse de la temática contencioso administrativa local, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del Recurso Extraordinario Federal y sólo si se presentara la denominada "cuestión federal".

La mención de la "justicia" de la solución alcanzada, como supuesto de intervención del árbitro internacional, tiene mayor alcance que el de la mera legitimidad; en el supuesto del laudo arbitral se ven comprendidos aspectos de oportunidad o conveniencia que difícilmente serían materia del proceso judicial local si no se presenta en términos extremos. Pareciera imponerse la necesidad de que, de ahora en más, los tribunales locales tengan presente la posibilidad de intervención del árbitro internacional y no descarten el análisis de los reclamos vinculados con la justicia de las soluciones arribadas por la autoridad administrativa en el tratamiento de la inversión aun cuando lo hayan hecho en uso de sus facultades discrecionales.

Debe tenerse presente también que el Tribunal Arbitral internacional no sólo alcanza su accionar sobre los aspectos contractuales de la relación comercial del inversor sino también sobre aquellos aspectos reglamentarios y de policía que se aplican a esa relación. Si se trata de un servicio público, como es este caso, tanto se analizan los aspectos contractuales como aquellos de alcance general de la policía de los servicios públicos ejercida por los entes reguladores locales como podrían ser las multas y las tarifas. Por ello afirma el laudo que "no se limita a analizar los actos que habría cometido Tucumán y revisar su atribución a la República Argentina sino que analizará esos actos a la luz del cumplimiento prometido por las partes en el contrato de concesión"[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN24). El Tribunal analiza todos los actos de que se acusa a las autoridades de Tucumán y concluye, en todos los casos, en que la empresa demandante no objetó ni cuestionó en momento alguno esos comportamientos e interpretaciones ante los Tribunales de Tucumán[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN25) que era la jurisdicción acordada en el contrato.

El Tribunal arbitral parece manejar un concepto lineal en cuanto a que si el motivo de la relación jurídica del inversor que pide protección fue un contrato de concesión, desde allí analiza el total del tratamiento recibido por el inversor; aun los aspectos que se imponen sobre el empresario inversor de naturaleza policial, como el control del servicio público por parte del ente regulador, caen bajo la óptica del contrato de concesión.

Finalmente, cabe destacar que resulta llamativo el énfasis del árbitro internacional cuando manifiesta cómo hubiera sido necesario contar con una sentencia, una omisión o una ley de Tucumán que habilitara la acción de la República Argentina obligada por el Tratado, y que las demandantes nunca emplazaron a la república demandada a que iniciara acciones directas contra la provincia involucrada[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN26).

**V. Los principios de derecho público como límite de los tratados internacionales**

Surge del texto constitucional que es la Nación la que tiene a su cargo la realización de los tratados de paz y comercio según lo prescribe el art. 27, CN[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN27). El mismo artículo establece lo que la doctrina ha denominado como el límite al contenido de los tratados que suscribe la Nación. Dice la norma que "El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

Nadie duda que la organización federal y el esquema de facultades propias de las provincias, no delegadas por el art. 121 CN, constituyen "**principios de derecho público establecidos en esta Constitución" y que éstos prevalecen sobre los tratados que no estén enumerados en el art. 75 inc. 22 ya que éstos tienen rango constituciona**l[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN28). Respecto de los demás es aplicable el principio pero siempre a la luz de lo establecido por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

La pregunta que nos formulamos es: ¿podría la provincia pretender sustraerse al sometimiento al arbitraje pactado? ¿podría plantear la existencia de un orden federal incompatible con la jurisdicción del tratado? Entendemos que no.

Lo primero que se nos presenta es el texto expreso del art. 75 inc. 22 CN que establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes; y si nos remitimos al art. 31 CN de cuya ordenada enumeración observamos que ya antes de la reforma constitucional era así[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN29), concluimos en que la provincia no puede sustraerse al tratado so pretexto de un derecho público interno.

Señala Sagüés que, según la normativa de la **Convención de Viena** sobre Derecho de los Tratados (arts. 27 y 46(30)), se ha "**recortado la operatividad del mentado art. 27 CN, todo ello ante la evidente presión del derecho internacional contemporáneo sobre el derecho interno" y, por ello, la "Argentina no podría eximirse del cumplimiento de un tratado alegando que es inconstitucional, salvo que invocase un vicio constitucional manifiesto en materia de competencia para celebrarlo"; ... "difícilmente estaría el Gobierno Federal afianzando sus relaciones de paz y comercio (art. 27, CN) si alterase la Constitución violando los principios internacionalistas de 'pacta sunt servanda'"**[**(31)**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN31)**.**

Por lo dicho entonces, el eventual planteo por una provincia de algún reparo de orden público interno contra el régimen impuesto por los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, y que no fuera fundado en la falta de competencia de los firmantes (art. 46, Convención de Viena), no tendría otros efectos más que internos y nunca respecto del país extranjero y de su inversor protegido por el tratado ya que, como señala Colautti, el conflicto se plantearía "sin perjuicio de la eventual responsabilidad internacional"[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN32).

"El Estado federal no puede alegar su especial régimen de distribución de las competencias constitucionales para sustraerse a sus obligaciones internacionales"[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN33).

Con anterioridad al inicio del arbitraje que nos ocupa, ya había sostenido la Corte que "cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino". (...) "La mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal bastante"[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN34).

Como ya vimos, la facultad, o competencia, de la Nación para suscribir tratados sobre paz y comercio es evidentemente una facultad delegada por las provincias en forma expresa.

Pero también cabe preguntarse, atento al contenido de los tratados, ¿desaparece la jurisdicción de los tribunales locales? También en este caso entendemos que no.

La interpretación ajustada a derecho debe apuntar a que la jurisdicción de los tribunales provinciales locales sobre las materias relacionadas con la contratación administrativa es normativa de derecho público reservada por las provincias y no delegada a la Nación. Coherentemente, es posible hacer las pertinentes aclaraciones en cuanto a su carácter público en los pliegos de licitación y, de este modo, advertir al oferente y eventual contratante particular, que no se considera suprimida su jurisdicción por los tratados (art. 27, CN), sin perjuicio de la eventual revisión posterior, cualquiera fuera el resultado, en la sede arbitral pactada por esos tratados.

VI. Mensajes que deja el laudo arbitral para las contrataciones provinciales

Sin duda alguna el resultado favorable del laudo nos permite analizar con mayor tranquilidad y previsión las advertencias que surgen del resolutivo del organismo internacional.

A) Resulta imperioso que la República Argentina acredite ante el Centro Internacional sus subdivisiones internas de carácter federal o provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

No es posible dejar de lado la participación de la provincia en la gestión y defensa de su propio accionar administrativo y el judicial de sus tribunales locales ante el Tribunal Arbitral. Con mayor razón esto debe ser así si, como es de esperar, un resultado adverso, que en este caso hubiera alcanzado los trescientos millones de dólares, sería luego repetido, quizás "retenido", por la Nación contra la provincia.

Debería acordarse el grado y alcance de la participación coadyuvante de la provincia pero de ningún modo puede mantenerse este estado de cosas en que las provincias se ven obligadas a permanecer en actitud de meras espectadoras de un proceso que puede tener consecuencias decisivas para su futuro inmediato y aun mediato. Tampoco se subsana con una participación informal o de hecho como integrante de la parte "República Argentina".

El defensor del patrimonio público de la provincia interesada, que es normalmente su Fiscal de Estado, debe tener participación activa en el proceso coadyuvando con la Nación en la defensa de los intereses locales.

En todos los casos, la participación provincial no desplaza la conducción que le cabe a la Nación en tanto y en cuanto podría, como lo ha hecho[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN35), revocar posibles acuerdos directos entre la provincia y el inversor demandante si éstas "afectaran las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación" (art. 124, CN).

B) Debe preverse un sistema informativo a la Nación sobre la marcha de los contratos celebrados por las provincias al amparo de los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones.

La Nación debe ser informada de la marcha de los mencionados contratos, en especial, debe ser informada de los reclamos que puedan poner en funcionamiento, eventualmente, su responsabilidad en el futuro, a efectos del posible planteo de la cuestión federal trascendente.

Resultan inadmisibles los medios de presión sugeridos por la empresa demandante y que, según ella, debió haber empleado la Nación contra Tucumán. El Tribunal Arbitral rechaza los planteos de las empresas actoras quienes señalan que la Nación "dejó de ejercer su influencia financiera respecto de la Provincia para persuadir a Tucumán a que cumpliera con el tratado" y que esta influencia pudo concretarse "mediante la asignación de fondos adicionales para asistir a la provincia o mediante la retención de fondos para presionar a la provincia"[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN36). No obstante, el rechazo no se funda en el atropello que esas medidas significarían en nuestro derecho interno sino en la ausencia de emplazamientos formales de las actoras hacia la demandada República Argentina para que actuara en tal sentido.

No sería tolerable una limitación de la capacidad provincial para contratar ya que sería equivalente a su anulación como entidad jurídica; tampoco sería admisible la limitación de hecho que se ha establecido en la práctica sobre la capacidad de empréstito provincial por vía de Resolución del Ministerio de Economía de la Nación. Se trata, únicamente, de un sistema de información y seguimiento acordado entre provincias y Nación con la finalidad de que la segunda pueda tener bajo control y previsión aquellos casos que eventualmente pueden desembocar en una responsabilidad del conjunto nacional.

Este control, que se formalizaría a partir de la información, tiene por objeto evitar los extremos que plantearon las demandantes ante el Tribunal Arbitral, que analiza éste en sentido teórico, que también ha sugerido la doctrina y que aparecen como claramente excesivos: la intervención federal o la compulsión económica mediante la retención de fondos coparticipables.

Entendemos que, frente al reclamo formal de un inversor protegido por un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones, en el sentido de que se están atropellando las garantías aseguradas por dicho compromiso internacional, es facultad de la Nación interesarse en el tema y, en su caso, accionar contra la provincia a fin de resguardar la eventual futura responsabilidad internacional. Recordemos la doctrina del fallo "Ekmekdjián c. Sofovich"[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN37), luego ratificado con más contundencia en "Méndez Valles", que dice "lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce , y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente"[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN38).

C) Debe haber un efectivo cumplimiento de sus deberes de agentes naturales del Gobierno Federal por parte de los Gobernadores de provincia

El rol constitucional que inviste el Gobernador de provincia en tanto y en cuanto es considerado agente natural del Gobierno Federal "para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación" (art. 128, CN) es comprensivo, sin lugar a dudas, del cumplimiento de los tratados internacionales que son de rango superior a las leyes de la Nación.

Reviste particular importancia en el caso de las contrataciones administrativas en estos momentos donde tanto los aspectos de la eficiencia y transparencia como de su equilibrado y justo trato al inversor están fuertemente sujetos a normativas de rango internacional y a la revisión y eventual condena en tribunales de carácter también internacional. Y sin olvidar que estas jurisdicciones pueden recaer sobre la Nación, las provincias, y, en el caso de la Convención Latinoamericana contra la Corrupción, sobre las personas de los agentes públicos individuales implicados.

La contratación administrativa provincial se encuentra constreñida por un marco internacional normativo y por una realidad nacional que obliga a una visualización distinta de sus consecuencias y de las responsabilidades que puede desencadenar para el conjunto social. Se impone una toma de conciencia muy pronunciada por parte de las provincias, en especial de algunas cuyo manejo local de algún modo autoritario suele ser frecuente, ya que si se produjera una serie de consecuencias jurídicas que perjudicaran a la Nación, nos veremos todas, las implicadas y las no implicadas, en la difícil posición de tener que salir a defender con grandes debilidades las facultades elementales como son las de contratar en aras del bienestar de los pueblos locales.

Esta amplitud y pérdida de dominio posible sobre el control que recaerá sobre el contrato público hace que los funcionarios tengan que ejercer sus atribuciones "con la mayor prudencia"[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN39) y sujetarse mucho más al consejo técnicamente solvente y seriamente independiente de sus asesores legales, abogados del Estado, quienes no podrán hacer dictámenes "acomodados" al objetivo político coyuntural del funcionario que se los encomiende sino asumir la responsabilidad importante que conlleva esta "globalización" del control que está lejos de ser negativa sino que, por el contrario, colabora que tengamos una mayor conciencia y responsabilidad en las contrataciones públicas y en el cumplimiento de esos contratos.

La globalización no nos trae nuevos controles, porque el trato equitativo y justo, y la transparencia, ya eran plenamente exigibles según nuestra propia legislación vigente. Tampoco nos traerá un futuro idílico donde los inversores extranjeros elegirán nuestros tribunales voluntariamente como lo sugiere con ilusión algún doctrinario[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN40).

Lo que sí nos trae es el fenómeno de que frente a la posibilidad cierta de que esas garantías contractuales elementales sean verdaderamente controladas por terceros ajenos e independientes, ahora sí nos preocupemos por cuidar de su pleno respeto. Se trata, lamentablemente, no de la saludable convicción sino del temor a los controles; sobre todo, cuando son ajenos a nuestro "control". ¿Podríamos decir que a través de estos instrumentos vamos perdiendo el "control" del control? ¿es ello necesario para lograr un verdadero respeto a las garantías contractuales?

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN1v) Con motivo del laudo arbitral recaído en "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y otra c. República Argentina" ante el CIADI publicado en LA LEY, 2001-A, 230. Puede consultarse el texto original en inglés y su traducción oficial en Internet: www.worldbank.org/icsid.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN2v) Se trata de tratados suscriptos con más de cincuenta países; un detalle se puede observar en RODRIGUEZ, Sergio I., "Hacia un régimen regulatorio en el nuevo milenio", en JA, nº 6207 del 16 de agosto de 2000, p. 13 (nota 21).

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN3v) TAWIL, Guido Santiago, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", en LA LEY, 2000-D, 1106.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN4v) Fuente: página de Internet de Ciadi ya mencionada.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN5v) Así lo destaca TAWIL, Guido Santiago en el prólogo a la obra "Protección de inversiones extranjeras" de YMAZ VIDELA, Esteban M. transcripto en LA LEY, 1999-C, 1258.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN6v) Este aspecto que es destacado expresamente por el Tribunal arbitral, ya fue señalado por la doctrina nacional; ver YMAZ VIDELA, Esteban, "Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas", LLBA, 1999-80.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN7v) YMAZ VIDELA, ob. cit., p. 78.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN8v) LECUONA, Daniel, "Arbitraje internacional sobre la concesión del servicio de agua y cloacas de la Provincia de Tucumán. Estado de la cuestión a agosto de 1998", ED, 180-1213.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN9v) Dice el art. 8º del Tratado de Promoción y Protección de Inversiones celebrado con Francia el 3 de julio de 1991, aprobado por ley 24.100 en su artículo 8: "1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor:

- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descriptas en el párrafo 3.

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversor:

- al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del C.I.A.D.I.;

- a un tribunal de arbitraje "ad-hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia -incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia.

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia".

Se formula asimismo una aclaración: "Las disposiciones de los artículos 6 y 8 no se aplicarán a las inversiones de las personas naturales que son nacionales de una Parte Contratante y que, a la fecha de la inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, hayan tenido su domicilio en el territorio de esa Parte Contratante por un período superior a los dos años, a menos que la inversión provenga del exterior".

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN10v) TAWIL, "Los tratados de protección ...", ob. cit., p. 1122.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN11v) Ver punto 53 del laudo.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN12v) Dice el art. 25 de las normas básicas que rigen el CIADI:

"(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior".

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN13v) Ver punto 52 del laudo.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN14v) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 1, p. XVI-1 y sigtes., parte general, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN15v) MANFRONI, Carlos A., "La Convención Americana contra la Corrupción. Anotada y comentada", prólogo de Enrique Lagos, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN16v) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-A, p. 127, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983. El encomillado simple es del autor; cita en su apoyo Fallos: 236:559.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN17v) TRIBIÑO, Carlos Roberto y PERRINO, Pablo Esteban, "La justicia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires", p. 35, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN18v) DIEZ, Manuel María, con la colaboración de HUTCHINSON, Tomás, "Derecho procesal administrativo", ps. 40 y 47, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1996.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN19v) Fallos: 259:224; 264:72; 266:100; 301:149; etc. citados por MORELLO, Augusto, "El recurso extraordinario", p. 87, Librería Platense, La Plata, 1987.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN20v) Ver punto 78 del laudo.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN21v) Ver punto 79 del laudo.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN22v) Ver punto 24, y su nota al pie de página, del laudo.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN23v) Ver punto 80 del laudo.

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN24v) Ver punto 64 del laudo.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN25v) Ver puntos 65, 66, 68 y 69 del laudo.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN26v) Ver punto 87 del laudo.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN27v) CASTORINA de TARQUINI, María Celia, "La provincia y la Nación", en Dardo Pérez Guilhou y ots., "Derecho Público Provincial", t. I, p. 214, Ed. Depalma, Buenos Aires.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN28v) COLAUTTI, Carlos E., "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", LLBA, 1999-31.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN29v) Corroborado por la Corte Suprema en "Cafés La Virginia", ver LA LEY, 1995-D, 277.(30) ED, 47-1029.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN31v) SAGÜES, Néstor Pedro, "Elementos de Derecho Constitucional", t. I, ps. 220 y 221, 2ª ed. act. y ampl., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN32v) COLAUTTI, ob. cit., p. 30.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN33v) ROUSSEAU, Charles, citado por TAWIL, "Los tratados de ...", ob. cit., p. 1118, nota nº 59.

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN34v) CS, "Méndez Valles, Fernando c. Prescio, A. M.", en LA LEY, 1996-C, 502 (consid. 6º), con nota de BIDART CAMPOS, Germán, "La naturaleza federal de los tratados internacionales", LA LEY, 1996-C, 499.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN35v) Así lo hace notar Tawil, respecto de un acuerdo cerrado por Santiago del Estero, en "Los tratados de ...", ob. cit., p. 1125.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN36v) Ver punto 88 del laudo.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN37v) LA LEY, 1992-C, 542.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN38v) Esta cita ha sido extraída del fallo, con la misma finalidad que la transcribimos nosotros aquí en este punto, por Colautti (ob. cit., p. 30).

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN39v) TAWIL, "Los tratados de ...", ob. cit., p. 1126.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a0000013319e0961425290aba&docguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&hitguid=i3447BDB0997F11D6A2580001024B5421&spos=17&epos=17&td=25&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=24&crumb-action=append#FN40v) TAWIL, "Los tratados de ...", ob. cit., p. 1126.

El caso Argentino ante el CIADI desde una concepción integral del Derecho

**Rearte, Martín**

**Publicado en:** La Ley Online

**Sumario:** SUMARIO: I. Dimensión Normológica II. Dimensión Sociológica III. Dimensión Axiológica

Voces

El llamado caso argentino ante el CIADI ofrece un conjunto de posibilidades de análisis jurídico muy rico, y esto no siempre ha sido remarcado por la doctrina. La sola existencia —y por demás el funcionamiento — de un foro internacional para dirimir conflictos en materia de inversiones, entre particulares y Estados receptores de capital permite actualizar viejas pero nunca más vigentes disputas doctrinarias. La relación entre el Estado Nacional y el Orden Internacional en que se encuentra; o entre la Ley como instrumento de regulación y el Contrato suscripto entre las partes. O, más aún, entre el valor seguridad del acuerdo por sobre el valor solidaridad de las medidas de emergencia adoptadas, o viceversa. Estos planteos dicotómicos, como dijimos, no siempre son advertidos por la doctrina o por los mismos operadores jurídicos en los casos llevados ante el CIADI. Por lo menos, no en forma expresa. La riqueza y complejidad de los mismos los hace propio de un trabajo intelectual que excede los límites de este artículo. Pero tomaremos este trabajo como una pequeña aproximación en tamaña empresa.

Como punto de partida, proponemos una perspectiva integral del Derecho, que permita superar el reduccionismo normológico que afectó —y afecta— a la ciencia jurídica. Por ello distinguiremos en primer lugar las Dimensiones Normológica, Sociológica y Axiológica [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN1) del Mundo Jurídico referido a las diferencias relativas a inversiones. Desde la perspectiva 1) Normológica, analizaremos las Fuentes y la Jurisdicción en las demandas iniciadas contra el Estado Argentino ante el CIADI, actualizando en alguna medida la dicotomía Estado Nacional - Orden Internacional. Luego, desde la 2) Dimensión Sociológica propuesta, observaremos las proyecciones objetivas y subjetivas que las demandas producen en el medio social. Con ello nos aproximaremos brevemente al debate por la relación Ley - Contrato. Por último, observaremos, desde lo 3) Axiológico y a modo de integración, el tratamiento jurisprudencial que se ha dado con respecto a la razonabilidad del reclamo de los demandantes en dos Laudos recientemente dictados por Tribunales del CIADI, intentando reconstruir la tensión existente entre los valores Autonomía de la voluntad - Razonabilidad.

**I. Dimensión Normológica**

I.1.**Fuentes Normativas: Nacional e Internacional**

El caso argentino ante el CIADI, en su análisis correspondiente a la Dimensión Normológica de los casos por "pesificación de Tarifas", "estabilidad tributaria" y "retención a exportaciones", se refiere a conflictos en torno a la Contratación Administrativa, principalmente a través de la celebración por parte del Estado de distintos Contratos de Concesión de Servicios Públicos. Pero estos Contratos presentan la particularidad de contar con un elemento extranjero, a través de la participación de inversores internacionales en los Grupos Empresarios adjudicatarios de tales concesiones [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN2). Por lo tanto, a lo que denominamos Régimen Nacional de Contratación Administrativa, debemos agregar el Régimen Internacional de Promoción y Protección de Inversiones.

Por ello distinguimos en primer lugar el Régimen Nacional de contratación administrativa, de fuente legal o normativa, de origen interno o nacional; y de aplicación en cuanto nos encontramos ante un contrato celebrado entre la Administración Pública Estatal y su contraparte privada o particular. Las Fuentes Formales de este Régimen Nacional de Contratación Administrativa, no son otras que todas aquellas de aplicación a los contratos de Concesión de Servicios Públicos, al igual que los de Obra y Dominio Público. Se corresponden por lo general con la Fuente Formal interna o Nacional, y al cual distinguimos como Normativas por su característica de verticalidad en su origen, en cuanto emanan de un poder legislador superior. Las Fuentes del Régimen Nacional son las siguientes: la Constitución Nacional, las Leyes y Decretos [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN3) que conforman el marco regulatorio de cada Servicio Público, el Código Civil y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A su vez, el Régimen Internacional, de fuente convencional o contractual y de origen externo o internacional; es de aplicación en cuanto encontramos en la contraparte del Contrato celebrado por la Administración Pública la presencia del elemento internacional; es decir, el inversor extranjero. Las Fuentes Formales de este Régimen Internacional son los distintos Tratados Multilaterales y Bilaterales celebrados por nuestro país con distintos Estados, ya sea en materia específica de protección internacional de Inversiones, o en general sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. A ello debemos sumar el Marco Normativo regulador del Derecho de los Tratados. Damos a estas fuentes el carácter de Contractuales por su característica de horizontalidad en su origen, en cuanto emanan del poder negociador de las partes en un pie de igualdad. Las Fuentes del Régimen Internacional son las siguientes: **la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados** **[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN4), la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras** **[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN5), La Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional** **[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN6), los Contratos de Concesión de Servicios Públicos, el convenio CIADI** **[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN7) y los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras —TBI o BIT—.**

¿Puede haber control posterior interno, de los laudos dictados conforme el Régimen Internacional? ¿Puede prevalecer, en ese caso, el orden nacional por sobre el internacional? Al referirnos a la Jerarquía de las Fuentes Formales de la porción del mundo jurídico relativa a inversión internacional y solución de conflictos, y su antigua discusión entre las escuelas Dualistas y las Monistas —dentro de ella, de primacía internacional o nacional—; debemos primeramente apuntar que su discusión pasa solamente por el plano didáctico. No existe hoy en la práctica una postura abiertamente Dualista, dada el creciente campo de aplicación del Derecho Internacional y sobre todo de Integración en el Derecho Interno. Pero, dentro de la corriente Monista, debemos diferenciar las dos partes de su postulado: (a) El Derecho de Internacional y los Derechos Internos conforman un solo y único Orden Jurídico, por lo que la incorporación de uno en el otro no pasa de un mero trámite —ley formal—. Y dentro de ese único Orden Jurídico, la primacía corresponde al (b) Derecho Internacional por sobre el Nacional, o viceversa.

En el plano internacional se acompañó la tendencia de incorporación directa del Derecho Internacional trazada por la jurisprudencia de nuestra CSJN [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN8), aunque poniendo énfasis en (b) supremacía de la Norma internacional en caso de conflicto con la Norma Interna. Antes de su consagración normativa en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN9), el principio ya había sido adelantado por la CPJI en los casos Tratamiento de nacionales polacos en Danzig [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN10) y Pesquerías anglo-noruegas [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN11). En el terreno del Constitucionalismo Internacional, se habla en general de la (a) incorporación directa del Derecho Internacional [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN12) y de la (b) prevalecía de éste por sobre las Leyes internas. Es de destacar el caso de la Constitución de lo Estados Unidos, por su importancia económica y financiera y por tratarse de uno de los modelos de nuestra Carta Magna. Barboza nos dice con respecto a la primera que "los tratados aprobados por el Senado y debidamente ratificados son parte del derecho interno, aun cuando estén en conflicto con la legislación interna previa al tratado, a la que derogan. La Constitución, en cambio, tiene supremacía"[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN13).

La Constitución Nacional Argentina ha superado la discusión en su aspecto Normológico con respecto a la (a) incorporación de Tratados Internacionales, y con respecto a la (b) cuestión de Jerarquía. La antigua Escuela Monista logró su consagración, primero a través de la acción jurisprudencial del célebre caso Ekmedjian c. Sofovich [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN14) y luego en los arts. 31 (Ley Suprema de la Nación) y 75 inc. 22 párr. 1 CN (jerarquía superior a las leyes); en lo que hace al núcleo de la Escuela: el Derecho es uno sólo, y debe aplicarse sin condicionamiento especiales ni necesidad de reglamentación interna. En virtud del fallo citado, dejando de lado el precedente de Martín y Cía. Ltda. c. Administración General de Puertos [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN15), los Tratados internacionales tienen jerarquía superior a las Leyes, por lo que los primeros derogan a las segundas.

La sentencia señalada es previa a la reforma constitucional, pero posterior a la ratificación de la Convención de Viena, en 1980, por lo que tiene en cuenta los arts. 26 y 27 de la Convención, a diferencia de su precedente. Es decir, el Estado "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno" para justificar su incumplimiento de una obligación internacional. Claro que debemos aclarar si ese derecho interno incluye o no el derecho constitucional. En virtud a la referencia al art. 27 CN que hacen los casos Fibraca [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN16) y Cartellone [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN17) de nuestra CSJN, y conforme el considerando 25 del voto del Dr. Boggiano en la sentencia de Café La Virginia [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN18), podemos decir que la Norma Constitucional estaría respaldada por los arts. 46 y 53 de la Convención de Viena. Esto es así, para el voto del ex Ministro de la CSJN, por la coincidencia entre los valores y derechos protegidos por las Normas de Ius Cogens y por las Normas Constitucionales. Esta postura estaría respaldada además, dentro del Régimen específico de **Arbitraje** Internacional, por el art. 5, inc. 2 de la Convención de New York. Por lo que podemos decir que los BIT y el convenio CIADI tienen jerarquía superior a las Leyes —conf. Ekmedjian—, al Derecho Interno —conf. Art. 27 Viena—; pero no con respecto a los principios de Derecho Público Constitucionales —conf. Art. 27 CN, art. 5 New York, Fibraca y Cartellone—, y por ello, tampoco con respecto a las Normas de Ius Cogens —conf. La Virginia—, coincidentes con las anteriores.

Ello debido a que los Tratados a los que hemos denominado del Régimen Internacional de Protección de Inversiones —Tratados de Viena, New York, Convenio CIADI y los BIT— tienen Jerarquía superior a la ley, sin que puedan llegar a la jerarquía constitucional de otros Tratados. Ello habilitaría el control judicial por mandato del art. 27 CN [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN19). Las leyes de Emergencia económica no tendrían primacía sobre los BIT, pero estos tampoco la tendrían sobre los principios de derecho público constitucional. El Tribunal Internacional competente en virtud de la prórroga de jurisdicción, no podría dejar de observar lo dispuesto por la primera parte de la Constitución, que no son otros que la actualización interna de las normas de Ius Cogens. Podría agregarse que, si en virtud de la Convención de Viena, los BIT de jerarquía supra-legal e infra-constitucional pudieran evitar el control de constitucionalidad local, quedaría consagrada la posibilidad de modificar la Constitución Nacional por medio de leyes, quedando subvertida —en palabras de Kelsen— la pirámide jurídica nacional. Por lo que el control Judicial de Orden Público del Laudo y su proceso —concluimos— es irrenunciable.

La jurisprudencia en el Derecho comparado no difiere de la de nuestros tribunales. Recientes fallos de la House of Lords de UK, con respecto a las normas de Ius Cogens, ha decidido que "no se reconocerá eficacia al derecho extranjero que lesione derechos humanos y, esto así, como cuestión de orden público"[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN20). Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos ha dicho que "una ley federal de USA prevalece frente a un Tratado internacional anterior o una costumbre internacional. Ningún Tratado o Tratado Ejecutivo puede derogar la Constitución. En casos de duda juega la presunción de que el legislador no ha intentado derogar el derecho internacional. Se requiere que el Congreso haya tenido una clara intención de derogar un tratado"[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN21). Pese a las palabras del máximo tribunal norteamericano, puede observarse la tendencia a apoyar la supremacía, no del orden nacional por sobre el internacional, sino de un orden superior —Ius cogens, Derechos Humanos, Orden Público, Orden Constitucional o como quiera llamarse— por sobre el orden convencional.

Claro que esta doctrina, relevante en la dimensión Normológica y en el ámbito interno, no lo es en el Sociológico internacional. El Estado será en todo caso responsable internacionalmente, ya que para el Orden internacional "carece de importancia la jerarquía de la norma interna violada (...) los tratados inconstitucionales comprometen la responsabilidad internacional del Estado si no se cumplen"[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN22).

I.2.**Jurisdicción: Nacional o Internacional**

La tensión Estado Nacional - Orden internacional se observa en forma más explícita en la posibilidad de prorrogar la jurisdicción de los Tribunales internos. Dentro del Derecho Internacional Público, el principio por el que el daño causado a una persona es un daño causado al Estado que pertenece —y dando lugar así a la protección diplomática de ese Estado—, fue replanteado a partir de la **Doctrinas Drago y Calvo**. La primera aspiraba a **prohibir el uso de la Fuerza para el cobro de Deudas públicas en América Latina,** dado los casos habituales en el siglo XIX de protección diplomática seguida del uso de la fuerza, en casos de diferencias en materia de inversiones. La segunda — **Calvo** basándose en el principio de igualdad de los Estados, entre ciudadanos nacionales y extranjeros y de la jurisdicción territorial— **negaba que los nacionales de otros países tuvieran derechos y privilegios especiales y destacaba que las controversias relativas a reclamos de esos extranjeros contra los Estados receptores debían dirimirse exclusivamente de conformidad con las leyes de estos últimos y ante sus tribunales.** Como consecuencia de la doctrina, la denominada Cláusula Calvo fue incluida en innumerables instrumentos jurídicos —desde Constituciones Nacionales [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN23) hasta Tratados Multilaterales [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN24)—.

Pese a esta recepción normativa, la Cláusula Calvo no pudo sortear una de las críticas más recurrentes a las que la sometía la doctrina: su validez limitada en el Orden Internacional. Ella era obligatoria para el inversionista que la aceptaba como cocontratante; pero no lo era para el derecho del Estado del cual el inversionista es nacional. A pesar de que hasta el año 1926 la aplicación de la Cláusula Calvo fue objeto estas críticas y fue rechazada por diversos paneles arbitrales, su convalidación en un conocido caso resuelto durante ese año que involucraba a los Estados Unidos y México [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN25), le otorgó creciente importancia. El mismo caso reconoció el derecho subsistente del Estado de reclamar en sede internacional.

La vigencia de la Cláusula Calvo pudo sostenerse en un contexto internacional muy distinto al de nuestros días. A partir de la década del cuarenta, podemos distinguir dos grandes causas que dieron lugar al nacimiento de instituciones en el Orden Internacional como el CIADI. Primero, la búsqueda de despolitización en los mecanismos de solución de controversias, alejados tanto de la protección diplomática como del chauvinismo judicial interno. Segundo, lograr un sistema de solución de controversias acorde a la evolución de las inversiones en el plano internacional. Ante este nuevo contexto internacional, se observa la convivencia normativa de los dos regímenes, uno en retirada ante el avance del segundo. Por un lado los [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN1) Pliegos de Licitación para los Contratos a celebrar por la Administración Pública, y la [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN2) Cláusula Calvo introducida en los Contratos del Estado. Y, por otro, las cláusulas introducidas en los BIT, como son de [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN3) **Jurisdicción Arbitral** y la [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN4) **Umbrella clause**. Las dos primeras consagran el **Standard Nacional de protección de inversiones, de jurisdicción nacional improrrogable**. Mientras las últimas reflejan el Standard Internacional, que abre las puertas a la jurisdicción arbitral internacional. Nos referiremos a cada una de estas cláusulas:

1. Pliegos de Licitación: para la Celebración de Contratos de Concesión por parte del Estado, se establece que la parte privada acepta la jurisdicción exclusiva de los Tribunales Federales o Provinciales en lo contencioso administrativo [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN26). Aquí parecen encontrarse en franca contradicción lo dispuesto por nuestra CSJN [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN27) con respecto a la adhesión a cláusulas prefijadas por el Estado, y el espíritu de las Cláusulas de Jurisdicción de los BIT.

2. **Cláusula Calvo**: por su incorporación en los Contratos con el Estado se obligaban las partes a recurrir al Derecho y Jurisdicción del Estado receptor; y a no solicitar la protección diplomática del Estado de origen. La renuncia a la protección diplomática significaba en los hechos la incorporación de una cláusula jurisdiccional o arbitral entre Estado e inversor [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN28). La relación entre este tipo de cláusula, incorporada a los Contratos de Concesión, y la Cláusula de jurisdicción de los BIT fue analizada por el CIADI en el caso Aguas del Aconquija S.A. [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN29).

La Cláusula Calvo constituyó la consagración normativa del Standard Nacional y la prohibición de prórroga jurisdiccional. El paso a lo que luego se denominó Standard Internacional de Protección consagrado en los BIT, se gestó luego de largo proceso de creación doctrinal, jurisprudencial y legal [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN30). Tanto el Convenio CIADI como los BIT, son claros en cuanto a la determinación de la Jurisdicción correspondiente en caso de controversia relativa a inversión internacional. Por ello parte de la doctrina destaca la ociosidad del planteo y discusión sobre el tema. La pregunta acerca de la jurisdicción internacional supone una relación jurídico privada con elementos extranjeros, un caso mixto en el que se trata de determinar cuál es el país cuyos jueces son competentes para entender en un caso mixto. Pues bien, entendemos que la jurisdicción ha sido voluntariamente determinada por los instrumentos suscriptos, a través de dos cláusulas esenciales: la [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN3) Cláusula de Jurisdicción, y la [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN4) Cláusula Paraguas, o Umbrella clause.

3. Cláusula de jurisdicción: Los BIT acuerdan para el caso de controversia ligada a la inversión, la opción de recurrir a Tribunales Arbitrales Internacionales. Dada la amplitud de los términos en los Tratados, cualquier controversia en materia de inversión puede dar lugar a la opción jurisdiccional [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN31). En primer lugar se establece un plazo de negociación entre las partes que suele fijarse en seis meses. Luego podemos diferenciar dos tipos de procedimiento de resolución de conflictos, cuyo punto de inflexión está dado por el BIT celebrado con Francia [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN32).

4. **Cláusula Paraguas**: íntimamente ligada a la cláusula de jurisdicción, encontramos **la umbrella clause, por la cual el Contrato celebrado por las partes, derivado de la inversión, es considerado una obligación bajo el Tratado** [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN33). Por lo tanto, la violación del primero acarrea la **protección por el Derecho Internacional, con la correspondiente responsabilidad Internacional del Estado** receptor de la inversión, dirimida en sede internacional, y sustraída de esta forma de la competencia de los Tribunales Administrativos locales. Por efecto de la misma, no existiría una diferencia radical entre el Tratado y el Contrato, o bien el Contrato comprendería un anexo con una serie de obligaciones que se entenderían comprendidas en el Tratado.

En el caso de cualquier controversia de naturaleza jurídica relativa a inversiones, el Foro ha sido determinado por Tratados internacionales Multilaterales, como el Convenio CIADI, y el consentimiento ha sido prestado a través de la Cláusula de Jurisdicción incorporada en los BIT. De los principios para establecer la jurisdicción internacional, en este caso nos encontramos ante una prórroga de jurisdicción conforme el principio de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, podemos preguntarnos junto con Boggiano, "¿Puede considerarse que un contrato entre un Estado y una empresa extranjera se rige por el Derecho Internacional Público, sin más?"[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN34). El autor continúa "No parece que la práctica más reciente autorice a considerar que el Derecho Internacional Público, sin la incorporación de un Derecho Nacional, pueda ser suficiente para regular de modo autónomo las más variadas cuestiones que suscita los Contratos de Desarrollo"[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN35). Más allá de todo planteo normológico, la práctica internacional ha terminado consagrando el nuevo Standard Internacional de Protección. Basado en el **Arbitraje** Internacional y respaldo de Organismos Internacionales como el CIADI o la CCI; el Standard no dice contradecir los principios del Estado Nacional, al ser él mismo quien por un acto de su propia voluntad, conciente la Jurisdicción Internacional. Claro que esta es una visión extremadamente simplificada del dinamismo con el que se manejan las relaciones internacionales, donde lo aceptado por una parte no siempre es el resultado de su voluntad.

Con respecto a nuestra Constitución Nacional, si bien el art. 75 inc. 24 habla de delegación competencias en órganos internacionales de integración —no es el caso del CIADI—, y que bajo una serie de condiciones, "las normas dictadas en consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes"; la delegación puede no ser a través de Tratados de Integración strictu sensu [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN36), sino solamente en favor de una Organización Internacional, como el CIADI. Su derecho derivado —los Laudos—, por el art. 75 inc. 22 párr. 1, tiene prevalencia sobre las leyes, pero se daría la paradoja de que los mismos modificarían el art. 116 CN pese a ser de categoría infra-Constitucional.

Podemos concluir que la prórroga jurisdiccional es, dentro de la dimensión Normológica, válida, legal y constitucional. No sólo después del largo camino doctrinario, jurisprudencial y legal transcurrido; sino en vistas a la autorización expresa dada por nuestra Constitución Nacional. En palabras de Boggiano: "La delegación de competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales de integración (art. 75 inc. 24 CN) no implica necesariamente que tal delegación esté prohibida en casos de organizaciones internacionales de otra índole." E inmediatamente agrega "Obviamente, todas estas normas deben sujetarse a los principios de derecho público de la Constitución Nacional (art. 27 CN)"[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN37). Una vez más, la tensión no parece superada.

**II. Dimensión Sociológica**

II.1.Repartos: Nacional e Internacional

Dentro del análisis propuesto correspondiente a Dimensión Sociológico[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN38) del caso argentino ante el CIADI, intentaremos avanzar sobre la dicotomía entre la ley —como instrumento de reparto de la Administración— y el Contrato —como resultado horizontal de la voluntad de las partes— a través de la noción de reparto. Para ello debemos distinguir en primer lugar el Reparto del Estado Nacional. Es decir, la adjudicación de potencias e impotencias proveniente de la conducta de hombres determinables [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN39), en este caso los Poderes del Estado Argentino, Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Los Repartos son llevados a cabo mediante Actos Administrativos, Leyes y Sentencias, respectivamente. Las potencias e impotencias a las que nos referimos, es decir, lo que favorece o perjudica al ser [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN40), podemos encontrarlas tanto en la concesión de un contexto atractivo —en el marco de la Convertibilidad— para la llegada de inversiones; como en la disminución en la rentabilidad de las Empresas y la suba de sus costos en dólares al abandonar dicho régimen. Además de los Repartos que tales medidas ocasionaron en su momento para el conjunto de los usuarios de los servicios. A su vez, podemos distinguir dentro de estos Repartos dos grandes momentos, que corresponden al nacimiento de la relación contractual con los demandantes (a) Régimen de Reforma del Estado, y aquél reinante al momento de interposición de las demandas (b) Régimen de Emergencia Económica [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN41).

