La situación de la República Argentina ante el CIADI

**Acosta, Juan F.Bostiancic, María Carla**

**Publicado en:** Sup. Act 30/11/2006, 3

- CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - REVISION DEL CONTRATO - CONVERTIBILIDAD

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append)

I. Presentación del tema

Como es bien sabido por todos, en el año 1989 la República Argentina inició un proceso de apertura y desregulación de la actividad económica, en consonancia con el nacimiento del régimen de convertibilidad, que implicó —entre otros tópicos— modificar sustancialmente el tratamiento a otorgar al capital foráneo, el cual atrajo un flujo importante de inversiones extranjeras, canalizándose fundamentalmente en las empresas privatizadas.

Con ese propósito se diseñó un nuevo marco regulatorio que brindara una mayor protección a los inversionistas. Así fue como en la década de 1990 la Argentina suscribió alrededor de sesenta Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones(en adelante TBIs o TBI, en plural o en singular, según sea el caso) con países exportadores de capital. La suscripción de estos convenios aseguró el levantamiento de todos los obstáculos burocráticos para la entrada de nuevos inversores extranjeros, otorgándoles una serie de garantías sustantivas y procesales, como el tratamiento justo y equitativo; la protección y seguridad plena; la no discriminación; el trato nacional; la cláusula de la nación más favorecida; la aplicación de procedimientos justos en caso de expropiación; la libre remisión de divisas, entre otras.

Asimismo, mediante la ley 24.353 (Adla, LIV-C, 2861), del 2 de septiembre de 1994, se aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre un Estado y Nacionales de otro Estado, celebrado en Washington en 1965. Este Convenio, como se sabe, contempla la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que es un organismo arbitral donde se recaba la solución de conflictos entre Estados y nacionales de otros Estados contratantes de los TBIs (derivados de una inversión extranjera).

El ser parte de dicha Convención no significa someterse automáticamente a la jurisdicción del CIADI, ya que debe mediar un consentimiento escrito para habilitar la intervención de ese Centro, por lo tanto fueron los TBIs los instrumentos idóneos para que este consentimiento quedara manifestado, en tanto la mayoría de ellos incluyen el arbitraje ante el CIADI como mecanismo para la resolución de disputas.

En este contexto (habiéndose celebrado más de sesenta TBIs y ratificado la Convención de Washington de 1965), entre los años 1997 y 2005 se iniciaron un total de treinta y nueve juicios contra la Argentina por parte de inversores extranjeros, de los cuales cinco han finalizado y treinta y cuatro se encuentran pendientes de resolución. Tengamos en cuenta que Argentina es actualmente el país con más juicios ante el CIADI, siguiéndole México, Egipto, Ecuador y Rumania con siete, cinco, cinco y cinco demandas, respectivamente [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN1).

Mientras que nueve de las demandas se instauraron durante la vigencia del régimen de convertibilidad, las treinta restantes fueron presentadas tras la ruptura de dicho régimen, a comienzos del año 2002. A esto cabe agregar que de las cinco presentaciones ya resueltas, cuatro corresponden a demandas anteriores a la crisis de 2002, y la restante a una demanda instaurada con posterioridad. Si bien el monto exacto que involucran las demandas contra la Argentina no ha sido posible determinarlo con precisión, se estima entre trece mil y diecisiete mil millones de dólares.

Respecto de las causas que originaron las demandas que se presentaron durante el régimen de convertibilidad, podemos mencionar la ruptura de los contratos para la prestación de servicios, la aplicación de impuestos no contemplados en la inversión original, y la suspensión del régimen de indexación.

El común denominador que agrupa a la totalidad de las presentaciones efectuadas a partir del año 2002 se vincula con los efectos de la devaluación sobre los contratos en general y sobre el esquema tarifario en particular. Esta es la principal causa de los reclamos de los inversores contra la República Argentina, motivados por la sanción a comienzos de 2002, de la ley 25.561/02 (Adla, LXII-A, 44) de emergencia pública y de reforma del régimen cambiario.

Esta ley, que declaró la situación de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, puso fin al régimen de convertibilidad establecido a partir de la ley 23.928 (Adla, LI-B, 1752), disponiendo que quedaban sin efecto en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público —entre ellos los de obras y servicios públicos—, las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo de repotenciación. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedaban fijados en pesos en la relación de cambio un peso = un dólar.

En el presente trabajo abordaremos las probables soluciones a favor de la República Argentina en el mencionado contexto. A tal fin, hemos tenido en cuenta las alternativas avizoradas por el gobierno de nuestro país y la opinión de algunos de los autores que han analizado esta problemática.

II. Posibles alternativas a favor de la República Argentina

Las alternativas de la Argentina que serán motivo de análisis en el presente son las siguientes:

a. Renegociar los contratos

El economista Leonardo Stanley [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN2) explica con suma claridad las tres alternativas que tiene la Argentina: a) No renegociar y mantener el esquema original dolarizado; b) romper la regla sin más, realizando una pesificación sin ajuste; o c) aceptar la modificación de reglas a partir del rediseño de un nuevo esquema contractual.

Coincidimos con el autor en que la renegociación contractual es la única alternativa que puede considerarse como razonable. Puesto que la ley 25.561/02 que declaró la situación de emergencia pública y pesificó los contratos de la administración regidos por normas de derecho público, autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los mencionados contratos. A tal fin, se creó mediante el dec. 311/03, la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos —en adelante UNIREN— en el ámbito de los Ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la misión de asesorar y asistir en el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por la ley 25.561 [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN3).

En un principio, la estrategia perseguida por la UNIREN en materia de renegociación exigía como condición que las empresas privatizadas retiraran sus demandas ante los tribunales internacionales, para así poder comenzar a discutir los contratos. Dicha postura —dura— debió modificarse posteriormente, aceptando el gobierno que las empresas mantuvieran sus demandas al momento de iniciar la renegociación. La única condición introducida por el gobierno para iniciar el diálogo se asociaba con la suspensión de las acciones mientras se desarrolle dicho proceso, de esta forma si la negociación por tarifas fracasaba, la empresa estaba habilitada para proseguir su demanda.

El proceso de renegociación es sumamente complejo y ha transitado por diferentes etapas. Al comienzo, la economía argentina se encontraba en una situación muy difícil en la cual no había variables macroeconómicas estables. Durante el año 2005 y comienzos de 2006, se lograron avances importantes en el proceso de renegociación. Las empresas y la UNIREN han mantenido numerosas reuniones de trabajo con el fin de avanzar en los diferentes temas que hacen al desenvolvimiento futuro de los contratos y licencias.

Entre los acuerdos alcanzados entre la UNIREN y las prestadoras de servicios públicos, mediante los cuales éstos acordaron suspender los procedimientos ante el CIADI, mencionaremos los concluidos con las empresas AES Corp., Gas Natural SDG S.A., Aguas Argentinas S.A., Compañía General de Electricidad S.A, Electricidad Argentina S.A., Camuzzi Int. SA., Telefónica S.A., y Telecom France.

A modo de ejemplo, el 3 de febrero de 2006, el Tribunal Arbitral del CIADI suspendió el procedimiento a pedido de la empresa Camuzzi Int. S.A. hasta el 19 de junio de 2006. La renegociación fue exitosa sobre la base de distintas concesiones que el gobierno dio a sus firmas EDEA, Edersa y Transpa, relacionadas con el incremento tarifario y la reactualización contractual [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN4).

Asimismo, Telefónica S.A. suspendió por 10 meses el juicio contra el país por 2.834 millones de dólares —el más grande que enfrenta nuestra nación— y a cambio obtuvo un ajuste en las tarifas de las llamadas que se hagan entre las 20 y las 21 horas y la dolarización de las comunicaciones que llegan a la Argentina desde el exterior [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN5). Lo mismo aconteció con la demanda de Telecom France el pasado 7 de marzo de 2006, con igual acuerdo al de Telefónica S.A. [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN6).

**b. Denunciar los TBI.**

Es conveniente aclarar que se debe denominar "denuncia" a la forma de extinción/terminación por voluntad de las partes de tratados de carácter bilateral. Si en cambio nos referimos a tratados multilaterales, la terminología correcta a aplicar resulta ser la de "retiro"[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN7).

Esta forma de extinción no se relaciona con ningún vicio de consentimiento, sino que es un derecho que puede ejercer unilateralmente cualquiera de las partes del tratado cuando tal posibilidad esté prevista en el correspondiente TBI. En este sentido, el ar. 56 de la Convención de Viena sobre celebración de tratados prevé que podrá ejercerse el derecho de denuncia o retiro si el tratado mismo lo prevé, caso contrario, si consta de algún modo que fue la intención de las partes admitir tal posibilidad o si de la naturaleza del tratado puede inferirse este derecho.

El derecho de denuncia podría ejercerse válidamente con respecto a los TBIs que han vencido, pues éstos prevén tal posibilidad. Como lo exponen Augusto Morello y Germán González Campaña [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN8) prácticamente la mitad de los TBIs han vencido sin que se los haya denunciado, ni propuesto modificaciones a los respectivos Estados signatarios, ya sea excluyendo la jurisdicción arbitral como modo de solución de controversias o bien exigiendo el agotamiento previo de los recursos administrativos o judiciales internos.

Aquí el problema es que la mayoría de los TBIs disponen que una vez que hayan vencido éstos se reconducen tácitamente por tiempo indefinido, hasta que alguna de las partes los denuncie. De esta forma, por ejemplo, el artículo XIV de TBI firmado con los Estados Unidos dispone que "cada Parte podrá denunciar el Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, por medio de notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación".

Sin embargo, otros Tratados firmados por la República Argentina establecen que cumplidos los primeros diez años de vigencia, se renuevan tácitamente por períodos de hasta diez años más. De esta manera, en algunos casos, al no habérselos denunciado en el 2004, se debe esperar hasta el año 2014 para poder hacerlo. Tal es el caso del TBI celebrado con los Países Bajos que prevé en el articulo Artículo 15 que "salvo denuncia de una de las Partes Contratantes, hecha por lo menos seis meses antes de la expiración del período de su validez, el presente Convenio será sucesivamente renovado por tácita reconducción por períodos de diez años, reservándose cada Parte Contratante el derecho de denunciarlo mediante notificación enviada por lo menos seis meses antes de la fecha de expiración del período de validez en curso".

Lo que resulta más preocupante aún es la cláusula que contienen todos ellos (salvo el de Colombia) que determina una suerte de "ultraactividad" de los compromisos asumidos en los tratados una vez que hayan sido denunciados, por períodos que van de diez a quince años. Es decir, que si se toma el convenio celebrado con la República de la India que entró a regir en agosto de 2002, su vencimiento operará recién en el 2012 y los efectos posteriores, si se lo denuncia con anterioridad a esa fecha, continuarán vigentes hasta el año 2027. De esta forma, el articulo XIV de BIT firmado con los Estados Unidos dispone que "con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas con anterioridad a la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación".

Existen ejemplos de TBIs que han vencido y que nuestro país no ha denunciado: por ejemplo el celebrado con Italia, que vencía en el año 2003 y, al no ser denunciado, se prorrogo por cinco años más hasta el año 2007; el celebrado con Bélgica y Luxemburgo que venció en el año 2004 y, al no ser denunciado, se prorrogó por diez años más hasta el año 2014, o el celebrado con España que venció en el año 2002 y por no ser denunciado se prorrogó hasta el año 2006.

Por su parte, el **Procurador del Tesoro de la Nación** **[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN9) afirma que los TBIs no se han denunciado porque no existiría ventaja alguna en hacerlo, pues el problema para nuestro país no estaría dado por los TBIs, sino por el "uso fraudulento" que se hace de los mismos**. Es decir, lo que se sostiene desde el gobierno es que lo que hay que frenar es el utilización abusiva por parte de los inversores de las cláusulas previstas en los TBIs —en especial la arbitral—, lo que no implica dejar de lado las garantías necesarias otorgadas por los TBIs.

Aquí no se trata de interrumpir relaciones económicas con Estados signatarios de los TBIs, sino simplemente dar por cumplidos los acuerdos firmados y no renovarlos, o bien, de resultar necesario, evaluar la firma de otros que resulten acordes a la política económica y de inversiones que en la actualidad se desee impulsar.

c. Celebrar actas interpretativas de los TBIs

Una tercera opción sería que los dos países que firmaron el tratado se pongan de acuerdo y celebren un acta interpretativa del convenio donde se definan o califiquen las cláusulas más imprecisas. En ese caso la reinterpretación tendría un efecto retroactivo porque ambos países estarían diciendo que nunca quisieron decir lo que algunos inversores interpretaron en su provecho. De esta manera, Argentina lograría limitar algunos términos originalmente amplios y acotar la jurisdicción del CIADI.

El articulista Fernando Krakowiak [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN10) indica que fue justamente eso lo que Argentina acordó con Panamá en septiembre de 2005 al suscribir un Acta Interpretativa donde aclararon que "las partes contratantes han entendido (...) que la determinación del tipo de cambio no constituye un supuesto de expropiación directa ni indirecta ni una medida similar a aquélla, sino una medida regulatoria de política económica no compensable".

Fuentes del Gobierno reconocieron que la Consejería Legal de Cancillería intentó impulsar la firma de un acta interpretativa similar para los tratados firmados con los Estados Unidos y España. Sin embargo, estos países dilataron la cuestión para "más adelante", lo cual equivale a decir que no.

Este mecanismo diplomático, puede ser de gran utilidad para la Argentina. Por ejemplo, para interpretar los alcances del concepto de"estado de emergencia nacional" contenido en todos los TBIs; en cuestiones como la de la legitimación procesal de los accionistas de las empresas, en el concepto de "expropiación" y "nacionalización", etc.

Su importancia, en el marco de la estrategia defensiva de la Argentina, se demuestra por la posibilidad de condicionar la esfera de competencia del CIADI frente a las demandas de los inversores. En el plano real, el CIADI dejaría de ser el único sujeto de interpretación y aplicación del derecho. Dejaría de ser el único sujeto que decide el conflicto [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN11).

d. **Promover la declaración de nulidad de los BITs**

Algunos autores, como Alejandro Teitelbaum [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN12), plantean la posibilidad de demandar la nulidad de los TBIs suscriptos por la República Argentina. Se fundan en la nulidad prevista en el artículo 46.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que establece: "1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

Esta norma constituye la excepción al principio de que un Estado no puede alegar sus disposiciones de derecho interno para dejar de cumplir una obligación asumida en un tratado internacional contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena.

En el ámbito latinoamericano la renuncia a la jurisdicción territorial significa abdicar de una vieja conquista cimentada en el siglo XIX por Carlos Calvo. La "doctrina Calvo" propiciaba, entre otras cosas, la sujeción de los extranjeros a las leyes y jueces nacionales.

Así figura plasmada la doctrina Calvo en la Constitución argentina, en cuyo artículo 116 dispone: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación...y por los tratados con naciones extranjeras...".

De este modo, la renuncia a la jurisdicción territorial contenida en los TBIs sería —para Teitelbaum— contraria a la Constitución Nacional y a la tradición jurídica argentina encarnada en la Doctrina Calvo. Por lo tanto, y de conformidad con el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sostiene que son nulos y sin validez los TBIs firmados por Argentina.

Sin embargo, creemos que el argumento invocado por Teitelbaum para lograr la nulidad enfrenta un obstáculo insalvable, que es el artículo 45 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concerniente a la pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad y estableciendo que "un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado ... si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:... b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación según el caso".