Luego podemos distinguir el Reparto llevado a cabo por las Empresas Concesionarias de Servicios Públicos. Es decir, las adjudicaciones por parte de los inversores extranjeros demandantes y de los mismos Tribunales Arbitrales del CIADI. Los Repartos son llevados a cabo en primer lugar a través de las Demandas interpuestas, y en segundo lugar por los Laudos dictados por los Tribunales. Las potencias e impotencias a las que nos referimos, es decir, lo que favorece o perjudica al ser, podemos encontrarlas tanto en la sanción pecuniaria ordenada por el mismo Laudo, como en el poder renegociador y los beneficios que en ese proceso las empresas puedan lograr, en función de la interposición de sus demandas ante el CIADI.

Del total de demandas post-2001, nos referiremos con especial atención a las iniciadas con motivo de lo que se llamó causal por (a) pesificación de tarifas y suspensión de cláusula de ajuste de las mismas por el índice de Precios al Consumidor de Estados Unidos (IPC USA) [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN42). Es esta causal la que motivó el mayor tratamiento por parte de la doctrina nacional, al ser la que en mayor medida se ha invocado en las presentaciones de los inversores extranjeros y donde, dado la naturaleza del planteo, se presentan cuestiones a dilucidar que van más allá de un mero incumplimiento contractual. Entre los demandantes podemos encontrar diversos tipos de inversores, tanto (a.2) Accionistas extranjeros de Empresas Concesionarias de Servicios Públicos, como de (a.2) Empresas Privadas, no ligadas a los Servicios Públicos privatizados [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN43). A su vez, podemos encontrar dentro del primer grupo los accionistas de Empresas Concesionarias de los Sectores de Electricidad, Telecomunicaciones, Petróleo, Aguas y Gas.

¿Cómo interpretan los demandantes la relación entre Ley y contrato o convenio? Las acciones entabladas por la (a) pesificación de las tarifas consideran en general que las medidas —legales— del (b) Régimen de Emergencia Económica afectaron las inversiones de la demandante y violaban las disposiciones —convencionales— de los BIT sobre los Standard Absolutos de Protección. Por ello, se encuentran legitimadas para demandar al Estado ante los Tribunales Arbitrales comprendidos en sus Cláusulas de Jurisdicción, entre ellas, el CIADI. Por un lado, encuentran en las medidas una Expropiación indirecta, en tanto el art. 8° de la ley 25.561 suprime el derecho a ajustar tarifas, contra lo dispuesto en lo Decretos Reglamentarios de la Ley Marco de Privatización. A su vez, denuncian un Trato Injusto e Inequitativo, ya que las empresas cuentan principalmente con deudas en dólares, lo que aumenta considerablemente sus costos operativos, violando de esta forma además la obligación de Protección y no obstaculizar las inversiones. Finalmente, entienden que las medidas tuvieron un efecto expropiatorio, por las que la Argentina debe abonar una indemnización de pronta, adecuada y efectiva.

Tanto la tensión ley-contrato como los Repartos por parte de la Administración Pública —incentivar con un contexto de alta rentabilidad, luego limitarlo— como de los inversores demandantes —poder renegociador— y de los mismos Tribunales del CIADI —sanción pecuniaria del Laudo— pueden analizarse dentro de la Dimensión Sociológica propuesta a través de las proyecciones que los Repartos producen. Es decir, los Repartos se proyectan —subjetivamente— en la [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN1) idea que recepta la comunidad sobre la Jurisdicción Arbitral Internacional. A la vez que se proyectan —objetivamente— en la confección de un [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN2) nuevo régimen para los Servicios Públicos privatizados. Analizaremos brevemente cada una de estas proyecciones.

II.2.**Proyecciones subjetivas: Jurisdicción Arbitral Internacional**

Las proyecciones subjetivas dentro de la Dimensión Sociológica planteada, sobre el accionar de los Tribunales Arbitrales del CIADI, no difieren de las [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append#FN1) percepciones que el **Arbitraje** Comercial en General ha tenido en el Derecho Comparado. Rubén Santos Belandro, quien analiza la evolución histórica del instituto, nos dice que el **Arbitraje** ha "tenido etapas bien definidas como también otras difusas. Ello obedece a que en ciertos momentos fue colocado como medio preferido para la solución de conflictos privados frente a la justicia ordinaria, en otros fue colocado en un mismo pie de igualdad de ésta última y en ciertas oportunidades en un lugar oscuro, considerado como algo decadente y obsoleto"[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN44). El autor cita a René David, quien da como ejemplos de estas percepciones diferentes, la Constitución Francesa —"donde el **arbitraje** era el medio más razonable para terminar un litigio, aplicando el derecho natural y al abrigo de todo lo atentado por parte del legislador"—, diferenciándose de lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil Francés —"donde se relegó al **arbitraje** a un modo de liquidación de litigios, de conciliación o de amigable composición entre parientes, vecinos o amigos"— [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN45).

La diversidad en las proyecciones subjetivas del **Arbitraje** Comercial obedece, dentro de la Filosofía Jurídica y siguiendo a Belandro, en primer lugar al concepto que se tenga de Ley, sus fuentes y su función. "Para los juristas del siglo XX (...) el Derecho es el Derecho Estatal. Sin embargo esta concepción es relativamente reciente y no la dominante ni ha sido universalmente admitida como siendo la mejor"[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN46). Para una concepción estatal del derecho —cuya máxima expresión es la Ley—, el método privado de solución de conflictos del **arbitraje** merece una consideración, a lo sumo, menor. De allí que las regulaciones estatales del **arbitraje** lo han dejado librado a la voluntad de los mismos operadores del comercio y de los organismos que los aglutinan. Estos agentes internacionales, además de algunos intentos en la regulación legal o normativa del comercio internacional, han prestado mayor atención a la constitución de un Foro Jurisdiccional no Judicial que legitime el decisorio sobre controversias comerciales. No se pretende equiparar el Foro Arbitral al Judicial Estatal, concientes de la amplitud de materias a ser consideradas en el primero a diferencia del apego restricto a la legalidad del segundo.

Para Belandro, citando a David, esta diferencia con el Foro Judicial Estatal hace que el **Arbitraje** no sea considerado un fenómeno jurídico, no en las mismas condiciones que el derecho estatal [(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN47). Su función, además de determinar la extensión de los derechos y obligaciones de las partes, es la de superar la controversia más allá de los criterios jurídicos en juego. Ello se relaciona con las características propias de la Actividad Comercial, donde la transacción y la renuncia de derechos es un elemento común en la búsqueda del acuerdo por sobre la controversia. Para Belandro, "las partes miran el litigio o la diferencia como una situación puramente transitoria a la que hay que solucionar para continuar teniendo relaciones comerciales provechosas y útiles para ambas"[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN48). Y citando a René David, concluye: "...el **arbitraje** no es un fenómeno esencialmente jurídico. Cuando se habla de **Arbitraje**, se está siempre o casi siempre antes del Derecho o al lado del Derecho". Es decir, la Jurisdicción arbitral no esta sobre o debajo de la Jurisdicción Judicial legal, precisamente porque es naturalmente distinta, comprendiendo elementos más allá de los propiamente normativos.

Las proyecciones subjetivas que el **Arbitraje** Comercial ha tenido en el Derecho Nacional, ha hecho mayor hincapié, además de las diferencias entre los Foros Judicial y Arbitral, en la persona misma del Árbitro. Sobre ello es ilustrativa la comparación entre árbitros y jueces en las palabras de ex Procurador General de la Nación, José Nicolás Matienzo: "Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el Poder Ejecutivo con el acuerdo de la Cámara de Senadores. Sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y de la opinión pública y son legalmente responsables ante el Congreso. Sus fallos están así rodeados de garantías de verdad y de imparcialidad y la Nación puede entregarles en confianza la solución de sus contiendas con el interés privado**. Pero los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento, y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidad de los jueces permanentes.** Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi, ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas con casos y circunstancias diversas, como ocurre con aquellos jueces. De ahí que, salvo raras excepciones, **el árbitro no obra como juez sino como defensor del litigante que lo nombra; y de ahí que el tercero en discordia, prefiere casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho al que lo tienen**. Así, no es extraño que los laudos resulten, por lo general, arbitrarios, no sólo por su origen, sino por su contenido. Se explica que los particulares poco seguros de su derecho, pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es, en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del decoro del poder judicial de la Nación que aparece apartado como inútil o ineficaz"[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN49).

En el caso específico de los Tribunales Arbitrales del CIADI, esta percepción negativa de Matienzo es alentada por sus características mismas. En este sentido, un aspecto cuestionable es la constitución de los tribunales arbitrales respecto de los estudios jurídicos que asisten a las empresas inversoras legitimadas como demandantes. En las conformaciones de los tribunales podemos observar que tales roles son, en la práctica, intercambiables, dándose la paradoja que los profesionales puedan desempeñarse en algunos casos como árbitros y en otros en representación o asistiendo a las empresas activas. Esta falla ética hace perder confiabilidad al sistema y ha sido denunciada por la doctrina nacional [(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN50). Al igual que el posible conflicto de intereses, no ya entre Tribunales y Estudios Jurídicos, sino entre los primeros y el Banco Mundial, como Organización marco en el desenvolvimiento del CIADI. Es ilustrativo el caso del Grupo Suez, demandante ante el CIADI [(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN51), quien posee en la Argentina la empresa de provisión de agua potable y saneamiento Aguas Argentinas, y sobre la que la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial tiene una participación del 5%. Por lo que, en definitiva, el Tribunal incidiría con su decisión en el valor mismo de las acciones de una empresa en la que participa el órgano auspiciante del CIADI.

II.**3.Proyecciones objetivas: Régimen de Servicios Públicos**

Con respecto a las proyecciones objetivas, es decir, los hechos desenvueltos a partir de los Repartos, debe ser destacado el papel del poder negociador de los Demandantes en el proceso de Renegociación de Contratos de Concesión de Servicios Públicos, conforme lo ordenado en el denominado Régimen de emergencia económica [(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN52). El antecedente del reciente Laudo dictado en el caso CMS Gas Transmission Company [(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN53) les permitirá a las empresas negociar en mejores condiciones con el gobierno las variaciones tarifarias y los nuevos marcos regulatorios. Aunque no sólo el fallo arbitral opera en este sentido, sino también las mismas Demandas interpuestas. Puede observarse a través de los juicios desistidos o suspendidos: las empresas prometen no impulsar o suspender los juicios ya iniciados a cambio de mejores condiciones en la renegociación de los contratos de concesión de los servicios públicos privatizados. Una vez realizada la renegociación y fijadas las nuevas condiciones tarifarias, la implementación efectiva de los acuerdos será la señal para que se produzca el desistimiento de las acciones presentadas en los tribunales arbitrales [(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN54). La Demanda aquí es un Reparto, adjudica la potencia de presionar en la negociación para la parte privada y altera sustancialmente la noción de Contrato como resultado de la voluntad libre de las partes.

En este sentido, y sobre el Proceso de Renegociación de Contratos, la doctrina nacional ha destacado que "los reclamos ante los tribunales internacionales no buscan la satisfacción monetaria por los supuestos perjuicios sufridos por los inversores extranjeros, sino que se implementa una estrategia por parte de las empresas en la que se busca la posibilidad de acordar buenos niveles de tarifas y rentabilidades tras las nuevas circunstancias impuestas por la devaluación"[(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN55). Esto se traduce no sólo en la obtención de mayores porcentajes en los aumentos tarifarios autorizados, sino también en sortear las sanciones que se les habían impuesto por incumplimientos en la prestación de los servicios y en las inversiones, o reducciones a los planes de inversiones originales. La relación entre los beneficios obtenidos por las Empresas Concesionarias de Servicios Públicos en el proceso de renegociación y sus Demandas interpuestas es claramente observable. Más si se tiene en cuenta las deficiencias e incumplimientos en la prestación en que las mismas incurrieron durante los años de gestión.

El análisis jurídico del caso argentino ante el CIADI no puede obviar la dimensión sociológica de la cuestión. Es decir, con la ley y los contratos a mano, pero sin dejar de observar los hechos que se desenvuelven alrededor, y la percepción que la comunidad se forma a partir de los mismos. Las proyecciones apuntadas —subjetivas sobre la percepción de la Jurisdicción Arbitral Internacional, y objetivas sobre el nuevo régimen de Servicios Públicos posterior a la renegociación de los Contratos— no son otra cosa que la materialización de la Ley y el Contrato en la realidad sobre la que operan y en la conciencia de los sujetos alcanzados por sus efectos.

**III. Dimensión Axiológica**

III.1.Integración

Finalmente, y a modo de integración con las Dimensiones Normológicas y Sociológicas, nos referiremos brevemente a la Dimensión Axiológica, en el análisis del caso Argentino ante el CIADI. Para ello tomaremos dos Laudos recientemente dictados contra el Estado Argentino: CMS [(56)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN56) —el primero en dictarse en relación a la causal por pesificación de tarifas y que condenó al pago de una indemnización por violación del Standard Absoluto de Trato Justo y Equitativo y de la Umbrella Clause del BIT celebrado con Estados Unidos— y el caso LG&E [(57)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN57) —también condenatorio, pero donde se introducen antecedentes significativos en la consideración de los valores en juego: seguridad y razonabilidad—.

Por un lado, el Tribunal de LG&E estableció que los inversores no tienen derecho a pedir compensación por los daños producidos entre diciembre de 2001 y abril de 2003, ya que fueron ocasionados por medidas adoptadas a raíz del estado de necesidad experimentado por el Estado Argentino [(58)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN58). A diferencia de su antecesor CMS, el Tribunal reconoció que las medidas adoptadas no fueron por lo tanto, arbitrarias o irrazonables. No sólo se acentuó la gravedad de la crisis de 2001, sino que se comparó ese estado al de una invasión militar [(59)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN59), dando lugar a uno de los presupuestos del Estado de Necesidad. El Laudo también introduce un importante antecedente sobre el modo de cálculo de la compensación, obviando el período transcurrido entre el 1/12/01 y el 26/04/03 [(60)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN60) —por ser el tiempo transcurrido bajo la eximente del Estado de Necesidad—, reduciendo considerablemente el monto a pagar en relación a lo reclamado en la Demanda [(61)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN61).

A nuestro entender, el mayor avance está dado por el alejamiento de posiciones meramente normológicas adoptadas en el Laudo CMS, dando lugar a un decisorio que contemple de igual forma argumentos sociológicos y axiológicos. Un enfoque reduccionista Normológico llevó al Tribunal del caso CMS a considerar en forma casi exclusiva, la protección cambiaria con la que gozaban los inversores, que fueron afectadas desde 1999 y oficialmente con el art. 8 de la Ley 25.561. Las garantías que pueden haberse otorgado contra las fluctuaciones cambiarias y la inflación; así como el ajuste de las tarifas teniendo presente índices internacionales; la prohibición de hacer cambios unilaterales y de no controlar los precios sin indemnización; son sólo un aspecto del litigio. En el antecedente de CMS, primó el reduccionismo normológico incluso para la consideración del estado de necesidad como causal de exclusión de la responsabilidad. El Tribunal consideró que "no se han cumplido plenamente (en forma acumulativa) los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional como para permitir que se excluya la ilicitud de los actos"[(62)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN62), ya que el Estado había contribuido a la existencia de la situación de emergencia [(63)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN63), además de resaltar el carácter excepcional del principio [(64)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN64).

El Tribunal se limitó a considerar las fuentes normativas de la cuestión relativa a inversiones, y a resaltar el valor seguridad de los acuerdos firmados. En este sentido, expresó que el BIT está "está claramente diseñado para proteger las inversiones en momentos de dificultades económicas u otras circunstancias que lleven al Gobierno a adoptar medidas adversas"[(65)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN65).

Es desde el punto de vista Sociológico y Axiológico, donde el Tribunal del caso LG&E morigera la visión reduccionista normológica de su antecedente. Ante la posición del Estado de que "mantener tarifas unidas al dólar americano, luego de abandonado el régimen de convertibilidad, carece de toda lógica económica"[(66)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN66), el Tribunal concluye que desde 1998, la aplicación del PPI como índice para ajustar las tarifas se tornó irrazonable y no cumplía el propósito para el cual se había concebido —reflejar los cambios representativos de valor de los bienes y servicios relacionados con la actividad—. El Tribunal cuestiona la razonabilidad de un planteo que pretenda un aumento en la tarifa, de acuerdo con un índice vinculado con una economía que experimentaba un período de alta inflación —como era la de los Estados Unidos en esos momentos—. En ese sentido, el Laudo concluye que "(l)a severa devaluación del peso con relación al dólar hace razonable la decisión del Gobierno de abandonar el cálculo de las tarifas en dólares"[(67)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN67). En este sentido, no hace más que trasladar al Orden Internacional el razonamiento de nuestra CSJN en el fallo Cartellone [(68)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN68).

Creemos que esta apertura en el abanico de recursos jurídicos —sociológicos y sobre todo axiológicos— para examinar un hecho o acto con consecuencias jurídicas es bienvenido. Se habla del Tratado Internacional, del Contrato y de las obligaciones asumidas voluntariamente. Pero también de la crisis vivida en el orden interno, de las medidas legales para superarlas y de la razonabilidad de las mismas. Ello, enmarcado en el objetivo de alejar al derecho del reduccionismo normológico en el que se ve inmerso constantemente, es como dijimos, gratamente bienvenido. Sólo de esta forma, la Ciencia Jurídica acompañará la evolución epistemológica que las ciencias sociales experimentaron en el siglo pasado, y podrá ser considerado sin objeciones una de ellas.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN1v) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho", 6ª ed., Buenos Aires, De Palma, 1996. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", 1ª ed., Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, Arg, 2000

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN2v) SCHVARZER, Jorge, "Convertibilidad y Deuda Externa", Buenos Aires, 1ª ed., Eudeba, 2002, p. 29. El autor expresa, sobre la privatización de ENTEL: "Por su parte, las necesidades técnicas operativas del servicio llevaron a exigir que el consorcio comprador incluyera una firma con antecedentes en el negocio telefónico; sin embargo, no se trató de vender el servicio a una empresa del ramo sino de pedir que una de ellas estuviera asociada a los ganadores para asegurar su funcionamiento"

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN3v) A su vez, son de especial consideración aquellas Leyes dictadas con motivo de lo que la doctrina administrativista denominó "Reforma del Estado Argentino" , entre las que podemos nombrar las Leyes 23.696 de Emergencia Administrativa, 23.697 de Emergencia Económica; 23.928 de Convertibilidad; 23.982 de Consolidación de pasivos; 24.156; entre otras; y el plexo normativo sancionado con motivo de los sucesos de finales de 2001, Ley 25. 561 de Emergencia Económica, y 25.790 de Renegociación de Contratos de Concesión de Servicios Públicos; a las que debemos sumar los Decretos 13.064/47, 2284/91 sobre Desregulación Económica .853/93 sobre Tratamiento de Inversiones.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN4v) Abierta a la firma el 23 de mayo de 1969 (Adla, XXXII-D, 6412) por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entró en vigencia en el año 1980. La República Argentina firmó la Convención de Viena el 30 de enero de 1987 y la ratificó el 17 de agosto de 1990. mediante ley 23.782 (Adla, L-B, 1275).

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN5v) Ratificada mediante ley 23.619 del 28 de septiembre de 1988 (Adla, XLVIII-D, 4230). Según esta Convención sólo se puede denegar el reconocimiento y ejecución del laudo por las causales taxativamente enunciadas, entre las que destacamos las dos siguientes: a) que el objeto del diferendo resuelto por los árbitros no era susceptible de ser sometido a arbitraje, conforme la ley del país donde se procura la ejecución y b) que el reconocimiento o la ejecución del laudo contraría el orden público del país donde se lleva a cabo la ejecución.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN6v) Esta Convención fue acordada en el marco de la Organización de Estados Americanos en 1975 y Argentina la ratificó mediante la ley 24.322 del 5 de enero de 1995 (Adla, LIV-C, 2776).

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN7v) Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965, aprobado por ley 24.353, en vigor desde 18-11-1994 (Adla, 1994-C, 2861).

Abierta a la firma el 23 de mayo de 1969 (Adla, XXXII-D, 6412) por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entró en vigencia en el año 1980. La República Argentina firmó la Convención de Viena el 30 de enero de 1987 y la ratificó el 17 de agosto de 1990. mediante ley 23.782 (Adla, L-B, 1275).

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN8v) CSJN, "S.A. Quebrachales fusionados c. capitán, armadores y dueños del vapor nacional Aguila" Fallos 150:80; y "Martínez, Enrique c. Ramos, José s/despido" Fallos 284:28.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN9v) "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".

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN10v) CPJI, Serie A/B N° 44, p.24. Citado por BARBOZA, Julio, "Derecho Internacional Público", Buenos Aires, Zavalía, 2003., p. 66. La Corte sostuvo que un Estado "no puede invocar su propia Constitución para sustraerse de las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor".

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN11v) ICJ Reports, 1951, p. 181. Ídem cita anterior.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN12v) Art. 25 CN Alemania, art. 10 CN Italia.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN13v) BARBOZA, Julio, op. cit., p. 60. Cita el fallo "Cherokee tobacco" de la Corte Suprema de Estados Unidos, en p. 70.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN14v) CSJN, Ekmedjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos 315:1492, del día 07/07/92 (LA LEY, 1992-C, 543).

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN15v) CSJN, Martín y Cía. Ltda. c. Administración General de Puertos. Fallos 257:99 (LA LEY, 113-458). Los Tratados tienen igual jerarquía que las leyes, por lo que se aplica el principio leges posteriores priores abrogant. La supremacía corresponde a la CN, sin perjuicio de la posible responsabilidad internacional en la que incurra el Estado.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN16v) CSJN, Fibraca Constructora SCA c. Comisión Mixta de Salto Grande, Fallos 316:1669, del día 7/07/93

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN17v) CSJN, José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento, del día 24/06/04. Aunque parte de la doctrina lo considera en oposición al fallo Fibraca, el primero no trata el tema de Fuentes por no ser un caso de Laudo Internacional. La oposición sí puede entenderse entre Orden Público y Autonomía de la Voluntad.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN18v) CSJN, Café La Virginia S.A. Fallos: 317:1282

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN19v) A diferencia de otras Constituciones Americanas, como las de Guatemala y Colombia, donde los Tratados tienen prevalencia sobre el derecho interno, y por lo tanto, sobre la Constitución

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN20v) Williams and Humbert v. W. H. Trademarks (Jersey) Ltd. (1986) 1 All ER 129. Citado BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. Ius inter Iura", Buenos Aires, La Ley, 1997, p. 2-3.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN21v) Trans World Airways v. Franklin Mint, International Legal Materials, 23 (1984). P. 814 y 819. Citado en ídem nota anterior

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN22v) HENKIN, Louis y otros, "Internacional Law, Cases and Materials", 2ª Ed., West Publishing Co, 1987, p. 432. Citado en BARBOZA, Julio, op. cit., p. 73

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN23v) En tal sentido, existieron cuatro variantes de Cláusula Calvo. Primero, la cláusula podrá excluir la protección diplomática para el inversor extranjero bajo cualquier circunstancia (constituciones de México, Ecuador, Perú y Venezuela). En segundo lugar, permitirá al extranjero recurrir a protección diplomática de sus propios gobiernos sólo en los supuestos de denegación de justicia (Constitución boliviana). En tercer lugar, podrá contemplar una solución como la prevista precedentemente aunque la denegatoria de justicia era definida en forma restrictiva y no incluyendo a un veredicto ejecutorio contrario al extranjero (constituciones de Nicaragua y Honduras). Finalmente, podrá prever simplemente que los extranjeros se encuentran sujetos a los tratados y obligaciones de igual modo que los nacionales (constituciones de Cuba y El Salvador). Conf. GARCIA MORA, Manuel, "The Calvo Clause in Latin-American constitutions and international law", 33 Marq. L. Rev. 205, 206-07 (1950).

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN24v) Entre los que podemos nombrar la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena suscripto en mayo de 1969; el dictamen sobre las empresas transnacionales del Comité Jurídico Interamericano de 1976 y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de las Naciones Unidas de 1974

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN25v) Caso North Amerizan Dredging, Co. of Texas (United States of America) v. United Mexican States, resuelto en 1926 por la United States - Mexican Claims Commission

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN26v) Cláusula 16.4 en Contrato de Concesión del Servicio de Agua y desagües cloacales en la Provincia de Tucumán, suscripto el día 18 de mayo de 1995.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN27v) Fallos 316:382, 729 y 1060. "...el procedimiento regla en la manifestación de la voluntad contractual administrativa es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, en caso contrario la oferta es inadmisible y debe ser rechazada...". "...la participación en una licitación sin reserva a las cláusulas de los pliegos, significa un consentimiento a ellas que impide todo reclamo posterior"

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN28v) LIPSTEIN, K., "The place of the Calvo Clause in Internacional Law", en "British Yearbook of Internacional Law", 1945, p. 130. Citado por BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. Ius inter Iura", Buenos Aires, La Ley, 1997., p. 171.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN29v) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (Case No. ARB/97/3) (LA LEY, 2001-A, 230; 2001-D, 15).

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN30v) Entre los que mencionaremos, a modo de síntesis: (a) la distinción entre actos Iure gestionis del Estado o actos comerciales —los cuales admitían la prórroga jurisdiccional—, de los actos Iure imperio o actos de soberanía —sobre los cuales el Estado gozaba de una inmunidad absoluta—. (b) la labor jurisprudencial de la CSJN, a partir del fallo Manauta Juan José y otros c. Embajada de la Federación Rusa s/daños y perjuicios en torno a la postura restrictiva sobre inmunidad jurisdiccional Estatal (LA LEY, 1995-D, 210. (c) el art. 7 de la ley 20.548 modificatoria de la Ley Permanente de Presupuesto 11.672 (Adla, XXXIII-D, 3657; 1920-1940, 296) autorizó a "someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otra; jurisdicciones, tribunales arbitrales..."; la ley 21.315 (Adla, XXXVI-B, 1099) admitió la prórroga de competencia en "asunto exclusivamente patrimoniales de índole internacional a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República..."; la ley 22.434 (Adla, XLI-B, 2802) de 1981 modificó el art. 1° del CPCCN —" exceptúase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes"—; la ley 24.488 (Adla, LV-D, 4339), art. 1 inc. c, d, e, f, g, sobre "Inmunidad de jurisdicción de los Estados Extranjeros ante los Tribunales argentinos".

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN31v) Art. VII BIT USA-Argentina. Las definiciones amplias de inversiones en los BIT permiten que se incluyan en el sistema de protección, tanto a los derechos contractuales debidos por el Estado receptor, como también aquellos que sólo son afectados por la acción del Estado receptor.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN32v) El primer grupo, ordena accionar ante Tribunales nacionales, lo que se conoce como cláusula soft Calvo; y luego de un plazo prudencial de 18 meses sin que se dicte Sentencia o pese la cual la controversia subsista; se otorga la opción de recurrir a la vía del Arbitraje internacional ante la CNUDMI, la CCI o el CIADI. Luego, en un segundo grupo, se otorga una vez establecida la controversia y después de un plazo de negociación directa por seis meses, la opción de jurisdicción al inversor, entre los Tribunales Nacionales y las Sedes Arbitrales señaladas. La elección es definitiva y precluyente de la otra. El resabio de la doctrina Calvo del primer grupo fue dejado de lado, al ser considerado una mera valla formal carente de mayor sentido. Por el efecto multilateralizador de la cláusula NMF, este sistema puede ser utilizado por inversores de otras nacionalidades.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN33v) Art. 7 (2) BIT Alemania-Argentina, dispone que "Cada parte contratante cumplirá cualquier compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio"

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN34v) BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos. Ius inter Iura", Buenos Aires, La Ley, 1997, p. 141.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN35v) BOGGIANO, Antonio, op. cit., p. 141. Cita la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones de Irán y USA en B. audit., Le Tribunal des differends iranoamericaines 1981-1984, Clunet, 1985, p. 846.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN36v) Conf. BARBOZA, Julio, "Derecho Internacional Público", Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 80.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN37v) BOGGIANO, Antonio, op. cit., p. 180.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN38v) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho", 6ª edición, Buenos Aires, De Palma, 1996. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", 1ª edición, Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, Argentina, 2000.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN39v) Ver noción de Reparto en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, op. cit., p. 10.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN40v) Ver noción de potencia en ibíd, p. 10.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN41v) Entre las normas de Reforma del Estado, podemos nombrar las Leyes 23.696 de Emergencia Administrativa, 23.697 de Emergencia Económica; 23.928 de Convertibilidad y su decreto reglamentario 2128/91; 23.982; 24.156; Leyes del Marco Regulatorio de las distintas Áreas. El Régimen de Emergencia Económica está constituido entre otras por la Ley 25.561 de Emergencia Económica, y 25.790 de Renegociación de Contratos de Concesión de Servicios Públicos; a las que debemos sumar los Decretos 13.064/47 y 1853/93 sobre Tratamiento de Inversiones; Decreto 293/2002, Decreto 370/2002, Resolución ME 20/2002, Decreto 311/2003, Decreto 1090/2003 (Adla, XLIX-C, 2444; XLIX-C, 2458; LI-B, 1752; LI-D, 3991; LI-C, 2898; LII-D, 4002; LXII-A, 44; LXIII-E, 4966; LXII-B, 1644; LXII-B, 1764).

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN42v) El Producer Price Index (PPI o IPC) es un índice que refleja la evolución de los precios de los productores de bienes industriales de los Estados Unidos y que es calculado por la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. Su definición puede encontrarse en los Decr. de Licencia, en las Reglas Básicas.

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN43v) Entre ellas: Metalpar —fabricante de carrocerías para el transporte colectivo de pasajeros, de Chile—, Continental Casualty —aseguradora vinculada al grupo CNA, de USA—, Unisys Corporation —contratista del Poder Judicial de la Nación—, y RGA Reinsurance Co. —servicios financieros vinculados con el sistema privado de jubilaciones y pensiones—.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN44v) BELANDRO, Rubén B. Santos, "Arbitraje Comercial Internacional", México, Pereznieto Editores S.A. de C.V., 1997, p. XXXIII

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN45v) Ibíd., p. XXXIII. Ejemplos citados de DAVID, René, "L´arbitrage dans le comerse internacional", Económica, 1982, p. 126; y Arbitrage du XXe siècle, Melanges Savatier, 1965, p. 219; respectivamente

[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN46v) Ibíd., p. XXXIV

[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN47v) Ibíd., p. XXXIV, cita a DAVID, Rene, "Arbitrage et droit comparé", RIDC, 1959, p. 12

[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN48v) Ibíd., p. XXXIV

[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN49v) Procurador General de la Nación Dr. José Nicolás Matienzo, en su dictamen de fecha 30 de abril de 1919, en la causa: "Fisco Nacional contra la Compañía Dock Sud de Buenos Aires, sobre cobro de pesos", sentencia de 27 de mayo de 1919. Citado en BOGGIANO, Antonio, "Derecho internacional privado", t. III, 3ª ed., cap. III: "Derecho administrativo internacional", parág. XII: "El arbitraje", ps. 124 y sigtes., en particular p. 125, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991

[(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN50v) ROSATTI, Horacio, "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1283.

[(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN51v) Suez, Aguas Argentinas, Vivendi Universal y Sociedad General de Aguas de Barcelona. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/17). Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/18). Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Case No. ARB/03/19). Date Registered July 17, 2003

[(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN52v) Ley 25. 561 de Emergencia Económica y Ley 25.790 de Renegociación de Contratos de Concesión de Servicios Públicos.

[(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN53v) CMS Gas Transmission Company c. República Argentina, case No. ARB/01/8, date registered Agoust 24, 2001. Award of May 12, 2005; 44 ILM 1205 (2005)

[(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN54v) Casos de las transportistas de gas (Camuzzi, Pioneer, Gas Natural SDG), de empresas de telecomunicaciones (Telefónica, Telecom) y eléctricas (AES, Endesa, electricite de France) con las que el gobierno nacional ya ha definido las nuevas condiciones para la prestación de los servicios y/o los aumentos de tarifas.

[(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN55v) ORTIZ, Ricardo, "Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI, Informe de FOCO - Foro Ciudadano por la Justicia y los Derechos Humanos. Argentina". Informe elaborado por encargo del FDCL - Centro de Documentación Investigación Chile-Latinoamerica, Berlín, Alemania. Abril 2006, ps. 38-39

[(56)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN56v) "CMS Gas Transmission Company c. República Argentina", caso N° ARB/01/8, registrado el 24 de agosto de 2001. Award of May 12, 2005; 44 ILM 1205 (2005)

[(57)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN57v) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (Case No. ARB/02/1) Date Registered January 31, 2002. Decision on Liability of October 3, 2006.

[(58)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN58v) "Cumplidos los requisitos para invocar el estado de necesidad, el Tribunal considera que éste es el factor eximente de la responsabilidad por los daños causados a consecuencia de las medidas que tomó Argentina en respuesta a la severa crisis que tuvo lugar en este país". Párr. 259.

[(59)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN59v) "Concluir que una profunda crisis económica no constituye un interés esencial de seguridad, sería minimizar el caos que la economía puede causar en las vidas de una población entera y en la capacidad de dirección del Gobierno. Cuando las bases económicas de un Estado se encuentran sitiadas, la severidad del problema puede compararse con la de una invasión militar". Párr. 238.

[(60)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN60v) Párr. 226-227. El Tribunal no consideró como fecha inicial la de la entrada en vigor de la Ley de Emergencia —la emergencia ya había comenzado cuando se dictó la Ley, además de esa forma habría que tomar como fecha de cierre el levantamiento de la emergencia—. Las fechas obedecen a la toma de medidas de congelamiento de fondos —Decr. N° 1570/01—, y la elección de Kirchner. Esta última difiere con la fecha tomada como fin de la crisis en el caso CMS donde se dispuso "el Tribunal considera que el período de crisis finalizó en algún momento entre fines de 2004 y principios de 2005. El Tribunal observa a este respecto que la Ley de Emergencia declaró el estado de emergencia hasta el 10 de diciembre de 2003 y que la renegociación fue prorrogada por un año más. En 2004 se aprobó una nueva prórroga" Párr. 250.

[(61)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN61v) "Todas las medidas tomadas por Argentina en violación al Tratado antes y después del período durante el cual se produjo el estado de necesidad, surten todos los efectos y serán tomadas en consideración por este Tribunal en el cálculo de los daños". Párr. 263.

[(68)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&hitguid=i2F007B7CE6544953805C7C44F09D3A87&spos=3&epos=3&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=15&crumb-action=append" \l "FN68v) CSJN, "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento", del día 24/06/2004.

La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión

**Panelo, Santiago**

**Publicado en:** LA LEY 2003-E, 1482

**Sumario:** SUMARIO: I. Introducción. - II. Razones de la celebración de TBIs. - III. Contenido General de los TBIs. - IV. Aplicabilidad de los TBIs respecto de las inversiones de las empresas prestadoras de servicios públicos frente al cambio de la normativa económica por parte de la República Argentina. - V. Conclusión.

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append)

**I. Introducción**

Con la salida de la convertibilidad y posterior devaluación del peso y "pesificación" de la economía, la República Argentina, a través de sus gobernantes, modificó unilateralmente ciertas "reglas del juego" que se suponían inalterables, perjudicando de esta manera a gran cantidad de inversores nacionales y extranjeros que confiaron en nuestro país, aun en épocas de crisis.

La gran mayoría de los extranjeros que confiaron e invirtieron en nuestro país corren con ventaja frente a los argentinos que fueron perjudicados por las últimas medidas económicas, atento a que se encuentran amparados por ciertos instrumentos jurídicos que en la República Argentina tienen jerarquía superior a las leyes internas. Entre los inversores extranjeros se destacan las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos.

Dichos instrumentos jurídicos son los denominados Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ("TBIs") que durante la década del 90 la República Argentina firmó con diversos Estados extranjeros, entre los que se destacan las principales potencias económicas del mundo como Italia [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN1), Gran Bretaña [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN2), Alemania [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN3), Francia [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN4), España [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN5), Canadá [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN6), Estados Unidos de América [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN7), Austria [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN8), el Reino de los Países Bajos [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN9) y China [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN10).

El objeto de esta presentación es analizar las áreas comunes de protección que otorgan a los inversores extranjeros -principalmente a las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos- los distintos TBIs firmados por la Argentina. En primer término, se señalarán las razones por las cuales los Estados celebran TBIs. Luego, se describirá brevemente el contenido de dichos tratados. Finalmente, se analizará la posibilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos, en su carácter de inversoras extranjeras, de invocar sus normas para obtener una compensación íntegra por las pérdidas sufridas como consecuencia de la aplicación de la nueva normativa económica por parte del Estado nacional.

**II. Razones de la celebración de TBIs**

El fundamento económico de los TBIs es, desde el punto de vista de los Estados exportadores de capital o países desarrollados otorgar a las inversiones de sus nacionales una protección confiable a través de un instrumento jurídico que no puede ser modificado unilateralmente por los Estados receptores de capital -como las leyes internas-. Recordemos aquí que el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional argentina dispone que los tratados internacionales que no tienen jerarquía constitucional son jerárquicamente superiores a las leyes internas.

Por su parte, los Estados receptores de capital o países subdesarrollados, a través de la celebración de estos tratados, intentan atraer a la inversión genuina y productiva. A través de ellos, estos Estados aceptan (al menos teóricamente) mantener inalterables durante su vigencia ciertas normas de tratamiento de inversiones, con la que se espera establecer un clima de estabilidad y confianza para atraer inversiones.

En este sentido, debe tenerse presente que cualquier violación de lo dispuesto en los TBIs puede llegar a considerarse una violación al principio de derecho internacional pacta sunt servanda, generando de esta manera repercusiones políticas que pueden llegar a afectar fuertemente a los países en vía de desarrollo incumplidores de sus obligaciones frente a la comunidad internacional.

**III. Contenido General de los TBIs**

Si bien los TBIs celebrados por la República Argentina no son idénticos entre sí, es posible afirmar que todos ellos tienen contenidos y estructuras similares. Las disposiciones de mayor relevancia de estos tratados son las siguientes:

a. **Definiciones de "inversión" e "inversor":**

Todos los TBIs celebrados por nuestro país comienzan definiendo conceptos, entre los que se destacan los de "inversión" e "inversor".

En cuanto al concepto de "inversión", los TBIs incluyen definiciones sumamente amplias y similares, de carácter general, ilustradas por una lista no exhaustiva de inversiones particulares, tales como bienes muebles e inmuebles, acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación, aun las minoritarias o indirectas, títulos públicos o privados, los derechos de autor, etc.

El concepto de "inversor" es de fundamental importancia atento a que determina el ámbito de aplicación de los TBIs. En virtud de que este concepto varía según los tratados, difícilmente pueda establecerse un concepto general que se adapte perfectamente a cada uno de ellos. Es importante destacar que algunos tratados, como por ejemplo los celebrados con el Reino de los Países Bajos, Francia y Suiza, incluyen dentro del concepto de inversor a las empresas constituidas según las leyes de uno de los Estados firmantes del tratado (en adelante, "Estado Contratante"), aunque controladas directa o indirectamente por nacionales del otro Estado Contratante.

b. **Tratamiento de la inversión**:

Los TBIs firmados por la Argentina instituyen los estándares de "trato nacional" y de "nación más favorecida".