Es evidente que la conducta desplegada por la República Argentina con posterioridad a la vigencia de los BITs demuestra su conformidad/anuencia a la validez de los mismos. Los sesenta BITs no representan un número pequeño como para cometer siempre el mismo error. Además una prueba contundente de la aquiescencia argentina a la validez de los BITs está dada por el hecho de no haber denunciado los mismos cuando éstos se hallaban próximos a vencer.

**e. Controlar judicialmente los laudos al solicitarse su ejecución**

Esta es la alternativa más debatida pues, de acuerdo a lo establecido en los arts. 53 y 54 del Convenio de Washington de 1965, los Estados miembros que brinden su consentimiento mediante un TBI, se obligan a la aplicación y ejecución inmediata del laudo arbitral, sin posibilidad de cuestionamiento alguno por parte de los tribunales locales, de allí que se sostenga que las sentencias arbitrales del CIADI son autoejecutables y autosuficientes. Por eso, la tendencia mundial, es a considerar los laudos arbitrales extranjeros como irrecurribles ante la justicias locales.

Aun cuando la Convención es clara respecto a las características mencionadas, algunos autores analizan si el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 1° de junio de 2004, en los autos "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c.Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento" que nulificó parcialmente un laudo nacional, podría ser aplicado en el plano internacional respecto de las sentencias arbitrales del CIADI.

En la causa mencionada, la CSJN declaró la nulidad parcial del laudo arbitral nacional, por haber fallado el tribunal sobre puntos no comprometidos, sosteniendo asimismo que "no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el interés público".

Para muchos autores no puede pretenderse, mediante la aplicación de la doctrina del fallo Cartellone —referida a un laudo arbitral nacional—, judicializar sentencias arbitrales internacionales para irrumpir en sus aspectos de fondo y revisar el laudo en sus cuestiones de mérito.

De esta forma, hay quienes sostienen que el esquema de arbitraje propuesto por el Convenio de Washington de 1965 ha sido consentido expresamente por Argentina mediante la firma de los TBIs, lo que importa una obligación internacional del Estado Argentino que excede la esfera de los compromisos bilaterales e impone un comportamiento adecuado respecto de los restantes Estados Contratantes [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN13).

Se sostiene así que la posibilidad de revisar los laudos del CIADI no resolverá demasiado y acarreará la responsabilidad internacional del Estado, pues las sentencias del Poder Judicial argentino jamás podrían tener efecto en el plano internacional, máxime cuando se ha delegado la competencia jurisdiccional a través de más de cincuenta tratados [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN14).

Sin embargo, la estrategia de la Argentina no descartó reservar a sus tribunales internos la revisión de los laudos del CIADI al momento en que se intente su ejecución. Desde el Gobierno argentino se ha sostenido que todo laudo que se pretenda ejecutar ante nuestro país, que vulnere el orden público o los principios de derecho público de nuestra Constitución, podrá ser cuestionado por ante la CSJN, la cual, con suma prudencia, actuará como paraguas jurídico y máxima garantía de juridicidad para nuestro país y para los inversores extranjeros afectados [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN15).

Explica Horacio Rosatti [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN16) que la imposibilidad de control judicial local de inconstitucionalidad es para la Argentina una cuestión sustancial, en la medida que se traduce en una inhibitoria para ponderar la vigencia de los principios de derecho público a cuya observancia condiciona la Constitución Nacional la validez de los tratados internacionales de comercio.

Cierto es que el Caso Cartellone se refiere a un supuesto de Arbitraje Interno, por lo que cabe preguntarse cuál será la postura de la Corte ante el sometimiento de un laudo Internacional. Ahora bien, si la Corte decide revisar los laudos del CIADI consideramos que tendrá que ser más precisa a la hora de establecer los supuestos de procedencia de la revisión, pues creemos que en Cartellone se utilizan términos muy amplios, como la invocación de oposición al orden público, inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad, dejando prácticamente abierta la puerta para la revisión judicial de cualquier laudo.

III**. Consideraciones finales**

Nuestro objetivo ha sido revistar las distintas alternativas o propuestas para la solución de una cuestión —tan actual y tan jurídica, por cierto—, que no podemos ignorar ni como argentinos, ni menos aún, como abogados.

\* En primer lugar, consideramos que la renegociación es la vía más adecuada a fin de coordinar los distintos intereses en juego, tanto desde el punto de vista de las empresas como del Estado nacional. Creemos que las empresas deberían aceptar una merma de su rentabilidad en atención a las extraordinarias rentabilidades que tuvieron muchas de ellas —y que fueron muy superiores a las que obtenían simultáneamente en Europa o Estados Unidos. No olvidar aquí la noción del riesgo empresario que surge de la propia naturaleza de la palabra "inversión", significando que está sujeta a cierta eventualidad, tanto en el desarrollo de su actividad, como en el logro u obtención de beneficios, utilidades o ganancias.

\* Asimismo, estimamos innecesario que el Estado argentino evalúe la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión que han vencido o están cercanos al vencimiento. La experiencia reciente nos ha demostrado el carácter netamente unilateral que poseen sus disposiciones, habida cuenta que sólo establecen una serie de garantías en favor de los inversores foráneos, sobre todo cuando está comprobado que el factor determinante de los flujos de inversión es el tamaño del mercado y no los TBIs.

\* Reafirmamos la postura del maestro Morello y de González Campaña, que no denunciar los tratados que han vencido debilita la postura del Gobierno argentino, puesto que aparece contradictorio que, por un lado se busque la revisión local de los laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales y, simultáneamente, por otro lado, se les esté prorrogando jurisdicción por tratados que no son denunciados cuando puede hacérselo.

\* Respecto de los TBIs aún vigentes por muchos años más, celebrar actas interpretativas parecería ser lo más conveniente. Consideramos que el Estado debe trabajar exhaustivamente para que se modifique su contenido a efectos de reducir la jurisdicción arbitral del CIADI (es esencial), en lo atinente a las definiciones amplias del término inversión y a la limitación estricta del concepto de expropiación.

\* En lo concerniente al control judicial de los laudos, creemos que si la Corte declara su inconstitucionalidad, de todas maneras, subsistiría la posibilidad de ejecutar el laudo en cualquier otro país que haya ratificado la Convención de Washington, sin perjuicio de que se generaría la responsabilidad internacional de la República Argentina. Lo cual no es deseable.

Esperamos que estas consideraciones sirvan para reflexionar sobre los caminos posibles de Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. En definitiva, se trata de conocer la problemática y propiciar soluciones o alternativas, ya que siempre vale tener presente que para evitar repetir los mismos errores en un futuro, debemos aprender del pasado.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN1v) En total, aproximadamente el 40% de las demandas ante el CIADI, son en contra de Argentina

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN2v) STANLEY, Leonardo E.: "Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente", Santiago de Chile, 2004, Desarrollo Productivo, CEPAL, p. 43.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN3v) Sitio web de la UNIREN www.uniren.gov.ar.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN4v) "Camuzzi suspende tres de sus juicio contra el país ante el CIADI", El Cronista Comercial, 20/12/05.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN5v) "Telefónica suspende el juicio contra el país por 2.834 millones de dólares", El país, Diario Clarín, 15/2/06.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN6v) "Telecom firmará el lunes la renegociación con el Gobierno", El país, Diario Clarín, 2/3/06.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN7v) MONCAYO, VINUESA, GUTIERREZ POSSE, "Derecho Internacional Público", t. I, Ed. Zavalía, 1999, p. 136.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN8v) MORELLO, Augusto M. y GONZALEZ CAMPANA, Germán, "El vencimiento de los tratados bilaterales de inversión", LA LEY, 2005—E, 1107.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN9v) DOMINGO, Natalia, "Es la privatizada...", Pagina 12 suplemento CASH, 11 de Septiembre de 2005

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN10v) KRAKOWIAK, Fernando; "Tribunal CIADI : aberración de los tratados bilaterales de inversión", Página 12, Suplemento Cash, 6 de mayo del 2005.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN11v) BORZI DE LUCIA, Máximo, "Ensayo sobre la defensa de la República Argentina ante los estrados del CIADI", Suplemento Derecho del Consumidor, Doctrina, http://www.eldial.com/suplementos /consumidor/doctrina/dc050805—f.asp

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN12v) TEITELBAUM, Alejandro, "Las demandas de las sociedades transnacionales contra el estado argentino ante los tribunales arbitrales del CIADI(II) ", Especial para argenpress.info, 16/2/2005, disponible en http://www.argenpress.info/nota.asp?num=018598

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN13v) MARTINEZ DE HOZ José A y MACCHIA, Valeria, "La doctrina del fallo Cartellone: ¿resulta aplicable a los laudos del CIADI?", elDial.com editorial albrematica, 30/VI/04.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN14v) BORZI DE LUCIA, Máximo, "Ensayo sobre la defensa de la República Argentina...", ob. cit.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN15v) GONZALEZ ELIAS, Hugo R., "Los aspectos medulares del arbitraje administrativo internacional en argentina. El reciente laudo en 'CMS'", LA LEY, 2005—D, 1201.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&hitguid=i15001C367637493EA9735A83A73B7146&spos=1&epos=1&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN16v) ROSATTI, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión. El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1283.

El cumplimiento de los laudos del CIADI y el derecho internacional

**Bottini, Gabriel**

**Publicado en:** Sup. Act 01/11/2005, 1-Sup. Act. 03/11/2005, 2

**Sumario:** SUMARIO: I. El CIADI y los tribunales arbitrales. - II. Los laudos del CIADI y el derecho internacional. - III. La violación de la jurisdicción del CIADI y los tribunales locales. - IV. IV. Conclusión.

Voces

**Voces: ARBITRAJE INTERNACIONAL** - ARBITRAJE - DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO - ARBITRO - LAUDO ARBITRAL - TRATADO INTERNACIONAL - TRIBUNAL ARBITRAL

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append)

La proliferación de procedimientos arbitrales contra la República Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN2) particularmente a partir de las medidas tomadas para hacer frente a la más grave crisis de su historia institucional, constituye uno de los problemas más complejos y urgentes que enfrenta nuestro país en el plano internacional [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN3). La sola consideración de los montos reclamados en los casos ya iniciados, que suman varios miles de millones de dólares, basta para comprender el papel preponderante que los arbitrajes CIADI tienen entre las consecuencias derivadas de la crisis referida.

Por su importancia, el tema merece ser analizado desde diversos puntos de vista. El análisis, claro está, no debe limitarse a sus aristas legales, sino también fundamentalmente a los aspectos económicos y de política exterior involucrados. Interrogantes como cuál fue la influencia real de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), cuya suscripción permitió a los inversores extranjeros recurrir al CIADI, sobre los flujos de inversiones recibidos por la Argentina, o respecto al impacto que hoy tienen los TBIs y los arbitrajes CIADI sobre la facultad del Estado de regular los servicios públicos, ameritan estudios cuya profundidad excede los fines de este artículo.

El objeto del presente es considerar la situación en la que se encuentra la República Argentina, bajo el derecho internacional, frente a laudos arbitrales que impongan el pago de indemnizaciones a inversores extranjeros. En particular, a continuación se analiza de dónde deriva la obligación internacional de cumplir con los laudos del CIADI y en qué supuestos nuestro país puede no estar obligado a cumplir con los mismos.

En el apartado I. se realiza una breve descripción de las características principales del CIADI y de los tribunales que se establecen bajo sus reglas. Luego, en el apartado II., se analizan los efectos de un laudo del CIADI respecto del país condenado. En el apartado III. se considera un supuesto en que un laudo de un tribunal CIADI debe ser desconocido por contrariar el derecho internacional, y cuál debería ser la actitud de nuestros tribunales frente a un intento de ejecutar un laudo con esas características. Finalmente, en el apartado IV. se concluye con algunas consideraciones respecto de las posibles consecuencias de no ejecutar aquellos laudos del CIADI que contrarían el derecho internacional, teniendo en cuenta también la actitud que podrían adoptar aquellos Estados de los cuales son nacionales los inversores involucrados.

I. El CIADI y los tribunales arbitrales

El CIADI fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscripto en el año 1965 [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN4). Se trata de una organización internacional con "plena personalidad jurídica internacional" de acuerdo a lo que expresamente dispone el Convenio CIADI [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN5). La inclusión de un ar-tículo estableciendo la personalidad jurídica del CIADI, disposición que no siempre existe en los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales, [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN6) se debió esencialmente a la intención de distinguir al CIADI de la institución que propició su creación y con la cual se encuentra íntimamente vinculado: el Banco Mundial [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN7).

La estructura permanente del CIADI consiste sólo de dos órganos, el Consejo Administrativo y un Secretariado [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN8). Ello se debe a que, con excepción de lo que se dirá respecto a las Comisiones de Conciliación y a los Tribunales de Arbitraje, el Centro es básicamente un órgano administrativo, cuya función está limitada a administrar los procedimientos de conciliación y arbitraje [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN9).

El Consejo Administrativo es el órgano de gobierno, compuesto por un representante de cada uno de los Estados miembros del CIADI, y cuyo presidente es, a la vez, el presidente del Banco Mundial [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN10). Debe reconocerse que, a diferencia de lo que ocurre en los órganos de las organizaciones financieras internacionales, [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN11) la composición democrática del Consejo y el hecho de que cada miembro tiene un voto [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN12) asegura una igualdad formal en la toma de decisiones dentro de ese órgano [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN13).

Por otra parte, desde un punto de vista institucional, las facultades y funciones del Consejo son muy relevantes e incluyen la adopción del presupuesto anual, de los reglamentos administrativos y financieros, y de las reglas procesales aplicables a la conciliación y el arbitraje [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN14). Sin embargo, ciertas funciones que pueden tener un impacto sustancial en el procedimiento arbitral, como la decisión final sobre la recusación de un arbitro en caso de empate de votos de los otros árbitros, o la elección de los miembros de la Comisión que decidirá un recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral, recaen en el Presidente del Consejo y no en el órgano en pleno [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN15). Y aquí la igualdad se termina, pues la elección del Presidente del Banco Mundial, que como se dijo es simultáneamente el Presidente del Consejo, tiene poco de democrática [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN16).

El Secretariado está integrado "por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro"[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN17). A su vez, el Secretario General es "el representante legal y el funcionario principal del Centro", y tiene a su cargo la administración del CIADI [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN18). Si bien de la mera lectura del Convenio podría concluirse que las funciones del Secretariado no revisten gran relevancia una vez superada la etapa de registro de la controversia, [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN19) lo cierto es que el Secretario General y los funcionarios del Centro juegan un rol importante en el desarrollo del procedimiento arbitral. Por ejemplo, el Secretariado constituye el único canal de comunicación entre las partes y el Tribunal Arbitral durante el arbitraje, con excepción de las audiencias donde, obviamente, el contacto es directo.

Por otra parte, el CIADI mantiene una lista de conciliadores y una lista de árbitros, [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN20) cuyos integrantes son designados por los Estados Contratantes con excepción de 10 de los mismos que pueden ser designados por el Presidente del Consejo [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN21). El sistema, que consiste en mantener una lista de personas que pueden ser elegidas por las partes para integrar los tribunales arbitrales, está basado en lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención para la resolución pacífica de controversias internacionales, concluida en La Haya en 1899, y en el artículo 44 de la versión revisada de esa convención adoptada en 1907 [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN22). Las listas tienen como función proveer a las partes en una controversia de alternativas para la selección de árbitros pero, a diferencia del Presidente del Consejo, éstas están facultadas para seleccionar árbitros no incluidos en las listas, siempre que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14 del Convenio CIADI [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN23).