En virtud del estándar de "trato nacional", cada Estado Contratante debe brindar un **tratamiento a los inversores extranjeros igual** al trato recibido por sus propios nacionales.

Por otro lado, en atención al **estándar de "nación más favorecida**" ("NMF"), frente a situaciones idénticas o similares, cada Estado Contratante se compromete a acordar a las inversiones realizadas por inversores del otro Estado Contratante, un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países.

Sin perjuicio de lo mencionado precedentemente, la mayoría de los TBIs contemplan excepciones al estándar de NMF, destacándose principalmente (i) los privilegios acordados por un Estado Contratante a inversores de terceros países en razón de haberse asociado con estos últimos en áreas de libre comercio, acuerdos aduaneros o mercados comunes, y (ii) privilegios resultantes de acuerdos internacionales sobre cuestiones impositivas.

c. **Régimen de expropiación**:

Los TBIs prevén un régimen de expropiación de las inversiones, que reconoce a los Estados Contratantes el derecho a expropiar las inversiones realizadas en su territorio, siempre que las medidas de expropiación tomadas por dicho Estado cumplan con las siguientes condiciones: (i) que sean tomadas por razones de utilidad pública, (ii) que no sean discriminatorias y (iii) que estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN11). Es importante señalar aquí que estas mismas condiciones aplican para los casos de expropiación indirecta o "creeping expropriation"; es decir, medidas adoptadas por uno de los Estados Contratantes respecto de las inversiones realizadas en su territorio por inversores del otro Estado Contratante, que tengan un efecto similar a la expropiación.

d. **Resolución de disputas:**

Todos los TBIs incluyen un procedimiento para solucionar disputas referidas a inversiones surgidas entre inversores particulares de uno de los Estados Contratantes y el otro Estado Contratante, receptor de las mencionadas inversiones.

Este procedimiento autoriza al inversor parte en la controversia a someter la disputa a la decisión de un tribunal de **arbitraje** internacional, luego de agotadas ciertas instancias previas que varían según los tratados [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN12).

Luego de agotadas dichas instancias, el inversor extranjero que se considere perjudicado por una medida adoptada por el país receptor de la inversión tiene la posibilidad de optar por someter la disputa a un procedimiento arbitral en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones del Banco Mundial ("CIADI") establecido por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de 1965 ("Convención del CIADI"), o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("C.N.U.D.M.I.").

Se destaca que, según lo establecido en los TBIs celebrados por la Argentina, los laudos dictados por los correspondientes tribunales arbitrales son definitivos y obligatorios para las partes de las distintas controversias.

**IV. Aplicabilidad de los TBIs respecto de las inversiones de las empresas prestadoras de servicios públicos frente al cambio de la normativa económica por parte de la República Argentina**

Tanto inversores extranjeros como nacionales, se vieron claramente perjudicados por los cambios introducidos en la normativa económica dispuesta por el Gobierno Nacional. Ya se dijo con anterioridad que los primeros corren con ventaja en relación a los segundos al momento de demandar una compensación adecuada de parte del Estado Nacional, por supuesto, siempre que aquellos estén protegidos por TBIs.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que al 31 de julio de 2003 nuestro país afrontaba más de 20 demandas por parte de empresas que consideran rotos por parte de la República Argentina los contratos bajo los cuales invirtieron en el país [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN13). Estas empresas -en su mayoría empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos- [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN14) reclaman más de 3000 millones de dólares en el CIADI. A estos casos, hay que adicionarles aproximadamente 40 reclamos más presentados a dicha fecha por diferentes inversores extranjeros que se encontraban en la etapa inicial del procedimiento establecido por la Convención del CIADI [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN15).

Las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos que iniciaron reclamos en el CIADI exigen de nuestro país una compensación pronta, adecuada y efectiva en tanto entienden que las medidas adoptadas durante el último año por el Gobierno Nacional tienen un efecto similar a la expropiación (expropiación indirecta), habiéndoles causado -y causándoles- considerables daños y pérdidas.

La mayoría de dichas compañías 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. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por la ley 25.561 [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN16), las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos deben continuar cumpliendo con sus obligaciones [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN17), aunque prohíbe el ajuste de las tarifas establecidas en los correspondientes contratos [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN18). Téngase presente que, a pesar de la insistencia de las empresas privatizadas, las negociaciones con el Gobierno para lograr tarifas económicamente viables se encuentran actualmente estancadas.

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.

A mayor abundamiento se señala que no sólo las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos han iniciado reclamos en el CIADI. Por ejemplo, la compañía chilena Metaplar, que fabrica carrocerías para ómnibus y camiones, pretende cobrar en dólares un contrato firmado en la Argentina, y la norteamericana Unisys, compañía proveedora de sistemas informáticos, hizo una presentación en el CIADI como consecuencia de la pesificación de un contrato con el Poder Judicial.

Puede concluirse que las medidas económicas adoptadas unilateralmente por el Estado Nacional tienen un efecto similar a la expropiación, por lo que, salvo que se encuentre alguna solución alternativa, es altamente probable que el Estado Nacional deba compensar en forma pronta, adecuada y efectiva a las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos -y al resto de los inversores extranjeros- perjudicados por las medidas adoptadas por aquél, siempre que hayan iniciado reclamos en el CIADI.

Pero para el caso de que quedara alguna duda al respecto, puede también tenerse en cuenta lo dispuesto por el TBI celebrado entre la República Argentina y la República de Panamá, aprobado por la ley 24.971 del Congreso Nacional, que incluye a la modificación o derogación de leyes entre las medidas similares a la expropiación [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN19).

Por aplicación del principio de NMF previamente descripto, todos los inversores extranjeros protegidos por TBIs, que hayan sufrido daños como consecuencia de los cambios en la normativa en materia económica, también podrían invocar el TBI celebrado por Panamá y la Argentina a los efectos de lograr de esta última una compensación integral. En efecto, en virtud del estándar de NMF incluido en todos los TBIs firmados por la República Argentina, los inversores extranjeros amparados por estos tratados bilaterales tienen el derecho a recibir por parte de nuestro país un trato idéntico al que recibirían los inversores panameños de parte de la República Argentina.

En virtud de lo expuesto, no quedan dudas que los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del CIADI llegarán a la conclusión que las medidas económicas adoptadas por el Estado Nacional argentino tienen un efecto similar a la expropiación, constituyendo casos de expropiación indirecta. De esta manera, los inversores extranjeros -entre los que se destacan las empresas privatizadas- beneficiados por los correspondientes laudos arbitrales quedarán habilitados para demandar de la República Argentina una compensación pronta, adecuada y efectiva.

**V. Conclusión**

Los argumentos enunciados a lo largo del presente nos llevan a concluir que, dada la situación de estancamiento de las negociaciones, el Estado nacional deberá indemnizar a los inversores extranjeros que iniciaron reclamos en el CIADI como consecuencia de los daños generados por la República Argentina en virtud de los cambios dispuestos en materia económica.

Sin embargo, el progreso de los reclamos ante el CIADI presentados por las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos se encuentra asociado a cómo evolucione el proceso de negociación de tarifas que, como se dijo con anterioridad, se encuentra actualmente estancado por voluntad del Estado nacional.

Es probable que la presentación de estos reclamos en el CIADI por las empresas privatizadas tenga como objetivo final presionar al Estado nacional a los efectos de lograr mejores condiciones en una eventual negociación. Asimismo, también es probable que el estancamiento de las negociaciones por parte del Estado Nacional sea también una estrategia adoptada por éste a efectos de lograr mejores condiciones de parte de aquellas empresas.

Lo cierto es que, tarde o temprano, el Estado Nacional deberá "sentarse" a negociar con las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos con el objetivo de alcanzar un acuerdo definitivo beneficioso para ambas partes. Caso contrario, se estaría arriesgando no sólo a ser condenado a compensar a dichos inversores extranjeros en forma pronta, adecuada y efectiva, sino que también a que la población de nuestro país se vea profundamente perjudicada como consecuencia del abandono de la prestación de los servicios correspondientes por parte de los inversores extranjeros -que ya no van a ver con buenos ojos el hecho de ser contraparte de un Estado incumplidor-, y el posterior reemplazo de aquéllos por el Estado nacional, que ingresaría de esta manera a un terreno que desconoce y donde ha demostrado ser totalmente ineficiente.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN11v) Este criterio de compensación es conocida como regla o fórmula "Hull".

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN12v) La mayoría de los TBIs celebrados por la Argentina disponen el siguiente procedimiento: Toda controversia relativa a las inversiones debe ser solucionada amigablemente entre las partes en la controversia. Si las negociaciones no aportan una solución (en general los TBIs determinan un plazo de negociación, que puede ser de 3 ó 6 meses, aunque en algunos casos no establecen plazo alguno), la controversia debe ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente del Estado Contratante parte en la disputa. Si la controversia subsistiera luego de la expiración de un plazo de 18 meses contados a partir de la notificación del comienzo del procedimiento ante la jurisdicción precedentemente establecida, esta controversia podrá ser sometida al arbitraje internacional.

Hay otros TBIs, como por ejemplo los celebrados con Estados Unidos de América y Francia, que establecen que si la controversia no puede ser solucionada amigablemente en el término de 6 meses a partir del momento en que hubiera sido planteada, dicha controversia puede ser sometida directamente a **arbitraje** internacional.

Téngase presente que, en virtud del estándar de NMF, los inversores extranjeros pueden invocar los procedimientos establecidos en los TBIs con Estados Unidos de América o Francia a efectos de evitar tener que recurrir a la jurisdicción local. En este sentido, nótese que un Tribunal Arbitral del CIADI ya se expidió al respecto en el caso "Maffezini c. Reino de España" (Caso N° ARB/97/7).

Debe señalarse aquí que, en virtud de lo dispuesto por los TBIs en relación a la solución de controversias relativas a inversiones, los inversores extranjeros quedan habilitados para eludir el recaudo del reclamo administrativo previo, regulado actualmente por el art. 12 de la ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547).

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN13v) La lista de casos pendientes puede consultarse en http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN14v) Se destacan Telefónica de Argentina, Edenor, Transportadora de Gas del Sur, Aguas Argentinas, Metrogas, entre otras.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN15v) Según lo dispuesto por la Sección 1 del Capítulo IV de la Convención del CIADI, el primer paso que debe dar el inversor que se considere perjudicado es presentar una solicitud de arbitraje escrita al Secretario General del CIADI, quién sólo registrará dicha solicitud si de la información contenida en ésta se desprende que la diferencia se halla dentro de la jurisdicción del CIADI.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN16v) Ley de emergencia pública y reforma del régimen cambiario.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN17v) Art. 10.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN18v) El art. 8 dispone que las tarifas pasan a denominarse en pesos a la relación de cambio $1 = U$S1.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&hitguid=i673CC7E6CD8511D7A6A30050DA6B0FA2&spos=31&epos=31&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN19v) El art. 3 dice así: "Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo modificación o derogación de leyes, que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal.".

La Argentina y los inversores frente al CIADI

**Fabré, María CarolinaGambier, Beltrán**

**Publicado en:** LA LEY 2006-E, 1296

**Sumario:** SUMARIO: I. Introducción. — II. El CIADI y los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de las Inversiones. — III. Jurisdicción de los Tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI para condenar a los Estados al pago de daños y perjuicios. — IV. Camino que debieran seguir los inversores extranjeros para conseguir la condena en daños y perjuicios. — V. Supuesto en que el inversor extranjero haya decidido no acudir al CIADI. — VI. Conclusiones.

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append)

I. Introducción

El proceso de privatizaciones que tuvo lugar en Argentina en la década de los noventa contó con un marco jurídico y económico que sufrió una gravísima distorsión con las consecuencias de la crisis política y económica que tuvo lugar a partir de diciembre de 2001. Especial relevancia tuvo la salida del régimen de convertibilidad entre el peso y el dólar.

La renegociación con las empresas de servicios públicos tuvo un inicio muy lento y transcurre en la actualidad con serias dificultades [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN1). La Argentina está lejos de recuperar los niveles de seguridad jurídica existentes antes de la crisis.

Iniciada ésta, resultaba tarea muy difícil para las empresas prestadoras de servicios públicos y sus inversores decidir el camino a seguir para defender los derechos que emanaban de los contratos que habían suscripto. La situación era de una gravedad extrema toda vez que en muchos casos las empresas tenían compromisos financieros en dólares mientras que las tarifas fueron congeladas en pesos. Pese a que la letra de los contratos conducía a trasladar a las tarifas los efectos de la devaluación, las medidas de emergencia lo impidieron atendiendo, puede inferirse, a los gravísimos efectos que esto podía generar en la economía general del país.

La crisis mostró la imprevisión de los gobernantes de entonces y los niveles de seguridad jurídica bajaron por debajo de los mínimos. Así, los mecanismos de protección de los contratos, en lo que se refiere particularmente a las tarifas, resultaron inadecuados dejando en evidencia que fueron pensados para devaluaciones de una magnitud totalmente distinta a la que tuvo lugar.

En el marco de esa situación las empresas enfrentaban serias dificultades para obtener una tutela efectiva a través de los remedios procedimentales y procesales ordinarios ofrecidos por la legislación argentina. Al mismo tiempo, debían continuar prestando los servicios de manera eficiente sin entrar en un grado de conflictividad extremo con el Estado, con el que se debía renegociar, que conspirara contra las buenas relaciones contractuales. Era menester buscar caminos creativos y eficientes para proteger las inversiones.

Entre esos caminos se destaca muy especialmente el inicio de demandas ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI).

Analizaremos, seguidamente, algunos aspectos vinculados con ese singular medio de protección que ya ha merecido la atención de la doctrina [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN2).

**II. El CIADI y los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de las Inversiones**

El CIADI fue creado en 1965 en el marco del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN3), con el objetivo de solucionar tales divergencias mediante procedimientos de conciliación y **arbitraje**. La puesta en marcha de tales medios de solución de conflictos requiere del consentimiento expreso de las partes en tanto se trata de un sistema voluntario, que, en el caso de los Estados, suele otorgarse por adelantado al suscribir los denominados Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Recíprocas [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN4) (en adelante, los TBPI).

Mediante la creación del CIADI se buscó generar un clima de confianza entre los Estados y los inversores extranjeros capaz de coadyuvar y estimular el acceso de los capitales internacionales a los países menos desarrollados.

Durante los primeros años de funcionamiento del CIADI su actividad fue mínima [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN5). Tal panorama dio un giro inesperado a partir de la celebración de los TBPI, existiendo en la actualidad más de 2000 de ellos [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN6). En la mayoría de estos Tratados se prevé, como una de las opciones, la resolución de las disputas por inversiones extranjeras a través de **arbitrajes** desarrollados en el marco del CIADI. Se trata de procedimientos de **arbitraje** administrados [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN7) en los que las partes procuran hacer valer sus derechos derivados de los TBPI.

En estos Tratados suelen incluirse una serie de definiciones. Así, se establece, por ejemplo, qué debe entenderse por "inversión", qué por "nacional", qué por "ganancia", etc. Del mismo modo, se contemplan una serie de principios jurídicos. Entre ellos destacamos el del "trato no discriminatorio"; el del "trato justo y equitativo"; el de "la nación más favorecida"; el de la "prohibición de expropiación y nacionalización". Los Estados parte se comprometen a respetar estos principios que no sólo intentan generar un patrón común de tratamiento, sino que también funcionan como pautas de interpretación de los Tratados.

Así, por ejemplo, el compromiso estatal de no accionar en forma discriminatoria respecto de los inversores extranjeros se funda, como es natural, en el principio de igualdad. Será necesario analizar en cada caso si el accionar del Estado receptor de la inversión genera algún tipo de discriminación y si del mismo se deriva un daño para el inversor.

Otro de los estándares es el del "trato justo y equitativo". A los efectos de interpretar su contenido, y frente al silencio del tratado, podría acudirse a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN8). En este sentido, y siguiendo el modo de razonar de los seguidores de esta doctrina, será el intérprete quien decida si se ha producido o no este tipo de trato. Para ello podrá valerse del sentido de dichos términos, del contexto en el que fueron utilizados y de los principios generales del derecho.

**III. Jurisdicción de los Tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI para condenar a los Estados al pago de daños y perjuicios**

Una cuestión de enorme trascendencia es la vinculada con la posibilidad de que los tribunales del CIADI tengan competencia para emitir pronunciamientos condenatorios contra los Estados consistentes en el pago de daños y perjuicios por violación de los TBPI.

En este sentido, resulta claro que en el caso de que un Estado decida expropiar un bien por razones de utilidad pública siguiendo para ello la normativa aplicable, existe la posibilidad de que el resultado de esa operación jurídica se contraponga con los estándares que, al efecto, fijan los TBPI. Si se verificare tal situación [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN9), el inversor extranjero perjudicado podría acudir al CIADI para reclamar que la expropiación se ajuste en todos sus términos a las disposiciones del tratado [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN10). Si siguiere este camino, el inversor extranjero podrá intentar que el laudo arbitral condene al pago de una diferencia. Ese inversor tiene la posibilidad, también, de reclamar eso mismo ante los tribunales nacionales [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN11).

Si la expropiación fuera indirecta [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN12) existe la posibilidad, por estar expresamente previsto [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN13), de que un tribunal arbitral del CIADI condene por daños y perjuicios a algún Estado.

Las dudas surgen en casos en los que, no habiendo mediado expropiación —directa o indirecta— o nacionalización, los tribunales arbitrales condenan al Estado demandado al pago de daños y perjuicios por violación a otras cláusulas de los TBPI [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN14) en las cuales no se menciona la procedencia de una compensación.

Consideramos oportuno en tales casos, tratándose de un tribunal arbitral que actúa en el marco del CIADI, referirnos a la existencia o no de competencia para decidir esas cuestiones, por cuanto referirse a la existencia o inexistencia de jurisdicción [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN15) aludiría más bien a la presencia o no de consentimiento de los Estados para que el CIADI resuelva los conflictos. Para sostener esto tenemos en cuenta las disposiciones del Convenio de Washington. Estas, al referirse a la jurisdicción del CIADI, la vinculan a las diferencias que los Estados aceptarían que sean zanjadas a través de los mecanismos previstos en tal Convenio, relacionando la jurisdicción a la voluntad —previa al surgimiento de la disputa— del Estado de resolver las desavenencias en materia de inversiones a través de los procedimientos establecidos en el marco del CIADI. Esta es una cuestión de tipo general y previa a la dilucidación de la existencia de competencia del Tribunal en cada caso. En este supuesto se analizan las cuestiones vinculadas a la existencia del consentimiento de las partes, la concurrencia de una disputa de naturaleza jurídica, la presencia de una inversión, entre otras [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN16).

En materia arbitral, y los **arbitrajes** en el marco del CIADI no son la excepción, es el propio Tribunal arbitral quien resuelve sobre su competencia [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN17) teniendo en cuenta para ello las normas legales y contractuales que resulten aplicables y los principios generales del derecho. Será una cuestión de competencia determinar si un tribunal arbitral, en el marco del CIADI, puede condenar en daños y perjuicios a un Estado, fuera del caso de la expropiación indirecta.

A nuestro modo de ver del ordenamiento jurídico que estamos examinando no surge con claridad que los árbitros pueden condenar al Estado suscriptor de un TBPI al pago de daños y perjuicios por existir violación a sus normas [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN18).

Esto no quiere decir que no pueda existir obligación de indemnizar si se ha violado el TBPI. No se trata de determinar si existe norma para sustentar el reclamo del demandante a percibir una indemnización [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN19), sino de analizar en qué norma se basa el tribunal arbitral a los efectos de atribuirse competencia para condenar al pago de la indemnización.

En este sentido, partiendo de la base de que la jurisdicción del CIADI está dada por la presencia de una diferencia surgida en el marco de una inversión extranjera y la existencia de consentimiento de someterse al CIADI [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN20), cabe preguntarse si el consentimiento prestado por el Estado presunto violador del TBPI de someter las diferencias en materias de inversiones con nacionales de otros estados al CIADI alcanza para otorgarle competencia al tribunal arbitral para que dicte una condena de daños y perjuicios.

La existencia de una inversión, del consentimiento y de la controversia no necesariamente supone que el Tribunal pueda expedirse sobre las consecuencias patrimoniales de la violación del TBPI. Esto significa con toda seguridad que el Tribunal posee competencia para determinar si ha existido una violación del Tratado, pero en ausencia de una norma que especifique cuáles son las consecuencias de esa violación no necesariamente ellas han de ser determinadas por el Tribunal arbitral.

Cabe analizar si para resolver esta cuestión pueden aplicarse los principios utilizados para determinar la competencia de los órganos. En esta línea de razonamiento es necesario determinar si alcanza con sostener que el Tribunal arbitral posee competencia para hacer todo lo que las normas expresamente le conceden, también lo que en forma implícita se derive de ellas, y lo que surja de acuerdo a la aplicación del principio de especialidad [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN21).

Creemos que se impone la respuesta negativa pues ya ha quedado puesta de relieve la inexistencia de norma expresa y no parece que pueda derivarse de las normas de los Tratados en forma implícita tal competencia ni que resulte inherente. Tampoco creemos que pueda surgir de los fines que hacen a su institución, nos referimos a la propia existencia de la justicia arbitral, el determinar las consecuencias de la violación de un Tratado cuando los Estados receptores de la inversión tienen, en sus ordenamientos, unos medios procedimentales y procesales para formular los reclamos necesarios.

Esta afirmación no supone reconocer que esos medios de protección resulten idóneos para lograr una eficaz y temporánea tutela. Por lo demás, tratándose de un tema de tanta envergadura para los Estados no resulta admisible que la posibilidad de condenar a un Estado en daños y perjuicios posea una justificación tan débil [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN22).

El examen del caso de Argentina frente a la reciente condena que sufriera en el caso "CMS" nos permite pensar que es probable que el Estado argentino haya firmado los TBPI en el entendimiento de que éstos establecían las consecuencias de expropiar una inversión [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN23). Es posible, además, que no se haya considerado que la solución en materia de reclamaciones de daños y perjuicios respecto de la violación de otras cláusulas de tales Tratados quedaría excluida de los tribunales nacionales [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN24). Serían éstos los que debieran determinar la existencia del daño y su cuantificación a la luz del ordenamiento jurídico argentino [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN25) y no a través de la aplicación de estándares internacionales [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN26).

En materia de inversiones la seguridad jurídica debe existir para los inversores y para el Estado receptor de la inversión. Por ello, los Estados deben tener bien en claro el alcance de los compromisos asumidos para no encontrarse en situaciones ciertamente equívocas como la actual.

En definitiva, se puede sostener que deben ser los tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI los encargados de dilucidar, en presencia de una disputa relativa a una inversión extranjera, si ha mediado violación al TBPI por parte del Estado receptor de la inversión. Los laudos tendrán que precisar con todo detalle en qué consiste esa violación porque ello será necesario para que los jueces locales competentes determinen el alcance de la indemnización.

Esto se asemeja a lo que ocurre en nuestro país cuando la Administración revoca [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN27) un acto administrativo por considerarlo nulo y es el órgano judicial el que interviene, a solicitud de quien haya sufrido el daño, para determinar el alcance de la reparación.

Es por eso que creemos que los tribunales arbitrales no pueden atribuirse competencia, en estos casos, para condenar a los Estados al pago de los daños y perjuicios aplicando por analogía la cláusula referida a la expropiación [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN28). Una cuestión tan delicada para los Estados receptores de la inversión no puede quedar librada a la aplicación analógica de una norma [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN29). Este tipo de técnica supone la existencia de un vacío legal que, a nuestro modo de ver, no se presenta en este caso.

Así, nos preguntamos: ¿por qué los Estados suscriptores de los TBPI se preocuparían en incluir expresamente las consecuencias que se siguen a la expropiación de una inversión y no las que se siguen de cualquier otra violación a las normas del Tratado? Sobre todo si se tiene en cuenta que siendo la expropiación el instituto que en mayor medida afecta la inversión, debiera de ser el que menores dudas generara respecto de sus consecuencias. Adviértase que este instituto ha recibido la atención de los países signatarios a la hora de establecer las consecuencias de la violación de los TBPI a través de la aplicación del mismo, deseando despejar cualquier duda al respecto. Mientras que el resto de los supuestos de violación de las normas contenidas en el Tratado, que son las que mayores dudas han de generar respecto de sus consecuencias, han sido redactados en forma de declaración o, mejor dicho, de asunción por parte de los Estados de diversos compromisos pero sin establecer la consecuencia de su incumplimiento, ni el órgano encargado de determinarlas.

**IV. Camino que debieran seguir los inversores extranjeros para conseguir la condena en daños y perjuicios**

Para el supuesto en que el inversor extranjero obtenga una decisión arbitral favorable a la existencia de violación de un TBPI [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN30), como ya adelantamos, por carecer el Tribunal arbitral de competencia para establecer las consecuencias de tal incumplimiento por parte del Estado —y en el caso su cuantificación— corresponde detenerse a examinar cuáles han de ser los caminos que tales inversores debieran seguir para obtener una indemnización.

La cuestión en realidad gira alrededor de establecer si una vez que el inversor obtiene un laudo que reconoce la violación del TBPI tiene alguna forma de hacer valer tal decisión en el país para que los tribunales locales determinen la indemnización.

Siendo coherentes con lo antes expuesto, creemos que reclamos de este tipo deben prosperar y para nosotros serán competentes los tribunales federales en lo contencioso administrativo para entender en una demanda contra el Estado Nacional en la que se alegue y pruebe el daño que la violación al TBPI generó en el inversor. Es decir, no se tratará de un reclamo con base en el incumplimiento contractual [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN31), pues si ese fuera el caso, sólo estaría legitimado para demandar el cocontratante de la Administración, y no sus accionistas.

La pretensión procesal estará ceñida al reclamo del daño que la conducta del Estado Nacional, ya probada y declarada por un Tribunal, acarreó al inversor.

Ahora bien, por no tratarse de una demanda basada en incumplimiento contractual alguno, no corresponderá exigir el agotamiento de la vía administrativa previa [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN32). A tales efectos el actor necesitará acompañar a la demanda copia certificada por el Secretario General del Tribunal [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN33) que dictó el laudo que reconoció la violación del Tratado.

No se nos escapa que todo lo que hasta aquí venimos diciendo convierte al procedimiento ante el CIADI y la subsiguiente etapa de reclamación en el país receptor de la inversión, en un costoso y largo camino cuyo recorrido no garantizará [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN34) el recupero económico por parte de las empresas afectadas por las violaciones a los TBPI.

**V. Supuesto en que el inversor extranjero haya decidido no acudir al CIADI**

Si los inversores extranjeros no hubieran optado por acudir al CIADI —cierto es que también pudieron combinarse las vías [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN35)—, se hubiesen encontrado en la necesidad de elegir el difícil camino procedimental y procesal necesario para defender sus derechos frente a la gravísima situación en la que quedaron colocados en virtud de la emergencia [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN36). Hubieran tenido que considerar el posible reclamo por incumplimiento contractual combinado con el cuestionamiento de normas generales y el reclamo de daños y perjuicios.

Así, si hubiesen pretendido obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, hubieran debido activar los mecanismos internos de la sociedad contratista del Estado, de la que forman parte, con el objeto de conseguir que sea ésta quien intente peticione lo que corresponda [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN37). De este modo, hubiera sido a la contratista a quien le hubiera correspondido efectuar los pertinentes reclamos frente al Estado.

En estos supuestos, revestirá la mayor importancia el fundamento del reclamo. En efecto, si se alega la violación del contrato a raíz del incumplimiento de las cláusulas tarifarias por parte de la Administración contratante, se tratará de un incumplimiento directo [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN38) por parte de la misma, en cuyo caso la empresa contratista se hubiera encontrado en la necesidad de transitar con cierto grado de simultaneidad el proceso de renegociación con el camino administrativo necesario para, en caso de fracaso, acceder a la instancia judicial [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN39).

En el supuesto que la empresa contratista prestadora de servicios públicos hubiera considerado que la afectación provenía de leyes o reglamentos tendría que considerar el complicado encuadre de su reclamo resarcitorio. Esto es, si lo plantea en el marco de la ejecución del contrato, en cuyo caso hubiera tenido que considerar la vía del reclamo administrativo previo, o si optaba por reclamar daños y perjuicios.

Si lo que se hubiese deseado era obtener la reparación de los daños causados fuera del contrato, es decir, no alegando incumplimiento contractual alguno, hubieran podido accionar tanto la contratista como los "inversores", sean éstos extranjeros o no.

En el caso de que se hubiera pretendido hacerlo dentro del contrato, la contratista [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN40) podría haber considerado la interposición de una acción por daños y perjuicios generados por las medidas que la afectaron (devaluación, pesificación, prohibiciones de girar divisas al exterior, etc.) sin necesidad de interponer el reclamo administrativo previo [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN41).

Otro supuesto posible estaría dado en el caso de que sea el "inversor extranjero" quien quiera plantear los daños y perjuicios alegando que sus derechos emanan, entre otras normas, del TBPI que lo ampare como tal. Es decir, en vez de recurrir al CIADI, se presenta ante los tribunales locales reclamando los daños y perjuicios que la violación al TBPI [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN42) le acarreó. Ello así por cuanto los TBPI aprobados por Argentina forman parte de nuestro derecho interno y por ende son invocables ante los tribunales argentinos. Claro que, en este caso, el quantum de la indemnización que el inversor pudiera obtener no se fundaría en las normas del TBPI [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN43) sino, entre otras normas, en los artículos de la Constitución que garantizan el derecho de propiedad.

**VI. Conclusiones**

La conclusión principal a la que arribamos en este trabajo es que los Tribunales arbitrales que actúan en el marco del CIADI no tienen atribuida competencia para condenar a la Argentina al pago de daños y perjuicios cuando éstos derivan de supuestos distintos al de la expropiación indirecta. Corresponderá a aquéllos declarar el tipo de incumplimiento en que incurrió la Argentina y a los tribunales locales determinar el alcance de la indemnización.

Sin embargo, entendemos que el camino a seguir para las empresas prestadoras de servicios públicos es demasiado extenso y poco eficaz, razón por la cual debería contemplarse la posibilidad de modificar los tratados en vigor para ofrecer una mejor solución tanto para las empresas como para el Estado [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN44).

En la práctica, el camino del CIADI seguido por las empresas ha servido y sirve como herramienta de presión aunque con resultados variables según los casos. En algunos supuestos las empresas prestadoras de servicios públicos han aceptado suspender el trámite de los **arbitrajes** y en otros han renunciado a la vía. No se nos escapa que esas decisiones pudieron ser tomadas en el marco de una contrapresión ejercida por el Gobierno argentino que ha hecho todo lo posible, en la actual gestión, por descalificar el empleo de este remedio procesal.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN1v) El proceso renegociador se inició a raíz del dictado del dec. 293/2002 (prorrogado por dec. 1839/2002) (Adla, LXII-B, 1644; LXII-D, 4143) en virtud del cual se creó la Comisión de Renegociación de los contratos alcanzados por el art. 8 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44). Este régimen fue ampliado (al incluir los reclamos por incumplimiento en el marco de la renegociación) mediante el dec. 1090/2002 (Adla, LXII-C, 2997). Con posterioridad, se dicta el dec. 120/2003, que dentro de las renegociaciones de los contratos alcanzados por los arts. 8 y 9 de la ley 25.561, prevé la posibilidad de hacer revisiones, ajustes o las adecuaciones tarifarias que resulten necesarias o convenientes para garantizar a los usuarios la continuidad, seguridad y calidad de las prestaciones de los servicios. Por dec. 311/2003 (Adla, LXIII-D, 3853) se crea la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, continuadora del proceso desarrollado a través de la Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos, y se derogan los decs. 293/2002, 370/2002, 1534/2002 y 1535/2002. Por último cabe mencionar que por dec. 965/2003 (Adla 2003 - E, 5002) se creó la Unidad de Asistencia para la Defensa Arbitral (UN.A.D.AR) con el objeto de elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa como en los procesos arbitrales que se planteen con fundamento en los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN2v) Han tratado el tema, entre otros: BIANCHI, Alberto, "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY, 2005-B, 1405; BOMCHIL, Máximo, "El nuevo régimen de las inversiones extranjeras", LA LEY, 1994-A, 732; CRUCHAGA, Hernán, "Tratados Bilaterales de Protección de Inversión. Perspectiva de los requerimientos ante la situación de emergencia", LA LEY, 2004-F, 1342; FONROUGE, Máximo J., "La renegociación de los contratos de concesión en el sector eléctrico argentino" (inédito); GONZALEZ ELIAS, Hugo R., "Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en Argentina. El reciente laudo en 'CMS'", LA LEY, 2005-D, 1201; GORDILLO, Agustín, "Impacto de los tratados internacionales en el Derecho Administrativo", Revista Régimen de la Administración Pública, 309:113; del mismo autor: "Tribunales Administrativos Internacionales", Conferencia dictada en el marco de las Jornadas sobre cuestiones de Procedimiento Administrativo, organizadas por la Universidad Austral, 18, 19 y 20 de Mayo de 2005, en prensa; HERZ, Mariana, "El CIADI, los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y las demandas contra el estado argentino. Propuestas para enfrentar la situación", El Derecho, 2/4/05; HUBEÑAK, Juan M., "La expropiación indirecta de la inversión extranjera en el marco de los tratados bilaterales", revista Régimen de la Administración Pública, 299:89; LISDERO, Alfredo R. y HELBERT, Darío J., "La protección de las inversiones extranjeras en la argentina. Los tratados de protección recíproca de inversiones y su interpretación jurisprudencial", Revista Régimen de la Administración Pública, 197:1095; PELLETIER, Perrine, "La posición de los países emergentes ante los tribunales arbitrales internacionales. El caso de argentina", LA LEY, 2005-C, 1203; PEREZ CORTES, Ignacio, "El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad", LA LEY, 2005-C, 1355; PEREZ HUALDE Alejandro, "Las provincias, sus contratos públicos y los tratados internacionales de protección recíproca de inversiones", LA LEY, 2001-D, 14; PERRINO Pablo E., "La indemnización por rescate prevista en el proyecto de ley de Régimen de los Servicios Públicos y los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones Extranjeras" (inédito); ROSATTI, Horacio Daniel, "Los Tratados Bilaterales de Inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1283; SAAVEDRA, Cecilia, "Armando el rompecabezas: la estrategia argentina ante el CIADI", LA LEY, 2005-C, 1355; SACRISTAN, Estela B., "Responsabilidad del Estado en el marco de los convenios de promoción y protección recíproca de inversiones, en el plano interno", en "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, ps. 293/304; SISELES, Osvaldo, E., "La competencia para resolver disputas de un contrato administrativo", LA LEY, 2004-C, 223; del mismo autor: "Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión", LA LEY, Suplemento Especial "El contrato administrativo en la actualidad", mayo 2004; TAWIL, Guido Santiago, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del estado y el arbitraje internacional", LA LEY, 2000-D, 1106; del mismo autor: "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable", Revista Régimen de la Administración Pública, 289:241.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN3v) Conocido como el Convenio de Washington y que fuera abierto a la firma el 18/3/1965. La Argentina lo aprobó por ley 24.353. El texto del Convenio puede consultarse en www.worldbank.org/icsid. Su artículo 1 es el que crea el CIADI.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN4v) Conocidos como BIT's.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN5v) Por cuanto se presentaban entre uno y dos casos al año.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN6v) Conf. FRUTOS-PETERSON, Claudia, "El Ciadi y los Tratados Bilaterales de Inversión", Seminario Taller "Arbitraje e Inversiones: cómo elegir un sistema internacional de resolución de disputas", Panamá, Mayo de 2003.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN7v) Dentro de las clasificaciones que pueden efectuarse en materia de arbitraje (nacional e internacional; de derecho y de equidad; privado y público; entre otras) cobra importancia en este estudio la que los divide en arbitrajes administrados y arbitrajes ad-hoc (receptada, por ejemplo, en los arts. I.2b) y IV.1b) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra, 21/04/1961). En los primeros las partes designan una institución que administre el arbitraje (designación de árbitros, resolución de impugnaciones a los mismos, establece el lugar del arbitraje, notificaciones, etc.), a cuyo procedimiento se le aplicarán las normas de tal institución. Mientras que en los arbitrajes ad hoc el proceso se fija en el convenio arbitral, para el caso en que no haya acuerdo en la designación de los árbitros se debe acudir al Poder Judicial, y frecuentemente se lo somete a las reglas UNCITRAL.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN8v) Lo difundido de esta teoría nos exime de la necesidad de citas pero destacamos nuestras primeras lecturas sobre la misma: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder", Ed. Civitas, Madrid, 1979 y SAINZ MORENO, Fernando, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Ed. Civitas, Madrid, 1976, ps. 223/224.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN9v) Por ejemplo, en el caso de que el órgano administrativo que tenga a su cargo la valuación de la inversión no se ajuste a la pauta temporal que suelen establecer los TBPI. En este sentido cabe mencionar las cláusulas que establecen que el monto de la compensación corresponderá al valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación tenga lugar o de que el anuncio de la expropiación se realizare.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN10v) Entre otras normas que incluyen cláusulas de expropiación cabe mencionar: art. 5 del TPBI Argentina-Corea; art. 4 del TPBI Argentina-Malasia; artículo 4 del TPBI Argentina-Croacia; art. 6 del TPBI Argentina-Venezuela; art. 1, inc. a), del TPBI Argentina-Países Bajos.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN11v) Esto se deriva de lo dispuesto en el art. IV.2 del TPBI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos de América. Ello así por la aplicación del principio de la nación más favorecida.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN12v) Si bien tal concepto no aparece definido claramente se lo puede vincular con el acaecimiento de una medida que no implica una incautación deliberada pero neutraliza eficazmente el goce de la propiedad (Considerando 261 del laudo CMS). En este sentido, PERRINO, Pablo E., "La indemnización por rescate prevista en el Proyecto de Ley de Régimen de los Servicios Públicos y los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones Extranjeras".

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN13v) Cláusulas de prohibición de expropiación y nacionalización: por ejemplo, artículo IV del TPBI Argentina-USA. Se advierte en este caso una regulación más precisa ya que se alude concretamente, a diferencia de otros tratados, al concepto de expropiación indirecta.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN14v) Vgr. cláusula que prevé dispensarle a los inversores un trato justo y equitativo. Así aconteció en el laudo arbitral que condenó a Argentina a abonarle una indemnización a la empresa CMS por violación del Tratado celebrado con EE.UU., 12-5-05 "CMS Gas Transmission Company v. la República Argentina".