El Convenio CIADI y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN24) regulan la constitución de los tribunales arbitrales [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN25). Sin embargo, de las disposiciones correspondientes no puede determinarse con facilidad la naturaleza jurídica de estos últimos. Es claro que los Tribunales CIADI no escapan al principio general en materia de arbitraje, que aún hoy es el carácter ocasional del órgano arbitral [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN26). Se trata de tribunales creados ad hoc para la solución de controversias específicas y que desaparecen una vez culminado el procedimiento arbitral [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN27). Pero no puede desconocerse que los tribunales creados de acuerdo a las normas del Convenio CIADI tienen ciertos caracteres que los diferencian de otros tribunales arbitrales ad hoc y de los tribunales creados bajo los auspicios de instituciones privadas [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN28).

Una posibilidad es considerarlos órganos subsidiarios del CIADI, teniendo en cuenta que se trata de tribunales creados de acuerdo a las normas del Convenio CIADI, que su competencia deriva en parte del consentimiento prestado por los Estados miembros a ese Convenio, y que el CIADI tiene una serie de facultades de relevancia en relación con el arbitraje (incluyendo la facultad de nombrar árbitros en ciertas circunstancias [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN29)) para la administración del mismo [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN30). La creación por parte de organizaciones internacionales de órganos de naturaleza judicial, con independencia funcional pero sin personalidad jurídica propia, es hoy una ocurrencia frecuente en el derecho internacional [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN31).

Otra posibilidad es tratar a los tribunales arbitrales CIADI como entidades dotadas de personalidad jurídica propia, independientes aunque manteniendo vínculos estrechos con el Centro. La posibilidad de que en el derecho internacional existan sujetos de diferente naturaleza y con distintos derechos ha sido reconocida desde hace décadas por la Corte Internacional de Justicia (en adelante "CIJ") [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN32).

Esta última posición puede fundarse, inter alia, en que en principio son las partes en la controversia quienes "crean" el Tribunal, le confieren su competencia y seleccionan a los árbitros. Si bien como se dijo el CIADI tiene ciertas facultades en materia de constitución del Tribunal, sobre todo ante la falta de acuerdo entre las partes, estrictamente la creación del mismo no deriva de un acto jurídico adoptado por el Centro, como es el caso de tribunales creados por otras organizaciones internacionales. Es claro, aun de aceptarse esta postura, que la personalidad jurídica de los Tribunales CIADI sería efímera y se agotaría con la finalización del arbitraje [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN33).

A los efectos del presente artículo no es necesario determinar en forma definitiva cuál de las dos posturas es correcta. Como se verá en el punto siguiente, se considere a los Tribunales arbitrales CIADI como sujetos de derecho independiente o se los considere como órganos del CIADI, el cumplimiento de los laudos está sujeto a reglas similares, con algunos aspectos particulares en uno u otro caso [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN34).

II. Los laudos del CIADI y el derecho internacional

De conformidad con el Artículo 53 del Convenio CIADI, "[e]l 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". Es claro entonces que un Estado condenado en un arbitraje CIADI está bajo una obligación internacional, de origen convencional, de cumplir con el laudo, [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN35) y de no hacerlo podría incurrir en responsabilidad internacional [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN36). Ello sin perjuicio de los recursos que, contra el laudo arbitral, prevé el mismo Convenio CIADI [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN37).

Sin embargo, no cualquier laudo hace cosa juzgada. La obligación de cumplir con los laudos CIADI puede predicarse solamente respecto de aquellas decisiones arbitrales válidas bajo el derecho internacional y, en especial, bajo el Convenio CIADI [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN38).

Al respecto, no debe perderse de vista que, así como ocurre con el arbitraje internacional en general, el presupuesto básico del sistema de arbitraje creado por el Convenio CIADI es el consentimiento [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN39). El consentimiento prestado por los Estados contratantes al Convenio CIADI delimita la jurisdicción del CIADI, y por consiguiente los tribunales CIADI no pueden sobrepasar los "outer limits" (límites exteriores) de esa jurisdicción, para ponerlo en los términos del reconocido comentarista Broches.

Resulta fundamental en este punto distinguir el consentimiento prestado por los Estados al negociar y concluir el Convenio CIADI, del consentimiento que prestan las partes en una controversia (un Estado y un inversor extranjero) para someter una diferencia concreta a un tribunal CIADI [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN40). Si bien el consentimiento de estas últimas tiene una importante incidencia en la determinación de la competencia del Tribunal, ni las partes en la controversia (aun mediando acuerdo) ni el Tribunal pueden exceder los mencionados "límites exteriores" de la jurisdicción del CIADI que, como se dijo, fueron definidos al concluirse el Convenio CIADI [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN41).

Es en este último marco que debe considerarse la utilización de los términos jurisdicción y competencia en el Convenio CIADI donde, a diferencia de lo que ocurre en otros instrumentos internacionales, [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN42) los mismos cumplen funciones vinculadas pero distinguibles [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN43). El Convenio CIADI utiliza el término competencia en relación las facultades del tribunal arbitral. En cambio, "el [t]érmino "jurisdicción del Centro" se usa en el convenio como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje"[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN44). Si bien como se dijo la extensión de la competencia del tribunal depende básicamente de la voluntad de las partes en la controversia, la jurisdicción del Centro está subordinada al cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el artículo 25 del Convenio CIADI, sin que ni aun el acuerdo de las partes pueda prescindir de los mismos [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN45).

.

La jurisdicción del CIADI está limitada entonces más que por el consentimiento de las partes en la controversia, como ocurre con el arbitraje internacional en general, por el consentimiento originario prestado por los Estados contratantes del Convenio CIADI. Los límites tienen que ver esencialmente con la naturaleza de las partes y de la disputa [(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN46). En particular, "[l]a 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"[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN47).

Si el laudo de un tribunal CIADI no respeta los límites de la jurisdicción del CIADI, de conformidad con lo expuesto, el mismo no generará para el Estado condenado una obligación internacional de cumplirlo. La justificación teórica última de esta conclusión dependerá de si se considera a los tribunales CIADI como órganos del Centro, o si se los considera como sujetos de derecho internacional independientes.

En el primer supuesto, un laudo de tales características constituirá un acto ultra vires del CIADI, por exceder los poderes que le fueron conferidos por los Estados miembros, y por lo tanto en principio no producirá efectos jurídicos [(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN48) (sin perjuicio de la eventual responsabilidad internacional del Centro). Es claro que un órgano de una organización internacional, por más amplios que sean sus poderes, no puede sobrepasar los límites de la jurisdicción de esta última [(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN49).

En el segundo supuesto, el laudo será igualmente ilegal bajo el derecho internacional y por lo tanto carente de efectos por haber violado los límites del consentimiento prestado por los Estados al aceptar la jurisdicción del CIADI. Como se dijo, a diferencia del consentimiento que delimita la competencia del tribunal, el consentimiento que delimitó la jurisdicción del CIADI no puede ser desconocido ni por el tribunal ni por las partes en la controversia. La jurisdicción del Centro determina los límites dentro de los cuales "se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje" y los mismos no son disponibles mientras no se modifique el Convenio CIADI.

A los efectos del presente artículo, debe subrayarse que la ilegalidad descripta se refiere al supuesto en que el tribunal arbitral, al laudar, excedió la jurisdicción del CIADI, y no a supuestos en que los tribunales CIADI pudieran exceder su propia competencia [(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN50). De acuerdo al principio de la "compétence de la compétence"[(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN51) estas últimas cuestiones deberán ser planteadas ante el propio tribunal arbitral, y eventualmente ventiladas a través del procedimiento de anulación previsto en el Convenio CIADI. Pero cuando el laudo viola la jurisdicción del CIADI, el mismo no puede ser opuesto al Estado parte en la controversia, ni debiera ser ejecutado por los demás Estados contratantes [(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN52).

III. La violación de la jurisdicción del CIADI y los tribunales locales

Uno de los supuestos más claros de violación por parte de los tribunales arbitrales de la jurisdicción del CIADI lo constituye la admisión, por parte de estos últimos, del ejercicio por los inversores de acciones "indirectas" o "derivadas". Este supuesto reviste también enorme trascendencia para la República Argentina, teniendo en cuenta que la gran mayoría de las demandas iniciadas contra el país ante el CIADI constituyen acciones indirectas [(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN53).

En términos sencillos, y sin pretender agotar un tema que amerita un trabajo independiente, se denomina acciones "indirectas" o "derivadas" al ejercicio por parte de un accionista de una acción tendiente a obtener una reparación por un daño sufrido por la sociedad en la que es socio. La República Argentina se ha opuesto al ejercicio de este tipo de acciones, sosteniendo en esencia que los accionistas sólo pueden reclamar por afectaciones a sus derechos, pero no por afectaciones a los derechos de la sociedad, reivindicando el principio básico de la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad y de sus socios [(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN54).

Por supuesto que ello no implica desconocer, como bien lo afirmó la CIJ en el célebre caso Barcelona Traction, [(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN55) que los actos que afectan los derechos de una sociedad afectan también a sus accionistas, pero afectan los intereses de estos últimos y no sus derechos [(56)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN56). En ese caso, la CIJ se refirió en términos genéricos a cuáles son los derechos que los sistemas jurídicos internos, que son una fuente de derecho internacional en los términos del artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ, y el derecho internacional, le reconocen a los accionistas, que son básicamente los mismos que les reconoce el derecho argentino. Así, mencionó el derecho a percibir dividendos, el derecho a asistir y votar en las reuniones sociales, y el derecho a obtener su parte proporcional de los bienes remanentes de la sociedad en caso de liquidación [(57)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN57). No hay duda que si se le afectan cualquiera de esos derechos a un inversor extranjero que ha invertido en acciones de una compañía local, ese inversor tendrá una acción iure proprio perfectamente procedente bajo el derecho internacional y respecto de la cual el CIADI tendrá jurisdicción.

Los Tribunales CIADI que han considerado la excepción de jurisdicción interpuesta por la República Argentina referida al tema de acciones indirectas o derivadas, hasta el momento, la han rechazado [(58)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN58). En alguna medida, lo han hecho confundiendo los argumentos de la República Argentina, como sosteniendo que los accionistas tienen una acción directa, [(59)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN59) algo no disputado por nuestro país, o afirmando que las tenencias accionarias indirectas están protegidas por los TBIs, [(60)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN60) lo que tampoco está, como principio, en tela de juicio. El punto, claro y simple, es que un accionista, directo o indirecto, mayoritario o minoritario, sólo tiene una acción directa respecto de medidas que afecten sus derechos y no respecto de medidas que sólo afectan los derechos de la sociedad.

Pero más allá de la viabilidad de las "acciones indirectas" bajo el derecho internacional general y bajo los TBIs, resulta claro que el CIADI, y por ende los Tribunales CIADI, no tienen jurisdicción respecto de este tipo de reclamos. Esta es la conclusión obligada cuando se tiene en cuenta que, cuando se negoció el texto del Convenio CIADI, se consideró la posibilidad de otorgar una acción directa a accionistas extranjeros que controlaran sociedades locales respecto de medidas que afectaran los derechos de estas últimas. Ello pues se sostenía que muchas veces eran los propios Estados los que habían exigido al inversor constituir una sociedad local. Esa alternativa, sin embargo, fue expresamente descartada [(61)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN61).

En lugar de las acciones indirectas o derivadas se estableció el mecanismo previsto en el artículo 25 (2) (b) in fine del Convenio CIADI [(62)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN62). Bajo esa norma, empresas locales pueden demandar al Estado receptor de la inversión ante el CIADI (algo que en principio viola el requisito de nacionalidad establecido en el Convenio CIADI), siempre que las partes en la diferencia "hubieren acordado atribuirle carácter [de extranjero], a los efectos [del Convenio CIADI], por estar sometidas a control extranjero"[(63)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN63). Fuera de lo establecido en esa disposición, el CIADI no tiene jurisdicción respecto de un reclamo en el cual un accionista reclama por la violación de derechos de la sociedad en la que participa.

Por ende, un laudo en el que se ordena el pago de una indemnización a un accionista por la violación de los derechos de la sociedad correspondiente, no genera para el Estado condenado la obligación internacional de reconocer y hacer ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo [(64)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN64). Un tribunal argentino al que se solicite la ejecución de un laudo de esas características [(65)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN65) no sólo no estará obligado a ejecutarlo, sino que deberá abstenerse de hacerlo, pues de lo contrario estará colaborando con la comisión de un ilícito internacional [(66)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN66).

A la conclusión precedente se arriba sin dejar de tener en cuenta que es incuestionable, bajo el derecho internacional, que los actos del Poder Judicial resultan imputables al Estado, y que si los mismos constituyen una violación de una obligación internacional comprometen la responsabilidad de este último [(67)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN67). Tampoco se pierde de vista la saludable doctrina de nuestra Corte Suprema, predicable respecto de todos los magistrados de nuestro país, en cuanto a que prevenir la eventual responsabilidad del Estado no es una cuestión ajena a la jurisdicción de un juez "en cuanto pueda constitucionalmente evitarla"[(68)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN68). Pero, cabe insistir, un laudo que ha sido dictado en violación de la jurisdicción del CIADI no genera una obligación internacional válida para nuestro país, y por ende la negativa de un tribunal argentino a ejecutarlo no generará la responsabilidad internacional de la República Argentina.

IV. Conclusión

La no ejecución por parte de la República Argentina de un laudo de un Tribunal CIADI, haría "renacer" el derecho del Estado de nacionalidad del inversor a ejercer la protección diplomática en beneficio de este último [(69)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN69). La protección diplomática en ese caso podría consistir no sólo en intercambios diplomáticos, sino también en un recurso ante la CIJ en virtud de lo acordado en el artículo 64 del Convenio CIADI [(70)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN70).

La CIJ constituye un foro competente para tratar las cuestiones analizadas precedentemente. En efecto, si bien el artículo 64 "no confiere jurisdicción a la Corte para que la misma revise la decisión de una Comisión de Conciliación o de un Tribunal de Arbitraje en cuanto a la competencia de éstos para decidir las diferencias que conozcan", [(71)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN71) ello no excluye la posibilidad de que la Corte revise las decisiones de Tribunales CIADI en lo que concierne a la jurisdicción del CIADI.

Específicamente en relación con el supuesto de las "acciones indirectas", debe destacarse que los Estados Unidos de América han sostenido una posición muy similar a la afirmada por la República Argentina en cuanto a la inadmisibilidad de las mismas, con excepción de aquellos supuestos en que se encuentran expresamente admitidas [(72)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN72). Por ende, ese país se encontraría en una posición jurídica particularmente débil si decidiera demandar a la República Argentina por no cumplir un laudo en el que se hizo lugar a una acción indirecta iniciada por un inversor norteamericano [(73)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN73).

En definitiva, es indiscutible que la República Argentina ha asumido la obligación internacional de cumplir con aquellos laudos de Tribunales CIADI que estén en conformidad con el Convenio CIADI. Respecto de aquellos laudos que contraríen este último instrumento, no cabe duda que nuestro país deberá en primer lugar agotar los recursos que el propio Convenio CIADI provee para lograr el respeto al consentimiento prestado al adherirse a ese instrumento.

Una vez finalizada esa etapa, para el supuesto que "sobrevivan" laudos que violenten la jurisdicción del CIADI, no existirá una obligación internacional de ejecutarlos de conformidad con lo aquí expuesto, basado en fundamentos clásicos y firmemente establecidos de derecho internacional. El desconocimiento de laudos del CIADI con fundamentos de derecho local sin un correlato en el derecho internacional, por más razonables y válidos que los mismos sean desde el punto de vista de nuestro derecho, y aun cuando estén basados en disposiciones constitucionales, estarán en contradicción con el indiscutido principio de derecho internacional que prohíbe invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento del derecho internacional [(74)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN74).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN1v) Gabriel Bottini es asesor en la Procuración del Tesoro de la Nación. Las opiniones vertidas en este artículo corresponden exclusivamente al autor y no necesariamente coinciden con la posición de ese organismo.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN2v) En la actualidad, existen 32 arbitrajes contra la República Argentina en trámite ante el CIADI. Ver http://www.ptn.gov.ar/.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN3v) De ello da cuenta la gran cantidad de artículos periodísticos publicados en los últimos meses en referencia al tema a los que, por su número, cabe referir al lector genéricamente.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN4v) Ver Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, disponible en http://www.worldbank.org/icsid/ (en adelante "Convenio CIADI"), Artículo 1.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN5v) Convenio CIADI, Artículo 18.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN6v) Ver, e.g., la Carta de las Naciones Unidas, donde no existe una disposición expresa respecto de la subjetividad internacional de esa organización.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN7v) Ver SCHREUER, Christoph H., "The ICSID Convention: A Commentary", ps. 67-68.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN8v) Ver Convenio CIADI, Artículo 3.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN9v) Ver BROCHES, Aron, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", p. 339, II, v. 136, Recueil des Cours de l´Académie de Droit International de La Haye (1972).

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN10v) Convenio CIADI, Artículos 4 y 5.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN11v) Respecto del Fondo Monetario Internacional ver GOLD, Joseph, "Weighted Voting Power: Some Limits and Some Problems", 68 AM. J. INT´L L. 687 (1974).

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN12v) Convenio CIADI, Artículo 7(2).

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN13v) Ver SHIHATA, Ibrahim F.I., "The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: The Role of the World Bank, with particular reference to ICSID and MIGA", 1 AM. U. J. INT´L L. & POL´Y 97, 102 (1986).

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN14v) Ver Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, disponible en http://www.worldbank.org/icsid/ (en adelante "Informe de los Directores Ejecutivos"), Párrafo 19.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN15v) Ver Convenio CIADI, Artículos 52(3) y 58.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN16v) Tradicionalmente, el Presidente del Banco Mundial es elegido por su accionista más importante: los Estados Unidos de América. Ver BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, "Le Groupe de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement", en DAILLIER, Patrick, DE LA PRADELLE, Géraud y GHERARI, Habib, "Droit de l´économie internationale", p. 168, Paris, Pedone, 2004.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN17v) Convenio CIADI, Artículo 9.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN18v) Convenio CIADI, Artículo 11.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN19v) El Secretario General debe rechazar la solicitud de registro de un arbitraje si, de acuerdo a la información brindada por el solicitante, "la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro". Conf. Convenio CIADI, Artículo 36(3). Acerca de esta facultad del Secretario General ver PARRA, Antonio R., "The Screening Power of the ICSID Secretary General", News from ICSID, Vol. 2/2 (1985).

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN20v) Convenio CIADI, Artículo 3.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN21v) Ver Convenio CIADI, Artículos 12 y 13.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN22v) Conf. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention (in English) (1968), v. II, p. 145. Las Convenciones para la resolución pacífica de controversias internacionales de La Haya de 1899 y de 1907 se encuentran disponibles en http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/BD/.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN23v) Ver SCHREUER, Christoph H., op. cit., p. 51.

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN24v) Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, disponibles en http://www.worldbank.org/icsid/ (en adelante "Reglas de Arbitraje").

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN25v) Ver Convenio CIADI, Capítulo IV, Sección 2; Reglas de Arbitraje, Capítulo I.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN26v) QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick y PELLET, Alain, "Droit International Public", p. 876, Paris, L.G.D.J., 7ma. ed., 2002.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN27v) Conf. DIEZ DE VELASCO, Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", p. 746, Madrid, Tecnos, 11va. ed., 1997.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN28v) Ver SORNARAJAH, M. "The International Law on Foreign Investment", p. 429, 2a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN29v) Ver Convenio CIADI, Artículo 38.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN30v) Conf. PARRA, Antonio R., "The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes", v. 16/1, News from ICSID, (1999).

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN31v) Conf. BROWNLIE, Ian, "Principles of Public International Law", p. 62, 5a ed., Nueva York, Oxford University Press, 1998. La creación por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los Tribunales Criminales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda constituyen dos ejemplos paradigmáticos de creación de tribunales ad hoc por una organización internacional. Al respecto ver: Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991, UN Doc. S/25704, Annex (1993), disponible en 32 I.L.M. 1163 app. 1192 (1993); Statute of the International Tribunal for Rwanda, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453rd mtg., Annex, at 3, U.N. Doc. S/Res/955 (1994), disponible en 33 I.L.M. 1598, 1602 (1994).

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN32v) Conf. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations case, ICJ Reports, 1949, p. 178.

33 Cabe mencionar la posibilidad de que el Tribunal deba volver a actuar hasta 3 años después de dictado el laudo, en el supuesto de interposición por alguna de las partes del recurso de revisión previsto en el artículo 51 del Convenio CIADI.

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN34v) Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de las Comisiones que se forman ante la presentación de un recurso de nulidad, dado que a las mismas las constituye el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI (Artículo 52(3) del Convenio CIADI), su naturaleza se aproxima más claramente a la de un órgano del CIADI.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN35v) Ver BROCHES, Aron, op. cit., p. 404.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN36v) SCHREUER, Christoph H., op. cit., p. 1081.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN37v) Ver Capítulo IV, Sección 5 del Convenio CIADI y Capítulo VII de las Reglas de Arbitraje.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN38v) Conf. BROCHES, Aron, op. cit., p. 397.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN39v) Conf. Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 23. Ver también, e.g., ORLU NMEHIELLE, Vincent O., "Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)", 7 ANN. SURV. INT´L & COMP. L. 21, 27 (2001). Respecto del arbitraje en general ver, inter alia, MALANCZUK, Peter, "Akehurst´s Modern Introduction to International Law", p. 281, 7a ed., Londres, Routledge, 1997.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN40v) No debe perderse de vista lo establecido en el último considerando del preámbulo del Convenio CIADI: "Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado".

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN41v) SCHREUER, Christoph H., op. cit., p. 91.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN42v) El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, utiliza los términos jurisdicción y competencia de manera indistinta. Ver Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, disponible en http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments.htm. Ello, claro está, sin perjuicio de la utilización y significado de esos términos en los derechos nacionales.

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN43v) SCHREUER, Christoph H., op. cit., p. 95.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN44v) Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 22.

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN45v) Conf., inter alia, Tokios Tokeles v. Ukraine, Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN46v) Conf. BROCHES, Aron, op. cit., p. 352.

[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN47v) Convenio CIADI, Artículo 25(1).

[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN48v) Conf. SANDS, Philippe y KLEIN, Pierre, "Bowett´s Law of International Institutions", p. 292, Londres, Sweet & Maxwell, 5ta. ed., 2001.

[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN49v) Respecto de esta cuestión en relación con el Consejo de Seguridad y las Naciones Unidas ver Prosecutor v. Tradic, Case IT-94-1-T, Decision on Jurisdiction (agosto 10, 1995), párr. 28.

[(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN50v) Por ejemplo, si el tribunal arbitral no hubiera respetado los límites que, respecto de su competencia, derivan del instrumento por el cual un Estado y el inversor extranjero acordaron someter una controversia determinada al CIADI.

[(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN51v) Ver QUOC DINH, Nguyen, DAILLIER, Patrick y PELLET, Alain, op. cit., p. 877.

[(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN52v) De conformidad con el artículo 54 del Convenio CIADI, todos los Estados Contratantes y no solamente el Estado parte en la controversia, deben reconocer y ejecutar los laudos de tribunales CIADI. Por los fundamentos expuestos, es obvio que si se concluye que el Estado condenado no está obligado a cumplir con el laudo, el resto de los Estados miembros no deben ejecutar el mismo pues sería dar efecto a un acto ilegal.

[(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN53v) Con sólo considerar quién es la parte demandante en cada uno de los arbitrajes, puede concluirse que de los 32 arbitrajes iniciados ante el CIADI contra nuestro país, 29 son acciones indirectas. Ver http://www.ptn.gov.ar/. En unos pocos supuestos, se trata de una acción indirecta respecto de algunos de los demandantes pero no de todos, pues entre los mismos se encuentra incluida la empresa titular de los derechos supuestamente afectados, además de sus accionistas. En esos casos, los argumentos relativos a las acciones indirectas sólo son aplicables a los accionistas.

[(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN54v) Respecto del derecho internacional general, ver Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgement of 5th. February 1970, International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (en adelante "Barcelona Traction"), párr. 44.

[(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN55v) La incuestionable vigencia de los principios sostenidos en el caso Barcelona Traction y su aceptación general por los Estados, a pesar de las críticas que ha recibido, puede constatarse en International Law Commission, Fifty-fifth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2003, Fourth Report on diplomatic protection, Mr. John Dugard, Special Rapporteur, en especial párr. 47, disponible en www.un.org.

[(56)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN56v) Ver Barcelona Traction, párr. 44.

[(57)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN57v) Ver Barcelona Traction, párr. 47. Respecto a los derechos que el derecho argentino les reconoce a los accionistas ver, e.g., arts. 1, 37, 55, 91, 94, 245, y concs. Ley 19.550.

[(58)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN58v) Ver, inter alia, CMS Gas Transmisión Company c. la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/01/8, Decisión sobre jurisdicción (en adelante "CMS Jurisdicción"), párrs. 49 a 65; Azurix Corp. c. la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/01/12, Decisión sobre jurisdicción, párrs. 67 a 74; Siemens A.G. c. la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción (en adelante "Siemens"), párrs. 135 a 144; Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c/ la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre jurisdicción, párrs. 38 a 49; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/02/1, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, párrs. 48 a 63; Camuzzi International S.A. c. la República Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/2, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, párrs. 54 a 67; Sempra Energy International c. la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, párrs. 67 a 79.

[(59)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN59v) Ver, por ej., CMS Jurisdicción, párr. 65.

[(60)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN60v) Ver, por ej., Siemens, párr. 137.

[(61)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN61v) SCHREUER, Christoph H., op. cit., p. 291.

[(62)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN62v) Ver BROCHES, Aron, op. cit., p. 359 (sosteniendo que si no se establecía ese mecanismo una gran parte de la inversión extranjera quedaba fuera del alcance del Convenio CIADI). Esta afirmación refuerza la tesis aquí sostenida en cuanto a que el CIADI no tiene jurisdicción respecto de las acciones indirectas, fuera de lo previsto en el artículo 25(2)(b) in fine.

[(63)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN63v) La República Argentina ha dado el consentimiento al que se refiere esa norma, por ejemplo, en el Artículo VII.8 del TBI concluido con los Estados Unidos de América.

[(64)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN64v) Ver Convenio CIADI, Artículo 54(1).

[(65)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN65v) Por supuesto que el tribunal de que se trate deberá realizar una investigación propia para determinar si el laudo deriva o no del ejercicio de una acción indirecta. Para ello, deberá analizar cuál era la sustancia de los reclamos del demandante y quién era el titular de los derechos cuya violación dio lugar a la indemnización otorgada. Los laudos arbitrales en cuestión, habitualmente, no "reconocen" estar haciendo lugar a una acción indirecta.

[(66)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN66v) En relación con los arbitrajes que tramitan de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, parece claro que un laudo arbitral donde se admitió una acción indirecta no debe ser ejecutado por contrariar normas de orden público argentino; en particular, las normas de ese carácter del ordenamiento societario e, incluso, el derecho de propiedad de la sociedad cuyos derechos fueron afectados y que no percibirá la indemnización fijada. Ello de conformidad con lo dispuesto en el Artículo V.2 b) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. El Reglamento y la Convención se encuentran disponibles en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\_texts/arbitration.html. Conf. también art. 517 inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

[(67)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN67v) Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53° período de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Capítulo IV, Responsabilidad de los Estados (en adelante "Informe"), p. 22, Artículo 4.

[(68)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN68v) Ver, inter alia, "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros", 7/07/92, E. 64. XXIII, T. 315, p. 1492, párr. 19 (LA LEY, 1992-C, 543); "Méndez Valles, Fernando c. A. M. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres", 26/12/95, M. 354. XXIV, párr. 6 (LA LEY, 1996-C, 501); "Recurso de hecho deducido por el Estado y el Gobierno de Chile en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-", 24/08/04, A. 533. XXXVIII, párr. 9 (LA LEY, 2004-F, 296).

[(69)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN69v) Ver Convenio CIADI, Artículo 27.

[(70)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN70v) Ver SCHREUER, Christoph H., op. cit., p. 411.

[(71)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN71v) Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 45.

[(72)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN72v) Ver, por ej., la posición adoptada por los Estados Unidos de América en el caso Mondev International Ltd. Claimant and United States of America Respondent, Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11/10/02, párr. 45, o en Gami Investments Inc.Claimant and The Government of the United Mexican States Respondentes, Award, 15/11/04, párr. 29.

[(73)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN73v) La República Argentina también podría iniciar una acción ante la Corte Internacional de Justicia contra un Estado que planteara una reclamación con respecto al incumplimiento de un laudo adoptado en violación del Convenio CIADI. Ello pues se trataría claramente de una diferencia "sobre la interpretación o aplicación" del Convenio CIADI. Conf. Convenio CIADI, Artículo 64.

[(74)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&hitguid=iDA40631D3C644F7AAE3D736701261AAA&spos=2&epos=2&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN74v) Conf. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980, Viena, 23 de mayo de 1969, disponible (en inglés) en www.un.org, art. 27. Respecto de la imposibilidad de invocar la Constitución a ese fin, ver Polish Nationals in Danzig (1931), PCIJ, Ser. A/B, no. 44, p. 24.

La cláusula de la Nación más favorecida en las decisiones de los tribunales arbitrales

**Ostachi, Elisabeth D.**

**Publicado en:** LA LEY 2010-A, 872

**Sumario:** I. Introducción. II. La cláusula de la nación más favorecida. III. La aplicación de la cláusula de la NMF a los mecanismos de solución de controversias. IV. Epílogo.

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append)

*En este trabajo se pretende abordar primordialmente la inconsistente interpretación por parte de distintos tribunales arbitrales acerca de la extensión de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones referidas a los métodos de solución de controversias, y en particular, las consecuencias que ello puede ocasionar al sistema arbitral de inversiones en su conjunto.*

**Introducción:**

El arbitraje de inversión sobre la base de tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (TBI) ha demostrado un intenso desarrollo en los últimos años, en la mayoría de tales instrumentos el mecanismo de solución de controversias previsto tiene al arbitraje internacional como protagonista. Como consecuencia de ello, han sido fundamentalmente los tribunales arbitrales los que han tenido la responsabilidad de llevar a cabo la interpretación de las cláusulas insertas en tales tratados.