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN15v) Poder de decisión del órgano en cuestión y espacio en que este poder es ejercido.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN16v) El tribunal arbitral se rige en esta materia por lo dispuesto en el art. 25 del Convenio de Washington y por las disposiciones del TPBI que se invoquen. De allí que si se pretendiera someter una cuestión fuera de ese marco, el tribunal carecería de jurisdicción.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN17v) Producto de la aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz. Originalmente el alcance del mismo determinaba que solo el árbitro se expedía acerca de su competencia (escuela Alemana). Fueron los franceses quienes limitaron su alcance al sostener que en realidad el tribunal arbitral es el primer juez de su competencia, decisión sujeta a la determinación final que tome el juez competente (conf. GONZALEZ de COSSIO, Francisco, "Kompetenz-Kompetenz a la mexicana: crónica de una muerte anunciada", en www.camex.com.mx). Se ha dicho, en este sentido, que "la aplicación del principio "Kompetenz-Kompetenz" en materia de arbitraje internacional significa que los árbitros deben tener la potestad para resolver respecto de la validez del acuerdo arbitral, del cual se deriva su potestad para decidir la controversia" (BERGER, Klaus Peter, "Arbitration interactive, Peter Lang Publishing Group", Oxford, 2002, p. 101, la traducción es nuestra). El principio aparece en el art. 16 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje internacional de 1985, en el art. 5.2 del reglamento de Arbitraje CCI; art. 41 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados; entre otros. El nuevo Reglamento de arbitraje de la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) vigente desde el 1/5/2005 introduce la posibilidad de que el Tribunal arbitral pueda decidir sobre su propia competencia previa autorización del CIETAC, posibilidad que, con anterioridad, se encontraba totalmente vedada a los Tribunales arbitrales. Mediante esta y otras mejoras, se pretenden evitar ciertos inconvenientes que la ley china de arbitraje plantea. Puede apreciarse entonces la importancia y vigencia del principio competencia-competencia que cada vez gana mayor terreno.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN18v) En esta línea, el Estado argentino en su defensa en el caso CMS (según surge del propio laudo en el párrafo 389) deja entrever algo parecido a lo antes apuntado al sostener que ello no está previsto en los TBPI.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN19v) Pueden ser normas internas del Estado receptor de la inversión, normas internacionales, normas de los TBPI, etc.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN20v) Art. 25 Convenio de Washington.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN21v) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. 1, 7ª ed., Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 280.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN22v) En temas de semejante envergadura no puede sostenerse que el legislador no haya previsto tal cuestión, máxime si previó la indemnización para los casos de expropiaciones sobre inversiones. Esta manera de razonar se vuelve a presentar en el laudo recaído en el "Procedimiento entre Azurix Corp. (demandante) y la República Argentina (demandada) Caso CIADI N° ARB/01/12". Así, en el punto 422 de ese laudo, el tribunal, con cita del caso "S.D.Myers", expresó: "que la ausencia, en el TLCAN, de una medida compensatoria por incumplimientos que no constituyeran expropiación reflejaba la intención de las partes de dejar en manos de los tribunales la determinación de tal medida según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta tanto los principios del derecho internacional como las disposiciones del TLCAN".

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN23v) Que además son las mismas que prevé nuestra Constitución Nacional.

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN24v) Por lo demás, el TBPI y el sistema de reparación que, en este caso, buscó CMS, constituye una excepción a los principios del derecho argentino sobre responsabilidad del Estado, que se juzga de acuerdo a la Constitución Nacional, por tribunales argentinos, por tanto, si lo reclamado por CMS, y lo decidido por el Tribunal constituía una excepción, debía estar expresamente prevista atento a que la renuncia de derechos nunca debe presumirse.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN25v) En materia de ley aplicable, el Convenio de Washington en su art. 42 establece que a falta de acuerdo entre las partes rige el TBPI, los principios de derecho internacional y la ley del Estado receptor de la inversión. Así lo resolvió el Tribunal arbitral en el caso "CMS" lo que le permitió determinar el quantum indemnizatorio acudiendo a criterios propios del Derecho internacional. Desde la perspectiva de la falta de competencia para tratar los daños que estamos exponiendo, caería la aplicación de normas internacionales para determinar la indemnización y su monto.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN26v) En efecto, en el Mensaje del Poder Ejecutivo al elevar el proyecto de ley por medio del cual se aprobaría el TBPI con EE.UU. y en el informe efectuado por la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto de Cámara de Diputados de la Nación puede leerse: "Este Tratado, como los anteriormente firmados por el Gobierno nacional consagra entre los países firmantes el compromiso de no contravenir ciertas reglas...: el cumplimiento de los contratos, el respeto de un proceso legal y la indemnización previa en caso de expropiación, la validez internacional de la subrogación en el ámbito de los seguros y garantías, el derecho de usar, gozar y disponer de su propiedad" (el resaltado nos pertenece). Cómo puede observarse, no se previó que se tenga que indemnizar, al menos en el marco del Tratado y sus mecanismos de solución de conflictos, por violaciones al mismo, salvo el caso de expropiación.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN27v) Algo similar ocurre con el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto este tribunal puede declarar la violación de derechos humanos y condenar al Estado que los violó a la reparación económica de los mismos. Ese tribunal puede, en algunos casos, disponer una justa compensación para la parte lesionada. Ese último temperamento puede encontrar el obstáculo de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Procurador del Tesoro de la Nación (en autos "Cantos José M.", expte. 1307/2003)" —ver en LA LEY, 2003-F, 16—, ya que en este caso ese tribunal consideró que no era quien tenía que cumplir la sentencia de la CIDH estimando que de dicho cumplimiento se derivarían nuevas violaciones a derechos constitucionales y se afectaría la separación de poderes.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN28v) Esto fue lo que ocurrió en el laudo CMS en donde el Tribunal sostuvo (punto 41, Considerando 409 del laudo): "Lo primero que el Tribunal debe considerar es el estándar de indemnización aplicable en las circunstancias de la actual controversia. Como sucedió en el caso "Feldman", el Tribunal está frente a una situación en la que, al no existir expropiación en función del Artículo IV, el Tratado no ofrece orientación en cuanto a la manera de medir apropiadamente los daños o fijar la indemnización relativos al incumplimiento del trato justo y equitativo y otras contravenciones de los estándares previstos en el Artículo II. Este es un problema común a la mayoría de los tratados bilaterales sobre inversiones y otros tratados, como el TLCAN. El Tribunal debe, en consecuencia, ejercer su discreción para identificar el estándar que mejor atienda a la naturaleza de los incumplimientos establecidos".

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN29v) Es un principio ampliamente receptado aquel según el cual la restricción de derechos no puede operar en forma analógica.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN30v) Siempre fuera del caso de la expropiación o nacionalización.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN31v) Si se tratara de alegar y probar daños derivados del incumplimiento del contrato, entonces correspondería acceder a la justicia contencioso administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa, atacando el acto (decreto, resolución, etc.) cuyo dictado generó la violación del contrato, alegando y probando en sede judicial acerca de los daños. Para el caso de que se tratara de impugnar una ley o decreto, dictado en ejercicio de funciones legislativas (vgr. DNU o reglamento delegado), de cuyo cumplimiento derivara la violación del contrato, deberá el afectado por tal medida acudir a la vía judicial solicitando su inconstitucionalidad y la correspondiente reparación de los daños derivados, en este caso, de la responsabilidad del estado.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN32v) Art. 32 inc. d) ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752).

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN33v) Art. 52.2 Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN34v) Nuestra apreciación se funda en la observación de la jurisprudencia y de los comportamientos gubernamentales a la hora de cumplir sentencias adversas, condenatorias y de alto contenido económico. En este sentido recordamos el riesgo indicado en la nota en la que señalábamos la postura de la CSJN en lo referido al cumplimiento de decisiones emanadas de organismos internacionales (caso "Cantos").

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN35v) En este sentido ver: FONROUGE, Máximo J. en "La renegociación de los contratos de concesión en el sector eléctrico argentino" (inédito).

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN36v) La crisis afectó a todos los sectores de los servicios públicos, en relación al sector energético ver DURAND, Julio César, "El marco regulatorio eléctrico en la emergencia", en ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 8 de febrero de 2005.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN37v) Deben tenerse presente las ya citadas disposiciones en materia de renegociación de contratos, por cuanto en las mismas se obligó a las concesionarias que quisieran entrar en tal proceso a desistir de las presentaciones judiciales o arbitrales que hubieran realizado. Mientras que las presentaciones efectuadas en sede administrativa serán tenidas en cuenta en el proceso renegociador. En este sentido puede consultarse el Dictamen N° 323/02 de la Procuración del Tesoro de la Nación de fecha 10 de septiembre de 2002, recaído en el Expte. N° 01-0012229/02, Ministerio de Economía, (Dictámenes 242:476 bis), en el que se establece el alcance de estas renuncias.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN38v) La expresión incumplimiento directo la utilizamos a los efectos de diferenciar el caso en que es el órgano contratante el que deja de cumplir (vgr. no emisión de certificados en el marco de una obra pública, o el no pago de los mismos) de aquellos en los que el contrato se incumplen por parte de la comitente/concedente como consecuencia de acatar una norma o directiva emanada de otra Administración (vgr. el órgano comitente es el Ministerio de Salud, que deja de emitir los certificados a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo de paralizar las operaciones de medición y pago de las obras en virtud de la realización de algún procedimiento general de control —vgr. auditoría—) o del Estado (vgr. no pago de la provisión realizada en el marco de un suministro a raíz del dictado de una medida cautelar dictada en el marco de un proceso en el que no intervienen las partes del contrato). Circunstancia que incide al momento de elegir el camino para reclamar los daños que de tales actuaciones se deriven para el contratista.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN39v) En relación al sector eléctrico, ver FONROUGE, Máximo J., "La renegociación de los contratos de concesión en el sector eléctrico argentino" (inédito), allí sostiene "...Sin embargo, se puede decir que este desgastante proceso le está dando aparentes frutos al gobierno, ya que las empresas concesionarias han ido sucesivamente cediendo a la firma de las "Actas Acuerdo" en los términos propuestos de modo unilateral por la UNIREN, con mínimas modificaciones. Y se llegó a esta situación por cuanto las empresas quedaron atrapadas en su propia estrategia de ir a plantear sus demandas ante el CIADI, lo que las llevó a no realizar planteo alguno ante la justicia local para no poner en riesgo dicha vía, en tanto resultan excluyentes. Considero que la experiencia ha demostrado que las empresas debieron haber bifurcado el camino, limitando sus planteos ante el CIADI a las consecuencias inmediatas de las alteraciones que sobre los contratos de concesión provocó la sanción de la Ley de Emergencia, e insistiendo en cambio en solicitar en el ámbito interno la efectiva aplicación del mecanismo de ajuste tarifario extraordinario establecido en el antes comentado art. 46 del MRE y, en caso de denegatoria, demandar su aplicación ante los tribunales locales. Obsérvese si no que, paradójicamente, en las —entre comillas— Actas Acuerdo que han ido suscribiendo las concesionarias, terminan renunciando como condición excluyente a los reclamos ante el CIADI, ante cualquier otro planteo derivado de la emergencia y al perjuicio derivado de haberse mantenido congelado el VAD por casi tres años a pesar del significativo incremento registrado en los costos de operación, mantenimiento y expansión de las redes durante el mismo período, y todo ello a cambio de un ajuste transitorio del VAD por un año y una Renegociación Tarifaria Integral a futuro, de inciertos resultados".

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN40v) Tal situación es totalmente aplicable a los inversores quienes alegarían la violación a sus derechos constitucionales como lo han hecho los argentinos afectados por tales medidas.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN41v) Art. 32 inc. b) ley 19.549 modificado por ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547).

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN42v) Lo riesgoso, en este caso, para los inversores extranjeros será la incertidumbre sobre cómo los jueces interpretarán esta serie de Tratados, ya que tenemos nuestras dudas de que interpreten que no se trata de medidas generales, y que el Estado ha incurrido en un trato discriminatorio e inequitativo. Sin embargo, pensamos que nuestros jueces serían proclives a otorgar reparaciones, aunque más no sea en el marco de estos TBPI.

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN43v) Es decir la reparación no deriva del Tratado, como sí se deriva del contrato en el otro caso.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&hitguid=i2984879D557F40568E8EA3B87602ADAF&spos=46&epos=46&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN44v) Hacemos esta consideración teniendo en cuenta que la mayoría de las empresas continúan en el país con sus inversiones y es del interés de todos mejorar los estándares de seguridad jurídica.

La posición de los países emergentes ante los tribunales arbitrales internacionales. El caso de Argentina

**Pelletier, Perrine**

**Publicado en:** LA LEY 2005-C, 1203

**Sumario:** SUMARIO: I. Introducción. - II. Inexistencia de un tribunal permanente: La multiplicidad de tribunales y la ocasionalidad de su integración ad-hoc atenta contra la predictibilidad de las decisiones y la seguridad jurídica de las partes demandadas. - III. Los Tribunales del CIADI permiten que sus jueces sean partes en causas ante el mismo foro arbitral internacional. - IV. La consecuente ausencia de un tribunal imparcial e independiente. Los riesgos derivados de las falencias de funcionamiento de los tribunales ad hoc del CIADI. - V. A fortiori, exigibilidad del exequator nacional. La aplicación de sanciones internacionales. - VI. Cláusula de Nación más favorecida. - VII. Medidas regulatorias o de política económica, no sujetas a controversia judicial caso por caso. - VIII. La renuncia a los tribunales arbitrales internacionales. - IX. Electa una via non datur regressus ad alteram. - X. El agotamiento de la vía interna. - XI. Inversores directos. - XII. Daños directos. - XIII. Limitación de la responsabilidad del Estado por sus acciones propias. - XIV. El derecho aplicable. - XV. Inconstitucionalidad -según la Constitución argentina- de los tribunales arbitrales internacionales. - XVI. El proyecto argentino de tribunal para los servicios públicos. - XVII. Algunas conclusiones

Voces

**Voces:** TRIBUNAL ARBITRAL - TRIBUNAL INTERNACIONAL - **ARBITRAJE** INTERNACIONAL - JURISDICCION INTERNACIONAL - SERVICIO PUBLICO - CONSTITUCIONALIDAD - CONCESION DE SERVICIO PUBLICO - LEY APLICABLE - INVERSION EXTRANJERA - DERECHO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - DAÑO DIRECTO - DAÑO INDIRECTO - ACCIONISTA MINORITARIO - AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS - CLAUSULA

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append)

I. Introducción

Nos proponemos presentar la argumentación de la Argentina en su defensa en los **arbitrajes** internacionales ante el CIADI, a la luz de las informaciones derivadas de las decisiones ya emitidas y de otras publicadas en medios de comunicación masiva.

Argentina ha sido parte en seis **arbitrajes** internacionales [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN3) por supuestos perjuicios a los derechos de los inversores extranjeros, en los cuales ya existe una decisión preliminar. Con arreglo al párrafo 1 de la Regla de **Arbitraje** 41, Argentina hizo valer la falta de jurisdicción del CIADI bajo los argumentos que pasaremos exponer.

**II. Inexistencia de un tribunal permanente: La multiplicidad de tribunales y la ocasionalidad de su integración ad-hoc atenta contra la predictibilidad de las decisiones y la seguridad jurídica de las partes demandadas**

La Argentina sostiene que estos tribunales no están adaptados para resolver este tipo de casos, en primer lugar por carecer de permanencia. Se critica el nombramiento circunstancial de los árbitros en lugar de garantizar su neutralidad, continuidad, eficacia y competencia a través de una estructura permanente [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN4).

Se argumenta además, en la actualidad, que el CIADI conoce casi 100 juicios en curso (de los cuales casi la mitad son argentinos) ( 5), lo que a su juicio justifica sobradamente -antes de ahora- que se instituya un tribunal permanente, a plazo indeterminado [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN6). Esa falta de permanencia es argumento, para el actual Ministro de Justicia, en contra de la supraordenación jerárquica del tribunal actual en relación a los Estados signatarios [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN7). A contrario, se podría deducir que admitiría esa supraordenación para un tribunal permanente que suplante los actuales tribunales arbitrales ad hoc para cada caso, pues su argumento es la falta de sistematicidad de los tribunales ad hoc [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN8).

Además existen en el mundo 1200 Tratados Bilaterales de Inversión, cuyas consecuentes controversias potenciales son más que suficientes para que exista un tribunal permanente de resolución de conflictos, al que no le faltará ciertamente actividad.

Entre ellos, tal como le ocurre en su caso, las controversias son vinculadas o similares, lo que desde el gobierno argentino requería una unificación ocasación de decisiones arbitrales [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN9).

Por lo demás preconiza el agrupamiento de causas similares a través del Tribunal permanente requerido para que distribuyan las demandas de manera consecuente [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN10). En forma similar se ha propuesto en la doctrina argentina que para estas causas debiera existir "un tribunal arbitral permanente o estable (con jueces de períodos que vencen escalonadamente) que no esté en sesión ininterrumpida sino que, estando previamente constituido, sea convocado para intervenir en cada causa y pueda ir formando precedentes sobre cuestiones de esta naturaleza"[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN11). Con la cantidad de causas hoy en trámite, el sistema original ha quedado sobrepasado por el tiempo y debe ajustarse e la nueva realidad. No puede administrar justicia imparcial con una estructura creada para un pasado que nada tiene que ver con la realidad actual.

Pensamos que le asiste razón en su planteo y que el Banco Mundial ha estado remiso en actualizar el funcionamiento de estos tribunales.

**III. Los Tribunales del CIADI permiten que sus jueces sean partes en causas ante el mismo foro arbitral internacional**

Además de esta carencia, Argentina subraya -y esto parece fundamental porque puede poner en jaque el principio del debido proceso ante un tribunal imparcial e independiente- que las reglas del CIADI sobre el procedimiento de nombramiento de los árbitros no tienen previamente definidas las incompatibilidades, [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN12) lo que permite que haya profesionales que actúan en unos casos como letrados patrocinantes de empresas demandantes, y en otros como árbitros, en la misma sede de tales tribunales arbitrales internacionales.

El sistema solamente contempla la posibilidad de recusación cuando se descubre un conflicto particular y concreto de intereses, no bastando al parecer la alegación genérica de que no se puede al mismo tiempo ser juez y parte en diferentes tribunales arbitrales internacionales.

Este procedimiento de recusación [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN13) lo usó el Procurador del Tesoro de la Nación, doctor Osvaldo Guglielmino, para oponerse a un obvio conflicto de intereses. "La Argentina se encuentra recusando al Presidente del tribunal arbitral que la juzgará por las demandas de las empresas Azurix-Enron y Siemens por mil doscientos milliones de dólares. Sucede que quien cumple semejante papel -[...] con treinta años de carrera en el Banco Mundial [...]- ha propuesto como árbitro, en un caso en que su estudio jurídico va a patrocinar una demanda contra Perú, ¡al abogado de Azurix y Siemens!"[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN14).

Como prueba de la real existencia del conflicto de intereses denunciado, el abogado en cuestión renunció al estudio al que pertenecía. De este modo, se revindica la aplicación al caso del antiguo e incontrovertido principio de que no se puede ser juez y parte, pero como es obvio el apartamiento debiera haberlo sido del tribunal, no del estudio jurídico: así es demasiado fácil superar incompatibilidades que el árbitro jamás pudo desconocer. Cuando una recusación es procedente, como resultó serlo en el caso en cuestión, es obvio que el árbitro recusado debe excusarse de intervenir en la causa arbitral, y es claro también que no puede resolver el problema renunciando al estudio jurídico del cual forma parte hasta el momento de la recusación...

Parece irrebatible que un mínimo principio de justicia natural internacional obliga a que los jueces no litiguen como partes ante el mismo tipo de tribunales en los cuales se desempeñan como árbitros. En este punto al menos, creemos que la posición argentina es irrefutable.

**IV. La consecuente ausencia de un tribunal imparcial e independiente. Los riesgos derivados de las falencias de funcionamiento de los tribunales ad hoc del CIADI**

Ello no solamente constituye un aspecto negativo y poco agradable del sistema actual, sino que da credibilidad a la impugnación a que estos tribunales no ofrecen las suficientes garantías de imparcialidad e independencia a las partes demandadas. Es indubitable que requiere una inmediata modificación estructural, antes de la continuación de los juicios, para que los tribunales arbitrales puedan ofrecer y hacer una justicia arbitral creíble para los países, tanto centrales como emergentes.

Justamente los países desarrollados que insisten en el cumplimiento de patrones éticos básicos por los países emergentes, no pueden instituir un sistema que pueda ostentar tamañas fisuras.

En la doctrina argentina algunos autores destacan que tal como funciona el sistema criticado "... los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento, y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidad de los jueces permanentes. Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi, ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas con casos y circunstancias diversas como ocurre con aquellos jueces [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN15)". Su posición es por ende contraria a tales tribunales arbitrales internacionales; pero no se trata de doctrina uniforme.

Tal como lo sostiene el actual Procurador del Tesoro de la Nación habría una razón adicional para cuestionar el sistema, desde la perspectiva argentina. Dice que deben existir para desalentar reclamos abusivos. "Normalmente en tales casos tiene que pagar impuestos y costas equivalentes a su injustificada codicia. Ante el CIADI, en cambio, tener ese comportamiento es gratis y lo inverosímil jurídico es tratado como normal. [...] en juicio donde se debería estar discutiendo entre 0 y 20 millones de dólares, nuestro país debe litigar para demostrar que no debe 400 o 700 millones de dólares"[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN16). Según el Procurador del Tesoro de la Nación de la Argentina, hacen falta reglas similares para garantizar controversias aceptables en su dimensión y no impedir al buen funcionamiento de la justicia.

También critica las cláusulas de confidencialidad. "Supuestamente, se trataría de algo así como callar todo lo que sucede en un **arbitraje**". El mismo Procurador del Tesoro de la Nación hace notar que mantienen un silencio y un misterio de justicia que no puede convencer a los justiciables argentinos. [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN17)

**V. A fortiori, exigibilidad del exequator nacional. La aplicación de sanciones internacionales**

En esta línea de razonamiento es fácil comprender que de configurarse probatoriamente estos supuestos, una precondición para la exigibilidad o exequator de las sentencias de los tribunales arbitrales es que el CIADI instituya un mecanismo que esté al abrigo de tales impugnaciones.

Si los tribunales arbitrales internacionales no se ajustan en su funcionamiento a las reglas del debido proceso legal, en el sentido antes expuesto, se fortalece la conclusión argentina respecto a la inadmisibilidad de esa forma de ejercer su jurisdicción internacional, que entonces no podría obtener el exequator de las jurisdicciones locales, ni requerir el socorro del sistema internacional en apoyo de tales sentencias en caso de inejecución local basada en tales consideraciones.

**VI. Cláusula de Nación más favorecida**

Paralelamente, la Argentina se opone a que los inversores hagan "treaty shopping" buscando el tratado bilateral que más beneficios procesales otorgue al inversor, para elegirlo libremente invocando al efecto la aplicación -¡a los particulares! - del principio soberano de la cláusula de "Nación más favorecida"[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN18).

Uno de sus argumentos implícitos es que son las Naciones -no los inversores- quienes pueden invocar la cláusula, que por ello se llama, precisamente, de "Nación mas favorecida". Para ello se remite, contrariamente a los actores, al Acuerdo con Panamá que recoge la argumentación argentina sobre el alcance de la jurisdicción arbitral internacional en los temas actualmente en juicio [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN19).

La Argentina desarrolla este argumento en favor de su interpretación de los Tratados en cuento aparece una ambigüedad que se ha intentado siempre utilizar a favor del inversor, sin fundamento suficiente en su modo de ver la cuestión [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN20).

**VII. Medidas regulatorias o de política económica, no sujetas a controversia judicial caso por caso**

La Argentina rechaza que se puedan considerar expropiatorias y luego compensables sus medidas generales de política económica.

En el caso CMS la Argentina plantea que la reclamación de CMS se refiere a medidas de política económica general que afectan al país como un todo, siendo medidas de interés general "relacionadas con la situación de emergencia económica y social ocurrida a fines de 2001 y comienzos de 2002, que llevaron a la modificación de la política cambiaria y monetarista hasta entonces en vigor"[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN21). En los TBI se inserta una cláusula de compensación en caso de expropiación directa o indirecta, pero se guarda silencio acerca de si una modificación del entorno legal puede considerarse como expropiación indirecta y si ello confiere al inversor un derecho a indemnización [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN22). La Argentina sostiene que las llamadas expropiaciones de a pasos ("creeping") surgidas de medidas de intervencionismo estatal en la economía, no encuadran en los tratados si realicen con carácter general en base al interés público y sobre una base no discriminatoria [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN23).

La argumentación sostenida por Argentina se ve confirmada en el reciente Acuerdo de Interpretación del Convenio de Panamá donde se explicita que no son compensables las medidas no discriminatorias justificadas por el interés general y el bienestar de la Nación [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN24). Más bien, hace valer que los inversores alegando la "seguridad jurídica" -estabilidad legal-, impiden la introducción de cualquier medida por parte del país receptor [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN25).

Tampoco acepta Argentina que las medidas de emergencia invocadas en las controversias puedan ser consideradas como discriminatorias porque no eran menos favorables a los inversores extranjeros que a aquellos de origen nacional. Bajo la interpretación común del concepto de discriminación, niega cualquier incumplimiento de su parte ( 26). En síntesis, se niega el objeto de las demandas ante los tribunales CIADI por incumplimiento de sus obligaciones bajo los TBI.

Se trata también de una interpretación restrictiva de la letra de los TBI, pero que puede considerarse razonablemente implícita en su espíritu: no se trata de dar derechos privilegiados a los inversores extranjeros, sino solamente la garantía de no sufrir discriminaciones a resultas de las cuales tengan menos derecho que los inversores nacionales.

La historia está llena de discriminaciones contra inversiones extranjeras en múltiples países del mundo, y no parece irrazonablemente entender que este es el problema que tales tratados han procurado resolver.

Desde esa óptica local argentina, el país no habría discriminado en violación al tratado al dictar las medidas de política económica con las cuales enfrentó la crisis que se desató con especial virulencia en el 2002 [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN27).

**VIII. La renuncia a los tribunales arbitrales internacionales**

En el caso de Aguas Aconquija, Argentina postula la excepción de jurisdicción del CIADI por la aplicación de la cláusula de jurisdicción especial y exclusiva establecida en el contrato de concesión. Sostiene que las partes acordaron que para la "resolución de controversias contractuales, relativas tanto a su interpretación como a su aplicación, serían sometidas a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán"[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN28).

El agregado en un TBI de ciertos requerimientos previos a un recurso internacional le sirve en primer lugar para otorgar la posibilidad de solucionar la controversia de manera no jurisdiccional (plazo de negociación u obligación de notificación).

En segundo lugar, dichos requerimientos permiten que los tribunales locales tomen conocimiento del asunto antes que cualquier otro fuero (cláusula de jurisdicción especial o plazo de solución jurisdiccional local).

La posición argentina es que estos argumentos se refuerzan y multiplican cuando de acuerdo a la letra del contrato suscripto sin reserva alguna por el inversor externo, éste aceptó la competencia exclusiva de los Tribunales nacionales.

**IX. Electa una via non datur regressus ad alteram**

Este argumento está vinculado con el anterior, y es utilizado por la Argentina para defender la competencia nacional específicamente en la competencia exclusiva de otro fuero. Argentina sostiene en algunos casos que prevalece la elección de vía como excluyente de la otra, lo cual significa que una vez que el demandante sometió el asunto ante las jurisdicciones locales, no puede luego presentar una petición arbitral ante el CIADI, ya que ello habría implicado una renuncia a acudir a la jurisdicción arbitral internacional.

Este criterio no se postula de manera genérica, sino exclusivamente cuando el TBI establece para el inversor una opción entre el **arbitraje** internacional y la jurisdicción local [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN29). Argentina expuso en el caso Azurix que el inversor aceptó someterse a la jurisdicción de los Tribunales locales en conformidad con el Contrato de Concesión. Con esta elección asumida bajo el contrato a través de diversos recursos administrativos, incluido el presentado por ante la Suprema Corte de la Provincia, el inversor habría renunciado a cualquier otro foro.

En el caso Siemens, Argentina argumentó que bajo el Tratado con Chile (involucrado en el caso por su cláusula de Nación más favorecida), tal como en el lenguaje de derecho internacional, es costumbre incluir a las jurisdicciones administrativas y judiciales bajo el término jurisdicción local [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN30). Dado que el inversor había apelado ante las autoridades administrativas de Argentina, ella mantiene que el inversor no puede ya solicitar el **arbitraje**.

**X. El agotamiento de la vía interna**

Otro argumento de la defensa argentina es que los demandantes no han procedido al agotamiento de las vías jurisdiccionales locales. En el caso Siemens, textualmente se expresa que "la Argentina mantiene que el Artículo 10 del Tratado refleja una 'moderación' de la regla del agotamiento de los recursos internos, y que el Tratado requiere que Siemens haga usos de estas vías -de manera diligente- por al menos 18 meses, como requisito previo a intentar comprometer la responsabilidad de la República Argentina bajo el Tratado por ante un tribunal internacional"[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN31).

Tal disposición, según la Argentina, prevalece a un recurso ante el tribunal arbitral porque se analiza como requerimiento la posibilidad de recurrir a otro fuero [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN32).

Agrega la Argentina que tales requisitos de agotamiento de las vías locales, o recurso previo de la jurisdicción pactada, se justifican en fin de lograr mayor eficiencia en la resolución de controversias. De hecho, permite a las partes negociar sus posiciones durante los plazos previstos, y permite al tribunal local examinar el material y las pruebas de las demandas, mientras que las partes maduran sus puntos de vista.

La Argentina trata de defender el previo ejercicio natural de su competencia judicial nacional sobre asuntos internos, antes de transferirla a un tribunal internacional.

Según lo estamos viendo, la postura del gobierno argentino es que los tribunales arbitrales no tienen jurisdicción para conocer en las controversias por falta de constitucionalidad de los TBI, sino que a todo evento tampoco pueden intervenir, de acuerdo a la letra de los tratados, por falta de observación a los requisitos de agotamiento de vía. Es un argumento normal en cualquier país, que antes de pasarse a la instancia siguiente, primero hay que determinar y conocer la materialidad de los hechos [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN33) a través de la prueba en la instancia de grado que, en este caso, sería necesariamente ante las jurisdicciones locales [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN34).

Comprendemos que nuestra forma de enunciar el principio seguramente no se compadece con el probable planteo escrito de la Argentina, pero en todo caso se trata de documentos que no han tomado aún estado público y mal podemos determinar con exactitud cómo el país lo ha explicitado.

En todo caso, si bien se comprende el derecho de los actores a obtener una resolución en un tiempo razonable en el plano interno, cabe destacar que al acudir a los tribunales arbitrales internacionales no han pedido que se intime a la Argentina a resolver las peticiones internas en el plazo que se le fije al efecto, sino que han pedido directamente la reparación de los daños y perjuicios, como si la posición argentina hubiera sido un rechazo definitivo a los aumentos de tarifas.

En contratos de largísimo plazo como son la mayoría, que además suelen contemplar renegociaciones y adecuaciones quinquenales, no parece que la pretensión procesal de los actores sea particularmente afortunada. Lo que interesa es la ecuación económico financiera del contrato en el largo plazo, y si bien pueden las empresas alegar que no deben o no pueden realizar nuevas inversiones para expandir el servicio en tanto no se resuelva el tema de la tarifa, ello no significa que la mora argentina en resolver, en la situación de indubitable emergencia que se le ha presentado, carezca totalmente de sustento fáctico.

El caso de los accionistas minoritarios Siseles [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN35) afirma que "... de pretenderse mantener la competencia de los tribunales locales para resolver cuestiones contractuales, deberá la Administración requerir no sólo de la contratista su aceptación de la cláusula respectiva sino que dicha aceptación, conformidad y renuncia deberán ser requeridas a todos y cada uno de los accionistas directos o indirectos en la medida que alguno de ellos sea nacional de un país con cual se hubiera suscripto un TBI".

En realidad la posición de la Argentina en juicio va más allá: aún cuando no hayan renunciado los accionistas minoritarios a la acción, no pueden acceder a estos tribunales arbitrales internacionales en forma separada de los accionistas mayoritarios o de la misma empresa concesionaria. Todos deben reclamar en un mismo juicio.

En otras palabras, esto se refiere a determinar quiénes son los demandantes habilitados para someter una petición arbitral, es decir, quiénes están legitimados. Se postula que permitir, como se lo hace, que accionistas minoritarios interpongan demandas ante un tribunal arbitral internacional mientras la sociedad o los accionistas minoritarios inician una acción similar ante otro tribunal arbitral internacional, es potencialmente un grave peligro de escándalo jurídico, si se llegan a producir resoluciones contrapuestas sobre lo que es esencialmente un mismo asunto.

En todo caso no parece responder a un principio elemental de economía procesal. Constituye un claro dispendio jurisdiccional y un perjuicio innecesario e ilegítimo al país demandado, al que se pretende obligar a multiplicar defensas en distintos foros por problemas que son únicos.

**XI. Inversores directos**

La Argentina mantiene su posición en cuanto a que los demandantes carecen de legitimación directa bajo los TBI. Argentina requiere de los inversores su calidad de directos y mayoritarios para encuadrar en el ámbito excepcional de aplicación de los Tratados. Por ello opone excepción de jurisdicción en los casos pendientes donde los demandantes son accionistas minoritarios, [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN36) alegando el posible escándalo jurídico de que los tribunales arbitrales arribaran a decisiones no congruentes en los casos iniciados por los accionistas mayoritarios, en algunas causas, y los accionistas minoritarios, en otras [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN37). En este sentido también, el Acuerdo con Panamá explicita que carecen de legitimación activa los accionistas minoritarios. Argentina reconoce que "un inversor tenedor de acciones (mayoritarias) tiene legitimación para activar los mecanismos de solución de controversias consagrados por los TBI por actos del Estado receptor que lo afectan directamente"[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN38). En consecuencia, la Argentina desconoce la posibilidad para los accionistas minoritarios de reclamar daños sufridos por la compañía en la cual poseen acciones (reclamaciones indirectas). Así, la Argentina rechaza el ámbito de protección del TBI a los inversores minoritarios o indirectos y plantea que las accionistas (minoritarios) no tienen legitimación para actuar en forma independiente de la sociedad.

**XII. Daños directos**

Argentina se opone al progreso de las demandas que reclaman por daños indirectos, entendiendo que ello importa que se encuentran fuera del ámbito de protección del TBI. En su opinión, se debe producir un daño directo a la inversión para que se justifique la demanda. En este sentido se refiere a las definiciones de las inversiones que disponen algunos Tratados, para limitar a ellas los daños que se pueden invocar [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN39).

En el caso CMS la Argentina argumenta que la controversia no concierne a una inversión extranjera y consecuentemente alega que no existe un daño directo. Siendo TGN (sociedad local de CMS) solamente la beneficiaria de la Licencia (objeto del Contrato), es dicha Licencia precisamente la que sufre el supuesto daño, no la inversión. Puesto que ha sido conferido en la Argentina, no puede considerarse que la Licencia sea una inversión extranjera [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN40).

En el caso Siemens, alega que la inversión de Siemens consiste en acciones en SNI (una filial) o, si se asume la identificación entre SNI y Siemens, de acciones en SITS, una sociedad argentina. "La controversia vinculada a actos del Gobierno Federal con respeto al Contrato, surge de los derechos y obligaciones contractuales de SITS, y SITS no es un inversor ni una inversión en virtud de los términos del Tratado. [...] se puede afirmar simultánea y concordemente que: i) la disputa planteada por Siemens surge directamente de activos que no constituyen una inversión de Siemens y ii) la disputa planteada por Siemens no surge directamente de la inversión en acciones realizada por Siemens en SITS"[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN41).

Con esta argumentación Argentina sostiene una interpretación restrictiva del ámbito de los TBI, en contra de los inversores extranjeros minoritarios, o perjudicados indirectos. Solamente los inversores que tienen relación directa con un daño referido en el Tratado podrían, en este criterio, invocarlo. Un sector de la doctrina precisa que "los destinarios finales de la protección de inversiones son en realidad los inversores, y no las inversiones, que representa, en rigor, un presupuesto para que el inversor pueda invocar el tratado, siendo la definición del inversor, condición de aplicación del tratado"[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN42).

Además de la relación directa con el daño, Argentina entiende que el TBI exige, para su aplicación, una inversión directa en la sociedad local. Ambos criterios justifican la excepción de jurisdicción por carencia de ius standi de los demandantes. Esta doble exigencia está requerida por Argentina para evitar que el ámbito de aplicación de los TBI se extienda hasta el extremo de alcanzar a todos los accionistas que forman parte de la sociedad inversora. Su intención es restringir a la sociedad contratante el acceso a los tribunales previstos en los TBI.

**XIII. Limitación de la responsabilidad del Estado por sus acciones propias**

Argentina rechaza primero la responsabilidad del Estado por acciones o contratos de sus Provincias, por ello postula una distinción entre los contratos que comprometen sus partes: el inversor y la Provincia, y los Tratados que comprometen a la Argentina con otro Estado.

Así, Argentina sostiene que la falta de identidad entre los contratantes del contrato de concesión y las partes del TBI no compromete su responsabilidad por violación de contratos que no solamente no negoció sino que ni siquiera conoció, ni pudo influir en ellos. Sostiene además que la Constitución Nacional le impide involucrarse en las acciones de las Provincias. Por ello, rechaza la asimilación de los hechos de los Estados provinciales a sus hechos propios. Continuando este argumento, sostiene la necesaria distinción entre cuestiones contractuales de derecho local y controversias en materia de inversiones. En consecuencia, "no toda violación del contrato constituye una violación de los estándares del tratado"[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN43). Solamente las atinentes a inversiones pueden justificar la responsabilidad del Estado bajo el TBI.

Luego, la Argentina reconoce legitimación activa solamente a las sociedades principales que han negociado con ella misma bajo el TBI [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN44). Pero en su opinión, el deber que tiene hacia los demandantes se ve afectado por el Contrato de Concesión. Así que su responsabilidad se limita a mantener el entorno abierto a las inversiones, evitar discriminaciones, extender seguridad, ofrecer fuero para resolver controversias. Por lo tanto la Argentina niega el incumplimiento de sus obligaciones. Alega haber cumplido su obligación de actuar de buena fe y de buscar la promoción del acuerdo entre el inversor y la Provincia involucrada. El actuar del Estado Central no tuvo consecuencias discriminatorias hacia inversores extranjeros sino que se justificó por las circunstancias de emergencia que dañaron a todos. En dicha situación la Argentina se esforzó por buscar soluciones amistosas y ofreció sus fueros para encontrar soluciones jurisdiccionales.

**XIV. El derecho aplicable**

Con estos argumentos Argentina intenta que se aplique a los inversores extranjeros su sistema interno de derecho administrativo, dado que los demandantes tienen una relación contractual de concesión de servicio público [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN45). La doctrina argentina tiene precedentes que preconizan, al contrario de la internacionalización de los contratos administrativos, que "...si existe una jurisdicción contractual pactada, las partes del contrato deben acudir, por cuestiones contractuales, a esa jurisdicción"[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN46). La opinión de la doctrina nacional, con todo, no es uniforme.

No se trata de que los tribunales arbitrales internacionales vayan a aplicar una ley distinta que la argentina a la luz del tratado, sino que posiblemente su interpretación del sistema estará influenciada por su propia visión de los principios generales del derecho internacional y cómo estos iluminan una determinada visión de todo el sistema normativo [(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN47).

**XV. Inconstitucionalidad -según la Constitución argentina- de los tribunales arbitrales internacionales**

En cambio, un argumento que ha sido muy caro a gran parte de la doctrina argentina y al mismo Estado argentino, es más difícil que encuentre consenso internacional. Se considera desde la Argentina que el proceso arbitral no puede desconocer la jurisdicción federal argentina, la cual tiene competencia constitucional en la República Argentina. La doctrina argentina predominante -no la totalidad- sobre el **arbitraje**, invocada por la Argentina en su defensa, alega que: "el Congreso no podría abdicar, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, la jurisdicción asignada a los tribunales federales en aquellas causas en que la Nación fuera parte, por derivar dicha competencia directamente a la Constitución, ni declinarla dando lugar a la actuación de jueces privados mediante el procedimiento de **arbitraje**, [...] reafirmando la irrenunciabilidad parcial de la jurisdicción federal"[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN48). Esta es la posición asumida por uno de los Procuradores del Tesoro de la Nación en la defensa de la Argentina ante tales tribunales.

Un ex Procurador del Tesoro de la Nación, hoy Ministro de Justicia del país, afirma que tales Tratados, al excluir la competencia nacional, son inconstitucionales: [(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN49) "... no es aceptable presumir que la República Argentina pueda ceder de modo anticipado (por medio de una ley que aprueba un TBI) y definitivamente (por medio de otra ley que aprueba un mecanismo de **arbitraje** internacional) su potestad de efectuar el control judicial de constitucionalidad en sus tribunales de los tratados de comercio ni de los conflictos que suscite su aplicación"[(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN50). Critica la característica hermética del sistema del CIADI porque si se ha elegido la vía arbitral no puede intentarse ninguna otra y porque lo que ha decidido no puede discutirse en ninguna otra instancia que no sea la arbitral, mientras que tradicionalmente existe en la Argentina la posibilidad de ejercer "antes" o "después" el control judicial por parte de un (o varios) tribunal (es) nacional (es) [(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN51). Concluye explicitando que "la imposibilidad de control judicial, local de inconstitucionalidad no es para la República Argentina una cuestión procesal sino sustancial, en la medida en que traduce una inhibitoria para ponderar la vigencia de los requisitos constitucionales ya evocados [(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN52), entre ellos que impide el acceso a la jurisdicción nacional, se vulnere el criterio del juez natural o se retasen vías recursivas locales idóneas [(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN53).