Entre las cláusulas más frecuentes dentro de los TBI se encuentra la de la nación más favorecida, cuyo ámbito de aplicación se ha convertido en una de las cuestiones más controvertidas, tanto en el plano del arbitraje internacional como a nivel doctrinario. [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN1)

En esta ponencia me interesa abordar primordialmente la inconsistente interpretación por parte de distintos tribunales arbitrales acerca de la extensión de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones referidas a los métodos de solución de controversias, y en particular, las consecuencias que ello puede ocasionar al sistema arbitral de inversiones en su conjunto.

**La cláusula de la nación más favorecida.**

La cláusula de la nación más favorecida es una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado conviene en otorgar a la otra parte contratante o a las personas o cosas que guardan una relación con ella, un trato no menos favorable que el que confiere al tercero de la misma naturaleza más favorecido o a las personas o cosas que guardan con él idéntica relación. Se trató de una forma particular y temprana de la cláusula de no discriminación y sus orígenes se remontan a los primeros tratados de amistad, comercio y navegación. [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN2)

Su interpretación siempre ha sido dificultosa, y a razón de ello tanto la Liga de las Naciones como la Organización de las Naciones Unidas, consideraron necesario evaluar la posibilidad de llegar a un acuerdo internacional respecto de los medios principales de determinar e interpretar los efectos de la cláusula de la nación más favorecida en los tratados. [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN3) Si bien el Comité de Expertos de la Liga de las Naciones no incluyó el tema en cuestión en la lista de los temas que recomendaba codificar, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en el año 1978 adoptó un Proyecto de Artículos (con comentarios), acompañado por una recomendación dirigida a la Asamblea General de las Naciones Unidas de que dicho texto fuera adoptado por los Estados miembros. [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN4)

En dicho proyecto se analizaron las conclusiones arribadas, sobre el efecto y el funcionamiento de esta cláusula en tratados bilaterales, por parte de la Corte Internacional de Justicia en los casos Anglo-Iranian Oil Company Case (Jurisdiction) [1952], [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN5) Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco [1952], [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN6) y Ambatielos Case (Merits: Obligation to Arbitrate) [1953], [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN7) así como también la decisión a la que llegó la Comisión (Internacional) de Arbitraje en el caso denominado Ambatielos II [1956]. [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN8)

Las distintas preocupaciones exteriorizadas por los Estados llevaron a que no hubiera acuerdo en la Asamblea General para convertir ese proyecto en una Convención, transcurridos más de treinta años desde su realización aun no existen normas generales codificadas de derecho internacional sobre cláusulas de la nación más favorecida contenidas en tratados bilaterales, ello sin perjuicio de las iniciativas para contribuir a dicha interpretación adoptadas por otros organismos, como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN9) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN10)

Lo cierto es que las circunstancias que imperaban cuando la Comisión se ocupó de la cláusula de la nación más favorecida han variado considerablemente. Entre los cambios más trascendentes se encuentran el gran aumento de los tratados bilaterales de inversión que incluyen este tipo de cláusulas [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN11) y su interpretación por parte de los Tribunales Arbitrales sobre inversiones. [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN12)

Como ya adelanté, en el ámbito de los TBI, la naturaleza y el alcance de las cláusulas NMF han llegado a ocupar un lugar especialmente preponderante. La extensión atribuida a ciertas cláusulas NMF y los diferentes enfoques adoptados por distintos tribunales ad hoc en relación a su interpretación, aun en casos en que se trataba de la misma cláusula, han generado incertidumbre acerca de su alcance y modificaciones en la forma de redactar la misma, a la vez que ha producido cuestionamientos en torno a la legitimidad del sistema arbitral. Sobre estos tópicos me referiré a continuación.

**La aplicación de la cláusula de la NMF a los mecanismos solución de controversias.**

Tras el examen de las decisiones arbitrales existentes sobre esta cuestión, dos posturas parecen enfrentadas: [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN13)

1) Por un lado, aquellas decisiones que proceden de la siguiente presunción: que las disposiciones relativas a la resolución de diferencias encuadran dentro del ámbito de una disposición sobre la NMF de un TBI, a menos que se demuestre manifiestamente lo contrario, tendencia que tuvo su inicio en el caso Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España. [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN14)

2) En otro extremo, se encuentran las decisiones que parten justamente de la presunción contraria: la cláusula de la nación más favorecida no se extiende a los mecanismos de solución de controversias si no fue esa la intención inequívocamente expresada por las partes, vale decir que no se considera como suficiente el consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional cuando fuera un consentimiento meramente presunto. Esta línea de pronunciamientos tuvo sus origen en el caso Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania. [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN15)

El caso Maffezini fue el primero en el que se planteó esta cuestión. El demandante Emilio Agustín Maffezini, nacional de la República Argentina, inició el procedimiento arbitral en el CIADI invocando para ello el TBI existente entre España y Argentina. España, por su parte, sostuvo que el demandante no había cumplido con la cláusula de solución de controversias prevista en el art. X de dicho tratado que exigía que la disputa fuera sometida previamente a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión, y recién luego de transcurridos dieciocho meses desde la iniciación de tal procedimiento sin el dictado de un pronunciamiento de fondo, o cuando existiera tal decisión pero subsistiera la controversia, la disputa podría ser llevada a un tribunal arbitral (CIADI o C.N.U.D.M.I.). [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN16)

A este respecto el Tribunal arbitral estimó que el incumplimiento por parte del demandante de tal obligación generaba que el requisito del consentimiento otorgado por parte de España no pudiera considerarse cumplido. [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN17)

Sin embargo, el Tribunal hizo lugar al segundo de los argumentos propuestos por el demandante basado en la aplicación, a través de la cláusula de la NMF prevista en el TBI entre Argentina y España, [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN18) de los mecanismos de solución de controversias previstos en el TBI existente entre Chile y España que no contenía la condición de acudir previamente a los tribunales nacionales.

De ese modo, el tribunal rechazó las alegaciones formuladas por el Reino de España de que la cláusula de la NMF en cuestión sólo era aplicable a materias de fondo o aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversores y no a cuestiones de procedimiento o jurisdicción.

Para ello, el Tribunal, basándose en la decisión adoptada por la Comisión de Arbitraje en el caso Ambatielos (II), consideró que los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de los inversionistas extranjeros y que, a pesar del silencio del TBI acerca de la extensión de la cláusula, ésta podía deducirse razonablemente de la práctica de las partes en su tratamiento de los inversores extranjeros y de sus propios inversionistas. [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN19)

Así, el Tribunal señaló que: "De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio…". [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN20)

Sin perjuicio de ello, el Tribunal, consiente del riesgo de "treaty shopping" intentó minimizar el efecto que podría ocasionar su decisión estableciendo como límite que el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate. [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN21)

Si bien el Tribunal identificó cuatro situaciones que constituirían ejemplos de consideraciones de política pública no fijó ninguna pauta para su identificación, circunstancia que ha merecido numerosas críticas al estimarse que con ello se añadió más incertidumbre al riesgo de "treaty shopping". [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN22)

El razonamiento adoptado en Maffezini fue receptado en Siemens c. República Argentina, sin perjuicio de que la cláusula de la NMF prevista en el TBI entre la República Federal de Alemania y la República Argentina no se refería "a todas las materias referidas por el acuerdo" tal como ocurría en el caso Maffezini.

El Tribunal en este caso concluyó que: "…el Tratado, junto con otros muchos tratados de protección de inversiones, ofrece como característica distintiva mecanismos especiales de solución de controversias que no están normalmente abiertos a los inversores. El acceso a estos mecanismos es parte de la protección otorgada en virtud del Tratado. Forma parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores y de las ventajas que se obtienen a través de la CNMF… El Tribunal observa que la CNMF en el APPRI de España se refiere a "todas las materias regidas por el presente Acuerdo", mientras que la CNMF en el Tratado se refiere sólo al "trato". El tribunal arbitral en Maffezini señaló que España había usado la expresión "todas las cuestiones sujetas a este Acuerdo" sólo en el caso de su APPRI con Argentina y "este trato" en todos los demás casos. Dicho tribunal comentó que esta última era "sin duda una formulación más precisa". El Tribunal coincide que la formulación es más precisa pero, como ya se ha concluido anteriormente, considera que el término "trato" y la frase "actividades relativas a inversiones" son suficientemente amplios para incluir el arreglo de controversias". [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN23)

La interpretación adoptada en Maffezini también fue seguida en los casos Gas Natural SDG SA c. República Argentina; [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN24) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and InterAguas Servicios Intégrales del Agua SA c. República Argentina; National Grid pic c. República Argentina; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c. República Argentina y AWG Group c. República Argentina, [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN25) en todos ellos la cláusula de la NMF fue utilizada para recurrir a la jurisdiccional arbitral sin la necesidad de acudir previamente a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión por un período de dieciocho meses.

Más allá de las reglas generales de interpretación establecidas en los casos hasta aquí reseñados, se intentó minimizar el efecto que la aplicación de la cláusula de la NMF podría tener en futuros casos, manifestándose que ello no alteraba el alcance del consentimiento a la jurisdicción arbitral expresado por las partes ni tampoco creaba tal consentimiento sino que simplemente afectaba la oportunidad del mismo, permitiéndole a los tribunales arbitrales recibir reclamos anticipadamente sobre los cuales hubieran tenido competencia de todos modos. [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN26)

Sin embargo, en esta misma línea de decisiones no pasó demasiado tiempo antes de que se dictará un pronunciamiento que extendiera aún más los criterios sentados en "Maffezini".

El puntapié fue dado por el tribunal arbitral del Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en Rosinvest Co. UK Ltd. c. Federación de Rusia. En ese caso el demandante solicitaba beneficiarse, a través del juego de la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el TBI entre la Unión Soviética y Reino Unido, de los mecanismos de solución de controversias previstos en el TBI entre la Federación de Rusia y Dinamarca, para poder acudir al arbitraje para que se analice la legitimidad de la expropiación, toda vez que el tratado de base sólo admitía la jurisdicción arbitral con el fin de obtener una compensación en los casos de expropiación.

El Tribunal sostuvo que la protección de la cláusula de la NMF se extendía al trato de los inversores "en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones […]", según el Artículo 3 [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN2) del TBI celebrado entre el Reino Unido y la Unión Soviética, y que la "protección" del inversor incluía el sometimiento al arbitraje en caso de interferencia del Estado en su "uso" y "goce" de la inversión. [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN27)

Asimismo, el tribunal expresó que el "treaty shopping" y la incertidumbre generadas por la aplicación de la cláusula de la NMF forman parte de las consecuencias propias de su aplicación y que si la extensión de la misma era normalmente admitida en el contexto de los derechos sustanciales más aun debía serlo para importar derechos procesales. [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN28)

En la línea opuesta de decisiones nos encontramos en primer término con el caso Salini c. Jordania, allí el Tribunal observó que la cláusula de la NMF prevista en el TBI entre Italia y Jordania no incluía ninguna disposición que extendiera el alcance de su aplicación a la resolución de diferencias, ni tampoco contemplaba "todos los derechos" ni "todas las materias" comprendidas en el tratado y, además, al no haber presentado las demandantes nada de lo cual pudiera inferirse que la intención común de las Partes era que la cláusula se aplicara a la solución de diferencias, se afirmó que la cláusula de la NMF no podía servir para lograr una extensión favorable de los derechos procesales contemplados en las cláusulas de resolución de controversias de los TBI entre Jordania y Estados Unidos y entre Jordania y Gran Bretaña.

En forma similar fue resuelta la cuestión en el asunto Plama c. Bulgaria, con la diferencia de que en este último se analizó la decisión adoptada en Siemens, descartando específicamente su aplicación, a la vez que se formularon críticas más extensas a Maffezini. [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN29) En este caso, el demandante pretendía beneficiarse, a través de la cláusula de la NMF prevista en el TBI entre Chipre y Bulgaria, de los mecanismos de solución de diferencias previstos en el TBI entre Bulgaria y Finlandia, para poder acudir directamente al CIADI, y evitar de ese modo, la previsión del tratado base que sólo admitía el arbitraje ad hoc para las reclamaciones con el fin de conseguir una compensación en los casos de expropiación.

El Tribunal consideró que el consentimiento "claro e inequívoco de las partes" resultaba un requisito imprescindible para iniciar cualquier arbitraje, invirtiendo de ese modo la regla general sostenida en el caso Maffezini, sin avalar los límites establecidos en tal pronunciamiento aun cuando la situación en Plama hubiese podido ser resuelta en base a esas consideraciones de política pública. [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN30)

Asimismo, destacó que el caso Siemens demostraba lo peligrosa que había sido la forma en que el tribunal en Maffezini había resuelto la cuestión. [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN31)

Esta decisión fue seguida en Telenor Mobile Communications AS c. Republica de Hungría, en este caso, al igual que en Plama y en Rosinvest, el acceso al arbitraje se limitaba a los reclamos relacionados con la expropiación.

Hasta aquí puede decirse que el criterio restrictivo sustentado por los tribunales en Salini, Plama y Telenor se debe en gran medida a que en tales casos, se pretendía un efecto demasiado radical, al intentar reemplazar "in toto" las previsiones de solución de controversias, sobrepasando inclusive los límites a la competencia "ratione materiae" específicamente acordados, sin contar con una cláusula de la nación más favorecida con la amplitud de la analizada en Maffezini.

Sin embargo, en el caso Vladimir Berschader c. Federación de Rusia, si bien el acceso al arbitraje estaba limitado a los reclamos relacionados con la compensación en caso de expropiación (al igual que en Rosinvest), la cláusula de la nación más favorecida, al igual que en el caso Maffezini, tenía el texto siguiente: "En todas las materias regidas por el presente Tratado y, en particular, en los Artículos 4, 5, 6 [...]". [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN32) Sin embargo, pese a la amplitud del texto de la cláusula, la mayoría de los miembros del tribunal sostuvo que los términos usados no eran suficientemente "claros e inequívocos" y que ni aun una cláusula así redactada cubriría la disposición del tratado sobre resolución de diferencias.

El tribunal observó que en el contexto de incertidumbre que existe sobre esta cuestión quedaba poco espacio para hacer presunciones sobre cuál había sido la real intención de las partes en este sentido. [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN33)

Pero es el caso Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, el que marca la oposición más contundente a la primera línea de casos, pues allí se resolvió exactamente la misma cuestión planteada en Siemens pero en sentido contrario, sin obviarse las duras críticas contra este último.

En este caso, el demandante, sobre la base de la cláusula de la NMF contenida en el TBI Argentina-Alemania (Artículo 3), alegaba haber adquirido el derecho de evitar el mecanismo de solución de diferencias establecido en el Artículo 10 del TBI, que preveía el requisito de acudir previamente a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión por un período de dieciocho meses, y de invocar en lugar del mismo el mecanismo de solución de diferencias previsto en el Artículo VII del TBI celebrado entre Argentina y los Estados Unidos que permitía el acceso directo al arbitraje internacional.

A este respecto el demandante sostenía que, como Argentina y Wintershall ya habían consentido al arbitraje del CIADI, la aplicación de las disposiciones de la cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania no involucraba cuestiones sobre jurisdicción o consentimiento al arbitraje o la parte sustancial del mecanismo de resolución de diferencias. Esta conclusión fue descartada completamente por el Tribunal al considerar que: "el requisito del transcurso de 18 meses de iniciado un procedimiento ante los tribunales locales —estipulado en el Artículo 10 [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#2)— es un paso preliminar esencial para iniciar el arbitraje del CIADI, en el TBI Argentina-Alemania: constituye una parte integral de la "oferta permanente" ("consentimiento") del Estado receptor, que debe ser aceptada en los mismos términos por cada inversor individual que recurre (en última instancia) al arbitraje del CIADI para solucionar su diferencia con el Estado receptor en el marco del TBI en cuestión. Por lo tanto, la invocación por la Demandante del Artículo VII del TBI celebrado entre Argentina y Estados Unidos, basándose en la disposición de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania, plantea cuestiones no sólo acerca del consentimiento al arbitraje del CIADI, sino cuestiones como la de un "consentimiento" distinto (y discrepante) del "consentimiento" ya prestado por el Estado receptor...". [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN34)

El Tribunal agregó que: "La exigencia de acudir a los tribunales locales por un plazo de 18 meses prevista en el Artículo 10 [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#2) es fundamentalmente una cláusula jurisdiccional y no una disposición meramente procesal. Sólo puede prescindirse de la exigencia de dicho proceder mediante alguna extensión "legítima" de los derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula (de la NMF), es decir, cuando el mismo texto de la cláusula de la NMF del Artículo 3 permita al intérprete del tratado llegar a la conclusión de que ésa era la intención clara e inequívoca de las Partes Contratantes. Los miembros del tribunal del caso Maffezini (decisión sobre la que se basa la Demandante) habían llegado a esa conclusión sobre la base de la redacción especial de la cláusula de la NMF en el caso que les tocó resolver ("en todas las materias regidas por el presente Acuerdo"); dichas palabras no están en el Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania. La cláusula de la NMF del Artículo 3 del TBI Argentina-Alemania sencillamente no se refiere al "trato" respecto de "todas las materias regidas por el presente Tratado" (como sucedía en el caso Maffezini)". [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN35)

"La afirmación de que, como el Artículo 10 del TBI Argentina-Alemania se refiere a la resolución de diferencias entre el inversor y el Estado y que el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos también se relaciona con la resolución de diferencias entre el inversor y el Estado, y por lo tanto es ejusdem generis de la misma naturaleza, es un argumento engañoso: éste no es el verdadero principio ejusdem generis aplicable a la cláusula de la NMF…". [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN36)

Por otra parte el Tribunal no dudó en afirmar que su decisión no se hallaba limitada por los pronunciamientos sobre la misma cuestión, al señalar que: "El argumento de que los TBI que contienen cláusulas relativas a la resolución de diferencias (similares a las del TBI Argentina-Alemania) habrían permitido a la Demandante (en esos casos) tener acceso directo a la jurisdicción del CIADI mediante la aplicación de un tratado celebrado con un tercero es un argumento de naturaleza stare decisis, pero stare decisis no se aplica a las decisiones de los tribunales del CIADI; cada tribunal se constituye ad hoc para decidir la diferencia surgida entre las partes de la diferencia específica. El laudo de dicho tribunal es de cumplimiento obligatorio tan sólo para las partes en la diferencia (Artículo 53 del Convenio), ni siquiera es vinculante para el Estado del cual el inversor es nacional. Las decisiones y los laudos de los tribunales ad hoc del CIADI no tienen un efecto vinculante como precedentes para tribunales posteriores, también designados ad hoc entre partes diferentes". [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN37)

Por último, se incorpora a esta segunda corriente de decisiones la adoptada recientemente en el caso "Tza Yap Shum c. Republica del Perú", allí el demandante pretendía beneficiarse, a través de la cláusula de la NMF prevista en el TBI entre China y Perú, de los mecanismos de solución de diferencias previstos en el TBI entre Colombia y Perú, para poder acudir directamente al CIADI, y evadir de esa forma, la previsión del tratado base que sólo admitía el arbitraje ad hoc para las reclamaciones que involucren el monto de la compensación por la expropiación.

El Tribunal, basándose en el razonamiento seguido en el caso Plama, concluyó que no se podía permitir que la cláusula de la NMF del tratado sea interpretada de forma tal que invalide el lenguaje más específico de la cláusula sobre solución de controversias (art. 8.3 del BIT entre China y Perú) de manera de extender la jurisdicción del Centro o que sirva de base como una fuente independiente de competencia para el Tribunal. [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN38)

**Epílogo**

En este panorama de incertidumbre estimo que resulta imperioso que la Comisión de Derecho Internacional de las ONU se ocupe específicamente de esta cuestión y adopte un instrumento que sirva de guía para la interpretación de las cláusulas de la NMF en las particulares circunstancias que se presentan en la actualidad.

Es evidente que a la fecha no se ha definido claramente el objetivo de esta cláusula, circunstancia que tiene directa incidencia en su interpretación, pues, si se considera que su objeto es promover la no discriminación y la armonización, entonces se podrá entender que el fin mismo de la cláusula es admitir y hasta fomentar la búsqueda del tratado más favorable (treaty shopping). [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN39) En cambio, si se sostiene que la cláusula tiene el fin económico de permitir una competencia basada en la igualdad de oportunidades, deberá distinguirse entre cuestiones de fondo y de forma en la interpretación de la misma. [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN40)

Pero hasta que ello no ocurra la realidad nos demuestra que la catarata de decisiones heterogéneas sobre esta temática no tiene miras de detenerse.

Esta situación amenaza con generar una crisis de legitimidad del sistema arbitral de inversiones, frustrar el objetivo de los TBI de proveer certidumbre para las partes, [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN41) tal como se evidencia al confrontar los pronunciamientos dictados en los casos Siemens-Wintershall y Maffezini-Berschader, y hasta con producir el éxodo de los Estados de dicho sistema, como ocurrió con Bolivia en el año 2007. [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN42)

Si bien es cierto que los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversiones no generan con sus laudos "jurisprudencia obligatoria", [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN43) no es menos cierto que sus anteriores pronunciamientos son utilizados tanto por las partes como por los propios tribunales para apoyar sus conclusiones. Es más, en el ámbito del CIADI se ha reconocido expresamente la necesidad de que los tribunales contribuyan al desarrollo armonioso del derecho internacional de las inversiones y a otorgar certeza jurídica a las partes. [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN44)

No obstante, hasta que ello se convierta en un objetivo claro del sistema arbitral de inversiones, o bien se implemente con éxito alguna de las tantas modificaciones que se propone para paliar la crisis de legitimidad, los Estados deberán actuar con precaución en relación a la cláusula de la nación más favorecida.

¿Cómo se efectiviza esa precaución? redactando las cláusulas de la NMF claramente, delimitando expresamente cuál es el ámbito de aplicación de la misma, pues, la experiencia nos revela que si la intención de las partes contratantes de un TBI no fue palmariamente expresada existe el riesgo de que la interpretación por parte de los tribunales extienda el alcance de este tipo de cláusulas a previsiones no contempladas por las partes en las negociaciones del TBI.

Este comportamiento ya ha sido seguido por los Estados en numerosos instrumentos, [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN45) pero se espera que tenga un efecto multiplicador, ya que, a pesar de la claridad de las reglas de interpretación previstas en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los Estados no pueden estar seguros de cómo van a interpretarse en realidad estas nuevas cláusulas y es conveniente no dejar cuestiones libradas al azar.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN1v) Sobre esta cuestión, FERNANDEZ MASIA, E., "Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras", disponible en: www.reei.org/reei%2013/FdezMasia(reei13).pdf; FIETTA, S.; "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", International Arbitration Law Review, n° 4, 2005, pp.131-138; FREYER, D.H. y HERLIHY; "Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"?", ICSID Review-FILJ, Vol. 20, 2005, pp.63-81; TEITELBAUM, R.; "Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses", Journal of International Arbitration, Vol.22, n° 3, pp. 225-238 APPLETON, B.; "MFN and International Investment Treaty Arbitration: Have We Lost Sight of the Forest through the Trees?", APPLETON'S International Investment Law & Arbitration News, Vol. 1, n° 2, 2005, pp. 10-24; HSU, L.; "MFN and Dispute Settlement: When the Twain Meet", Journal of World Trade & Investment, Vol. 7, n° 1, 2006, pp. 25-37; GAILLARD, E., "Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause", New York Law Journal, 2 junio 2005, p. 8; DÍEZ-HOCHLEITNER, J. "El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APRIS", en Actualidad Jurídica Uria Menéndez, N° 11, 2005; FAYA RODRIGUEZ, A., "The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements A tool for Treaty Shopping?, Journal of International Arbitration 25(1): 89–102, 2008, Kluwer Law International; RADI, Y., The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse', The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4, p. 757-774, EJIL 200; PETERSON, L., Tribunal Upholds Jurisdiction in Siemens v. Argentina; MFN PlaysProcedural Role, INVESTMENT L. & POL'YWKLY. NEWS BULL., Aug. 23, 2004, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2004/investment\_investsd\_aug23\_2004.pdf; PETERSON, L, Tribunal Finds Jurisdiction Ander Energy Charter, but Reigns in MFN Shopping, Investment L. & Pol'ywkly News Bull,, Mar. 10, 2005, disponible en:http://www.iisd.org/pdf/2005/investment\_investsd\_mar10\_2005.pdf; SCHOLZ, K. "Having your pie…and eating it with one chopstick-Most Favores Nation clauses and procedural rights, (2004), disponible en: http://www2.jura.uni-halle.de/telc/PolicyPaper5.pdf; PETERSON, L., Tribunal OKs Treaty-Shopping for Better EGLI Arbitration Options in Gas Natural Case, INVESTMENT L. & POL'Y NEWS BULL., July 13, 2005;, G. Don't Get Bit: Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions, working paper 1266, The Berkeley Electronic Press (bepress 2006), disponible en: http://law.bepress.com/expresso/eps/1266; "A Special look: Plama v. Bulgaria", Appleton's International Investment Law & Arbitration News, Vol I, N° 3, marzo de 2005, pp. 12-18; WHITSITT, E. "German Firm fails to pass jurisdiccional hurdle in claim against Argentina; decisión provokes questions about the scope and applicability of MFN protection", en Investment Treaty News, Publisher by the International Institute for Sustainable Development, enero de 2009, disponible en: investmenttreatynews.org; BANIFATEMI, Y. "The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration," in Investment Treaty Law: Current Issues III (A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky eds., BIICL, forthcoming in 2008); TAWIL, G. "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", publicado en la LA LEY, 2003-A, 914; PAPARINSKIS, M. "MFN clauses in investment arbitration: Tertium datur?, at the 2008 pre-ESIL Conference International Economic Law Workshop in Heidelberg, disponible en http://inteurlaw.uni-goettingen.de/esil-iel/index.php?option=com\_content&view=article&id=33&Itemid=38.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN2v) v. Anexo B del Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (A/63/10).

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN3v) Endre Ustor (Relator Especial de la CDI), Documento A/CN.4/ 213 del 18 de abril de 1969, párrafo 79, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969, vol. II, p. 179. Fue el primer informe escrito sobre la cláusula de nación más favorecida.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN4v) En su artículo 5 se ha definido el tratamiento basado en esta cláusula señalando que "Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State". (ILC Draft articles on most-favored-nation clauses, in Yearbook of the International Law Comisión, 1978, Vol. II, Part. Two, p. 21).

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN5v) En él se afirmó que la regla de que los tratados sólo producían efectos entre los Estados contratantes se aplicaba también a tratados que contenían cláusulas de la NMF. La Corte manifestó que "La fuente de un trato más favorable suelen ser los tratados suscritos por el concedente con terceros, pero no ha de descartarse que se encuentre en su legislación o prácticas internas, a menos que los negociadores la hubieran restringido expresamente a los tratados suscritos con los terceros (ni eventualmente en la legislación o prácticas internas) sino en el tratado en que la cláusula se inserta…un tratado con un tercero, independiente del tratado básico y aislado del mismo, no puede producir ningún efecto jurídico" Anglo-Iranian Oil Company Case, (Gran Bretaña c. Irán), Fallo del 22 de julio de 1952, ICJ Reports, 1952, pág. 93. ("Anglo-Iranian").

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN6v) En este caso la CIJ reafirmó la opinión existente de que la cláusula de la nación más favorecida representaba el principio de igualdad de trato en el campo del comercio exterior, siendo su propósito "establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental…sin discriminación entre los países interesados" Case concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, (Francia c. Estados Unidos de América), Fallo del 27 de agosto de 1952, ICJ Reports, 1952, pág. 176.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN7v) En ese caso la mayoría de la Corte declaró que no tenía competencia para pronunciarse sobre el fondo de la reclamación, pero decidió que Reino Unido estaba obligado a colaborar con Grecia en la constitución de una Comisión de Arbitraje. Sin embargo, los cuatro jueces disidentes (Mc Fair, Basdevant, Klaestad y Read) basándose en el principio "ejusdem generis" rechazaron la interpretación extensiva de la cláusula NMF a la administración de justicia, manifestando que: "A esta altura nos encontramos con el Artículo X del Tratado de 1886, que ha sido invocado por el Gobierno helénico. Ese artículo contiene una cláusula de la nación más favorecida que, a su juicio, entraña determinadas referencias a los requisitos de una adecuada administración de justicia. Sin embargo, habida cuenta de su contenido, el Artículo X sólo promete el trato de nación más favorecida en asuntos de comercio y navegación; no contiene disposición alguna sobre administración de justicia; en todo el Tratado, la cuestión sólo es objeto de una disposición, de alcance limitado: el párrafo 3 del Artículo XV, referente al libre acceso a los tribunales, y ese artículo no contiene referencia alguna al trato de nación más favorecida. La cláusula de la nación más favorecida contenida en el Artículo X no puede hacerse extensiva a asuntos distintos de aquéllos en relación con los cuales se ha estipulado. No creemos posible basar en una interpretación extensiva de esta cláusula la obligación con respecto a la cual se ha solicitado a la Corte que se pronuncie" (Traducción del Tribunal en el Caso CIADI No. ARB/04/14, Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, párr. 100) Ambatielos Case (Grecia c. Reino Unido), Merits: Obligation to Arbitrate, Fallo del 19 de mayo de 1953, ICJ Reports, 1953. ("Ambatielos I").

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN8v) La decisión de la Comisión de Arbitraje confirmó el principio ejusdem generis según el cual la cláusula de la nación más favorecida sólo puede tener aplicación respecto de la misma materia y no puede hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico. Allí se estableció que "la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula" añadiendo, en relación con el alcance de dicha cláusula en este asunto concreto, que "es cierto que 'la administración de justicia', considerada en forma aislada, es una materia diferente del 'comercio y navegación', pero ello no es necesariamente así cuando se le aprecia en el contexto de la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente se incluye entre las materias que son objeto de tratados de comercio y navegación. Por consiguiente, no puede sostenerse que la administración de justicia, en la medida en que se refiera a la protección de estos derechos, debe necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando esta última incluye 'todas las materias relacionadas con el comercio y la navegación'. El problema sólo puede resolverse de conformidad con la intención que hayan tenido las Partes Contratantes según se deduzca de una interpretación razonable del Tratado" Ambatielos Case (Grecia c. Reino Unido), Laudo del 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, Reports of International Arbitral Awards, vol. XII, 1963, pág. 87. ("Ambatielos II").