**XVI. El proyecto argentino de tribunal para los servicios públicos**

En conexión a todo esto se discute en Argentina la creación de un tribunal administrativo encargado de las controversias de servicios públicos, aunque no está bien en claro cuál puede ser su incidencia exacta sobre las actuaciones arbitrales internacionales [(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN54). Como el proyecto aún no está confeccionado, es imposible por ahora poder evaluar sus alcances en la cuestión aquí debatida.

Pero en cualquier parece un poco exagerada e inexacta la pretensión de periódicos locales en el sentido de que estos tribunales servirían para suplantar al CIADI.

Lo que hay que hacer es mejorar el funcionamiento del CIADI para que respete plenamente el principio del debido proceso, desde esta óptica argentina.

No ha sido nuestra pretensión exponer integralmente la posición argentina ante los tribunales arbitrales internacionales, aunque más fuera porque se trata de documentación fuera de nuestro alcance. Hemos intentado reconstruirla a través de los elementos de juicio indirectos que hemos expuesto en este artículo. Va de suyo que salvo alguno que otro comentario nos hemos abstenido de intentar una evaluación o una prognosis del resultado de todos estos planteamientos ante una diversidad de tribunales arbitrales internacionales. Si bien, pues, no constituye una exposición completa ni tampoco segura del total de la defensa de un país emergente ante estos tribunales, nos ha parecido que puede ser de interés al menos una enumeración de lo que parecen ser sus principales argumentos en este estado de los litigios.

**XVII. Algunas conclusiones**

Lo expuesto hasta aquí demuestra la posición de Argentina a favor de la competencia de su jurisdicción nacional, aún cuando firmó Tratados Bilaterales de Inversión que disponen cláusulas de jurisdicción arbitral internacional. Para sostener su argumentación este país defiende una concepción rigurosa de lo que debe ser un Tribunal arbitral adecuado para conocer tales controversias. Si sus críticas no están aceptadas en su integridad en los actuales juicios en curso, podría dar a pensar a los responsables del funcionamiento del CIADI, y por lo menos pesar en el procedimiento de nombramientos en curso.

Argentina mantiene que la sustancia de las controversias (aún en el proceso de competencia), tiene que ver con la naturaleza interna de los contratos administrativos de servicios públicos como también con la naturaleza interna de la política administrativa argentina, y por ello no es materia que puedan resolver congruentemente múltiples tribunales internacionales, máxime en las condiciones de ausencia de suficiente imparcialidad que ella denuncia.

Destaca también que aquella política a raíz de la emergencia por la crisis económica [(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN55), no tuvo consecuencias compensables ni discriminatorias bajo los TBI. Tal argumentación se basa en la distinción entre las controversias por violaciones del contrato de derecho local y las violaciones en materia de inversión bajo los TBI.

Por fin, a raíz de su argumentación sobre la primacía de la jurisdicción nacional, Argentina parece defender una interpretación original de la cláusula de la Nación más favorecida. Original pero consecuente con su firme posición, por lo que las controversias con inversores extranjeros no pueden ser enfocadas sólo del lado de estos últimos.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(A)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append" \l "FN*v) Universidad de París II.

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN1v) Hernán, "Tratados bilaterales de protección de inversión. Perspectivas de los requerimientos ante la situación de emergencia", LA LEY, 29/11/2004.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN2v) mucho la ayuda y el impulso que me dio el doctor Gordillo para escribir este artículo, por saber enseñar y estimular sin parecer dar consejos, sino dando ganas de dedicarse integralmente a la materia y transformando las debilidades en mejoras concretas. También agradezco al equipo de su estudio y al abogado Gustavo Wulfsohn, por su apoyo.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN3v) CIADI, Caso N° ARB/97/6, Lanco Internacional, Inc. c. República Argentina(decisión preliminar sobre jurisdicción), 8/12/1998; CIADI, Caso N° ARB/97/3, Compañía de Aguas del Aconquija SA y otra c. República Argentina, 21/11/2000 y decisión del procedimiento de anulación del 3/07/2002; CIADI, Caso N° ARB/01/08, CMS Gas Transmission Company c. República Argentina (decisión preliminar sobre jurisdicción), 17/07/2003; CIADI, Caso N° ARB/01/03, Enron Corporation y Ponderosa Assets, LLP. c. República Argentina, 11/04/2001, (decisión preliminar sobre jurisdicción); CIADI, Caso N° ARB/02/08, Siemens A.G. c. República Argentina (decisión preliminar sobre jurisdicción), 17/07/2002; CIADI, Caso N° ARB/01/12, Azurix Corp. C. República Argentina (decisión preliminar sobre jurisdicción), 23/10/01.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN4v) Esta observación fue primero señalada, en la doctrina argentina, por GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo, tomo 2, La defensa del usuario y del administrado, a partir de la tercera edición, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. XVI y en su artículo "El arbitraje administrativo nacional e internacional" en CARELLO, Luis Armando (dir.), "Derecho constitucional y administrativo", t. 1, ps. 12-85, Ed. Juris, Rosario, 1999. Actualmente se encuentra en la sexta edición, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional", parágrafo 5.2., "Un tribunal permanente, no agónico ni de crisis".

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN5v) en: www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN6v) Este argumento se ve potenciado por el hecho de que todos los tribunales administrativos internacionales tienen el mismo carácter permanente, aunque se reúnen solamente cuando existen casos a resolver: pero no por ello se los crea en ese momento, tan sólo se los convoca cuando hay causas en trámite, como se explica en GORDILLO, op. loc. cit.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN7v) ROSATTI, H., "Globalización, Estatidad y Derecho", p. 134, en: BIELSA, LAVAGNA, ROSATTI, "Estado y Globalización, el caso argentino", Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, Marzo de 2005.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN8v) "El régimen de los arbitrajes internacionales CIADI en materia de inversiones no funciona como un sistema; los tribunales tramitan y manejan sus casos con absoluta independencia de criterio; el régimen jurídico que los rige impide que exista un tribunal de alzada y/o la casación de la jurisprudencia, por lo que el valor de los precedentes es relativo", ROSATTI, op. loc. cit.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN9v) SISELES, Osvaldo, "Los Tratados de Protección de las Inversiones Extranjeras. Eficacia de los mismos", Presentación en el Seminario sobre "La seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina: El caso Argentino", España, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, 2003.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN10v) STANLEY, Leonardo E., "Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente", CEPAL, octubre de 2004, p. 49, que también puede consultarse en: www.eclac.cl/cgibin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/2/20612/P20612.xml&xsl=/ddpe/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xslt

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN11v) GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", T. 2, cap. XVIII, § 5.2, ps. 28-29, La defensa del usuario y del administrado, FDA, 8° ed., Buenos Aires, 2003.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN12v) Artículos 3 y 4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Solamente el artículo 6 de las Reglas de arbitraje del CIADI dispone que el árbitro tiene que firmar una declaración, al finalizar la primera sesión del Tribunal, cual exprese su disponibilidad y habilidad a juzgar de la controversia con conformidad a las reglas de confidencialidad y de derecho aplicable. Acerca de las calidades requeridas para ser parte de las listas de árbitros del CIADI, véase el artículo 14 del Convenio del CIADI.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN13v) Artículo 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN14v) GUGLIELMINO, Osvaldo, "Demandas inverosímiles", La Nación, 17/01/05, p. 14.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN15v) CASAS, José Osvaldo, "Breves reflexiones -a raíz de una sentencia- sobre el arbitraje internacional y el orden público constitucional", comentario al fallo "Entidad Binacional Yacyretá c. Eriday y otros", JNFed. CA N° 3, 27/09/04, LL, SJDC, 24/11/2004.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN16v) GUGLIELMINO, op. loc. cit..

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN17v) GUGLIELMINO, op. loc. cit..

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN18v) GUGLIELMINO, op. loc. cit..

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN19v) "Acuerdo Interpretativo de la Ley 24.971 -Convenio entre la República de Argentina y la República de Panamá para la Promoción y la Protección Reciproca de las inversiones-", Setiembre de 2004.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN20v) El tribunal en el caso Siemens nota que, desde Argentina, "no todas las cláusulas NMF y de solución de controversias son las mismas, que son específicamente negociadas caso por caso y que no se puede presumir, en modo alguno, que las cuestiones relativas al modo y forma del sometimiento de la República Argentina a jurisdicciones internacionales, no sean parte de sus políticas fundamentales" Memorial sobre jurisdicción, Párr. 217, en Siemens, op. cit., párr. 50.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN21v) CMS, Párr. 23.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN22v) HERZ, M., "El CIADI, los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones y las demandas contra el Estado argentino. Propuestas para enfrentar la situación", ED, 02/04/2005

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN23v) ZONIS, F. "Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional", LA LEY Actualidad, 24/06/2004.

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN24v) La interpretación del Artículo 3 del Convenio dispone: "...no constituye expropiación directa o indirecta, ni nacionalización o medida similar y, por ello, no están sujetos a compensación el acto o serie de actos legislativos o regulatorios no discriminatorios que adopte una de las Partes Contratantes con el propósito de proteger objetivos de bienestar general tales como los de orden público, de salud pública, de seguridad pública, de política social, económica, monetaria, cambiaria y tributaria"., op. cit. nota N° 25.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN25v) STANLEY, L., op. cit.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN26v) H., "Las batallas del tercer año", Página/12, 13/3/2005, p. 12.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN27v) Para una detallada exposición crítica del desarrollo de los hechos antes y después, en su contexto internacional, puede verse BLUSTEIN, Paul, And the Money Kept Rolling In (and Out). Wall Street, the IMF and the Bankrupting of Argentina, Nueva York, Public Affairs, 2005.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN28v) Art. 16.4 del Contrato de concesión entre Aguas Aconquija y la Provincia de Tucumán

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN29v) Como sucede en el Art. 8.2 del TBI con la República Francesa, ver: ROSATTI, op. cit..

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN30v) Siemens, párr. 111.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN31v) CIADI, Caso N° ARB/02/08, Siemens A.G. c. República Argentina (decisión preliminar sobre jurisdicción), 17/07/2002, párr. 51.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN32v) El período de negociación amistosa directa(que se inicia con una "denuncia de controversia") se extendería durante tres meses en el caso de que se elija el mecanismo acumulativo (reclamo judicial ante los tribunales argentinos durante al menos 18 meses, antes de recurrir al arbitraje), y durante seis meses en el mecanismo alternativo (cuando el recurso ante las jurisdicciones locales no es un requisito previo para recurrir ante los tribunales arbitrales). Ver: CITARA, R. M., "El marco de los tratados bilaterales de inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada", en LA LEY, 2004-A, 1401.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN33v) En este sentido, hay que tomar en cuenta que la Argentina está en proceso de renegociación de los contratos, lo que permite sostener en su opinión, que el procedimiento internacional no es bienvenido para ambos partes contratantes, porque la situación actual y futura no esta clara todavía. "... Implica no sólo aspectos relativos a la fuente legal del consentimiento a la jurisdicción arbitral, sino que también se relaciona con delicadas cuestiones de política económica y de política exterior. Tal plazo constituye en síntesis, un elemento esencial de la excepcional oferta jurisdiccional que se formula en los tratados de inversión". Memorial sobre jurisdicción, Párr. 263

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN34v) En este sentido, CITARA, al citar el caso "Roberto Azinian, Divitian And Baca c. Los Estados Unidos de México", señala que en el mismo se afirma: "En efecto, el NAFTA no puede ser leído como creador de un régimen por el cual se permitiría elevar una multitud de transacciones ordinarias con autoridades publicas en potenciales disputas internacionales". Ver CITARA, op. cit.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN35v) SISELES, "La competencia para resolver disputas surgidas de un contrato administrativo", LA LEY, 2004-C, 223.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN36v) Aguas Aconquija, CMS, Enron, Siemens.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN37v) La posibilidad de laudos contradictorios sin casación no es hipotética: en el caso de la República Argentina existen reclamos de accionistas minoritarios y mayoritarios por los derechos de la misma sociedad y por los mismos hechos, pero en distintos tribunales. Así L, G & E inició un procedimiento arbitral ante el CIADI por las normas dictadas durante la emergencia y los perjuicios que se le habrían ocasionado, en tanto accionista minoritario de Gas Natural BAN SA(caso CIADI ARB/02/01). Por la misma sociedad y por los mismos hechos, Gas natural SDG inicio un procedimiento arbitral, en tanto accionista mayoritario de Gas natural BAN SA ante otro tribunal(caso CIADI ARB/03/10). ROSATTI, "Globalización Estatidad y Derecho", p. 149, op. cit. Desde luego, los tribunales internacionales, sean arbitrales o no, suelen estar atentos a los pronunciamientos de otros tribunales para, precisamente, no entrar en contradicción. El punto es, en cambio, que si la contradicción se presente no parece haber tribunal al cual acudir al menos que se intente la Corte Internacional de Justicia que ya tiene competencia revisora de algunos tribunales administrativos internacionales como el de la OIT.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN38v) Siemens, párr. 125.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN39v) Vrg. TBI con Estados Unidos y Alemania se define la inversión como la ganancia derivada de la inversión.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN40v) CMS, Párr.36.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN41v) Memorial sobre jurisdicción, párr. 309-313 y 315.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN42v) CITARA, op. cit..

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN43v) CITARA, op. loc. cit..

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN44v) Por ejemplo en el caso Aguas Aconquija, artículos 3 y 5 del TBI Argentina-Francia.

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN45v) La Procuración del Tesoro de la Nación reitera que "los contratos con las privatizadas son simples contratos administrativos independientes con sociedades nacionales, muchas de las cuales difícilmente puedan asimilarse per se a una inversión"., en CITARA, op. cit..

[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN46v) En consonancia con la doctrina Calvo, la cual según CITARA es "tan cara a los países en desarrollo". CITARA, op. cit.

[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN47v) Como se explica en el trabajo publicado por Hernán SAENZ JIMENEZ en ese mismo suplemento.

[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN48v) CASAS, op. cit.

[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN49v) ROSATTI, HORACIO D., "Los Tratados bilaterales de Inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1283, quien justifica la inconstitucionalidad de los Tratados ante la imposibilidad de control judicial local de constitucionalidad lo que contradice la forma representativa, republicana y federal del Gobierno (art. 1° y concs., Constitución Nacional), el principio de juridicidad y el de reserva (art. 19 Constitución Nacional), el principio de igualdad (arts. 15, 16, 75, inc. 23 y concs., Constitución Nacional), el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (arts. 14, 28, 99, inc. 3° y concs., Constitución Nacional). Ver también: ROSATTI, "Globalización, Estatidad y Derecho" op. loc. cit.

[(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN50v) ROSATTI, "Los Tratados bilaterales de Inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", op. loc. cit.

[(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN51v) ROSATTI, "Globalización, Estatidad y Derecho", op. cit., p. 142.

[(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN52v) Ver nota 48.

[(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN53v) ROSATTI, "Globalización, Estatidad y Derecho", op. cit., p. 144 y sigtes.

[(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN54v) Bajo Resolución 57/2005, B. O. 2005/01/27, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se instituye una Comisión encargada de elaborar un texto legislativo para la creación de un Tribunal administrativo común a las controversias de servicios públicos, involucrando inversores tanto nacionales como extranjeros. Al respecto ver: GORDILLO, "La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos", LA LEY, SJDA, 18 /02/2005.

[(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad81815000001331351b2cc92eafbe9&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=50&epos=50&td=53&ao=&searchFrom=toc&savedSearch=false&context=26&crumb-action=append#FN55v) Ley 25.561, Adla, LXII-A, 44.

* + - http://www.laleyonline.com.ar/laley/images/font_add.pngAgrandar Texto

El Estado Nacional ante el arbitraje

Bianchi, Alberto B.

Publicado en: LA LEY 2005-B , 1405

Sumario: SUMARIO: I. Dimensión del arbitraje. - II. La prórroga de la jurisdicción federal. - III. La cuestión en los tratados bilaterales de protección de las inversiones. - IV. La cuestión en el derecho constitucional de los Estados Unidos. - V. Conclusiones.

Voces

**Voces:** ARBITRAJE - ESTADO NACIONAL - PRORROGA DE COMPETENCIA - INVERSION EXTRANJERA

[**Cerrar**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append)

I. Dimensión del arbitraje

Al lado de la organización judicial estatal y pública se ha desarrollado tradicionalmente otra jurisdicción, privada y voluntaria, que las partes emplean para resolver sus conflictos cuando la intervención de la primera no resulta obligatoria por razones de orden público. Así, esta segunda reemplaza a la primera y, como regla, posee sus mismas facultades. Una nace de la Constitución o de la ley, en tanto que la otra se origina en cláusulas contractuales. Esta segunda jurisdicción, a la que denominamos arbitraje [(1)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN1), reconoce antigua data [(2)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN2), bien que su gran expansión tuvo lugar en el siglo XX.

Desde el punto de vista de su constitución, los tribunales arbitrales son: (a) ad-hoc y (b) institucionales. Los primeros nacen y terminan con un caso específico por la exclusiva voluntad de las partes donde -por lo general- cada una elige su árbitro y éstos de común acuerdo eligen al tercero, en tanto que los segundos se desarrollan en centros de arbitraje preestablecidos a cuyas reglas las partes se someten. De tal modo, cada país tiene una legislación general sobre el arbitraje, que es empleada cuando no se han pactado expresamente otras reglas, y cuenta también con numerosísimos centros que ejercen esta función conforme sus propias normas [(3)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN3). Entre las legislaciones nacionales sobre arbitraje pueden mencionarse, solamente como ejemplo, la de Estados Unidos [(4)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN4), Canadá [(5)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN5), Reino Unido [(6)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN6), España [(7)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN7), Brasil [(8)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN8), Venezuela [(9)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN9) y Colombia [(10)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN10). Francia, en cambio, no posee una ley específica de arbitraje sino que las normas sobre la materia están repartidas en diferentes cuerpos normativos [(11)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN11). Es también el caso de Chile [(12)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN12) y la Argentina [(13)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN13).

Asimismo el número de centros internacionales de arbitraje hoy día se cuenta por cientos. Menciono solamente la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, creada en 1899, con motivo de la Conferencia de Paz de La Haya de ese año a la cual se adhirió la Argentina en 1907, la Corte Internacional de Arbitraje, con sede en París, que depende de la Cámara de Comercio Internacional creada en 1923, la London Court of International Arbitration (LCIA) creada en 1985, la American Arbitration Association, creada en 1926, y el International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), más conocido entre nosotros por sus siglas en español, CIADI, esto es, Centro Internacional de Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones, creado en 1966, con sede en Washington y dependiente del Banco Mundial, al que me referiré más adelante. Existen asimismo leyes modelo de arbitraje internacional, la más conocida de las cuales probablemente sea la elaborada por la United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) [(14)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN14) en 1985.

En la Argentina -pese a las reticencias culturales que la institución ha sufrido [(15)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN15)- contamos también con una larga tradición en la materia que se remonta al Código de Comercio de 1862 el cual establecía el arbitraje obligatorio para los conflictos sociales suscitados entre socios de una misma sociedad. Esta disposición, hoy día desaparecida, había sido traída del Código español de 1829, tomado a su vez de las Ordenanzas de Bilbao. En materia de comunicaciones telegráficas la ley 750½ (Adla, LXII-D, 4443)dispuso el arbitraje para resolver las controversias suscitadas con las compañías prestadoras del servicio. También preveía el arbitraje la vieja ley de Obras Públicas 775 de 1876 (Adla, 1852-1880, 1034) en sus arts. 38 (calidad de los materiales), 39 (vicios de la construcción), 41 (precios de materiales o valoración de obras no presupuestadas), y 71 (avaluaciones en casos de rescisión) [(16)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN16).

Actualmente existen numerosos centros de arbitraje, entre ellos el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, creado en 1963, el Tribunal Arbitral Permanente de la Cámara Argentina de Comercio, el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Rosario, el Tribunal Arbitral del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, el Tribunal Permanente de Arbitraje del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, etc. Por último, recordemos que en algunas ocasiones la Corte Suprema ha actuado como tribunal arbitral en litigios interprovinciales. La delimitación de los límites interprovinciales es, en primer lugar, una tarea que corresponde al Congreso (art. 75, inc. 15), pero que también puede dar lugar a litigios entre provincias. En este segundo caso -cuestiones posesorias, deslindes, etc.- le corresponde intervenir a la Corte en instancia originaria tal como lo establecen los arts. 117 y 127 de la Constitución [(17)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN17). Sin embargo, la Corte no sólo ha actuado en estos supuestos como tribunal de justicia, sino que alguna vez -ya muy remota- lo ha hecho también como tribunal arbitral. Es el caso del arbitraje producido el 18 de marzo de 1882 en el conflicto suscitado entre Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe [(18)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN18).

También hemos desarrollado la práctica arbitral en los conflictos con otras naciones. Cuando un Estado tiene una controversia (limítrofe o de otra naturaleza) con otro, la forma habitual de resolverla ha sido el arbitraje o bien el sometimiento del diferendo a un tribunal permanente internacional. Esta práctica se inicia [(19)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN19) con el célebre Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscripto entre Gran Bretaña y Estados Unidos en 1794 (Tratado Jay) que inauguró el llamado arbitraje por Comisión Mixta y paralelamente dio pie a una larga serie de arbitrajes en el siglo XIX [(20)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN20). Siguiendo esta costumbre nuestro país, en las primeras décadas del siglo XX, celebró una serie de tratados de arbitraje con otras naciones. Entre ellas, Brasil [(21)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN21), Bolivia [(22)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN22), Chile [(23)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN23), Colombia [(24)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN24), Ecuador [(25)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN25), España [(26)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN26), Francia [(27)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN27), Italia [(28)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN28); Paraguay [(29)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN29), Reino Unido [(30)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN30), Uruguay [(31)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN31) y Venezuela [(32)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN32). Esta práctica bilateral tuvo un primer salto institucional con la instalación de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, a la que hice referencia más arriba, que fue seguida luego por los estudios instrumentados por las organizaciones internacionales. Los primeros tuvieron lugar en el seno de la Liga de las Naciones, los cuales dieron lugar al Tratado General de Arbitraje Interamericano de 1929 y asimismo el arbitraje está contemplado como medio de solución pacífica de controversias en la Carta de las Naciones Unidas [(33)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN33). Por último, en el ámbito del MERCOSUR, la solución de controversias por vía arbitral entre los estados miembros está prevista en el Protocolo de Brasilia [(34)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN34) y en el Protocolo de Olivos (2002) [(35)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN35).

En el orden internacional, asimismo, he-mos aprobado la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras [(36)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN36); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional [(37)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN37) y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros [(38)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN38).

Por último pueden recordarse dos casos más en los cuales el propio Estado ha actuado como parte y como árbitro a la vez. El primero fue el del Tribunal Arbitral de Obras Públicas creado por el Decreto11.511/57 [(39)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN39), reglamentario de la ley 12.910 (Adla, VII-40), hoy desaparecido [(40)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN40). Aquí el Estado integraba el tribunal arbitral, pero al mismo tiempo se sometía a él como parte [(41)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN41). No puedo dejar de mencionar, sin embargo, que en el caso Meller [(42)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN42) el voto de los jueces Petracchi y Fayt ha entendido que este Tribunal, en la medida en que resultaba una jurisdicción obligatoria para el Estado, no constituía para este último un árbitro propiamente dicho, sino una jurisdicción administrativa obligatoria [(43)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN43). Así, en opinión de este voto, parecería que el Tribunal poseía una doble naturaleza: arbitral para la parte privada y jurisdicción administrativa obligatoria para el Estado.

Una segunda forma de arbitraje, más curiosa que la primera, pues se trata de una jurisdicción completamente endogámica, es la de la ley 19.983 [(44)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN44), que somete a la decisión del Presidente o del Procurador del Tesoro, según el monto del diferendo, los reclamos pecuniarios interadministrativos, esto es, los que se plantean entre órganos o entes de la Administración nacional. Aquí un órgano estatal (Presidente o Procurador del Tesoro) lauda en una controversia suscitada entre dos organismos también estatales. Podría discutirse si se trata estrictamente de un arbitraje o de una simple jurisdicción administrativa obligatoria, lo que nos pone en la misma y sutil distinción efectuada en el caso Meller por los jueces Petracchi y Fayt, de la cual parecería surgir que no hay arbitraje cuando una de las partes está legalmente obligada a someterse a dicha jurisdicción [(45)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN45). Sin embargo creo que el arbitraje no sólo se distingue por la naturaleza del acto que da pie a esta jurisdicción, sino por el modo de fallar. El árbitro, a diferencia del juez [(46)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN46), puede ser de amigable composición y nada impide que el Presidente o el Procurador del Tesoro actúen aquí en tal carácter. Reconozco, de todos modos, que la cuestión es discutible.

Creo que estas breves (e incompletas) notas iniciales, cuya modesta intención es tan sólo refrescar la memoria de los lectores, son suficientes para poner de manifiesto que en materia de resolución de controversias, la jurisdicción arbitral tiene alcances tan vastos como la de los órganos judiciales.

Me interesa entonces analizar un costado particular de este amplio universo: aquel que tiene al Estado Nacional como parte en conflictos con los particulares. La cuestión ciertamente no es novedosa, y la jurisprudencia de la Corte atestigua que han sido muchos los casos en que se ha dado esta particular situación de prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales arbitrales, pero sin embargo en los últimos años el hecho ha cobrado una dimensión tal que justifica este comentario. Veamos.

**II. La prórroga de la jurisdicción federal**

a. Jurisprudencia de la Corte Suprema

De acuerdo con el art. 116 de la Constitución, corresponde a la justicia federal (Corte Suprema y demás tribunales) intervenir en los casos en que la Nación es parte. Esta norma fue reglamentada inicialmente -y lo sigue estando- por la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) que en su art. 12 dispuso: "la jurisdicción de los tribunales nacionales ... será privativa excluyendo a los tribunales de provincia"[(47)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN47). Tanto la letra de la Constitución, como la de su norma reglamentaria (en particular lo de privativa) suscitaron dudas acerca de que el Estado Nacional pudiera ser parte en un proceso que se ventile fuera de la jurisdicción exclusiva y excluyente de los tribunales federales [(48)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN48), lo que alcanzaba naturalmente a los tribunales arbitrales. No obstante, en muchas oportunidades el Estado se ha sometido a la jurisdicción arbitral, de modo que interesa conocer, en primer lugar, cuáles han sido los requisitos establecidos por la Corte Suprema para convalidar dicha prórroga jurisdiccional.

Ya en 1904 fue resuelto "Gobierno Nacional c. The Argentine Land &#38; Investment Co."[(49)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN49), referido a la nulidad de un laudo arbitral entre el Gobierno y esta compañía, en donde se dijo que para comprometer en árbitros al Estado, era necesaria la intervención directa del Poder Ejecutivo y no solamente la de un ministro [(50)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN50). Más tarde, en "Otto Franke y Cía. c. Provincia de Buenos Aires"[(51)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN51), se discutió si el compromiso arbitral establecido en un contrato entre el actor y la Provincia demandada estaba vigente pese a que ésta había declarado la caducidad del contrato. La Corte entendió que ello no era óbice para la formación del tribunal arbitral y condenó a la Provincia a constituirlo. Asimismo, en Fisco Nacional c. Cía. Dock Sud de Buenos Aires [(52)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN52), vinculado con el arbitraje que imponía la ley 2346 de concesión de obras para la construcción del Dock Sud, la Corte sostuvo que los árbitros de derecho "proceden y fallan con arreglo a las leyes, como los jueces ordinarios"[(53)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN53) y admitió el arbitraje en los limitados términos establecidos en dicha ley. En este caso el Procurador General, José Nicolás Matienzo, se pronunció con énfasis en contra del arbitraje [(54)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN54), criterio que luego fue recogido algunos años más tarde por un voto minoritario de la Corte y que, puede decirse, inspira toda la tendencia -bastante extendida- de desconfianza hacia esta institución la cual, como veremos más adelante, ha llegado hasta el dictado de un decreto de 1933 por medio del cual el Poder Ejecutivo prohibió insertar cláusulas arbitrales en los contratos celebrados por órganos de la Administración.

De todos modos debe recordarse que en esta época se admitía todavía la doble personalidad del Estado, de modo tal que la Corte en sus fallos aclara que el Estado puede ser parte en un arbitraje si actúa como persona de derecho privado. Ello surge de casos como "Pagano c. Nación Argentina"[(55)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN55), controversia suscitada como consecuencia de la construcción del Hospital de Río Negro, en la cual se demanda a la Nación para la constitución del tribunal arbitral pactado en el respectivo contrato. Al resolver a favor de la actora la Corte sostuvo que "ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica, a los fines de dirimir sus controversias con los particulares; y establecida esa institución por la ley e incorporada a un contrato, como en el caso de autos, debe producir los efectos que en términos generales establece el artículo 1197 del Código Civil, toda vez que las obligaciones creadas por convenciones bilaterales no pueden modificarse ni extinguirse por voluntad de una sola de las partes"[(56)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN56). Con igual criterio fue resuelto también "Puerto del Rosario S.A. c. Gobierno Nacional"[(57)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN57). Luego en "Compañía Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda. c. Fisco Nacional"[(58)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN58), se ordenó también la formación de un tribunal arbitral con fundamento en que "existiendo en las leyes generales la determinación del juicio arbitral, y habiendo declarado los tribunales del fuero competente, que ha llegado el caso de convocar los árbitros, nada se opone a que el Fisco, como persona jurídica se someta a la jurisdicción arbitral, toda vez que dentro de aquel carácter y en sus relaciones le comprenden los códigos comunes"[(59)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN59).

En "Cía. Italo Argentina de Electricidad c. Gobierno Nacional"(1937) [(60)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN60), la Corte aclaró mejor aún los límites dentro de los cuales el Estado podía comprometerse en árbitros. Se discutía la validez de la cláusula del contrato de concesión celebrado en 1915 que sujetaba al juicio de árbitros "toda dificultad que surgiera sobre la ejecución de las cláusulas del mismo" y la Corte, pronunciándose a favor de su validez dijo que la sumisión de una discusión jurídica a la decisión arbitral es una expresión de la autonomía de la voluntad, la cual sólo está limitada por cuestiones que afectan al orden público o social. Agregó también que cuando una parte es el Estado, tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las cuestiones que lo afectan como poder público o las atribuciones de su soberanía. En este caso se discutía el precio de la unidad eléctrica, cuestión que no se excluyó del arbitraje. Dijo finalmente, para ratificar aún más que el Estado puede actuar como parte en un juicio arbitral "Cuando la Constitución ha establecido en su artículo 100 (actualmente 116) la jurisdicción de la Corte para los juicios en que la Nación es parte, no ha excluido la jurisdicción arbitral".

"Simonini c. Gobierno Nacional"[(61)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN61), presenta otro caso en el cual la Corte acepta que el Estado pueda ser parte en un juicio de árbitros. Surgido como consecuencia de la interpretación de un contrato de concesión del servicio público de electricidad en una municipalidad, el actor, al igual que en los casos anteriores, requería el cumplimiento del compromiso arbitral y la formación del tribunal respectivo. La Corte, en su voto mayoritario [(62)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN62), admite una vez más que el Estado puede ser parte en un juicio de árbitros cuando una ley lo autoriza. Por su lado, el voto minoritario [(63)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN63), invocando el derecho inglés y norteamericano y la opinión de Nicolás Matienzo expuesta años atrás en un dictamen como Procurador General de la Nación [(64)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN64), sostuvo que los juicios arbitrales implicaban un apartamiento de la jurisdicción impuesta por el artículo 100 de la Constitución. Esta tendencia, minoritaria y ocasional en la Corte, había sido expresada ya en la Cámara Federal de la Capital [(65)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN65) con escaso respaldo doctrinario [(66)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN66), pero con el aval de la Academia Nacional de Derecho [(67)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN67). De todos modos, la lectura del dictamen de Matienzo -más allá de la verdad que puede encerrar- no permite descartar la validez jurídica del juicio de árbitros para sustituir a la jurisdicción federal cuando la Nación es parte. En todo caso sirve para alertar acerca de los inconvenientes para el Estado que el mismo puede tener cuando los árbitros no son confiables. Esta disidencia no se ha visto reflejada luego en fallos posteriores. Así por ejemplo en "Paino c. Gobierno Nacional"[(68)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN68), vemos un fallo unánime [(69)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN69), en el cual se ratificó la jurisprudencia antes citada, sin perjuicio de que en ese caso específico no fue admitida la demanda para constituir el tribunal arbitral pues ello no había sido previamente pactado [(70)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN70).

Algunos años más tarde, ya en la década de 1970, el Procurador Fiscal Oscar Freire Romero en la causa "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. S.A.R.G.O."[(71)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN71), suscitada motivo de la construcción del oleoducto y gasoducto de Campo Durán, analizó nuevamente el problema con más detenimiento, llegando a las siguientes conclusiones: (a) la prórroga de la jurisdicción federal a favor de un tribunal arbitral, en causas en que la Nación es parte, sólo puede ser dispuesta -dado el carácter privativo de la competencia establecida en el art. 2° de la ley 48- por una ley del Congreso; (b) si no se hubiera dictado dicha ley (específica) podrá comprometerse en árbitros cuando la prórroga esté permitida en términos genéricos (se entiende que por ley también) respecto de aquellos casos contemplados en los inc. 1 [(72)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN72) y 6 [(73)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN73) del art. 2 de la ley 48 [(74)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN74) y (c) el Congreso solamente puede establecer una prórroga a favor de tribunales arbitrales sobre la jurisdicción de los jueces federales inferiores, pues ésta nace de la ley, pero no puede hacerlo respecto de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema, pues ésta es de rango constitucional. La tercera de estas conclusiones es de suma importancia, pues, de compartirse, constituiría un fundamento importante para objetar la constitucionalidad de los arbitrajes en los que actualmente la República Argentina es parte ante el CIADI. La Corte, sin embargo, no se expidió sobre estos aspectos pues entendió directamente que el laudo era nulo [(75)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN75).

**b. Legislación nacional**

En el terreno legislativo -yendo en forma cronológica- ya vimos que las leyes sancionadas durante la época de mayor expansión económica de nuestro país, favorecieron el arbitraje. Sin embargo con la crisis económica de principios de la década de 1930 y el intervencionismo estatal que le sucedió, la situación varió notablemente y en lo que al arbitraje se refiere ello tiene una primera manifestación en el Decreto del 15 de diciembre de 1933 [(76)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN76) que prohibió a la Administración Pública incorporar cláusulas arbitrales en los contratos que ella celebrara [(77)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN77). Este Decreto incluso, fue seguido de un proyecto de ley -no sancionado- enviado por el Poder Ejecutivo, por medio del cual se declaraban nulas las cláusulas arbitrales insertadas en contratos celebrados por la Administración [(78)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN78). También fue eliminado el arbitraje como medio de solución de conflictos en los contratos de obras públicas con la sanción en 1947 de la ley 13.064 (art. 55) (Adla, VII-404) [(79)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN79).

Dentro de esta tendencia legislativa, la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, elaborada en 1967, impidió la prórroga de la jurisdicción de los tribunales nacionales. La tesis del Poder Ejecutivo de 1933 parecía triunfar ahora dentro del campo de la legislación general. Así, el artículo 1° del (entonces) nuevo Código comenzaba con una rígida prohibición de prorrogar la jurisdicción, que se extendía incluso a los juicios de árbitros. Esta disposición, muy criticada en su momento [(80)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN80), fue reformada en 1981 [(81)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN81) incorporándose la versión actualmente vigente [(82)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN82). Se mantuvo entonces la regla general sobre improrrogabilidad, pero morigerada con algunas excepciones. Fue permitida, la prórroga de la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, cuando mediara conformidad de partes. Asimismo, en asuntos de índole internacional, se admitió la prórroga a favor de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en dos supuestos: (a) cuando los tribunales argentinos tengan jurisdicción exclusiva y (b) cuando la prórroga esté prohibida por ley. De tal forma, de acuerdo con nuestra legislación general vigente, un asunto internacional de naturaleza patrimonial puede ser ventilado en un arbitraje internacional salvo que se den alguno de los dos supuestos arriba mencionados.

Poco después de la reforma procesal de 1967 (antes aún de que se sancionara la ley de 1981 arriba mencionada) una modificación a la Ley Complementaria de Presupuesto [(83)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN83), facultó al Poder Ejecutivo para someter controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, a tribunales arbítrales o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya [(84)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN84).

En 1992, la ley 23.982 de consolidación de pasivos estatales [(85)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN85), dispuso en su art. 18, párr. 2° que: "El Poder Ejecutivo Nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el asesoramiento previo del servicio jurídico permanente, podrán someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares en sede administrativa o judicial, cuando los asuntos revistan significativa trascendencia o sea ello conveniente para los intereses del Estado. En el compromiso arbitral se pactarán las costas por su orden y se renunciará a todo recurso con excepción del previsto por el art. 14 de la ley 48. Los medios para la cancelación de las obligaciones dinerarias emergentes del laudo serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias específicas. El Poder Ejecutivo Nacional reglamentará lo relativo a transacción y arbitraje a los fines de esta ley".

Finalmente, en la versión vigente de la ley complementaria permanente de presupuesto [(86)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN86), su art. 16 establece: "Cuando convenga facilitar la movilización de capitales en el mercado interior o exterior, con el fin de establecer o ampliar servicios públicos o actividades que directa o indirectamente estén vinculadas a los servicios de ese carácter, mediante obras o explotaciones legalmente autorizadas, o realizar inversiones fundamentales para el desarrollo económico del país, declaradas de interés nacional por ley o por el Poder Ejecutivo Nacional, queda éste facultado para contratar préstamos con organismos internacionales económico-financieros a los que pertenezca como miembro la República Argentina, siempre que se ajusten a términos y condiciones usuales, y a las estipulaciones de los respectivos convenios básicos y reglamentaciones sobre préstamos. 'El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado para someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya'" (agrego la comilla simple).

**III. La cuestión en los tratados bilaterales de protección de las inversiones**

a. Antecedentes

Una modalidad surgida luego de la Segunda Guerra Mundial, hoy día muy extendida, es que los estados celebren acuerdos bilaterales por medio de los cuales se comprometen, recíprocamente, a proteger las inversiones realizadas por los nacionales de ambos países dentro de sus respectivos territorios. Es evidente que estos Bilateral Investment Treaties (BITs) que en nuestro derecho podrían ser designados como TBI (Tratados Bilaterales de Inversiones) constituyen un notable avance hacia la juridicidad internacional [(87)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN87), lo que ha permitido su crecimiento constante. Históricamente, el primero de estos acuerdos fue celebrado en 1959 entre Alemania y Pakistán y hoy día superan el millar. De ellos, más de 800 fueron celebrados desde 1987 [(88)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN88).

Dado que la literatura jurídica acerca de estos acuerdos es abundante [(89)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN89) y en la Argentina ha crecido en los últimos años [(90)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN90), me eximo de hacer un análisis detenido de ellos el cual, por lo demás, excedería el propósito de este trabajo enfocado en la cuestión arbitral. Señalo solamente que estos tratados -al menos teóricamente- ofrecen ventajas recíprocas en la medida en que favorecen a las naciones exportadoras de capital para la expansión comercial de sus nacionales y benefician también a los países aquejados por la inseguridad jurídica al permitirles atraer inversiones. Todos los acuerdos, sin perjuicio de sus diferencias específicas, responden a un formato general que contempla las siguientes cláusulas: (a) nación más favorecida; (b) protección integral de las inversiones de los nacionales del Estado co-contratante; (c) estabilidad de la legislación y (d) prórroga jurisdiccional [(91)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN91).

b. La solución de controversias. El CIADI

Para la administración y aplicación global de estos convenios fue creado en 1966 el Centro Internacional de Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) -una organización internacional que se autodefine como autónoma, si bien reconoce estar fuertemente ligada al Banco Mundial [(92)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN92)- creado por medio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados [(93)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN93), que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y hoy día ha sido suscripto por 154 países [(94)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN94). Su misión, tal como establece el Convenio, es "facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje".

Sin perjuicio de las reglas específicas sobre conciliación y arbitraje, el Convenio regula también estas dos materias. En lo que al arbitraje se refiere, prevé lo atinente a la solicitud de arbitraje, la constitución, funciones y facultades del Tribunal, el laudo, su aclaración, revisión, anulación, reconocimiento y ejecución. Dispone así, que el laudo será obligatorio y no podrá ser objeto de apelación ni otro recurso, salvo los casos previstos en el Convenio. Las partes deberán aca-tarlo y cumplirlo en todos sus términos y el Estado Contratante deberá reconocerlo y ejecutarlo dentro de su territorio como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (art. 53 y 54). Todo ello, de todos modos, no puede interpretarse como derogatorio de la legislación sobre la inmunidad de ejecución de los estados contratantes, que esté vigente en ellos (art. 55).

c. El caso en la Argentina

Luego de una prolongada reclusión comercial, la Argentina decidió volver a importar capitales en la década de 1990. Dados nuestros altos estándares de inseguridad jurídica, se emplearon varios métodos para atraer a los inversores. Uno de ellos fueron los TBI, que alcanzaron una cantidad extravagante. A lo largo de diez años -desde 1992 cuando fue aprobado el primer acuerdo [(95)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN95) hasta 2002 cuando se aprobaron los últimos [(96)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN96)- la Argentina celebró aproximadamente 55 tratados, lo que seguramente constituye un récord en la región, pues significa haber firmado acuerdos con -aproximadamente- una tercera parte de los países del planeta. Asimismo, dentro de esta tendencia, en 1994 nuestro país pasó a formar parte del CIADI al aprobar el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones por medio de la ley 24.353 (Adla, LIV-C, 2861) [(97)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN97).

Veamos entonces cómo se ha producido en estos casos la prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales arbitrales y cuál es el régimen del laudo una vez que éste ha sido dictado. En primer lugar recordemos que el Convenio CIADI establece "el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio" (art. 26). Como vemos esta norma tiene dos reglas: (a) el arbitraje del CIADI excluye otras vías, pero (b) se admite que los Estados contratantes se reserven el derecho de exigir el agotamiento previo de sus vías procesales internas. A su vez, el Convenio establece la irrecurribilidad del laudo y la obligación de las partes contratantes de hacerlo ejecutar dentro de sus respectivos territorios [(98)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN98).

Ello marca las dos tendencias -bastante definidas- que se observan en los TBI celebrados por la Argentina. Por un lado tenemos, en un grupo mayoritario, aquellos tratados en los cuales se prorroga la competencia de los tribunales federales a favor de un tribunal arbitral con exclusión de cualquier otra jurisdicción, sin exigencia de agotar previamente las instancias administrativas o judiciales locales [(99)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN99). Es el caso, por ejemplo, del tratado celebrado con los Estados Unidos [(100)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN100), cuyo ar-tículo VII establece que cuando se suscite una "controversia en materia de inversión" la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someterla -entre otros [(101)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN101)- al arbitraje del CIADI, cuyo laudo será definitivo y obligatorio para las partes. Tenemos entonces que bajo este tratado y en aquellos que siguen este mismo modelo: (i) no es necesario agotar la vía administrativa o judicial; (ii) la jurisdicción arbitral elegida excluye cualquier otra vía y (iii) el laudo no es recurrible. En iguales condiciones fue suscripto el tratado con Francia [(102)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN102).

El otro grupo de tratados exige, en cambio, la iniciación previa del proceso ante los tribunales del país en el cual se realizó la inversión y recién transcurridos dieciocho meses de iniciados estos procesos, sin haberse obtenido sentencia, puede promoverse el juicio arbitral. Tal es el caso de los celebrados, por ejemplo, con Alemania [(103)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN103), Canadá [(104)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN104), España [(105)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN105), Italia [(106)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN106), o el Reino Unido [(107)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN107). Incluso en algunos tratados -Alemania por ejemplo- el plazo es mayor aun pues, antes de someter la controversia ante los tribunales del país que ha recibido la inversión, aquélla debe haber sido planteada en forma administrativa y deben haber transcurrido seis meses desde ese momento, lo que supone una espera de veinticuatro meses hasta que la controversia sea sometida a un tribunal arbitral.

d**. La situación actual. Posición asumida por la Procuración del tesoro de la Nación**

Desde el año 2001 en adelante, cuando se agudizó la crisis de la economía argentina, las demandas arbitrales ante el CIADI comenzaron a crecer en forma exponencial a tal punto que de los 78 casos pendientes registrados, 29 corresponden a demandas en contra de nuestro país [(108)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN108). En otras palabras, la Argentina está demandada en aproximadamente el 40% de los procesos que allí se desarrollan.

Con tal motivo, la Procuración del Tesoro de la Nación adoptó una línea defensiva, expuesta doctrinariamente por el ex titular del organismo asesor [(109)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN109), consistente en que el sistema arbitral previsto en los TBI se halla en pugna con la Constitución, en particular con su art. 27 y con ciertos principios del derecho público argentino que esta norma protege (i.e. forma representativa, republicana y federal; principio de juridicidad y de reserva; principio de igualdad; carácter no absoluto de los derechos y pauta de razonabilidad para su reglamentación) [(110)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN110) en la medida en que establecen un "mecanismo hermético"[(111)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN111) que impide a los tribunales argentinos controlar su constitucionalidad en "algún momento", ya sea antes o después de ser aplicado el TBI por el tribunal arbitral que corresponda [(112)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN112).

**IV. La cuestión en el derecho constitucional de los Estados Unidos**

a. Planteo

Antes de emitir mi opinión sobre el tema que vengo desarrollando, quisiera consultar lo que dice el derecho de los Estados Unidos, pues en materia de instituciones judiciales la Constitución norteamericana ha sido fuente directa de la nuestra. También lo fue, en su momento, la Judiciary Act de 1789 (primera ley de organización de la justicia federal) al punto que secciones enteras de ella fueron incorporadas en nuestra ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) [(113)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN113). Veamos entonces cómo resuelven allí la posibilidad de que el gobierno federal sea sometido a un arbitraje obligatorio. La cuestión tiene además un interés adicional, pues en los Estados Unidos continúa vigente, al menos como regla, el principio de la inmunidad soberana (sovereign immunity) que impide demandar al gobierno federal sin venia previa [(114)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN114), el cual en materia de demandas contra los estados posee además rango constitucional expreso, pues está contenido en la Enmienda XI [(115)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN115).

Para simplificar totalmente la cuestión podría decirse que en los Estados Unidos no está prohibido someter al gobierno federal a un arbitraje internacional en la medida en que se han celebrado numerosos TBI que así lo prevén. Según informa el sitio del CIADI, los Estados Unidos han firmado 37 acuerdos allí registrados, incluyendo el que fue suscripto con la Argentina en 1991, entrado en vigor el 20 de octubre de 1994. Pues bien, tratándose de acuerdos de protección recíproca de las inversiones, si cualquiera de los países signatarios de esos acuerdos -por hipótesis- llegara a invertir en los Estados Unidos y sus derechos se vieran frustrados por un obrar ilegítimo del gobierno, tendrían la posibilidad de demandar a los Estados Unidos ante el CIADI. Parecería entonces que no existe allí una objeción constitucional similar a la que ha sido levantada en la Argentina.

b. La opinión del Departamento de Justicia

Si esta simple comprobación no resultara suficientemente convincente (imaginemos por un momento que también en los Estados Unidos un alto funcionario ejecutivo objeta estos acuerdos) consultemos entonces la opinión emitida por los asesores del Departamento de Justicia sobre la posibilidad de someter al gobierno federal a un arbitraje obligatorio. Esta opinión, que puede ser tenida como la posición oficial del gobierno norteamericano sobre el asunto, está vertida en un memorando preparado en septiembre de 1995 por Walter Dellinger, entonces Assistant Attorney General [(116)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN116), para el Associate Attorney General [(117)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN117), donde como conclusión general no se ponen reparos constitucionales al arbitraje obligatorio en el cual sean parte los Estados Unidos [(118)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN118). Dicen textualmente estas conclusiones: "We reaffirm our conclusion that the Appointments Clause does not prohibit the federal government from submitting to binding arbitration. In addition, we do not view any other constitutional provision or doctrine as imposing a general prohibition against the federal government entering into binding arbitration. Nevertheless, we do recognize that the Constitution imposes substantial limits on the authority of the federal government to enter into binding arbitration in specific cases"[(119)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN119).

El memorando comienza con el análisis de la posición de los árbitros designados por el gobierno y sostiene, en primer lugar, que no son funcionarios públicos. Por ende no se les aplica la llamada Appointment Clause (Cláusula de Nombramientos), contenida en el Ar-tículo II, sección 2, cláusula 2 de la Constitución [(120)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN120). Se apoya para ello en jurisprudencia de la Corte Suprema [(121)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN121). Dice luego que la Cláusula de Nombramientos tampoco prohíbe delegar en particulares (árbitros, por ejemplo) funciones que corresponde a los jueces u otros funcionarios designados por el Presidente de acuerdo con aquélla. Refuta enseguida la opinión de quienes han encontrado en la llamada Take Care Clause un obstáculo para que el gobierno federal sea sometido a un arbitraje obligatorio. Bajo esta disposición el Presidente debe cuidar de que toda la Administración obre debidamente [(122)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN122) de modo que si una cuestión puede ser resuelta fuera de la Administración el Presidente no ejercería este control. Con apoyo en el caso "Kendall v. United States"[(123)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN123), en donde la Corte sostuvo la constitucionalidad de una que ley había encomendado al Departamento del Tesoro actuar como árbitro en una disputa entre el gobierno y unos contratistas, el memorando entiende que el Presidente no puede oponerse a la aplicación de una ley por medio de la cual el Congreso ha levantado la barrera de la inmunidad soberana para que los Estados Unidos sean parte en un arbitraje obligatorio.

Probablemente el punto de mayor interés aparece cuando el memorando se ocupa de los problemas que podrían surgir del Artículo III de la Constitución, relativo a la organización de la Corte Suprema y los tribunales federales. Se discute aquí si el Congreso puede prorrogar la jurisdicción federal a favor de tribunales o cuerpos que no integren el Poder Judicial. El memorando analiza la cuestión desde el punto de vista del arbitraje obligatorio impuesto por ley de cara a: (i) la separación de poderes y (ii) los derechos individuales.

En relación con la separación de poderes, nuevamente con fundamento en la jurisprudencia de la Corte [(124)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN124), menciona tres factores que deben ser examinados conjuntamente en orden a determinar si una adjudication (resolución de un caso individual) puede darse fuera de los tribunales previstos en el Artículo III, tal el caso de un arbitraje. Ellos son: (a) el alcance o medida en que los atributos esenciales del poder judicial están reservados a los tribunales federales y el alcance o medida en que órganos fuera de aquéllos pueden ejercitar el poder que la Constitución les concede; (b) el origen e importancia del derecho que está en juego y (c) las razones que impulsan al Congreso a prorrogar la jurisdicción federal. En cuanto a lo primero, la Corte en el caso Thomas [(125)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN125) sostuvo que una revisión judicial del arbitraje limitada a los casos de fraude, inconducta o tergiversación de los hechos (fraud, misconduct, misrepresentation) por parte de los árbitros era válida. En segundo lugar, el problema de la importancia del derecho posee una regla clara, pero no absoluta. Las cuestiones constitucionales, en última instancia, son de competencia de los tribunales federales, no obstante el memorando admite que un árbitro podría decidirlas en primera instancia [(126)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN126). Por el contrario, no hay inconveniente en que sean decididas por árbitros cuestiones con fundamento legal. El tercero de los factores indicados intenta determinar si con la creación de otros foros de "adjudicación" fuera del Artículo III, el Congreso intenta crear una especie de judicatura paralela que pueda enervar o desvirtuar a los tribunales federales.

En relación con los derechos individuales, el memorando sostiene que cuando el Congreso sanciona una ley por medio de la cual el gobierno debe ser sometido a un arbitraje obligatorio ésta actúa como una dispensa (waiver) de la inmunidad soberana y del derecho que los Estados Unidos tienen a litigar ante un tribunal federal.

Por último el memorando analiza si el gobierno federal puede someterse a un arbitraje obligatorio sin que una ley se lo imponga y concluye que ello no está prohibido por la Constitución en la medida en que se respeten los límites antes analizados [(127)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN127). Tampoco se opone a ello la Cláusula del Debido Proceso de la Enmienda V [(128)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN128).

**V. Conclusiones**

En 1943, al comentar el caso Simonini [(129)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN129), Alberto G. Spota decía que la discusión en torno a la validez constitucional de la prórroga de la jurisdicción federal a favor de tribunales arbitrales, era una vexata quaestio [(130)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN130). Han pasado más de sesenta años desde entonces y todavía seguimos discutiendo el problema. Es indudable que en la Argentina conviven dos tendencias opuestas, la que favorece el arbitraje y la que se le opone y cada tanto una y otra reverdecen con cierta intensidad.

Ahora es el turno de la segunda que está encarnada en la novedosa posición asumida por la Procuración del Tesoro de la Nación en torno a la inconstitucionalidad de los TBI. Hasta el momento ni la jurisprudencia de la Corte Suprema ni la legislación vigente habían exigido que los procesos arbitrales en los cuales es parte el Estado Nacional deban permitir como exigencia de orden constitucional que un tribunal argentino tenga la oportunidad procesal de controlar la constitucionalidad de las normas que establecen dicho arbitraje. Ciertamente la opinión que más se aproximó a la desarrollada actualmente por el órgano asesor del Poder Ejecutivo fue la que en su momento propició la Procuración General de la Nación en el caso Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. S.A.R.G.O. [(131)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN131).

De la serie jurisprudencial citada en el punto II, surge que la Corte nunca se opuso a que el Estado Nacional, en un conflicto con un particular, prorrogara la jurisdicción federal a favor del juicio de árbitros. No obstante, los casos disminuyen a partir de 1950, como consecuencia de la tendencia antiarbitralista que se manifiesta con el intervencionismo estatal en la economía. Sin perjuicio de ello, los requisitos impuestos hasta ese momento eran dos: (a) las cuestiones sometidas al arbitraje no debían afectar al Estado como poder público ni comprometer sus atribuciones soberanas y (b) el compromiso arbitral debía surgir de una ley o estar aprobado por ella. Si bien la teoría de la doble personalidad del Estado -reflejada en esos casos- hoy ha desaparecido, ello no es óbice para sostener que en casos patrimoniales, donde no se discuten atribuciones soberanas del Estado, esa jurisprudencia sobrevive.

En el orden legislativo, salvo la prohibición general establecida con la reforma procesal de 1967, la solución también ha sido favorable a la prórroga jurisdiccional y en 1981 fue admitida, como regla, en asuntos exclusivamente patrimoniales, cuando mediara conformidad de partes. En casos internacionales, está prohibida en dos supuestos: (a) cuando los tribunales argentinos tengan jurisdicción exclusiva y (b) cuando la prórroga esté prohibida por ley. Así, como regla, nuestra legislación general permite que un asunto internacional de naturaleza patrimonial puede ser ventilado en un arbitraje internacional. En coincidencia con este criterio, normas particulares, pero de vasto alcance, como la Ley Permanente Complementaria de Presupuesto o la Ley de Consolidación de Pasivos Estatales, también lo contemplan como medio de solución de controversias, sin exigir que el caso sea revisado luego en las instancias nacionales.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte en materia de revisión de los laudos arbitrales ha sido en general restrictiva. Solamente se ha permitido que éstos puedan ser revisados a través de la acción de nulidad que prevé el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El recurso extraordinario no ha sido una vía útil a esos efectos y la Corte en general ha sido constante en este terreno [(132)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN132), donde ni siquiera los votos en minoría suscriptos en el caso "Meller"[(133)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN133) constituyen una excepción cabal a este principio, en la medida en que entendieron que el recurso extraordinario resultaba procedente precisamente porque el Tribunal Arbitral de Obras Públicas no se comportaba a los efectos del Estado co-mo una jurisdicción arbitral.

Menos aún puede ser computado como un apartamiento de ello lo decidido, más recientemente, en Cartellone [(134)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN134), ya que el caso llegó a la Corte como consecuencia de un recurso ordinario planteado en una acción judicial de nulidad bajo lo dispuesto en el Código Procesal. Asimismo, si bien este último refleja una posición limitativa del arbitraje [(135)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN135), paralelamente no facilita demasiado la revisión judicial del laudo. En materia de arbitraje de derecho los recursos judiciales quedan restringidos a lo que las partes hayan convenido [(136)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN136), en tanto que el de amigables componedores es irrecurrible y solamente puede ser objeto de una acción de nulidad que es procedente tan sólo en dos casos muy precisos, y que además debe ser entablada en un plazo brevísimo [(137)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN137). Todo ello debe ser computado, en mi opinión, como el propósito de mantener la estabilidad de lo decidido en el arbitraje con una limitada injerencia de las instancias judiciales.

**Por todo ello, en lo personal, no estoy 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.** Por lo pronto hemos visto que en el sistema norteamericano -fuente directa del nuestro en este punto- la interpretación del artículo III no es rígida ni formal. Tampoco nuestro sistema de control constitucional está diseñado para que un tribunal ajeno al proceso examine la constitucionalidad de las normas en juego. Ello se da en los sistemas europeos de jurisdicción constitucional concentrada, pero no entre nosotros donde tal potestad está descentralizada en cada uno de los tribunales que resuelve el caso en particular según los hechos de cada uno de ellos. De modo tal que resulta extraño a nuestras instituciones que un juez argentino se pronuncie de antemano o luego del proceso arbitral sobre la constitucionalidad de las normas que regulan a éste último. Por lo demás, y ya en el orden de la conveniencia, ello daría por tierra con el espíritu de los TBI, que pretenden colocar en una jurisdicción internacional, fuera del país en el cual se llevó a cabo la inversión, la suerte del reclamo de los inversores.

Debemos preguntarnos también si a esta altura el gobierno argentino, bajo lo que establece la jurisprudencia de la Corte Suprema, tiene chance procesal de plantear la inconstitucionalidad de los TBI, ya sea fuera o dentro de la jurisdicción arbitral. Recientemente hemos visto al Tribunal, en el caso Cabrera [(138)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN138), aplicar con todo rigor la llamada doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico. Allí, como bien sabemos, fue rechazada la pretensión ejercida por un ahorrista de recobrar en dólares el monto depositado en el banco demandado. El fundamento del rechazo fue que el actor, antes de promover la demanda, había pesificado sus ahorros sin formular reserva alguna, lo que obstaba al planteo posterior de inconstitucionalidad de las normas del llamado "corralito". Le eran aplicables entonces las doctrinas de (a) la falta de legitimación para reclamar el control de constitucionalidad a quien se ha sometido voluntaria y previamente a un determinado régimen jurídico sin formular una reserva y (b) de los actos propios. No obró como atenuante que la propia Corte ya se había pronunciado declarando la inconstitucionalidad de tales normas [(139)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN139).

¿Cómo juegan estos principios en el caso del gobierno argentino, el cual luego de haber firmado docenas de TBI, ahora pretende impugnar su constitucionalidad? Si bien no es posible imaginar que diría la Corte en tal caso, es razonable suponer que también podrían serle oponibles las doctrinas mencionadas.

En síntesis, la posición de la Procuración del Tesoro es novedosa, pero cuenta en su contra con un cuerpo legal y jurisprudencial que no le es favorable. Tampoco contribuye a la atracción de inversiones, que sin dudas es una necesidad permanente [(140)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN140).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN1v) Se discute si el arbitraje es una jurisdicción equiparable a la que poseen los órganos judiciales. Si bien la Corte Suprema desde el siglo XIX les ha reconocido este carácter a los árbitros de derecho, Bruce c. De las Carreras, Fallos 22-371, 376 (1880), la cuestión en la doctrina se ha discutido largamente, bien que hoy la tendencia se inclina por admitir que el arbitraje es jurisdicción. Una amplia reseña de estas posiciones se encuentra en PALACIO, Lino E., "Arbitraje, Control de Constitucionalidad y Recurso Extraordinario", LA LEY, 2003-F, 1184.

[(2)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN2v) El arbitraje, como medio de resolver litigios entre particulares, ya era practicado en la Edad Media y prueba de ello es que Las Leyes de Partida lo regularon con bastante precisión. En el viejo Diccionario de Escriche, bajo la voz árbitro, puede encontrarse un análisis de las normas sobre arbitraje contenidas en la antigua legislación española. ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Garnier Hnos., París, 1903, ps. 208-214. En cuanto al arbitraje entre estados me remito a lo que dicen los autores citados en nota 19. Asimismo, una breve recorrida histórica puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., "El Arbitraje", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, Cap. III.

[(3)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN3v) Para mencionar solamente algunos de ellos, en Francia existen: la Association Française d'Arbitrage; la Chambre Arbitrale Maritime de Paris; la Cour d'Arbitrage Méditerranéenne; el Comité d'Arbitrage des Travaux Publics; el Centre Français d'Arbitrage de Réassurance et d'Assurance; el Institut d'Expertise et d'Arbitrage, etc. En España existen: la Corte Española de Arbitraje, con sede en Madrid, establecida en 1981; el Tribunal Arbitral de Barcelona (1989) y la Corte de Arbitraje de Sevilla (1989). En Italia, entre otros, están la Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano y la Camera Arbitrale del Piemonte. En el Reino Unido, solamente en Londres y para arbitrajes en commodities existen los siguientes centros: Grain and Feed Trade Association (GAFTA); Federation of Oils, Seeds &#38; Fats Association (FOSFA); Coffee Trade Federation Limited (CTF); Cocoa Association of London Limited (CAL); Sugar Trade Associations (SAOL &#38; RSA); London Rice Brokers' Association (LRBA) y London Metal Exchange (LME). En relación con Iberoamérica, la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, publicada en el Perú, brinda bastante información sobre los centros de arbitraje en cada país de la región. Asimismo, puede verse el trabajo de Oliver Armas y Thomas N. Pieper (del Estudio Thacher Proffitt &#38; Wood de New York) titulado The Growth of International Comercial Arbitration In Latin America. Véase este trabajo en: www.thacher.net/linkdocs/442news.pdf.

[(4)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN4v) La Federal Arbitration Act, fue sancionada el 12 de febrero de 1925 y está contenida en el Título 9 del United States Code. Fue codificada en 1947 y ha sido reformada en 1954, en 1970, en 1988 y en 1990.

[(5)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN5v) Ley de Arbitraje de 1992.

[(6)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN6v) Arbitration Act de 1996, precedida por las leyes de 1950, 1975 y 1979. Un análisis sobre esta ley de 1996, en español, puede verse en: BLACKABY, Nigel y SPINILLO, Alessandro, "La nueva legislación sobre arbitraje en Inglaterra", JA, Suplemento sobre Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, Noviembre de 1998, ps. 32-42.

[(7)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN7v) Ley 60/2003 de 23 de diciembre, que reemplazó a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre.

[(8)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN8v) Ley 9307 del 23 de septiembre de 1996. Acerca de esta ley véase: PUCCI, Adriana N., "El arbitraje: su visión desde la perspectiva brasileña", JA, Suplemento citado en nota 6, ps. 42-48.

[(9)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN9v) Ley de Arbitraje Comercial de 1998.

[(10)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN10v) Dec. 2279 de 1989.

[(11)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN11v) Entre ellos, el Código de Procedimientos, Libro IV, arts. 1442-1507.

[(12)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN12v) Código de Procedimiento Civil, Título VIII.

[(13)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN13v) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Libro VI.

[(14)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN14v) Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

[(15)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN15v) Tal como lo reconoce Gordillo cuando analiza el contexto de nuestra legislación sobre arbitraje, se observa en ella una reticencia al arbitraje que queda demostrada hasta en las piezas de legislación más recientes. Así por ejemplo el Código procesal Civil y Comercial de la Nación, que en su art. 737 prohíbe comprometer en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, Capítulo XVII, ps. 1-3, 6ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

[(16)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN16v) Estas disposiciones fueron eliminadas en la ley 13.064 de 1947 (Adla, VII-404) que impuso la jurisdicción en lo contencioso administrativo para todos los conflictos suscitados con la interpretación y aplicación de los contratos de obras públicas (art. 55).

[(17)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN17v) Véase: BIANCHI, Alberto B., "Competencia Originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 311 y siguientes.

[(18)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN18v) Fallos 24:62 (1882).

[(19)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN19v) Los expositores del Derecho Internacional Público generalmente aluden como remoto antecedente a los arbitrajes entre las antiguas ciudades griegas. Vid.: DIEZ DE VELASCO, Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, p. 805; PODESTÁ COSTA, Luis y RUDA, José María: "Derecho Internacional Público", 5ª ed., T.E.A., Buenos Aires, 1985, t. 2, p. 398; ROUSSEAU, Charles, "Derecho Internacional Público", versión española de Fernando Jiménez Artigues, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1966, p. 500; SORENSEN, Max y otros, "Manual de Derecho Internacional Público", Fondo de Cultura Económica, México, 1973, p. 635.

[(20)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN20v) SORENSEN, p. 636.

[(21)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN21v) Tratado suscripto en Buenos Aires el 7 de septiembre de 1889 (aprobado por ley 2646, vigente desde el 4 de noviembre de 1889) y Tratado suscripto en Río de Janeiro el 7 de septiembre de 1905 (aprobado por ley 6281, vigente desde el 5 de diciembre de 1908) (Adla, 1889-1919, 193; 757).

[(22)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN22v) Tratado suscripto en Buenos Aires el 3 de febrero de 1902, aprobado por ley 4090 vigente desde el 27 de enero de 1903 (Adla, 1889-1919, 542).

[(23)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN23v) Tratado suscripto en Santiago el 28 de mayo de 1902, aprobado por ley 4092, vigente desde el 22 de septiembre de 1902 (Adla, 1889-1919, 544).

[(24)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN24v) Tratado suscripto en Washington el 20 de enero de 1912, aprobado por ley 11.031, vigente desde el 1 de agosto de 1921 (Adla, 1920-1940, 33).

[(25)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN25v) Tratado suscripto en Caracas el 12 de julio de 1911, aprobado por ley 11.029 (Adla, 1920-1940, 31).

[(26)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN26v) Convenio de Arbitraje suscripto en Buenos Aires el 9 de julio de 1916, aprobado por ley 10.072, vigente desde el 18 de enero de 1917 (Adla, 1889-1919, 1023).

[(27)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN27v) Tratado suscripto en Buenos Aires el 3 de julio de 1914, aprobado por ley 10.073, vigente desde el 4 de octubre de 1916 (Adla, 1889-1919, 1024).

[(28)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN28v) Tratado suscripto en La Haya el 18 de septiembre de 1907, aprobado por ley 6334, vigente desde el 21 de mayo de 1910 Adla, 1889-1919, 767).

[(29)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN29v) Tratado suscripto en Asunción el 6 de noviembre de 1899, aprobado por ley 4045, vigente desde el 5 de junio de 1902 (Adla, 1889-1919, 529).

[(30)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN30v) Convenio de Arbitraje, suscripto en Londres el 31 de marzo de 1910.

[(31)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN31v) Tratado suscripto en Buenos Aires el 8 de junio de 1899, aprobado por ley 4044, vigentes desde el 18 de enero de 1902 (Adla, 1889 -1919, 528).

[(32)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN32v) Tratado suscripto en Caracas el 22 de julio de 1911, aprobado por ley 1030, vigentes desde el 24 de mayo de 1924 (Adla, 1852-1880, 1188).

[(33)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN33v) El art. 33.1 establece "Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección".

[(34)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN34v) Fue suscripto el 17 de diciembre de 1991, ratificado por la República Argentina por ley 24.102 y entró en vigor el 22 de abril de 1993.

[(35)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN35v) Suscripto el 18 de febrero de 2002, entró en vigor el 10 de febrero de 2004. Acerca de la aplicación de estos dos protocolos puede verse: SÁNCHEZ, Alberto, "Derecho de la Integración", Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, Cap. XI.

[(36)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN36v) Ley 23.619, B.O. 04/11/88 (Adla, XLVIII-D, 4230).

[(37)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN37v) Ley 24.322, B.O. 17/06/94 (Adla, LV-A, 292).

[(38)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN38v) Ley 22.921, B.O. 27/09/83 (Adla, XLIII-D, 3819).

[(39)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN39v) Este decreto creó una Comisión Arbitral y el dec. 2875/75 lo convirtió en Tribunal Arbitral (Adla, XXXV-D, 3644).

[(40)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN40v) Fue disuelto por el dec. 1349/91.

[(41)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN41v) Acerca del funcionamiento de este tribunal véase: MERTEHIKIAN, Eduardo, "El Tribunal Arbitral de Obras Públicas y la naturaleza de sus decisiones", LA LEY, 1994-D, 786; Idem: "La inviabilidad de la revisión judicial de los laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas", RAP, 250-29.

[(42)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN42v) "Meller Comunicaciones S.A. c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones", Fallos 325:2893 (2002).

[(43)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN43v) Fallos 325:2908.

[(44)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN44v) B.O. 05/12/72, reglamentada por el dec. 2481/93; B.O. 13/12/93 (Adla, LIV-A, 109).

[(45)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN45v) Obvio es decir, no obstante, que el Estado se sometió voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Arbitral de Obras Públicas cuando sancionó la legislación que lo creaba.

[(46)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN46v) Recordemos que en nuestro sistema no existen los jueces de equidad, típicos en el antiguo common law.

[(47)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN47v) Dicha norma establece asimismo cuatro excepciones, la más importante de las cuales es la cuarta, referida a las causas entabladas con un ciudadano extranjero o entre vecinos de distintas provincias.

[(48)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN48v) Recordemos que entre las características de más típicas de la jurisdicción federal están las de ser exclusiva y excluyente. ALSINA, Hugo, "La Justicia Federal", Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1931, ps. 31-40; PALACIO, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. II, p. 467, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

[(49)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN49v) Fallos 103:239 (1904).

[(50)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN50v) Fallos 103:253.

[(51)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN51v) Fallos 128:402 (1918).

[(52)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN52v) Fallos 129:243 (1919).

[(53)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN53v) Repitió aquí el concepto liminar que había sostenido en "Bruce c. De las Carreras", cit. en nota 1.

[(54)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN54v) Decía Matienzo en su dictamen del 30/04/19: "Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y la opinión pública y son legalmente responsables ante el Congreso. Sus fallos están rodeados de garantías de verdad y de imparcialidad y la Nación puede entregarles con confianza la solución de sus contiendas con el interés privado. Pero los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidades permanentes. Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi, ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas en casos y circunstancias diversas, como ocurre con los jueces. De ahí que, salvo raras excepciones, el árbitro no obra como juez sino como defensor del litigante que lo nombra, y de ahí que el tercero en discordia prefiere casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho a quien lo tiene. Así no es extraño que los laudos resulten, por lo general, arbitrarios, no sólo por su origen, sino por su contenido. Se explica que los particulares poco seguros de su derecho, pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del decoro del Poder Judicial de la Nación, que aparece apartado como inútil o ineficaz".

[(55)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN55v) Fallos 133:61 (1920).

[(56)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN56v) Véase el Considerando 6°.

[(57)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN57v) Fallos 146:373 (1926). La sentencia de primera instancia en este caso -que había hecho lugar a la demanda- fue suscripta por Clodomiro Zavalía, con interesantes argumentos sobre la creciente demandabilidad del estado "ante la necesidad de que los particulares no se vean trabados en la defensa de sus derechos", Fallos 146:378-379.

[(58)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN58v) Fallos 160:134 (1931).

[(59)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN59v) Fallos 160:137.

[(60)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN60v) Fallos 178:293 (1937).

[(61)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN61v) Fallos 194:155 (1942).

[(62)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN62v) Suscripto por los jueces Repetto, Sagarna y Linares.

[(63)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN63v) Suscripto por los jueces Nazar Anchorena y Ramos Mejía.

[(64)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN64v) Me refiero al caso "Fisco Nacional c. Cía. Dock Sud de Buenos Aires", citado en nota 52.

[(65)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN65v) "Unión Fabricantes de Tejidos de Yute de España c. Nación Argentina", 29/12/1932, JA, 40-366. De todos modos, en este caso se trataba de una prórroga de jurisdicción autorizada por decreto y no por ley.

[(66)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN66v) Zavalía comentó el fallo con una nota crítica. ZAVALÍA, Clodomiro, "La Nación y el Arbitraje", JA, 40-366. También expresaban en aquella época opiniones favorables a que el Estado Nacional fuera parte en un arbitraje Anastasi y Velar de Irigoyen. ANASTASI, Leónidas, "Validez de la jurisdicción de un tribunal extranjero", JA, 32-661; VELAR DE IRIGOYEN, Bernardo, "El Estado y la Cláusula Arbitral", LA LEY, 60-949. Bielsa, apoyó también estas mismas ideas en varios trabajos. Según su criterio, no se podía comprometer en árbitros el poder de imperio del estado o el poder de policía; pero sí en cambio era posible el arbitraje en cuestiones puramente patrimoniales que impliquen examen de hechos y que deban ser consideradas, no desde el punto de vista jurídico estricto sino para lograr un equilibrio económico compensador, sin declinar un derecho irrenunciable. BIELSA, Rafael, "La Administración Pública y el compromiso arbitral", JA, 45-22, sección doctrina; El arbitraje cuando el Estado es parte, JA, 59-365; "La Administración Pública y la decisión Arbitral", en "Estudios de Derecho Público", t. I (Derecho Administrativo), § 10, ps. 282-309. Una opinión similar expresaba Spota, al comentar el caso Simonini, diciendo que el Estado puede concertar una cláusula compromisoria dentro de los límites que rigen para todo particular y teniendo en cuenta por lo tanto, que esos límites son especialmente dilatados cuando se trata del poder público. SPOTA, Alberto G., "La cláusula compromisoria en el Derecho Administrativo", JA, 1943-I-603.

[(67)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN67v) En 1936 la Academia Nacional de Derecho consideró la cuestión y con disidencia de Bielsa, el despacho de la mayoría sostuvo: "No pueden ser sometidos a arbitraje los pleitos en que por ser parte la Nación o alguna provincia, corresponden a la jurisdicción federal según el artículo 100 de la Constitución". Citado por Spota en el trabajo mencionado en nota 66, p. 605, nota 5.

[(68)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN68v) Fallos 235:940, 944 (1956).

[(69)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN69v) Votaron los jueces Orgaz, Argañarás, Galli y Herrera.

[(70)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN70v) Se trataba de un caso de abordaje de un buque de propiedad del actor por parte de otra embarcación remolcada por una de propiedad del Gobierno Nacional. El actor requería que el monto de los daños y perjuicios ocasionados por el abordaje fuera determinado por un tribunal arbitral.

[(71)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN71v) Fallos 290:458 (1974).

[(72)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN72v) Los regidos por la Constitución y las leyes del Congreso y los tratados internacionales.

[(73)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN73v) Los asuntos en que sea parte la Nación o "un recaudador de sus rentas".

[(74)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN74v) Fallos 290:485.

[(75)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN75v) Fallos 290:497/498.

[(76)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN76v) Publicado en JA, 44, secc. Legislativa, p. 56.

[(77)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN77v) Esta norma establece "... en lo sucesivo las reparticiones nacionales no concertarán contratos con particulares en los cuales se estipule el juicio de árbitros o de amigables componedores para dirimir las divergencias que se susciten con motivo de la interpretación o ejecución de los mismos".

[(78)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN78v) El texto del proyecto figura en el trabajo de Bielsa publicado en "Estudios de Derecho Público", citado en nota 66, ps. 295-296.

[(79)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN79v) Esta norma fue extendida en 1972 para los proveedores del Estado, por medio del dec. 5720/72, inciso 85, reglamentario del art. 61 de la ley de contabilidad, el cual fue derogado por el dec. 436/2000.

[(80)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN80v) Véanse los autores citados por los comentaristas del Código Procesal, vg., FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado", 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, t. 1, § 7, p. 25, nota 66; FASSI, Santiago y YÁNEZ, César, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes", 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, t. 1, § 39, p. 26, nota 108.

[(81)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN81v) Ley 22.434, B.O. 26/03/81.

[(82)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN82v) El artículo 1° del CPCCN, dice "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable.

Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12, inc. 4, de la ley 48, exceptúase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por Ley".

Ha sido ratificada por la más reciente de las reformas introducida por la ley 25.488 (Adla, LXI-E, 5468), vigente desde el 22 de mayo de 2002.

[(83)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN83v) Ley 11.672, B.O. 11/01/33 (Adla, 1920-1940, 296).

[(84)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN84v) Así fue dispuesto por el art. 7° de la ley 20.548, (modificatorio a su vez del art. 48 de la ley 16.432) (Adla, XXXIII-D, 3657; XXI-A, 282) en estos términos "El Poder Ejecutivo queda asimismo facultado para prestar la garantía de la Nación, con carácter accesorio o principal, a obligaciones que con las finalidades y bajo los requisitos mencionados asuman entidades públicas o privadas, así como para someter eventualmente controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbítrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya".

[(85)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN85v) B.O. 23/08/91.

[(86)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN86v) Texto ordenado por dec. 689/99; B.O. 07/07/99 (Adla, LIX-C, 2765).

[(87)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN87v) Recordemos la cuestionable protección militar de sus intereses económicos que las grandes potencias ejercieron en el siglo XIX sobre países no desarrollados, actitud que en nuestro país generó las doctrinas que elaboraron primero Carlos Calvo y luego Luis María Drago acerca de la no intervención.

[(88)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN88v) Fuente: véase infra nota 94.

[(89)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN89v) El listado de artículos y libros que figuran en la bibliografía indicada en el sitio web del CIADI (ver nota 94) ocupa 26 páginas.

[(90)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN90v) Sin perjuicio de otros trabajos, véase: YMAZ VIDELA, Esteban M., "Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las Contrataciones Administrativas", La Ley, Buenos Aires, 1999; TAWIL, Guido Santiago, "Los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", LA LEY, 2000-D, 1106; ídem: "Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de los casos 'Vivendi', 'Wena' y 'Maffezini'", LA LEY, 2003-A, 914; GRONDONA, Mariano F., "El funcionamiento de los tratados de inversión", LA LEY, 2003-E, 1214; GUTIÉRREZ POSEE, Hortensia, "Acuerdos para la promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias", en: "Los Convenios Colectivos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones", Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación, 1993; LISDERO, Alfredo R. y HELBERT, Darío J., "La protección de las inversiones extranjeras en la Argentina - Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial", ED, 13 de junio de 2002, p. 1; PANELO, Santiago, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los tratados bilaterales de inversión", LA LEY, 2003-E, 1482; SACRISTÁN, Estela B., "Responsabilidad del estado en el marco de los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones en el derecho interno", en la obra colectiva "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, ps. 293-304.

[(91)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN91v) Para una explicación más detallada de estas cláusulas, me remito a los trabajos citados en la nota anterior.

[(92)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN92v) De hecho, su Consejo de Administración está presidido por el Presidente del Banco Mundial y todos los miembros del CIADI lo son también de aquél.

[(93)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN93v) Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.

[(94)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN94v) Toda la información de base sobre el ICSID (su historia, los textos de la Convención, las Reglas de Arbitraje, bibliografía, listado de casos, etc.) puede verse en www.worldbank.org/icsid.