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN9v) OCDE, Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law, Working Papers on International Investment, Working Paper N° 2004/2, disponible en http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN10v) "Trato de la Nación más favorecida" (1999), publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión. Documento de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. III), disponible en http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd10v3.en.pdf.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN11v) V. UNCTAD, Latest developments in investor-State dispute Settlement, Ginebra 2008, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN12v) v. Anexo B del Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (A/63/10).

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN13v) v. Caso CIADI No. ARB/04/14, Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, párr. 178; v. FAYA RODRIGUEZ, A., ob. cit. pág. 95.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN14v) Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7 Tribunal Arbitral integrado por Francisco Orrego Vicuña (Presidente), Thomas Buergenthal y Maurice Wolf, Decisión sobre excepciones a la Jurisdicción del 25 de enero de 2000, 16 ICSID Review 212 (2001); Siemens A. G. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/8), Tribunal arbitral integrado por Andres Rigo Sureda (Presidente), Charles Broker y Domingo Bello Janeiro, Decisión de jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párrafo 103 Gas Natural SDG SA c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/10 Tribunal arbitral compuesto por Andreas Lowenfeld (Presidente), Henri Alvarez y Pedro Nikken, Decisión sobre la cuestión preliminar de la jurisdicción: Gas Natural c. Argentina, decisión del 17 de junio de 2005, párrafo 29; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and InterAguas Servicios Intégrales del Agua SA s. República Argentina, caso CIADI No. ARB/03/17 Tribunal integrado por Jeswald Salacuse (Presidente), Gabrielle Kaufmann-Kohler y Pedro Nikken, Decisión de jurisdicción del 16 de mayo de 2006, párrafos 60-66; National Grid pic c. República Argentina, UNCITRAL case, Tribunal arbitral integrado por Andres Rigo Sureda (Presidente), Whitney Debevoise y Alejandro Garro, Decisión sobre jurisdicción del 20 de junio de 2006. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19, Tribunal Arbitral compuesto por Jeswald Salacuse (Presidente), Gabrielle Kaufmann-Kohler y Pedro Nikken, Decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2006; AWG Group v The Argentine Republic, UNCITRAL case, Decisión sobre jurisdicción del 3 agosto de 2006, RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation, SCC Arbitration Institute , Caso No. 080/2004, Tribunal Arbitral compuesto por Karl-Heinz Bockstiegel (Presidente), Johan Steyn y Franklin Berman, Decisión sobre jurisdicción Octubre de 2007.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN15v) Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania, caso CIADI No. ARB/02/13 Tribunal integrado por Gilbert Guillaume (Presidente), Bernardo Cremades e Ian Sinclair, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de noviembre de 2004; Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, caso CIADI N° ARB/03/24 Tribunal compuesto por Carl Salans (Presidente), Albert Jan van den Berg y W Veeder, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2005; Telenor Mobile Communications AS v Republic of Hungary, caso CIADI N° ARB/04/15 Tribunal integrado por Roy Goode (Presidente), Nicholas Allard y Arthur Marriott, Laudo del 13 de septiembre de 2006; Berschader v The Russian Federation, SCC Arbitration Institute Case No. 080/2004, Tribunal Arbitral integrado por Bengt Sjovall (Presidente), Sergei Lebedev y Todd Weiler, Laudo del 21 de abril de 2006; Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14, (Tribunal compuesto por Fali S. Nariman —Presidente— Santiago Torres Bernárdez y Piero Bernardini) Laudo Arbitral del 8 de Diciembre de 2008; Tza Yap Shum c. Republica del Perú, Caso CIADI No. ARB/07/6) (Tribunal compuesto por Judd Kessler —Presidente—, Hernando Otero y Juan Fernández-Armesto, decisión sobre jurisdicción y competencia del 19 de junio de 2009.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN16v) Artículo 10 del TBI entre Argentina y España: "1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia. 2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. 3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido…".

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN17v) Maffezini c. Reino de España, párr. 34 a 36.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN18v) Artículo IV del TBI entre Argentina y España, tras garantizar un tratamiento justo y equitativo para los inversores, dispone lo siguiente en el párrafo 2: "En todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país".

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN19v) Maffezini c. Reino de España, párr. 57 a 61.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN20v) Maffezini c. Reino de España, párr. 56.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN21v) Maffezini c. Reino de España, párr. 62.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN22v) A este respecto el tribunal en Plama manifestó que: "The present Tribunal was puzzled as to what the origin of these "public policy considerations" is. When asked by the Tribunal at the Hearing, counsel for the Claimant responded: "They just made it up." [D2.134]. The present Tribunal does not wish to go that far in its appraisal of the Maffezini decision. Rather, it seems that the effect of the "public policy considerations" is that they take away much of the breadth of the preceding observations made by the tribunal in Maffezini (parr. 221 y ss.), Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. el Reino Hachemita de Jordania, parr. 114/115; Wintershall Aktiengesellschaft c/República Argentina, párr. 182.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN23v) Siemens A. G. c. República Argentina, párr. 102/103.

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN24v) En este caso el Tribunal adoptó una regla interpretativa de carácter general al señalar que "este Tribunal entiende que la cuestión referente a la aplicación de una cláusula general de nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversiones no está exenta de dudas, y que diferentes tribunales, confrontados con hechos y antecedentes sobre negociaciones distintas, pueden llegar a diferentes resultados…A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida", v. párr. 49.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN25v) V. nota N° 14.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN26v) FREYER, D.H. y HERLIHY, ob. Cit. Pág. 82; FAYA RODRIGUEZ, A., ob. Cit. Párr. 96.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN27v) Rosinvest Co. UK Ltd. c. Federación de Rusia, párr. 130.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN28v) El Tribunal señaló que: "While indeed the application of the MFN clause of Article 3 widens the scope of Article 8 and thus is in conflict to its limitation, this is a normal result of the application of MFN clauses, the very character and intention of which is that protection not accepted in one treaty is widened by transferring the protection accorded in another treaty. If this effect is generally accepted in the context of substantive protection, the Tribunal sees no reason not to accept it in the context of procedural clauses such as arbitration clauses. Quite the contrary, it could be argued that, if it applies to substantive protection, then it should apply even more to "only" procedural protection. However, the Tribunal feels that this latter argument cannot be considered as decisive, but that rather, as argued further above, an arbitration clause, at least in the context of expropriation, is of the same protective value as any substantive protection afforded by applicable provisions such as Article 5 of the BIT. (Rosinvest Co. UK Ltd. c. Federación de Rusia, párr. 131/132).

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN29v) Plama c. Bulgaria, párr.219 y siguientes.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN30v) Plama c. Bulgaria, párr. 223.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN31v) Plama c. Bulgaria, párr. 226.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN32v) En Berschader, el art. 2 del TBI entre la Unión Soviética-Bélgica/Luxemburgo establecía que: 'Each Contracting Party guarantees that the most favoured nation clause shall be applied to investors of the other Contracting Party in all matters covered by the present Treaty, and in particular in Articles 4 [fair and equitable treatment], 5 [expropriation] and 6 [transfer of currency], with the exception of benefits provided by one Contracting Party to investors of any third country on the basis: of its participation in a customs union or other international economic organisations, or of an agreement to avoid double taxation and other taxation issues'.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append" \l "FN33v) V. Vladimir Berschader c. Federación de Rusia, párr. 179/181.

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN34v) V. Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, párr. 160.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN35v) V. Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina, párr. 172.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN36v) V. Wintershall, párr. 191.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN37v) V. Wintershall, párr. 191.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN38v) V. "Tza Yap Shum c. Republica del Perú, párr. 220.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN39v) V. Rosinvest Co. UK Ltd. c. Federación de Rusia.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN40v) V. Anexo B del Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (A/63/10) y FAYA RODRIGUEZ, A., ob. cit.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN41v) V. Egli, Ob. Cit.; Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, 73 FORDHAM L. REV. (2005). Aristidis Tsatsos ICSID Jurisprudente: Between Homogeneity and Heterogeneity a call for appeal? , en Trasnacional Dispute Management, vol. 6, Issue I, marzo de 2009, ISSN: 1875-4120, disponible en www.trasnational-dispute-management.com.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN42v) V. Denuncia del Convenio de Washington por parte de Bolivia en el año 2007. El Ministro de asuntos exteriores de Bolivia justificó esa decisión en la ideologización de la jurisprudencia del CIADI, así como también en la incapacidad del centro para garantizar un consistente desarrollo de las decisiones adoptadas en ese ámbito, ICSID News Release, 16 de mayo de 2007, ILM, Vol. 46 (2007), 973.

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN43v) V. art. 53 del Convenio de Washington, v. Wintershall, párr. 178.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN44v) Caso No. ARB/05/07, SAIPEM S.p.A. v. THE PEOPLE'S REPUBLIC OF BANGLADESH, Decisión in Jurisdiction and recommendation on Provisional Measures del 21 de marzo de 2007. Allí el Tribunal señaló que: "The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law." (v. párr. 67).

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&hitguid=i6F3328A4867A811F043F530DB353635C&spos=15&epos=15&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=8&crumb-action=append#FN45v) V. TLCAN —artículo 1103.1— donde se limita su alcance a los derechos materiales del Acuerdo al señalar que "Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones"; TPPI modelo de Estados Unidos del 2004; nota al artículo 5 en el que se establece la cláusula de la NMF en el Acuerdo de Libre Comercio para las Américas (21/11/03), declarando que "una delegación propone que se incluya la siguiente nota al pie en el historial de las negociaciones como reflejo del acuerdo compartido por las Partes sobre la interpretación del artículo de trato de nación más favorecida y el caso Maffezini. Esta nota al pie se borraría del texto final del Acuerdo: Las Partes desean hacer mención de la reciente decisión del tribunal de arbitraje en el caso Maffezini (Arg.) vs. Reino de España, en la cual se determinó que una cláusula de nación más favorecida excepcionalmente amplia en un acuerdo entre Argentina y España incluía procedimientos de solución de controversias internacionales. Véase Decisión sobre Jurisdicción §§ 38-64 (25 de enero de 2000), reimpresa en 16 ICSID Rev. – F.I.L.J. 212 (2002). En contraste, el artículo sobre nación más favorecida del presente Acuerdo limita expresamente el ámbito de aplicación a "lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones". Las Partes comparten la interpretación y la intención de que esta cláusula no abarque mecanismos de solución de controversias internacionales como los contenidos en la Subsección C.2.b. (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte) de este Capítulo, y que por ende no pueda llevar razonablemente a una conclusión similar a la del caso Maffezini"; declaración interpretativa incluida en intercambio de notas diplomáticas realizado entre la Rep. Argentina y Panamá, dejando constancia de que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el TBI existente entre las partes no se extiende a las cláusulas sobre resolución de controversias y que esa siempre fue la intención de las partes. (Nacional Grid, párr. 85); TBI entre EE.UU. y Uruguay de 25.10.2004, cuyo art. 4 limita el juego de la cláusula de la nación más favorecida al "establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones", Artículo 3 del modelo de TBI del Reino Unido que establece expresamente que "para evitar toda duda, el trato de la NMF se aplicará a algunas disposiciones específicas del TBI, incluida la disposición relativa a la resolución de diferencias"; entre otros.

Las empresas privadas prestatarias de servicios públicos y el arbitraje internacional

**Zonis, Fabiana**

**Publicado en:** Sup.Act 24/06/2004, 1

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

**I. Introducción**

Desde febrero del 2003 se han iniciado 17 arbitrajes internacionales contra la República Argentina [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1). En efecto, "La defensa de los casos que tiene en su contra la Argentina, ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI) [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2), tribunal arbitral del Banco Mundial es un complejo problema para el Gobierno.

En conjunto, las demandas de las empresas privatizadas superan los 12.000 [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3) millones de dólares, como resarcimiento por la devaluación y pesificación de las tarifas.

Por una parte, el Gobierno está intentando condicionar las renegociaciones [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4) contractuales y los eventuales aumentos tarifarios, a que las empresas desistan de estas acciones en el exterior. Sin embargo, las firmas se resisten a dejar a un lado una herramienta que consideran útil para su reclamo, antes de tener una idea clara del tenor de las nuevas reglas en discusión" [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5).

"El Gobierno insiste con que para renegociar sus contratos, las empresas privatizadas deben primero suspender las demandas que han presentado contra la Argentina en el Comité Internacional de Arreglos sobre Diferencia en Inversiones del Banco Mundial en Washington" (...) [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6). Esta fuente periodística pudo confirmar que a las 27 empresas que ya figuran en la lista de querellantes, se agregarán próximamente otras 30 más.

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

I.1. Antecedentes

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

Los TBI han sido concebidos fundamentalmente como el marco legal dentro del clima de inversiones de un país, para darle protección a la propiedad privada invertida, y ofrecerle al inversionista las garantías mínimas necesarias para que pueda realizar la actividad económica que motivó la inversión [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7). El fundamento económico de los TBI es conferir a las inversiones una protección confiable a través de un instrumento jurídico que no puede ser modificado unilateralmente por los estados receptores de capital [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8).

Los TBI otorgan una serie de garantías sustantivas y procesales mínimas claramente identificables para el inversionista. Asimismo, la suscripción de estos instrumentos internacionales es un requisito para el otorgamiento de seguros contra riesgos no comerciales por los aseguradores de los países exportadores a las inversiones de sus nacionales [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9).

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

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

La doctrina y cláusula Calvo, nacidas para hacer frente a determinadas circunstancias históricas, fueron justificadas en su momento, pero con la evolución de la economía internacional y de las normas que rigen las relaciones internacionales entre los Estados, se volvieron anticuadas y fueron dejadas de lado [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10).

Los TBI prevén en su articulado mecanismos de solución de controversias referidas a las disputas surgidas entre inversores particulares de uno de los Estados Contratantes y el otro Estado Contratante receptor de la inversión. Así, el inversor extranjero que se considere perjudicado por una medida adoptada por el país receptor de la inversión tiene la posibilidad de someter la disputa a un procedimiento arbitral en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11) (en adelante CIADI), o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI).

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

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

Los acuerdos internacionales de inversión (AII) utilizan generalmente estándares de trato. Así por ejemplo Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), prevé en su artículo 1102 el trato nacional (TN) [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12) y en su artículo 1103 el trato de la nación más favorecida (TNMF) [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13). Estos principios se caracterizan por ser estándares relativos; es decir están sujetos a una comparación entre el trato dado a los inversores extranjeros y el otorgado a los inversionistas nacionales o a los inversionistas de un tercer país. Otra disposición que se utiliza generalmente junto con el TN y TNMF es el trato justo y equitativo cuya función es de respaldar estos principios [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14). Esta norma está prevista entre otras en el artículo 1105 del TLCAN [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15).

El TN y de TNMF son las dos normas más importantes en materia de trato de la inversión. Ambas persiguen asegurar la no discriminación, en el primer caso entre inversiones extranjeras e inversiones nacionales, y en el segundo entre inversiones extranjeras de distintos países. Se trata de una obligación del Estado anfitrión de brindar, por lo general, un trato "no menos favorable" que el otorgado a las inversiones nacionales o a las de otros países. Son, en consecuencia, normas relativas, cuyo contenido se define en relación con otro conjunto de reglas, aquellas aplicables al inversionista local [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16).