[(95)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN95v) Suscripto con Alemania, aprobado por ley 24.098; B.O. 13/07/92 (Adla, LII-C, 2859).

[(96)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN96v) Uno de ellos fue el suscripto con la India, aprobado por ley 25.540; B.O. 15/01/2002 (Adla, LXII-A, 32).

[(97)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN97v) B.O. 02/09/94.

[(98)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN98v) En particular, el art. 53.1 establece que "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"; el art. 54.1 establece también que "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 tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado". No obstante el art. 55 aclara que "Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero".

[(99)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN99v) La nómina completa de estos acuerdos puede verse en GORDILLO, "Tratado ...", cit. en nota 15, T.2, Cap. XVIII, p. 14.

[(100)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN100v) Aprobado por ley 24.124, B.O. 25/09/92 (Adla, LII-D, 3864).

[(101)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN101v) De acuerdo con el art. VII.2: "En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución: a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo. 3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde l fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio: i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones ("el Centro"), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio CIADI") siempre que la Parte sea parte del Convenio; oii) del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a él; oiii) de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M I.); iv) de cualquier otra institución arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia".

[(102)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN102v) Art. 8, tratado aprobado por ley 24.100, B.O. 14/07/92 (Adla, LII-C, 2868).

[(103)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN103v) Art. 10; tratado aprobado por ley 24.098, B.O. 13/07/92 (Adla, LII-C, 2859).

[(104)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN104v) Artículo X; tratado aprobado por ley 24.125, B.O. 25/09/92 (Adla, LII-D, 3869).

[(105)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN105v) Artículo X; tratado aprobado por ley 24.118, B.O. 15/09/92 (Adla, LII-C, 2920).

[(106)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN106v) Artículo 8, tratado aprobado por ley 24.122, B.O. 25/09/92 (Adla, LII-D, 3855).

[(107)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN107v) Artículo 8; tratado aprobado por ley 24.184, B.O. 01/12/92 (Adla, LII-D, 4061).

[(108)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN108v) Los datos corresponden al mes de julio de 2004.

[(109)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN109v) ROSATTI, Horacio Daniel, "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1283-1296.

[(110)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN110v) Idem, esp. p. 1294.

[(111)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN111v) Idem nota anterior.

[(112)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN112v) Asimismo los Fiscales de Estado y Asesores de Gobierno, con competencia para ejercer la representación y patrocinio de sus respectivas provincias, fueron invitados a participar y colaborar en el diseño de una estrategia de defensa de la República Argentina en los arbitrajes internacionales en los que es demandada por causas originadas en inversiones concretadas en las provincias. Res. 61/2003; B.O. 12/09/2003.

[(113)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN113v) Tal por ejemplo la Sección 25 que contemplaba el writ of error, el cual en su versión nacional se convirtió en el recurso extraordinario legislado en los arts. 14, 15 y 16.

[(114)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN114v) El art. III, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos dice que el Poder Judicial será competente para entender "en todos los casos en derecho y equidad que emerjan de esta Constitución" y más especialmente aclara en las "controversias en las que los Estados Unidos sean parte", sin efectuar distinción alguna acerca de si estos últimos actuarán como parte actora o demandada, lo que significa que la Constitución -al menos implícitamente- habría autorizado la comparecencia en juicio del gobierno federal norteamericano frente a una acción judicial iniciada contra él por un tercero. Del texto de la Constitución surge entonces -sin necesidad de efectuar una interpretación tortuosa- que la inmunidad soberana fue eliminada por los convencionales de Filadelfia. Pero del texto constitucional a la interpretación jurisprudencial ha habido en este terreno una brecha significativa, ya que tanto el gobierno federal como los gobiernos locales, han gozado y gozan todavía de una significativa inmunidad jurisdiccional. Lo curioso es que no existe una explicación jurídica acerca del por qué de la adopción del principio de la inmunidad soberana, lo que coloca la cuestión -ciertamente- en el campo exclusivo de la conveniencia política. En cuanto al Gobierno federal se refiere no hay dudas acerca de que el principio estaba firmemente adoptado para la época de la Guerra de la Guerra Civil y fue admitido en la jurisprudencia del siglo pasado como algo dado sin buscar demasiadas explicaciones para ello. Históricamente puede comprobarse que en "Cohens v. Virginia", 19 U.S. (6 Wheaton) 264, 412 (1821), John Marshall ya lo había establecido -bien que por vía de obiter dictum- criterio que luego repitió en forma más asertiva aún en "United States v. Clarke", 33 U.S. (8 Peters) 436, 444 (1834). Posteriormente fue admitido en numerosos casos sin que la cuestión mereciera ningún análisis "United States v. McLemore", 45 U.S. (4 Howard) 286 (1846); "Hill v. United States", 50 U.S. (9 Howard) 386, 389 (1850); "De Groot v. United States", 72 U.S. (5 Wallace) 419, 431 (1867); "United States v. Eckford", 73 U.S. (6 Wallace) 484, 488 (1868); The Siren, 74 U.S. (7 Wallace) 152, 154 (1869); "Nichols v. United States", 74 U.S. (7 Wallace) 122, 126 (1869); The Davis, 77 U.S. (10 Wallace) 15, 20 (1870); "Carr. v. United States", 98 U.S. 433, 437-439 (1879) y así lo admite claramente el voto del juez Miller en United States v. Lee, 106 U.S. 196, 207 (1882). Dice este voto: "mientras la excepción de los Estados Unidos ... de ser demandados en acciones ordinarias ante los tribunales ... ha sido repetidamente afirmado, nunca se ha discutido ni el principio ni las razones del mismo, pero siempre se lo ha considerado una doctrina establecida". Años más tarde el juez Holmes decía que el fundamento lógico y práctico de la indemandabilidad se encontraba en la imposibilidad de invocar derechos contra la autoridad que hace la ley y de la cual depende el derecho, "Kawananakoa v. Polyblank", 205 U.S. 349, 353 (1907), criterio que la Corte reprodujo en años posteriores, Western Maid, 257 U.S. 419, 433 (1922). Uno de los textos clásicos para el estudio de la inmunidad soberana es: JAFFE Louis: Suits Against Government and Officers: Sovereingn Immunity, Harvard Law Review, vol. 77, p. 1 (1963).

En síntesis, la inmunidad soberana del gobierno federal para estar en juicio existe todavía como regla general. No obstante se han sancionado varias leyes que han dispensado parcialmente dicha inmunidad. Ellas son: La Ley Tucker (Tucker Act) de 1887, que amplió la competencia de la Court of Claims tribunal ante el cual se formulan los reclamos pecuniarios contra los Estados Unidos; la Ley de Responsabilidad Aquiliana del Gobierno Federal (Federal Tort Claims Act) de 1946 y una ley sancionada en 1976 (90 Statutes at Large 2721), que: (a) eliminó el requisito del monto mínimo para demandar a los Estados Unidos; (b) eliminó el requisito de la inmunidad soberana en acciones de contenido no económico entabladas contra agencias del gobierno o funcionario federales y (c) permitió que los Estados Unidos fueran tenidos como demandado y que el fallo de condena se dictara en su contra.

[(115)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN115v) La enmienda XI dice: "The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State" (No se interpretará que el Poder Judicial de los Estados Unidos se extiende a ningún caso de derecho o equidad llevado adelante en contra de uno de los Estados Unidos, por ciudadanos de otros estados o por ciudadanos o súbditos de ningún Estado Extranjero).

[(116)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN116v) El Assistant Attorney General es el titular de la oficina de asesoramiento legal (Office of Legal Counsel) del Departamento de Justicia.

[(117)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN117v) El Associate Attorney General es un funcionario ubicado en la tercera línea jerárquica del Departamento de Justicia (posición que comparte con el Solicitor General, encargado de actuar ante la Corte Suprema). Su misión es elaborar e implementar las políticas del Departamento de Justicia.

[(118)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN118v) El memorando citado puede consultarse en el sitio del Departamento de Justicia www.usdoj.gov.

[(119)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN119v) "Reafirmamos nuestra conclusión de que la Cláusula de Nombramientos no prohíbe al gobierno federal someterse a un arbitraje obligatorio. Adicionalmente, no vemos ninguna otra disposición constitucional o doctrina que imponga al gobierno federal una prohibición para someterse a un arbitraje obligatorio. Sin embargo reconocemos que la Constitución impone límites sustanciales al gobierno federal para someterse al arbitraje obligatorio en casos específicos".

[(120)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN120v) Según esta cláusula: "The President shall ... appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law ..." (El Presidente ... nombrará Embajadores, otros ministros públicos y Cónsules, Jueces de la Corte Suprema y todos los otros funcionarios de los Estados Unidos cuyos nombramientos no estén especialmente previstos y que deban ser legalmente establecidos).

[(121)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN121v) "Auffmordt v. Hedden", 137 U.S. 310 (1890).

[(122)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN122v) La llamada take care clause aparece en el artículo II, sección 3: "... he [el Presidente] shall take care that the laws be faithfully executed ...". Esta cláusula obliga al Presidente a cuidar (take care) de que las leyes sean debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración.

[(123)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN123v) 37 U.S. (12 Peters) 524 (1838).

[(124)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN124v) En particular cita los casos Thomas v. Union Carbide Agricultural Products, 473 U.S. 568 (1985) y CFTC v. Schor, 478 U.S. 833 (1986).

[(125)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN125v) Citado en nota anterior. 473 U.S. en p. 592.

[(126)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN126v) Cita en su apoyo "Ruckelshaus v. Monsanto Co.", 467 U.S. 986 (1986).

[(127)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN127v) Transcribo el párrafo pues es ilustrativo: "Where there is no statute requiring parties to enter into binding arbitration, the parties may nevertheless agree to do so. The same may be said of the government when it is a party. Absent a statute to the contrary and assuming the availability of authority to effect any remedy that might result from the arbitration, we perceive no broad constitutional prohibition on the government entering into binding arbitration. Such arrangements, however, are still technically subject to scrutiny for conformity to the purposes underlying Article III. See Schor, 478 U.S. at 850-51 (separation of powers violation may occur even though parties have consented). It is difficult to see how the executive -litigating on behalf of the government- impermissibly undermines the role of the judicial branch by agreeing to resolve a particular dispute through binding arbitration. See Thomas, 473 U.S. at 591 (danger of encroachment is at a minimum where parties consent to arbitration)".

[(128)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN128v) Nuervamente transcribo el párrafo en el cual se formula esta afirmación "The Due Process Clause, U.S. Const. amend. V, does not prohibit the final resolution of claims, including claims involving the government, through binding arbitration. For instance, claims for reimbursement through Part B of the Medicare program, 42 U.S.C. § 1395j et seq., are subject to the final and unreviewable determination of a hearing officer who is hired by the insurance carrier with which the federal government contracts for administration of the program. "See United States v. Erika", 456 U.S. 201 (1982). The Supreme Court rejected the contention "that Due Process requires an additional administrative or judicial review by a Government rather than a carrier-appointed hearing officer". "Schweiker v. McClure", 456 U.S. 188, 198 (1982). The Due Process Clause does not establish bright-line requirements or prohibitions; rather, "Due Process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands". "Morrissey v. Brewer", 408 U.S. 471, 481 (1972)".

[(129)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN129v) Citado en nota 61.

[(130)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN130v) Trabajo citado en nota 66, en p. 607.

[(131)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN131v) Citada en nota 71.

[(132)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN132v) Desde sus primeros fallos la Corte ha sostenido que los tribunales arbitrales libremente pactados por las partes, no constituyen el "tribunal de justicia" requerido para abrir la vía extraordinaria. "Patrón de la Goleta 'Nueva Angelita' c. Capitán del 'Iron King'", Fallos 4:291 (1867); "Muzlera de Machado c. Sucesión de Juan B. Iturraspe", Fallos 118:247 (1913); "Martín y Cía. Ltda. c. Erazo", Fallos 208:497 (1947); "Vicri Fábrica de Vidrios Planos S.R.L.", Fallos 241-203 (1958); "Genisetto de Giacomone c. Giacomone", Fallos 250:408 (1961); "Pedraza c. Pedraza de Molina", Fallos 255:13 (1963); "Capdevielle Kay y Cía. S.A. c. Bunge y Born Ltda. S.A.", Fallos 259:145 (1964); "De Caro c. R.J.R. Caputo S.A.", Fallos 274:323 (1969); "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Propietarios del Buque Sea Urchin", Fallos 281:289 (1971); "Icer S.A. c. Molinos Florencia S.A.", Fallos 296:230 (1976). Se ha admitido el recurso extraordinario en cambio en los casos de jurisdicción arbitral obligatoria. "Cantiello c. Copet", Fallos 277:442 (1970).

[(133)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN133v) Citado en nota 42.

[(134)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN134v) "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidronor S.A.", 01/06/2004, J. 87. XXXVII.

[(135)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN135v) Recordemos que el art. 737 lo asimila erróneamente a una transacción al prohibir que se comprometan en árbitros las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

[(136)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN136v) CPCCN, art. 758.

[(137)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN137v) CPCCN, art. 771.

[(138)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN138v) "Cabrera c. Poder Ejecutivo Nacional", 13/07/2004; C. 124. XL, LA LEY, Sup. Especial, julio/2004, p. 17; 2004/08/03, p. 4; 2004/08/25, p. 3; DJ, 2004-2-879; IMP, Rev. 15/2004, p. 213; LLP, agosto/2004, p. 827.

[(139)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN139v) Provincia de San Luis c. Estado Nacional, Fallos 326:417 (2003), LA LEY, 2003-B, 537; 2003-C, 38; 228; 2003-E, 472; Sup. Especial, marzo/2003, p. 4; Sup. E. Tutela Const. de los Dep. Banc., abril/2003, p. 59; DJ, 2003-1-96; RDM, Rev. 2/2003, p. 96; RU, Rev. 2/2003, p. 25.

[(140)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181500000139269a0c40dbbfb6f4&docguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&hitguid=i83F7A5A0A03B11D995040050DA6B1089&spos=2&epos=2&td=2&ao=&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN140v) Tal como ha señalado Cassagne, "... fuera de otros vicios que anidan tanto en gobernantes de turno como en la sociedad misma, el sistema legal argentino ha transitado en los tres períodos constitucionales que siguieron al advenimiento de la democracia, en un estado de emergencia permanente que ha terminado por minar las bases en que se apoyaban las instituciones generando una inseguridad jurídica mayúscula. Lo increíble de todo esto es que pese a ese status irregular hayamos podido atraer importantes inversiones privadas que ahora enfrentan el dilema de subsistir o retirarse del escenario en que actúan". CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Contratos Públicos y la Reciente Ley de Emergencia", Revista de Derecho Administrativo, Lexis-Nexis (Depalma), Buenos Aires, N° 39, marzo de 2002, ps. 131-140, esp. ps. 131-132.

Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino

Rosatti, Horacio D.

Publicado en: LA LEY 2003-F , 1283  • Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo I , 771

Sumario: SUMARIO: I. Descripción del tema. - II. TBIs: Naturaleza jurídica y control constitucional. - III. Los casos tradicionales de admisión de jurisdicción foránea y el control local de constitucionalidad. - IV. La incidencia de cierta conjunción TBI + CIADI en materia de control de constitucionalidad. - V. Conclusiones.

Voces

**Voces:** TRATADO INTERNACIONAL - PROYECTO DE INVERSION - ARBITRAJE INTERNACIONAL - CONSTITUCION NACIONAL - CONSTITUCIONALIDAD

[**Cerrar**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append)

**I. Descripción del tema**

A. Introducción

A partir de 1990 y hasta el año 2000 inclusive la República Argentina suscribió con distintos países diversos tratados de promoción y protección recíproca de inversiones.

El objetivo de estos tratados bilaterales de inversión (en adelante TBI o TBIs, en singular o en plural, según sea el caso) consistió genéricamente -conforme a lo que se dice en sus Preámbulos- en 'promover una mayor cooperación económica entre los países contratantes' para lograr 'el desarrollo económico de los países' y 'el incremento de la prosperidad de los pueblos' y, específicamente, en 'estimular la iniciativa económica privada' y 'el flujo de capitales privados', como así también 'mantener un marco estable para las inversiones y un trato justo y equitativo a las inversiones' [(1)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN1)

Los TBIs, aprobados por la Argentina mediante leyes del Congreso, prevén en su articulado mecanismos de solución de controversias en materia de 'inversión' por medio de arbitrajes internacionales, ya sea a través de tribunales ad hoc o mediante tribunales constituidos bajo reglas específicas [(2)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN2) Distintas cláusulas de los TBIs y de los tribunales de arbitraje constituidos bajo reglas específicas contienen variadas restricciones al ejercicio de la jurisdicción nacional en materia de control judicial.

Describiremos sumariamente estas cláusulas y luego, a partir del análisis de la naturaleza jurídica de los TBIs según el derecho público interno, habremos de ponderar la congruencia de tales disposiciones en el marco supra-legal nacional argentino.

B. Las cláusulas restrictivas al ejercicio de la jurisdicción nacional en materia de inversiones extranjeras

a. Las cláusulas en los TBIs

El texto de los distintos TBIs celebrados por la República Argentina [(3)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN3) responde a un patrón común, sin perjuicio de ciertas variaciones atribuibles prima facie a los avatares de la negociación previa a la concreción de los convenios y/o al peso de la costumbre jurídica del país co-contratante.

Seguidamente -a modo de muestreo representativo- describiremos los aspectos más relevantes vinculados con las cláusulas restrictivas al ejercicio de la jurisdicción nacional observables en los TBIs celebrados con el Reino de España, la República Francesa, el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de Norteamérica y la República Federal de Alemania, que fueran oportunamente aprobados por leyes del Congreso Nacional.

\* TBI con el Reino de España

a) Si hay controversia y no puede ser dirimida dentro de los seis (6) meses contados desde que la misma se haya promovido será sometida a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión (artículo X, 2);

b) El arbitraje como método de resolución de la controversia se torna inexorable:

bl) si no hay decisión de fondo en los tribunales de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión luego de dieciocho (18) meses contados a partir de la iniciación del proceso o cuando tal decisión exista pero la controversia subsista (art. X, 3, a); o,

b2) cuando ambas partes de la controversia así lo hayan convenido (art. X, 3, b);

c) La controversia será resuelta por el arbitraje del CIADI o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI) (art. X, 4);

d) La sentencia arbitral será obligatoria y cada parte contratante la ejecutará de acuerdo con su legislación (art. X, 6).

\* TBI con la República Francesa

a) Si hay controversia y no puede ser dirimida dentro de los seis (6) meses contados desde el momento en que la misma ha sido planteada la cuestión será sometida, a pedido del inversor, o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante implicada en la controversia, o bien al arbitraje internacional (art. 8,2);

b) Una vez que el inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva (art. 8,2);

c) En caso de opción por el arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor, al CIADI (cuando el Estado parte haya adherido al Convenio que lo crea) o a un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de CNUDMI (art. 8,3);

d) El órgano arbitral decidirá en base al TBI, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia -incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia (art. 8,4);

e) Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia (art. 8,5).

\* TBI con el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

a) El mecanismo de activación de la resolución de controversias no requiere de un plazo específico desde que la disputa se haya declarado (art. 8,1);

b) Se prevé la opción hacia el arbitraje por cualquiera de las partes en términos muy similares al TBI con el Reino de España (art. 8,2);

c) Las controversias pueden someterse al arbitraje CIADI o CNUDMI (art. 8,3);

d) Los criterios normativos para la resolución del conflicto y el valor del laudo arbitral son similares a los previstos en el TBI con la República de Francia.

\* TBI con Estados Unidos de Norteamérica

a) El mecanismo de activación de la resolución de controversias no requiere de un plazo específico desde que la disputa se haya declarado (art. VII, 2);

b) El inversor puede optar resolver la controversia:

bl) en los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia (art. VII, 2, a);

b2) por medio del mecanismo de solución de controversias previamente acordado (art. VII, 2, b); o,

b3) por el arbitraje CIADI, el arbitraje CNUDMI o cualquier otro una vez transcurridos seis (6) meses desde que la controversia se declaró si no es de aplicación ni la alternativa b1) ni la b2) anteriores (art. VII, 3,a).

c) El laudo arbitral será definitivo y obligatorio para las partes de la controversia. El Estado se compromete a llevar adelante sin demora las disposiciones del laudo arbitral y se encarga de su observancia en su territorio (art. VII, 6).

\* TBI con la República Federal de Alemania: los motivos que propician el arbitraje, los plazos, los procedimientos y el valor y la aplicación del laudo son prácticamente idénticos a los dispuestos en el TBI celebrado con el Reino de España (art. l0).

\* Los TBIs celebrados entre la Argentina y Francia (art. 4), EE.UU. (art. II, 1 y 7), el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (art. 3) y Alemania (art. 3) permitirían obviar el requisito del agotamiento de la vía jurisdiccional pactada en el TBI entre Argentina y el Reino de España por aplicación de la cláusula de la Nación más favorecida, en razón de la cual se dispone que "en todas las medidas regidas por el acuerdo, el tratamiento a las inversiones no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de las terceras partes" (TBI Argentina-Reino de España, art. IV, 2) [(4)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN4).

b. Las cláusulas de arbitraje del CIADI

El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados que crea el CIADI y aprueba el procedimiento de arbitraje internacional establece -en lo que refiere a nuestro tema- lo siguiente:

a) Presume juris tantum que si no ha habido declaración expresa en contrario el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje según el Convenio excluye cualquier otro recurso (art. 26);

b) Presume juris tantum que si no ha habido declaración expresa en contrario puede recurrirse al arbitraje sin exigir el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales nacionales (art. 26);

c) El Tribunal Arbitral resuelve sobre su propia competencia (art. 41, 1) [(5)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN5), pudiéndolo hacer como 'cuestión previa' o 'conjuntamente con el fondo de la cuestión' (art. 41,2);

d) El laudo tiene el valor de una sentencia firme dictada por un tribunal del Estado condenado (art. 54, 1) [(6)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN6) y se ejecuta de acuerdo con las normas que -sobre ejecución de sentencias- estuvieran en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (art. 54, 3);

e) El laudo sólo puede ser aclarado, revisado o anulado de acuerdo a los mecanismos previstos por el Convenio, que excluye la jurisdicción local (arts. 50, 51, 52 y 53).

**II. TBIs: Naturaleza jurídica y control constitucional**

A. Naturaleza jurídica de los tratados bilaterales de inversión

a. La tipificación de los tratados internacionales según la Constitución Nacional Argentina

La Constitución Nacional Argentina establece una tipificación de los tratados internacionales en base a la materia objeto de regulación. El disímil contenido prohija una jerarquización que se expresa en su articulación con la Constitución y la ley y en la facultad/dificultad con que pueden ingresar, progresar o egresar al sistema jurídico nacional.

Las categorías constitucionales, según los ejes temáticos de los tratados, son las siguientes:

a) tratados sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, párr. 2° y 3°);

b) tratados de integración (art. 75 inc. 24);

c) tratados no incluidos en los ítems anteriores celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales (art. 75 inc. 22, párr. 1°);

d) concordatos con la Santa Sede (art. 75 inc. 22, párr. 1°); y,

e) convenios celebrados por las provincias con conocimiento del Congreso Nacional (art. 124).

A los efectos de este trabajo habremos de circunscribir el análisis a las tres primeras categorías de tratados, excluyendo a los concordatos con la Santa Sede y a los tratados internacionales celebrados por las provincias [(7)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN7). Para decirlo de otro modo: circunscribiremos el análisis a los tratados internacionales celebrados por el Estado Nacional con sujetos distintos de la Santa Sede.

La jerarquía de los tratados de las tres categorías circunscriptas que se deriva de la Constitución Nacional Argentina es la siguiente:

a) tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, párr. 2°); y,

b) tratados con jerarquía superior a la ley; que a su vez pueden sub-clasificarse en:

bl) tratados que pueden alcanzar la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, párr. 3°); y,

b2) tratados que no pueden alcanzar la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, párr. 1° y art. 75 inc. 24).

Las modalidades de ingreso, progreso y egreso al sistema jurídico argentino de los tratados internacionales bajo análisis permite reconocer:

**Respecto del ingreso**:

a) tratados con ingreso constitucional 'directo' (los citados en el art. 75 inc. 22, párr. 2°); y,

b) tratados con ingreso constitucional 'indirecto' (por ley), que podrían sub-clasificarse en:

bl) tratados que pueden ingresar por ley con mayoría 'normal', es decir mayoría absoluta de cada una de las Cámaras computada sobre el quórum (art. 75 inc. 22, párrs. 1 ° y 3°); y,

b2) tratados que pueden ingresar por ley con mayoría `agravada', es decir mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (tratados de integración con otros países de Latinoamérica previstos en el art. 75 inc. 24, párr. 2°);

b3) tratados que pueden ingresar por ley luego de dos votaciones del Congreso, la primera con mayoría 'normal' y la segunda con mayoría `agravada' (tratados de integración con Estados no latinoamericanos previstos en el art. 75 inc. 24, párr. 2°).

Respecto del progreso:

a) tratados que pueden progresar desde una jerarquía superior a la ley hacia la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, párr. 3°); y,

b) tratados que no pueden progresar desde la jerarquía superior a la ley hacia la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, párr. 1° y art. 75, inc. 24).

Respecto del egreso:

a) tratados que pueden egresar del sistema jurídico argentino mediante una ley votada con mayoría 'normal', es decir con mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara que forman quorum (art. 75, inc. 22, párr. 1°);

b) tratados que pueden egresar del sistema jurídico argentino mediante una ley votada con mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (art. 75 inc. 24); y.

c) tratados que pueden egresar del sistema jurídico argentino mediante una ley votada con las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara (art. 75 inc. 22, párr. 2°).

**b. Ubicación de los tratados de inversión dentro de la tipología constitucional argentina**

A la luz de la tipología precedente, los tratados bilaterales de inversión deben ser ubicados dentro de la categoría de los tratados referidos en el art. 75 inc. 22, párr. 1° de la Constitución Nacional. Consecuentemente:

\* gozan de jerarquía superior a la ley;

\* no pueden llegar a la jerarquía constitucional; e

\* ingresan y egresan por medio de leyes votadas por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara del Congreso computada sobre el quórum (regla general del art. 78, Constitución Nacional).

Su jerarquía los ubica un escalón por debajo de la Constitución y uno por arriba de la ley, integrando en esa posición la pirámide jurídica que constituye 'la ley suprema de la Nación' según la expresión del art. 31 de la Constitución Nacional.

B. El control jurídico de los TBIs según el sistema constitucional argentino

Desde el punto de vista constitucional, los tratados de inversión pueden ser objeto de control: a) en razón de su contenido, y b) por parte de los tribunales locales.

a. El contenido (art. 27, Constitución Nacional)

El control de contenido se referencia 'genéricamente' (como toda norma infra-constitucional) con el grado de congruencia de las disposiciones del tratado y el texto constitucional in totum, y 'específicamente' con la cláusula del **art. 27 de la Constitución, aquella que obliga al Gobierno Federal "a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".**

¿Cuáles son los principios de derecho público a los que remite el art. 27 de la Constitución?. En nuestro criterio, la cláusula reenvía -aun desde una perspectiva minimalista- a los siguientes principios:

\* La forma representativa, republicana y federal de gobierno (art. 1 y conc., Constitución Nacional);

\* El principio de juridicidad y el de reserva (art. 19, Constitución Nacional);

\* El principio de igualdad (arts. 15, 16, 75 inc. 23 y conc., Constitución Nacional);

\* El carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (arts. 14, 28, 99 inc. 2 y conc., Constitución Nacional); y,

\* El debido proceso legal (art. 18 y conc., Constitución Nacional)

**Joaquín V. González afirma que el art. 27 de la Constitución Argentina constituye una limitación a los poderes del Congreso, "de manera que en ningún caso puede comprometer, en forma alguna de arbitraje, el honor, la soberanía y los intereses esenciales de la Nación"; y agrega: "por consiguiente, el Congreso Argentino no puede autorizar un pacto compromisorio con otra Nación para someter a arbitraje puntos que afecten cualquiera de los principios fundamentales de la Constitución"**[**(8)**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN8)**.**

Debe recordarse, a mayor abundamiento, que esta cláusula no sufrió mengua alguna luego de la reforma constitucional de 1994, desde el momento en que la ley de convocatoria dejó muy clara la inmutabilidad de la `parte dogmática' de nuestro texto fundamental (ley 24.309, art. 7 -Adla, LIV-A, 89-) y desde que la propia cláusula que jerarquizó los tratados internacionales ratificó que no derogaba artículo alguno de la primera parte de la Constitución (el párrafo aclaratorio alude a los convenios sobre derechos humanos, aunque consideramos que el razonamiento debe extenderse a los tratados sobre inversiones debido a su menor jerarquía normativa) [(9)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN9).

b. La jurisdicción (art. 116, Constitución Nacional)

Desde el punto de vista jurisdiccional, el art. 116 de la Constitución Argentina establece la competencia de los tribunales federales para dirimir diferendos relacionados con las materias susceptibles de ser reguladas por los tratados de marras. La reforma constitucional de 1994 previó la delegación de la jurisdicción nacional a organizaciones supraestatales de modo explícito (en el inc. 24 del art. 75, dedicado a los tratados de integración) y de modo indirecto (en el inc. 22, segundo párrafo, del mismo artículo, dedicado a los tratados sobre derechos humanos, en la medida en que los convenios que cita prevean tal delegación); los constituyentes no previeron la delegación de jurisdicción en la hipótesis de los tratados del primer párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución.

**La doctrina constitucional nacional no discute que los tratados del primer párrafo del inc. 22 del art. 75 deben estar sujetos a control constitucional en sede judicial local** [**(10)**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN10)**. Ésta es la opinión de Bidart Campos** [**(11)**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN11)**, Ekmekdjian** [**(12)**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN12)**, Gelli** [**(13)**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN13)**, Quiroga Lavié** [**(14)**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN14) **y Castorini de Tarquini** [**(15)**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN15).

**III. Los casos tradicionales de admisión de jurisdicción foránea y el control local de constitucionalidad**

La jurisdicción foránea ha sido aceptada por la República Argentina en casos ajenos a los TBIs; se trata de las hipótesis de la intervención de tribunales internacionales en materia de violación de derechos humanos y de tribunales extranjeros en caso de actividad estatal juri gestionis de naturaleza comercial.

Como se demostrará seguidamente, en ambos casos -a diferencia de las hipótesis de TBI + CIADI la Argentina no ha resignado la posibilidad de controlar en algún momento la constitucionalidad de la cuestión debatida.

A. Admisión de jurisdicción internacional con posibilidad de control previo de constitucionalidad

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante 'la Convención') llamada 'Pacto de San José de Costa Rica', incorporada expresamente a la Constitución Nacional Argentina a partir de la reforma de 1994 con jerarquía constitucional, prevé la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante 'La Corte'), órgano con competencia jurisdiccional para entender 'en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención' (art. 62, 3) y -más específicamente- 'en caso de violación de un derecho o libertad protegidos' en la misma (art. 63, 2).

La intervención de la Corte sólo puede activarse una vez agotada la previa intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante 'la Comisión') (art. 61, 2), órgano consultivo previsto por la Convención de marras; a su vez, para que la Comisión actúe es necesario -entre otros requisitos- "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos" (art. 46, 1, a)). La Comisión declarará inadmisible toda petición o comunicación en la que este requisito no luzca acreditado (art. 47, a).

El principio del previo agotamiento de la jurisdicción nacional sólo se excepciona cuando "no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados" (art. 46, 2, a)), "no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos" (art. 46, 2, b)) o "haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos" (art. 46, 2, c)) [(16)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN16).

La conclusión que interesa a este trabajo es que la apertura de jurisdicción admitida por la República Argentina en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no inhibe la posibilidad del control previo de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales.

**B. Admisión de jurisdicción extranjera con posibilidad de control posterior de constitucionalidad**

Cierta actividad comercial del Estado Argentino, destinada a surtir efectos en el exterior (vgr: refinanciación de deudas con Bancos extranjeros, compra de ciertos bienes registrables en el exterior, colocación de títulos de la deuda pública externa fuera del país, etc.) incorpora asiduamente la prórroga de jurisdicción hacia tribunales extranjeros.

En tales hipótesis, la prórroga de jurisdicción es convalidada en la medida en que: a) los actos que la originan expresen la actuación juri gestionis y no juri imperii del Estado, concretándose en relaciones jurídicas típicas del Derecho Internacional Privado; y b) las sentencias dictadas en el extranjero como consecuencia de un conflicto originado por actos estatales juri gestionis requieran, para su aplicación en la Argentina, del exequátur.

a. Actos juri imperii y juri gestionis

La doctrina administrativista distinguió, desde antaño, dentro de la multiplicidad de los actos estatales, a aquellos actos que el Estado realiza como persona pública de aquellos que realiza como persona privada [(17)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN17); más modernamente, se discierne entre aquellos actos que el Estado decide de modo unilateral y a veces discrecional -aunque siempre en el marco del Estado de Derecho- en mira a intereses supremos y en situación de privilegio o supremacía con relación a los particulares (vgr: crear impuestos, instituir penas y aplicarlas, ejercer el poder de policía, etc.), de aquellos otros actos en los que el Estado actúa dentro de la esfera de los derechos patrimoniales, en relación de paridad con los particulares (vgr: actos comerciales en general). A los primeros se los denomina actos iuri imperii y a los segundos actos juri gestionis [(18)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN18). La prórroga de jurisdicción encuentra cabida en el marco de los actos estatales juri gestionis, estando prevista expresamente por la legislación argentina en el art. 1° del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCyCN) [(19)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN19).

b. El exequátur

A su turno, la sentencia dictada en el extranjero en materia de controversias vinculadas a los actos estatales juri gestionis requiere, para su ejecución en la Argentina, del exequátur.

El exequátur o 'autorización para la ejecución' es lo que separa a una sentencia ejecutoria dictada en el extranjero de otra que aspira a serlo; por ello se ha afirmado que el sentido de esta institución es el de 'convertir la sentencia extranjera en título ejecutorio argentino' a través de 'un proceso de conocimiento o de re-conocimiento' [(20)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN20). No se trata de reexaminar la relación jurídica juzgada en el extranjero, se trata de establecer en sede judicial local y en un proceso contradictorio si la sentencia cumple con determinados requisitos. Uno de los requisitos que deben concurrir para que opere la conversión de la sentencia extranjera en título ejecutorio dentro del país es que "no afecte los principios de orden público del derecho argentino", standard que permite conectar a la decisión judicial foránea con el art. 27 de la Constitución Nacional [(21)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN21).

La conclusión que interesa a este trabajo es que la prórroga de jurisdicción admitida por la República Argentina en el marco de los actos estatales juri gestionis no inhibe la posibilidad del control a posteriori de constitucionalidad por parte de un tribunal nacional.

**IV. La incidencia de cierta conjunción TBI + CIADI en materia de control de constitucionalidad**

De acuerdo a lo dicho precedentemente, la lógica de la apertura o de la prórroga de la jurisdicción nacional hacia tribunales internacionales o extranjeros estuvo tradicionalmente ligada en la Argentina a la posibilidad de ejercer -antes o después, pero en cualquier caso en algún momento- el control judicial por parte de un (o varios) tribunal(es) nacional(es). Esta potestad de control local no violenta principio alguno del derecho internacional; al contrario, siguiendo por caso los ejemplos citados ut-supra, el sistema americano de protección de los derechos humanos y la institución del exequátur gozan de indiscutido reconocimiento en el derecho internacional.

No obstante, la conjunción del sistema TBI + CIADI (en realidad debería decirse cierta conjunción o también cierta interpretación del sistema TBI + CIADI) no permite cumplir con el citado control. A ello contribuye la peculiar interpretación que se le asigna a la reunión de ciertos elementos típicamente privados (básicamente la inversión y las relaciones que de ella se derivan) con otros elementos típicamente públicos (los tratados bilaterales celebrados entre naciones soberanas y el sistema de juzgamiento de controversias que procede de una convención internacional).

Iniciemos la travesía intelectual partiendo de la inversión extranjera. En tanto ligada al derecho privado, a las relaciones vinculadas con la inversión extranjera se le aplican los principios de la 'autonomía de la voluntad' y la 'prórroga de jurisdicción'. El correlato de este encuadramiento, en el marco del derecho internacional privado, sería requerir -previo a la ejecución de una sentencia dictada en el exterior- el exequátur. ¿Por qué no se les requiere el exequátur a las sentencias emergentes de disputas en materia de inversión dentro del sistema TBI + CIADI? Probablemente porque no se consideren 'sentencias extranjeras' sino 'sentencias internacionales', en tanto dictadas dentro de un marco de arbitraje al que se arriba en función de una convención internacional activada por un tratado bilateral entre Estados soberanos a los que se les aplica el principio pacta sunt servanda.

Llegamos al derecho internacional público partiendo del derecho internacional privado. Correcto, entonces, si estamos en el derecho internacional público ¿por qué no se agota la jurisdicción local antes de habilitar la jurisdicción internacional, tal como ocurre con las controversias que se dirimen en el sistema americano de derechos humanos, en las que se ponen en juego valores tales como la vida, la integridad física, la dignidad y las libertades básicas de las personas? Probablemente se responda que el agotamiento de la vía local puede ser dispensado en el marco de relaciones comerciales y patrimoniales como las derivadas de una inversión extranjera, con lo cual 'regresamos' al derecho internacional privado. Este regreso nos llevaría -a su vez- a retornar al texto a partir del párrafo anterior (el que comienza con "Iniciemos la travesía intelectual..."); pronto nos veríamos arribando hasta este mismo punto... y luego estaríamos obligados a repetir una y mil veces este circunloquio, que requiere -como condición de su coherencia- no salirse de la órbita de las normas positivas que lo han hecho posible.

En suma, los argumentos del no control local sólo se tornan consistentes en un contexto autorreferente y en tensión con principios tradicionales del derecho internacional público y privado. Un derecho internacional público que ignora al derecho público nacional; un derecho internacional privado que ignora al exequátur; se trata -en realidad- de una curiosa conjunción cuyo parentesco se afirma en el retaceo del control jurisdiccional local.

**V. Conclusiones**

\* La reforma constitucional de 1994 significó un importante avance en la apertura del sistema jurídico argentino hacia el sistema jurídico internacional. Tal vinculación no eliminó las fronteras del bloque normativo local ni subvirtió la jerarquía jurídica establecida en la Constitución Argentina.

\* La vocación aperturista del sistema jurídico argentino hacia el sistema jurídico internacional se encaminó a privilegiar claramente la jerarquización de los derechos humanos stricto sensu (desde los contenidos) y la participación nacional en distintas variantes de integración (desde lo organizativo).

\* Los tratados de comercio lato sensu celebrados por la República Argentina con Estados extranjeros fueron jerarquizados a partir de la reforma constitucional de 1994, ubicándose por arriba de la ley común y por debajo de la Constitución, aplicándose a ellos lo prescripto por el art. 27 de la Constitución Nacional.

\* Si en virtud de la aplicación de un tratado internacional como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (aprobada por nuestro país mediante ley 19.865 -Adla, XXXII-D, 6412-), que sirve de fuente interpretativa a otros tratados también vigentes (en nuestro caso los TBIs), teniendo todos ellos jerarquía supra-legal e infra-constitucional, pudiera evitarse el control de constitucionalidad local, quedaría consagrada la posibilidad de modificar la Constitución Nacional por medio de leyes (las que aprueban los tratados), violentándose el procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 30 y, a la vez, quedaría subvertida la pirámide jurídica nacional desde el momento en que el tratado supra-legal pero infra-constitucional prevalecería sobre la Constitución, violentándose el orden jerárquico establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional con la aclaración del art. 75 inc. 22 [(22)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN22)

\* Como consecuencia de lo anterior, no es aceptable presumir que la República Argentina pueda ceder de modo anticipado (por medio de una ley que aprueba un TBI) y definitivamente (por medio de otra ley que aprueba un mecanismo de arbitraje internacional) su potestad de efectuar el control judicial de constitucionalidad en sus tribunales de los tratados de comercio ni de los conflictos que suscite su aplicación.

\* El sistema de arbitraje al estilo CIADI, que se dispara a partir de determinados presupuestos contemplados en los TBIs y cuyas consecuencias ya no pueden ser analizadas por los tribunales nacionales, constituye un mecanismo hermético (una vez que se ingresa en él ya no es posible salir de él) y autorreferencial (se trata de un dispositivo que se interpreta a sí mismo) que resulta incompatible con el sistema jurídico argentino, en la medida en que impide un control de contenido entre el texto, la interpretación y la aplicación del tratado con normas de jerarquía superior vigentes en el país e inhibe la intervención de los tribunales nacionales como no sea para ejecutar el laudo resuelto en extraña jurisdicción.

\* La imposibilidad de control judicial local de inconstitucionalidad no es para la República Argentina una cuestión procesal sino sustancial, en la medida en que traduce una inhibitoria para ponderar la vigencia de los siguientes principios de derecho público argentino a cuya observancia condiciona la Constitución Nacional la validez de los tratados internacionales de comercio: la forma representativa, republicana y federal de gobierno (art. 1 y conc., Constitución Nacional), el principio de juridicidad y el de reserva (art. 19, Constitución Nacional), el principio de igualdad (arts. 15, 16, 75 inc. 23 y conc., Constitución Nacional), el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (arts. 14, 28, 99 inc. 2 y conc. , Constitución Nacional) y el debido proceso legal (art. 18 y conc., Constitución Nacional).

\* Prima facie los principios de derecho público argentino citados precedentemente pueden encontrar fuente de vulneración en la conjunción TBIs + CIADI en los siguientes supuestos: la forma representativa de gobierno en la medida en que se inhibe o acota la actividad de los poderes nacionales constituidos (el Poder Legislativo en la hipótesis de prohibición de modificar las condiciones legales iniciales de la inversión por imperio de la llamada 'cláusula de estabilización legal' [(23)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN23) y el Poder Judicial en la hipótesis de imposibilidad de actuar en materia de control de constitucionalidad); la forma republicana de gobierno, en la medida en que confiscadas o retaceadas las atribuciones de los Poderes Legislativo y Judicial nacionales, se genera un des-balance hacia el Poder Ejecutivo (que es quien designa a los árbitros, encargados -en gran medida- de reemplazar a los citados poderes constituidos nacionales), desdibujándose en consecuencia el criterio de 'división de poderes' que es consustancial a la forma republicana de gobierno; el principio de juridicidad y de reserva, en la medida en que la sobrestimación del valor jurídico de los tratados de comercio introduce una modificación en la jerarquía normativa argentina prevista por el art. 31 de la Constitución Nacional por métodos diferentes a los previstos por la propia Constitución en el art. 30; el principio de igualdad, en la medida en que -bajo determinadas circunstancias y por aplicación conjunta o separada de las cláusulas de 'Nación más favorecida' y/o de 'estabilización legal' [(24)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN24)- se prohije una situación de discriminación en favor de personas jurídicas extranjeras [(25)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN25) el carácter no absoluto de los derechos, en la medida en que opere la inhibitoria de modificación legislativa para ciertos derechos vinculados con el status original de la inversión por aplicación de la citada cláusula de 'estabilización legal', y el debido proceso legal, en la medida en que se impida, frustre o interrumpa el acceso a la jurisdicción nacional, se vulnere el criterio del juez natural o se retaceen vías recursivas locales idóneas.

\* La incipiente jurisprudencia CIADI en relación a la interpretación de los TBIs tiende a generar una brecha cada vez más amplia entre las ópticas nacional e internacional en materia de controversias sobre inversiones y amenaza con derrumbar el ámbito de confianza pacientemente reconstruido entre países como la Argentina (seguramente hay otros) con el sistema jurídico internacional.

En el citado caso "Mafezzini, Ricardo c. Reino de España", en virtud de una peculiar aplicación del principio de laNación más favorecida, y como si lo que estuviera en juego fuese una cuestión de naturaleza meramente procesal, se ha multilateralizado la imposibilidad de ejercer un control judicial local sobre la relación de inversión extranjera. A partir de este precedente la cláusula debería llamarse del inversor más favorecido.

Y, más grave aun, a partir del laudo sobre aceptación de jurisdicción en "CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina" se ha abierto la puerta (en realidad se trata de una tranquera) para que cualquier accionista minoritario pueda accionar contra un Estado soberano en función de una inversión sobre la que no tiene un control efectivo. Se trata de un caso que, so pretexto de resolver una cuestión procesal, ha implicado un profundo daño -aun no debidamente cuantificado- a un país soberano, en términos de multiplicación de la litigiosidad, de fomento del 'abuso del proceso' arbitral, de temeridad jurisdiccional internacional y de potencial dis-rupción de los procesos de renegociación contractual en ciernes. Este precedente revela hasta qué punto el sistema de arbitraje gira sobre sí mismo, sobre sus propios intereses, desentendiéndose de las consecuencias económicas, institucionales y sociales que genera.

\* Si el arbitraje internacional en temas comerciales no se asume como un sistema, vinculándose -por un lado- con otros arbitrajes comerciales planteados contra el mismo Estado soberano y -por otro lado y 'de alguna manera'- con el orden normativo nacional, la consecuencia está a la vista: el éxito del primer inversor será inversamente proporcional al éxito de los demás, pues 'no alcanzará para todos'. Esto originará -entre otras consecuencias disvaliosas- la distorsión de uno de los objetivos básicos invocados en la celebración de los TBIs, como es el de lograr un 'marco jurídico estable' y 'mayores niveles de 'seguridad jurídica' [(26)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN26) para las inversiones extranjeras.

\* Remontar la escalada de creciente desconfianza supone asumir recíprocamente los errores (y los abusos) cometidos en el pasado, morigerar la mentalidad solamente comercialista con la que se suelen enfocar ciertas cuestiones (prescindiendo del contexto socioeconómico global), revisar el perfil de los árbitros, su representatividad y su responsabilidad y -fundamentalmente- no abandonar el sentido común, que es fuente hermenéutica de la buena fe jurídica [(27)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN27). A título de ejemplo: ¿expresa la realidad de las cosas una cláusula que estipula la duración de un proceso controversial en los tribunales argentinos (y de cuantos países más!), desde su planteamiento inicial hasta la obtención de una sentencia definitiva en dieciocho (18) meses? [(28)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN28)

\* Un nuevo default (esta vez jurisdiccional) de países receptores de inversiones puede significar un duro revés no sólo para los inversionistas y para el desarrollo sustentable y armónico de las naciones afectadas sino para el sistema jurídico internacional que, en la medida en que refleja posiciones decantadas y sensatas -antes que el triunfo a sangre y fuego de una posición dominante- permite expresar el avance de una conciencia universal que, más allá de sus heterogeneidades, está dispuesta a reconocer valores supranacionales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN1v) Una descripción de las ventajas de los TBIs en: YMAZ VIDELA, Esteban M., "Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999; TAWIL, Guido Santiago, "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", LA LEY, 2000-D, 1106 y LISDERO Alfredo R. y HELBERT, Darío J., "La protección de la Inversiones extranjeras en la Argentina. Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y su interpretación jurisprudencial", ED, 13 de junio de 2002.

[(2)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN2v) A tal efecto, la República Argentina aprobó mediante ley 24.353 (B.O. 02/09/94) el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965), por el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante CIADI) y se aprueban mecanismos de solución de controversias basadas en la conciliación y en el arbitraje.

[(3)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN3v) Acuerdos de Promoción y Protección recíproca de Inversiones firmados por la República Argentina (se indica país co-contratante, fecha de la firma del convenio, número de ley aprobatoria y fecha de entrada en vigencia del TBI):

República Argelina Democrática Popular: Fecha de firma: 04/10/2000; ley aprobatoria: 25.538/02; Vigencia: No informada.

República de la India: Fecha de firma: 20/08/99; ley aprobatoria: 25.540/2002; Vigencia: No informada.

República de Nueva Zelandia: Fecha de firma: 27/08/99; ley aprobatoria: 25.539/2002; Vigencia: No informada.

Tailandia: Fecha de firma 18/02/2000; ley aprobatoria: 25.532/02; Vigencia: No informada.

Filipinas: Fecha de firma 20/09/99; ley aprobatoria: 25.481/01; Vigencia: No informada.

Guatemala: Fecha de firma: 21/04/98; ley aprobatoria: 25.350/00; Vigencia: No informada.

República de Sudáfrica: Fecha de firma: 23/07/98; ley aprobatoria: 25.352/00; Vigencia: No informada.

Nicaragua: Fecha de firma: 10/08/98; ley aprobatoria: 25.351/00; Vigencia: No informada.

Federación Rusa: Fecha de firma: 25/06/98; ley aprobatoria: 25.353/00; Vigencia. No informada.

Costa Rica: Fecha de firma: 21/05/97; ley aprobatoria: 25.139/99; Vigencia: No informada.

El Salvador: Fecha de firma: 09/05/96; ley aprobatoria: 25.023/98; Vigencia: 08/01/99.

República Checa: Fecha de firma: 27/09/96; ley aprobatoria: 24.983/98; Vigencia: 23/07/98

Lituania: Fecha de firma: 14/03/96; ley aprobatoria: 24.984/98; Vigencia: 01/09/98

Panamá: Fecha de firma: 10/05/96; ley aprobatoria: 24.971 /98: Vigencia: 22/06/98

México: Fecha de firma: 13/11/96; ley aprobatoria: 24.792/98; Vigencia: 22/06/98

Marruecos: Fecha de firma: 13/06/96; ley aprobatoria 24.890/97; Vigencia: No está en vigor.

Indonesia: Fecha de firma: 07/11/95; ley aprobatoria: 24.814/97: Vigencia: No esta en vigor.

Cuba: Fecha de firma: 30/11/95; ley aprobatoria: 24.770/97; Vigencia: 0l/06/97.

Vietnam.: Fecha de firma: 03/06/96; ley aprobatoria: 24.778/97; Vigencia: 01/06/97

Israel: Fecha de firma: 23/07/95; ley aprobatoria: 24.771/97; Vigencia: 10/04/97

Australia: Fecha de firma: 23/08/95; ley aprobatoria: 24.728/96; Vigencia: 11/01/97

República de Corea: Fecha de firma: 17/05/94; ley aprobatoria: 24.682/96; Vigencia: 24/09/96

Ucrania: Fecha de firma: 09/08/95; ley aprobatoria: 24.681/96; Vigencia: 06/05/97

Perú: Fecha de firma: 10/11/94; ley aprobatoria: 24.680/96; Vigencia: 24/I0/96

Malasia: Fecha de firma: 06/09/94; ley aprobatoria: 24.613/96; Vigencia: 20/03/96

Finlandia: Fecha de firma: 05/1l/93; ley aprobatoria: 24.614/96; Vigencia: 03/05/96

Portugal: Fecha de firma: 06/10/94; ley aprobatoria: 24.593/95; vigencia: 03/05/96

Croacia: Fecha de firma: 02/12/94; ley aprobatoria: 24.563/95: Vigencia: 01/06/96

Jamaica: Fecha de firma: 08/02/94; ley aprobatoria: 24.549/95; vigencia: 01/12/95

Venezuela: Fecha de firma: 16/11/93; ley aprobatoria: 24.457/95: Vigencia: 01/07/95

Ecuador: Fecha de firma: 18/02/94: ley aprobatoria: 24.459/95; Vigencia: 01/12/95

Rumania: Fecha de firma: 29/07/93; ley aprobatoria: 24.456/95; Vigencia: 0l/05/95

Bolivia: Fecha de firma: 17/03/94; ley aprobatoria: 24.458/95; Vigencia: 01/05/95

Senegal: Fecha de firma: 06/04/93; ley aprobatoria: 24.396/94; Vigencia: No está en vigor.

Bulgaria: Fecha de firma: 21/09/93; ley aprobatoria: 24.401/94; Vigencia: 11/03/97

Armenia: Fecha de firma: 06/04/93; ley aprobatoria: 24.395/94; Vigencia: 20/I2/94

Túnez: Fecha de firma: 17/06/92; ley aprobatoria: 24.394/94; Vigencia: 23/01/95

Dinamarca: Fecha de firma: 06/11/92; ley aprobatoria: 24.397/94; Vigencia: 02/02/95

Turquía: Fecha de firma: 08/05/92; ley aprobatoria: 24.340/94; Vigencia: Ol/05/95

Hungría: Fecha de firma: 05/02/93; ley aprobatoria: 24.335/94; Vigencia: 01/10/97

República Popular China: Fecha de firma: 05/11/92; ley aprobatoria: 24.324/94; Vigencia: 01/08/94

República de Austria: Fecha de firma: 07/08/92; ley aprobatoria: 24.238/94; Vigencia: 01/01/95

Egipto: Fecha de firma: 11/ 05/92; ley aprobatoria: 24.248/93; Vigencia: 03/I2/93

Países Bajos: Fecha de firma: 20/10/92; ley aprobatoria: 24.352/94: Vigencia: 01/10/94

Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Fecha de firma: 1I/12/90; ley aprobatoria: 24.184/92; Vigencia: 19/02/93

Bélgica y Luxemburgo: Fecha de firma: 28/06/90; ley aprobatoria 24.123/ 92; Vigencia: 20/05/94

Canadá: Fecha de firma: 05/11/91; ley aprobatoria: 24.125/92; Vigencia: 29/04/93.

EE.UU: Fecha de firma: 14/11/91; ley, aprobatoria: 24.124/92; Vigencia: 20/10/94.

Acuerdo por Canje de Nota modificatoria del Tratado (AC/P/CJE N:) Vigencia: 31/03/92. Acuerdo por Canje de Nota modificatoria del Tratado: Fecha de firma: 06/11/92; ley aprobatoria: 24.356/94; Vigencia: 20/10/94.

Italia: Fecha de firma: 22/05/90; ley aprobatoria: 24.122/92; Vigencia: 14/10/93

Suecia: Fecha de firma: 22/11/91; ley aprobatoria: 24.117/92; Vigencia : 28/09/92

España: Fecha de firma: 03/10/91; ley aprobatoria: 24.118/92: Vigencia 28/09/92

Francia: Fecha de firma: 03/07/91; ley aprobatoria: 24.100/92; Vigencia: 03/03/93

Alemania: Fecha de firma: 09/04/91; ley aprobatoria: 24.098/92; Vigencia: 08/11/93

Suiza: Fecha de firma: 12/04/91; ley aprobatoria: 24.099/92; Vigencia: 06/11/92

Polonia: Fecha de firma: 31/07/91; ley aprobatoria: ley 24.101/92; Vigencia: 0l/09/92

Chile: Fecha de firma: 02/08/91; ley aprobatoria: 24.342/93; Vigencia: 01/01/95

[(4)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN4v) La cláusula de la Nación más favorecida en el contexto de la no utilización de los remedios jurisdiccionales locales ha sido aplicada en CIADI, caso "Maffezini, Ricardo Agustín vs. Reino de España", N°ARB/97/7, fallado el 13 de noviembre de 2000.

Sobre esto: TAWIL, Guido Santiago, "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 Maffezini", en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, octubre de 2002, año XXV, N° 289, p. 241 y siguientes.

[(5)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN5v) En uso de esa atribución le ha otorgado legitimación activa no ya a una Sociedad inversora extranjera sino también a un accionista minoritario de dicha sociedad.

CIADI, caso "Lanco Internacional Inc vs. República Argentina" N° ARB/97/6, fallado 8 de diciembre de 1998 y luego CIADI, caso "CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina", N° ARB/01/8, fallado el 17 de, julio de 2003 (decisión del tribunal arbitral sobre excepción de jurisdicción).

[(6)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN6v) El laudo, ubicado temporalmente al final de la travesía del arbitraje, completa el mecanismo de sustitución (ahora desde una perspectiva 'retroactiva') de la regla del agotamiento de los recursos internos, previamente menguada o desconocida por el propio texto de los TBIs. Ello así no sólo por la equiparación del laudo a una sentencia de un tribunal interno "sino también porque la calificación de 'firme' aplicada a esa sentencia refleja que mediante el arbitraje del CIADI y el recurso de anulación, se entiende que dichos recursos han sido agotados. De este modo la limitación de soberanía que representa la renuncia al control del exequátur se presenta como un corolario de la limitación de la soberanía que supone la renuncia a la jurisdicción de los tribunales internos en las controversias sometidas al CIADI". VIVES CHILLIDA, Julio A., "El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)", Ed. McGrawHill, Madrid, 1998, p. 235.

[(7)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN7v) La posibilidad de que las provincias argentinas, a partir del art. 124 de la Constitución Nacional, puedan celebrar tratados internacionales de promoción y protección de inversiones se desarrolla en: NIELSEN, Federico, "Las provincias ante los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y sus consecuencias", ED, Buenos Aires, 31 de diciembre de 2002, p. 1 y siguientes.

[(8)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN8v) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Obras Completas", Ed. Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, 1935, vol. XI, p. 210 y sigte.

[(9)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN9v) La vigencia inalterada del art. 27 de la Constitución Nacional Argentina y su supremacía respecto de los tratados encuadrados en el primer párrafo del inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional es sostenida por: BIDART CAMPOS, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", t. I, p. 372, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", p. 244, 591 y sigtes., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003; SAGÜÉS, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", t. II, p. 62 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, y VANOSSI. Jorge Reinaldo y DALLA VÍA, Alberto Ricardo, "Régimen constitucional de los tratados", p. 294 y sigte., Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000.

[(10)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN10v) La República Argentina ha sido tradicionalmente abanderada de la posición que defiende su jurisdicción nacional como escenario idóneo para dirimir las disputas que involucran a un inversor extranjero. Este principio, de larga vigencia en el Derecho Internacional Público, es conocido como doctrina Calvo, en homenaje al diplomático y tratadista argentino que sobre finales del siglo XIX repudió -en base al principio de igualdad de los Estados- la injerencia de legislación y/o tribunales extraños a los nacionales para resolver los conflictos jurídicos que involucraran a un inversor extranjero.

[(11)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN11v) BIDART CAMPOS sostiene que toda norma legal que inhiba el control de constitucionalidad es inconstitucional. BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., 1997, t. III, p. 435.

Para este autor es factible la desaplicación de un tratado de rango infraconstitucional en razón de su inconstitucionalidad declarada por un tribunal nacional, pero ello no exime a nuestro país de 'responsabilidad internacional'.

BIDART CAMPOS, G., op. cit., t. II, p. 418.

[(12)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN12v) EKMEKDJIAN, Miguel A., "Tratado de Derecho Constitucional", t. II, p. 769 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires. 1994.

[(13)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN13v) GELLI, María Angélica, op. cit., p. 808 y siguiente.

[(14)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN14v) QUIROGA LAVIE, Humberto, BENEDETTI, Miguel Angel y CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", t. I, p. 541, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

Para estos autores la declaración de inconstitucionalidad de un tratado de los previstos en el art. 75 inc. 22 párr. 1°, no afecta el principio del 'pacta sunt servanda'.

[(15)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN15v) Para esta autora la declaración de inconstitucionalidad de un tratado de los previstos en el art. 75 inc. 22, párrafo 1°, de la Constitución Argentina "sólo tendrá efectos internos y no podrá oponerse internacionalmente", CASTORINA de TARQUINI, María Celia, "Supremacía de la Constitución", en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, "Derecho Constitucional de la reforma de 1994", t. I, p. 161, Ed. Depalma, Mendoza, 1995.

[(16)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN16v) En el caso "Cantos" la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó, luego de ponderar factores tales como la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades competentes, que un 'tiempo neto' de proceso de cinco (5) años en la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resultaba 'irrazonable' y, por tanto, no violentaba el derecho al debido proceso del actor. El 'tiempo bruto' del proceso en el máximo tribunal judicial de la Nación Argentina sumó diez (10) años.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Cantos, José María", fallado el 28 de noviembre de 2002 (La Ley, 2003-C, 2).

[(17)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN17v) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", p. 9, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1955.

[(18)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN18v) Sobre este tema: GUALDE, Andrea, "La actividad comercial del Estado como excepción a la procedencia de la inmunidad soberana", ED, suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 26 de junio de 2000, p. 16 y siguientes.

La diferencia entre los actos estatales "juri imperii" y "juri gestionis" y su incidencia en la inmunidad de jurisdicción fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en "Vallarino, Edelmiro c. Emabajada del Japón", 4 de mayo de 2000 y en "Coronel, Oscar Antonio y otro c. estado Nacional s/accidente", 9 de noviembre de 2000.

[(19)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN19v) Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCyCN), art. 1°:

"La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable.

Sin perjuicio en lo dispuesto por los tratados internacionales y por el art. 12 inciso 4° de la ley 48, exceptúase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley".

El art. 12 inc. 4 de la ley nacional 48 excluye la jurisdicción de los tribunales nacionales y la considera prorrogada a los juzgados de provincia en los pleitos civiles en que "un extranjero demande a una provincia, o a un ciudadano, o bien el vecino de una provincia demande al vecino de otra o ante un juez o tribunal de provincia, o cuando siendo demandados el extranjero o el vecino de otra provincia, contesten a la demanda sin oponer la excepción de declinatoria". En tales supuestos la causa sólo podrá suscitar la jurisdicción nacional por la interposición del recurso extraordinario previsto por el art. 14 de la citada ley nacional 48.

[(20)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN20v) FENOCHIETTO, Carlos Eduardo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. 2, p. 790 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.

[(21)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN21v) CPCyCN, art. 517: "Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan.

Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos:

1°) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero.

2°) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa.

3°) Que la sentencia reúnalos requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.

4°) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino.

5°) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino".

[(22)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN22v) MONCAYO, Guillermo, VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, "Derecho Internacional Público", t. I, p. 60, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1987.

[(23)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN23v) La 'cláusula de estabilización legal' fue introducida en el derecho argentino a partir de la entrada en vigencia del TBI con la República de Panamá mediante ley 24.971 (B.O.: 25/06/98 -Adla, LVIII-C, 2852-). El texto de la cláusula sub-exámine es el siguiente: "Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, 'incluyendo modificación o derogación de leyes', que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal" (art. 3(1)). La comilla simple no es del original.

[(24)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN24v) YMAZ VIDELA, Esteban M., op. cit., p. 38. TAWIL, Guido S., "Los tratados de Protección y Promoción recíproca de inversiones...", op. cit., p. 1113.

[(25)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN25v) Una aguda crítica a esta consecuencia la hemos leído en: BEVILLAQUA, Norma N., "Los tratados económicos y la Constitución Argentina. Los antecedentes del ALCA", texto inédito, p. 26 y siguientes.

[(26)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN26v) El dramatismo de este planteo se refleja en: GUERRERO, Raúl, "Los Tratados en la Constitución de 1994", especialmente p. 125 y sigtes. y p. 180 y sigtes., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001.

En el mismo sentido: SAGÜÉS, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", t. I, p. 153, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

[(27)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN27v) ¿Obran de buena fe los co-contratantes que celebran un pacto de inversión desconociendo normas de importancia fundamental del derecho interno del Estado receptor de la inversión, como aquella que establece la necesaria congruencia de los tratados con los principios de su derecho público, tales como la conformación de la estructura jerárquica de su orden jurídico y la competencia de sus órganos constitucionales?

Debe recordarse que dentro de la tradición jurídica argentina conforman los principios del derecho público nacional "standards" tales como el amplio funcionamiento de nuestras instituciones o el ejercicio de la jurisdicción del Estado sus poderes de gobierno.

Ello ha hecho decir a Saavedra Lamas que la justicia del país debe quedar exhausta antes de iniciar cualquier vía internacional y que, para el caso de recurrirse a la solución de diferencias por medios no convencionales, es el arbitraje el que debe adaptarse a la Constitución y no a la inversa.

VANOSSI, Jorge y DALLA VÍA, Alberto, op. cit., p. 35 y sigtes.

[(28)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&hitguid=iB3965141F3FC11D7A6A20050DA6B1089&spos=6&epos=6&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN28v) Un muestreo realizado por la Dirección Nacional de Auditoría de la Procuración del Tesoro de la Nación, sobre un universo de mil seiscientos (1600) juicios de relevante significación económica que tuvieran al Estado Nacional como demandado, presentados entre los años 1985 y 2000 y acotado a procesos de conocimiento con controversias requeridas de prueba (vgr: daños y perjuicios, incumplimientos contractuales), es decir de naturaleza similar a la propia de un conflicto generado por incumplimiento de un TBI, reveló que la 'duración promedio' del proceso judicial -computando desde la presentación de la demanda hasta la obtención de sentencia de primera instancia- es de seis (6) años y un (1) mes.

La muestra, tomada a partir de la "performance" de los tribunales contencioso-administrativos de la Capital Federal, ante los cuales deberían radicarse los juicios que pudieran promover inversores extranjeros, reveló también que ningún caso de los asimilables a un juicio por incumplimiento de un TBI pudo resolverse en dieciocho (18) meses.

No se trata de una anomalía imputable a los juzgados intervinientes; otras muestras realizadas en otros fueros respecto de procesos de conocimiento con controversias requeridas de prueba arroja una 'duración promedio' similar.

**Voces:** CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - CONSTITUCION NACIONAL - TRATADO INTERNACIONAL - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - INTERPRETACION JUDICIAL - OBLIGACIONES DEL JUEZ - REFORMA CONSTITUCIONAL - JERARQUIA DE LA LEY - SUPREMACIA DE LOS TRATADOS

[**Cerrar**](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append)

Desde hace un tiempo se ha instalado en la doctrina nacional, [(1)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN1) el debate en torno a la existencia y eventual autonomía del llamado control de convencionalidad, entendido como el control de compatibilidad —realizado en sede judicial nacional— entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares (por un lado) con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo (por el otro). El debate incluye la incidencia del llamado control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad y no es sólo académico sino también jurisdiccional. [(2)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN2)

Las preguntas que abarcan la discusión son variadas, e involucran —a simple título enunciativo— los siguientes tópicos:

a. si existe obligación judicial de realizar tal control por parte de los jueces del país;

b. si el mismo es ‘paralelo’ al control de constitucionalidad o se integra a éste;

c. si debe prevalecer la respuesta que provenga de un control con relación al otro en caso de conflicto;

d. si las fuentes internacionales que integran la convencionalidad a controlar (y a acatar) son el nudo texto del convenio, o también su interpretación realizada por quienes están autorizados para hacerlo;

e. si la interpretación convencional realizada por órgano internacional competente obliga a los tribunales nacionales:

\* cuando se refiere al país concernido para el caso concreto o cuando se ha referido al país concernido (en causa similar con anterioridad) o incluso cuando se refiere, en causa similar, a otros países;

\* cuando es practicada en el marco de un proceso controversial o también cuando es consultiva;

\* sólo en la parte resolutiva o también en la considerativa.

Los argumentos que defienden las distintas posiciones son, en general, verosímiles. Salvo —en mi opinión personal— uno. El que remite, en apoyo a la posición ‘ultra-convencionalista’ a la opinión de la Convención Constituyente reformadora de 1994; o mejor, a una opinión mayoritaria de la Convención.

Quisiera, por ello, en mi carácter de ex convencional constituyente y miembro de la Comisión Redactora, rebatir a la ‘ultra-convencionalidad’, aquella que sostiene la exigencia de un control de convencionalidad autónomo del control constitucional y aún prevaleciente sobre éste, en base a lo que creo ‘quisimos decir’ o ‘mayoritariamente quisimos decir’ o —desde otro ángulo— lo que ‘mayoritariamente no quisimos decir’ los convencionales de 1994.

O, tal vez, más modestamente, lo que ‘creí entender’ al votar el art. 75 inc. 22).

**1. No hay un control de convencionalidad ‘por fuera’ del control de constitucionalidad**

La inserción de los tratados internacionales en el orden jurídico argentino

En la República Argentina el art. 31 de la Constitución Nacional es la norma que determina el orden jerárquico de los distintos componentes de su sistema jurídico, al establecer, en lo pertinente, que la "Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y la autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales…".

La reforma constitucional de 1994 vino a resolver un problema interpretativo recurrente desde la sanción misma del art. 31: el del status jurídico de los tratados internacionales. Lo que se debatía antes de la reforma era si los tratados, siempre por debajo de la Constitución, tenían menor, igual o mayor jerarquía que las leyes. [(3)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN3) La reforma, sin alterar el texto del art. citado art. 31 (pues no estaba habilitada para hacerlo), [(4)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN4) determinó la jerarquía supra-legal de todos los tratados internacionales y los tipificó en base a la materia objeto de regulación. El disímil contenido de los tratados prohija una jerarquización que se expresa en su articulación con la Constitución y la ley y en la facultad/dificultad con que pueden ingresar, progresar o egresar al sistema jurídico nacional.

Ahora las categorías constitucionales de los tratados, según los ejes temáticos concernidos, son las siguientes:

\* tratados sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22, 2° y 3° párrafo);

\* tratados de integración (art. 75 inc. 24);

\* tratados no incluidos en los ítems anteriores celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales (art. 75 inc. 22, 1° párrafo);

\* concordatos con la Santa Sede (art. 75 inc. 22, 1 ° párrafo); y,

\* convenios celebrados por las provincias con conocimiento del Congreso Nacional (art. 124).

Circunscribiendo el análisis a los tratados internacionales celebrados por el Estado Nacional, la jerarquía resultante es la siguiente:

\* tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2º párrafo); y,

\* tratados con jerarquía superior a la ley; que a su vez pueden sub-clasificarse en:

1° tratados que pueden alcanzar la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, tercer párrafo); y,

2° tratados que no pueden alcanzar la jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, primer párrafo y art. 75 inc. 24).

Hemos sostenido anteriormente, [(5)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN5) (y ahora lo reiteramos), que una redacción más adecuada del art. 31 de la C.N., a tenor de las aclaraciones introducidas por la reforma de 1994 (recuérdese que la Convención Constituyente de ese año no podía reformar artículo alguno de la Primera Parte de la Carta Magna, donde se aloja la cláusula citada) debería leerse del siguiente modo: "Esta Constitución, los tratados con jerarquía constitucional, el resto de los tratados internacionales y las leyes de la Nación, dictadas por los órganos autorizados y dentro de su respectiva competencia, constituyen, en ese orden, la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales…"

Queda claro entonces que, lejos de desligar a los tratados (celebrados y ratificados por nuestro país) del orden jurídico nacional, la reforma los entendió incorporados a dicho orden y les asignó una ubicación específica dentro de la jerarquía formativa. [(6)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN6)

De modo que tales tratados no observan desde un empíreo, por fuera del orden jurídico nacional; integran ese orden del mismo modo que los planetas de un sistema que —sin perder su especificidad— se vinculan en torno a una estrella.

Consecuentemente, así como no desliga a los tratados (aprobados y ratificados por nuestro país) de la Constitución, la introducción del art. 75 inc. 22) tampoco autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal nacional en el marco de un caso concreto (el llamado control de convencionalidad) del control general de constitucionalidad.

Dicho de otro modo: la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad ‘por fuera’ del control de constitucionalidad.

**2. No hay un control de constitucionalidad ‘por sobre’ el control de constitucionalidad**

La recepción de los tratados internacionales en el orden jurídico argentino

El inc. 22 del art. 75 de la C.N. expresa que los tratados internacionales ingresan al orden jurídico argentino "en las condiciones de su vigencia". Se trata de una expresión que ha generado interpretaciones disímiles, una de las cuales la asimila a la forma en que tales convenciones son interpretadas por los órganos internacionales competentes para hacerlo. De modo que no sólo el texto sino también la interpretación de tales tratados serían incorporados al sistema jurídico argentino, obligando a los tribunales locales ‘a considerar’ (como "imprescindible pauta de interpretación" y aún ‘a seguir’ (de modo ‘imperativo’) a este bloque normativo-doctrinario, que prevalecería —en caso de conflicto— sobre toda otra disposición o interpretación nacional.

No me consta en absoluto que la expresión "en las condiciones de su vigencia" de los tratados internacionales haya sido interpretada en la Convención Constituyente de 1994 en la forma descripta, implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos.

Me consta, por el contrario, que la expresión en análisis remite a las modalidades de la incorporación de tales tratados en el orden jurídico argentino (vgr: con o sin reservas (y en este último caso "según ellas"), con o sin jerarquía constitucional).

Puedo afirmar, como convencional constituyente e integrante de la Comisión de Redacción de la Reforma de 1994, que el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención —más allá de que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada— no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza desde el momento de la concepción. Dado que este tema (el de la definición del inicio de la vida humana) no estaba habilitado por la ley de convocatoria, y habida cuenta de la resistencia de un importante sector de la Convención a debatirlo (no sólo por apelación a los términos de la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89) sino también por motivos sustantivos o conceptuales), [(7)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN7) el grupo de convencionales que pugnaba por el tratamiento de la cuestión entendió que la incorporación de la expresión "en las condiciones de su vigencia" —referida a los tratados individualizados por el art. 75 inc. 22) segundo párrafo— permitía ‘elevar’ a la jerarquía constitucional la reserva realizada por la República Argentina (entender "por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad") a la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693). [(8)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN8)

Dicho de otro modo: la expresión "en las condiciones de su vigencia" nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario. [(9)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN9)

**3. Conclusión**

\* La incorporación del art. 75 inc. 22) en el texto constitucional no pretendió desvincular la protección de los derechos humanos conforme a su fuente jurídica de reconocimiento (nacional o internacional) o a su fuente jurídica de aplicación (jurisdicción nacional o jurisdicción internacional (consultiva o contenciosa)).

\* No estaba en el ambiente de la Convención inaugurar —a partir de la cláusula en examen— un control jurídico "nuevo" (de convencionalidad) desligado del control jurídico "viejo" (de constitucionalidad) y —menos aún— darle prevalencia al control "nuevo" sobre el control "viejo".

\* No es históricamente cierto que la expresión "en las condiciones de su vigencia" —en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos— haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes’.

\* Nadie pensó detraer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una ‘cláusula gatillo’ accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30.

En definitiva (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención reformadora de 1994) sostengo que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22) y 118 de la C.N.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

[(1)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN1v) ABEL, Federico, "El control de convencionalidad como mecanismo para la integración entre el Derecho Interno y el Derecho Interamericano", LA LEY, 20 de mayo de 2011, p. 1 y ss.; VV.AA., "El control de convencionalidad", ALBANESE, Susana (Coordinadora), Ediar, 2008; BAZÁN, Víctor, "El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial", La Ley, Suplemento de Actualidad, 1° de febrero de 2011, p. 1; BIANCHI, Alberto B., "Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’", La Ley 2010-E, 1090; GELLI, María Angélica, "El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso ‘Bayarri’ en un dictamen de la Procuración General de la Nación", La Ley, t. 2010-C, p. 1192; GELLI, María Angélica, GOZAINI, Alfredo, SAGÜÉS, Néstor P., "Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad", LA LEY, 16 de marzo de 2011, p. 3 y ss.; GIALDINO, Rolando E., "Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos", LA LEY, 2008-C, 1295; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Globalización y control de convencionalidad", LA LEY, 20 de julio de 2011, p. 1; HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", LA LEY, 2008-E, 1169; HITTERS, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", LA LEY, 2009-D, 1205; IBARLUCÍA, Emilio A., "La recepción del Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y el ‘control de convencionalidad’", La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, agosto de 2011; PALACIO de CAEIRO, Silvia B., "El control de convencionalidad y los convenios de la OIT", LA LEY, 2009-D, 1082; SAGÜÉS, Néstor P., "El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales", LA LEY, 2009-B, 761; SAGÜÉS, Néstor P., "Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano", LA LEY, 2010-D, 1245.

[(2)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN2v) A título de ejemplo: CSJN Fallos 318:514 in re "Giroldi, Horacio David y otro s. recurso de casación", de 7 de abril de 1995; Fallos 319:1840 in re "Bramajo, Hernán Javier s. incidente de excarcelación", de 12 de setiembre de 1996; Fallos 327:3294 in re "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s. asociación ilícita, intimidación pública y daño y homicidio agravado", de 24 de agosto de 2004; Fallos 327:5668 in re "Espósito, Miguel Angel s. incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa (Bulacio, Walter David)", de 23 de diciembre de 2004; Fallos 328:2056 in re "Simón, Julio Héctor y otros s. privación ilegítima de la libertad, etc.", de 14 de junio de 2005; Fallos 330:3248 in re "Mazzeo, Julio Lilo y otros s. recurso de casación e inconstitucionalidad", del 13 de julio de 2007 y causa "A., J. E. y otro s. recurso de casación", dictamen del Procurador General de 10 de marzo de 2010 (C. S. A. 93, L XLV).

[(3)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN3v) Quienes sostenían que los tratados tenían menor jerarquía que las leyes aducían que aquellos por sí solos eran ‘incompletos’ pues necesitaban de la ley aprobatoria para entrar en vigencia en nuestro país; quienes sostenían que tenían la misma jerarquía se apoyaban en que la necesaria aprobación legislativa de la ley para ingresar al orden jurídico nacional los convertía lisa y llanamente en leyes; y quienes sostenían la mayor jerarquía de los tratados argumentaban que ellos expresaban la voluntad de dos (o más) Estados soberanos, lo que no podría ser modificado por la ley, en tanto expresión unilateral de la soberanía de un Estado.

[(4)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN4v) Ley 24.309, art. 7: "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional".

[(5)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN5v) ROSATTI, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, t. I, Segunda Parte, Sección II, Capítulo 2.

[(6)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN6v) Recuérdese asimismo la vigencia del art. 27 de la C.N., que impone como límite a la celebración de los tratados —cuando refieran a paz y comercio— "que estén en conformidad con los principios de derecho público" de nuestra norma fundamental.

[(7)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN7v) Recuerdo, en aquellos tumultuosos días, a grupos de manifestantes expresándose a toda hora —en las adyacencias del Paraninfo de la Universidad Nacional del Litoral, sede de las deliberaciones de la Convención— en favor y en contra del tratamiento constitucional de este tema. Recuerdo también las conversaciones que —sobre este tema y como vice-presidente del bloque mayoritario— sostuve con el titular del bloque de la UCR, el ex presidente de la Nación, Dr. Raúl Alfonsín, quien me expuso las graves consecuencias que se derivarían de incorporar una cuestión no prevista en la ley de convocatoria.

[(8)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN8v) La República Argentina aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño por Ley n° 23849 (Sanción: 27/09/1990; Promulgación: 16/10/1990; Publicación B.O.: 22/10/1990). El art. 2 de dicha ley estableció la reserva mencionada en referencia al concepto de niño al que se alude en el art. 1° de la Convención.

[(9)](http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad8181600000139269e3ae834759a4f&docguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&hitguid=i30F413711A8E1F068880AB307199C9B6&spos=8&epos=8&td=8&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=19&crumb-action=append#FN9v) La siguiente es la opinión de otro convencional constituyente de 1994, también integrante de la Comisión de Redacción: "Los tratados… se incorporan ‘en las condiciones de su vigencia’, es decir, tal y como rigen —del modo como se encuentran vigentes— en nuestro derecho. Se trata de una especificación de la máxima importancia, ya que nuestro país, al momento de ratificar los instrumentos que aquí se constitucionalizan, ha formulado reservas y declaraciones interpretativas respecto de éstos, de suerte que la vigencia de dichos tratados para con la Argentina ha de entenderse —de acuerdo con las prácticas del Derecho Internacional Público— de conformidad con el modo en que nuestro país ‘manifestó su consentimiento’ en obligarse por aquellos, es decir, de conformidad con la declaración manifestada en el denominado ‘instrumento de ratificación’ y en el que se explican las reservas y declaraciones interpretativas en relación a cada uno de los tratados de que se trate". BARRA, Rodolfo, "Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales", en AA.VV., "La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión Redactora", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 180.