Examinaremos en particular estas disposiciones juntamente con otras que se incluyen en general en los TBI. En efecto, éstos estipulan "Estándares de protección" consistentes en normas de tratamiento general. Se trata de obligaciones asumidas por los Estados receptores de la inversión.

Estándar absoluto:

Tratamiento justo y equitativo: Este concepto proviene del derecho internacional consuetudinario, y se considera una obligación absoluta cuyo propósito fundamental es ofrecer a la inversión un estándar de protección mínimo de acuerdo a los principios del derecho internacional [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17). Este principio es un estándar básico que no está relacionado con la legislación interna del Estado anfitrión y sirve como un elemento auxiliar en la interpretación del tratado y las disposiciones sobre inversión en los tratados comerciales e inclusive puede suplir eventuales lagunas normativas en los ordenamientos internos. Normalmente se relaciona con que el tratamiento dado por el Estado receptor deberá responder a medidas razonables que no sean arbitrarias, injustificadas o discriminatorias.

Estándares relativos:

Tratamiento nacional: Esta disposición exige que a los efectos del tratado los extranjeros sean objeto de igual trato que los nacionales.

Este principio junto con el de TNMF se considera la piedra angular de las disposiciones sobre el tratamiento de las inversiones. Por éste, las Partes Contratantes asumen la obligación de, una vez que la inversión extranjera ha sido admitida, otorgarle a la misma un tratamiento no menos favorable que el concedido a la inversión de inversionistas nacionales.

Trato de nación más favorecida [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18): Este estándar de tratamiento pretende asegurarle a la inversión del inversionista de cualquiera de las Partes un tratamiento no menos favorable que el otorgado por la Parte receptora a la inversión de inversionistas de terceros Estados. Este trato generalmente se exceptúa de las ventajas que se conceden por medio de diversos esquemas de integración económica, como zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, etc.

En principio estos "estándares" se utilizan para el período posterior a la admisión de la inversión, aunque en el tratado con Estados Unidos, se lo aplica también a la admisión de la inversión.

El estándar de NMF puede dar lugar a la "multilateralización"[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19) de los tratados, en materia de la definición de inversión, las transferencias, la repartición de capitales, expropiación, nacionalización, daños, solución de controversias, etc., salvo en el ámbito personal de los acuerdos.

De acuerdo a la Comisión de derecho Internacional, la cláusula de NMF, da derecho al beneficiario al tratamiento acordado con un tercer Estado antes o después de que el tratado bilateral suyo entre en vigencia [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20).

Principio de no discriminación: Para que un acto sea discriminatorio deben darse dos circunstancias:

A) la medida debe resultar en un actual daño para el inversor.

B) el acto debe haber sido realizado con la intención de dañar al inversor.

Principio de Buena Fe: En jurisprudencia Internacional se entiende que se viola este principio cuando existiendo una controversia, el Estado receptor falta a su compromiso de someter a arbitraje las disputas.

Los AII como los TBI estipulan ciertos estándares de tratamiento específico:

"Cláusula de Estabilización": Esta cláusula tiene por objeto garantizar que en el supuesto que la normativa sea modificada se siga aplicando a las inversiones anteriores a la modificación de la legislación vigente al tiempo de la suscripción de los contratos o tratados.

Transferencias de divisas: [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21) Otra de las garantías que los TBI ofrecen a la inversión extranjera establecida en el territorio de una de las Partes Contratantes, es la del permitir la transferencia de todo tipo pagos relacionados con la inversión.

Las transferencias se realizarían en los términos y con las limitaciones impuestas por la legislación nacional, siempre que estén relacionadas directamente con una inversión como por ejemplo repatriación de capitales por concepto de dividendos, intereses, utilidades u otros rendimientos, el capital producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión, los montos por concepto de indemnización, honorarios, salarios, reembolso de préstamos, etc. Estas se efectuarán libremente, sin demora y en moneda de libre convertibilidad y a la tasa de cambio vigente al día en que se realiza la transacción. En definitiva, se concede tanto a la inversión nacional como la extranjera la posibilidad de realizar sus transferencias sin ningún tipo de restricciones.

Indemnización por pérdidas: Conforme al derecho internacional, el compensar por pérdidas ocasionadas por guerra o disturbios civiles no es obligatorio. Sin embargo, muchos TBI han incluido esta protección para los casos en que los Estados otorguen algún tipo de restitución, la inversión extranjera pueda participar recibiendo un trato nacional o de nación más favorecida, lo que le sea más favorable al inversionista afectado.

Expropiación [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22): Una de las razones principales que motivaron este tipo de acuerdos ha sido para establecer garantías contra expropiaciones arbitrarias. Normalmente, las disposiciones en este tema prohiben la expropiación de inversiones, salvo que se cumplan una serie de requisitos.

Los AII utilizan lenguaje amplio que abarca nacionalización o expropiación y medidas equivalentes a éstas (expropiación indirecta).

En relación con el tratamiento que los TBI le dan a este tema, es importante diferenciar el concepto utilizado para definir lo que es una expropiación de las condiciones que este tipo de tratado exigen para las mismas sean aceptados.

i. Definición

Los TBI generalmente no definen propiamente el acto expropiatorio, normalmente se hace referencia expresa al término "expropiación", y generalmente se añade la fórmula de "cualquier otro acto que tenga efectos equivalentes" como por ejemplo el supuesto de la "expropiación de hecho".

Se pueden diferenciar dos tipos de expropiaciones:

a) Expropiación directa: medidas gubernamentales: expropiaciones, nacionalizaciones e incumplimientos graves;

b) Expropiación indirecta: medidas como una excesiva discriminación impositiva; prohibición de repartición de capitales, desigual trato por autoridades que no interrumpen la actividad del inversor pero al ser ruinoso se convierte en desposesiones o expropiaciones indirectas.

ii. Condiciones de la expropiación

Cada país tiene discreción, de acuerdo a los principios generales del derecho, para ejercer su potestad de imperio y proceder a expropiar algún bien privado con el objeto de satisfacer un interés público. No obstante, deben darse una serie de condiciones mínimas para que una expropiación se considere legítima. De acuerdo al derecho internacional estas condiciones son:

a) la existencia de un interés público legalmente comprobado, conforme a la legislación de cada país, y que la expropiación se realice sobre una base no discriminatoria.

b) que la expropiación se haga conforme a los principios del debido proceso, y que

c) se indemnice al expropiado de una manera pronta, adecuada y efectiva.

Indemnización [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23): En relación con la indemnización, los TBI generalmente imponen la obligación que la misma corresponda al valor real del mercado del bien expropiado. En nuestra Ley de Expropiaciones, la indemnización debe corresponder al "valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación". El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación interna de la Parte Contratante que realiza la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial y otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con el debido proceso.

**III. Las privatizadas: fundamentos jurídicos invocados por las empresas prestatarias de servicios**

III.1. Antecedentes

A principios de la década del 90, casi coincidentemente con las primeras privatizaciones, se combatió un proceso hiperinflacionario disponiendo un tipo de cambio fijado por ley a una relación de igualdad con el dólar americano ($1 = U$S 1), prohibiendo además la utilización de todo índice o mecanismo de actualización y disponiendo que debían existir tantas reservas como pesos en circulación a dicha paridad. Al mismo tiempo se fueron fijando las tarifas en dólares americanos ajustadas al IPC (Indice de Precio al Consumidor) de Estados Unidos. La economía estaba en su mayor parte dolarizada, estando expresados en dicha moneda la mayoría de los contratos.

A fines de 2001 estalló una grave crisis financiera que determinó que el Gobierno Nacional restringiera el retiro de los depósitos bancarios que, acompañado por un alto índice de pobreza, indigencia y desempleo motivó una serie de protestas populares que derivaron en un efímero estado de sitio, saqueos, la renuncia de Primer Ministro de Economía primero y del presidente de la Nación después.

En este contexto y con el propósito de encarar la emergencia, el Congreso Nacional dictó una ley de orden público dejando sin efecto el tipo de cambio fijado al dólar y autorizando al ejecutivo a adoptar la política cambiaria. Se dispuso la libre flotación con intervención estatal en el mercado de cambios. Se fijaron todas las obligaciones expresadas en dólares a la misma cantidad de pesos, haciendo lo mismo con las tarifas de los servicios públicos. En los contratos entre particulares se estipuló el principio de la renegociación entre las partes como forma de adecuar las prestaciones, las que serían sometidas ante la justicia en caso de desacuerdo y se autorizó al estado nacional a renegociar los contratos de servicios públicos para adaptarlos al nuevo escenario económico. A tal fin se estableció "que deberán tomarse en consideración los siguientes criterios: 1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; 2) la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente; 3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; 4) la seguridad de los sistemas comprendidos; y 5) la rentabilidad de las empresas"[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24). La moneda nacional fue inmediatamente depreciada llegando en pocos meses a su cotización actual, que implicó una devaluación del 360% en nueve meses, quedando en evidencia la previa sobrevaluación del peso.

Con la salida de la convertibilidad y posterior devaluación del peso, se modificaron ciertas "reglas de juego"[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25). En efecto, las disposiciones de urgente necesidad llevadas a cabo por el gobierno nacional a raíz de la emergencia económica dispuso una serie de medidas, que afectaron a las empresas prestatarias de servicios públicos. Los impactos se originan a partir de la ya citada Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario N° 25.561 (Adla, LXII-A, 44).

III.2. Fundamentos alegados por las empresas privatizadas

Las privatizadas fundamentan su reclamo ante el CIADI, argumentando que: La ley 25.561 es una medida arbitraria y que ésta juntamente con el resto de las medidas [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26) adoptadas por el gobierno nacional tienen un efecto similar al de la expropiación (expropiación indirecta).

Recapitulando lo mencionado anteriormente, el contenido de los TBI es muy similar y la mayoría garantiza a los ciudadanos de otro Estado:

- libertad para invertir;

- tratamiento justo y equitativo y no discriminatorio;

- imposibilidad de expropiación o medida equivalente sin indemnización;

- libre transferencia de las rentas.

Las privatizadas argumentan en general que Argentina ha infringido las siguientes obligaciones:

a) De proteger en su territorio y no obstaculizar las inversiones realizadas por los inversionistas.

b) De garantizar en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones extranjeras.

c) De no adoptar medidas de características o efectos similares a una expropiación sin acordar una pronta y adecuada indemnización.

Surge de lo expresado que los argumentos más aludidos en los reclamos corresponden a los artículos de los TBI referentes a la protección de las inversiones, al trato justo y equitativo, a la expropiación y a la discriminación.

En el marco de las modificaciones impuestas en el contexto macroeconómico descrito, el Poder Ejecutivo inició una ronda de negociaciones con las empresas privatizadas con la finalidad de analizar el impacto de este contexto en el desempeño de las firmas y la prestación de los servicios.

III.3. Fundamentos alegados por el gobierno nacional

El Procurador del Tesoro de la Nación, R. M. Citara, sostiene que "estas medidas abarcaron a todos por igual, motivo por el cual no pueden alegar medidas discriminatorias. Más aún, que la vocación del Estado por mantener el equilibrio sinalagmático en consonancia con la preservación de la paz nacional y el orden publico, queda evidenciada desde la mismísima constitución de la 'Comisión de Renegociación de los Contratos que tengan por objeto la prestación de obras y servicios públicos', creada por dec. 293/2002 (Adla, LXII-B, 1644), hasta la sanción de la ley 25.790 (Adla, LXIII-E, 4966), que dispone hasta el 31/12/2004 la extensión del plazo para llevar a cabos la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos". El Procurador, señala a propósito del principio de no discriminación, la emergencia social y económica y el reclamo de los inversores extranjeros, que es oportuna la aplicación de la "Doctrina de la Comunidad de Fortuna" formulada por el doctor Luis A. Podestá Costa, en el año 1922, la cual afirma que el inversor obra en virtud de una resolución personal, libremente adoptada, cuando el mismo, o sus bienes, se sitúan en otro Estado. Al adoptar esa determinación sabe cuáles son las ventajas e inconvenientes previsibles y entra a participar de las alternativas materiales y morales del nuevo medio en que se ha decidido actuar. Como los demás habitantes de ese medio, debe gozar de los beneficios que ellos gozan y no pueden sustraerse a los males que padecen. Se constituye así un pacto tácito entre el Estado y el extranjero, una relación de convivencia, que crea un vínculo de reciproca solidaridad, una verdadera comunidad de fortuna"[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27).

Por su parte, el gobierno de Néstor Kirchner embistió contra el tribunal arbitral en otros ámbitos internacionales, descalificándolo como instancia para solucionar controversias.

A través de una presentación realizada en París ante la OCDE, y luego también elevada a la Cepal, la Procuración del Tesoro cuestiona "el sesgo comercialista" de ese órgano del Banco Mundial que, entre otras debilidades, "no considera variables socioeconómicas", como las que desembocaron en la devaluación y pesificación y hoy impiden satisfacer las aspiraciones de los inversores. "Hay una proporción creciente de argentinos que se alimentan con desperdicios", señala ese texto, en un intento de mostrar al mundo la magnitud del derrape económico local. La otra cara de la estrategia defensiva oficial es sumar a organizaciones sociales para que se presenten como "terceros" en los expedientes que iniciaron las empresas privatizadas, advirtiendo sobre los negativos efectos que tendría sobre la empobrecida población local un ajuste de tarifas. El CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) estaría entre las primeros. La Argentina tiene acumula alrededor del 80 por ciento de las demandas presentadas en el CIADI contra un Estado Nacional por eventual ruptura de contratos. Una categoría de reclamos es la que formularon las empresas privatizadas, que exigen en conjunto una indemnización de 16 mil millones de dólares por la pesificación de sus tarifas, que por contrato o normas posteriores estaban ligadas a la evolución del dólar.

El mensaje final hacia los demandantes del Estado es que pueden conseguir fallos a su favor pero les resultará muy difícil cobrarlos. Una prueba de esto están teniendo los tenedores de bonos en default, para quienes resultará poco menos que una proeza conseguir algún bien para embargar y cobrar de esa manera lo que Economía no paga, según se había comprometido el Estado antes de la cesación de pagos.

**IV. Conclusión**

Los argumentos tanto de las privatizadas como los del Estado Nacional, merecen ciertas observaciones. En efecto, la racionalidad y el sentido común indicarían que si bien es cierto que la situación económica abarcó a todos por igual, no habiendo discriminación entre inversores extranjeros y nacionales, también es cierto que el Estado produjo un daño por el cual debería responder. Ahora bien, una de las cuestiones más controvertidas que suscitan estos tratados es la relativa al alcance de la protección que ofrecen a los inversores extranjeros frente a las medidas de política económica general o a las medidas de política monetaria que pueda adoptar el Estado de inversión. En principio, las medidas de política económica general y de política monetaria constituyen medidas legítimas en el ejercicio del poder soberano del Estado. Consecuentemente no cabe en principio que puedan ser consideradas como medidas de carácter expropiatorio (de expropiación indirecta) o contrarias a la obligación de trato justo y equitativo que imponen los TBI a menos que resulten discriminatorias, abusivas o arbitrarias. En este sentido se expresan tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones de los EE.UU. descartó en su sentencia de 6 de enero de 1987 en el asunto West c. Multibanco Comermex que una redenominación a pesos mexicanos de depósitos bancarios en dólares en entidades mexicanas pudiera ser calificada como una medida de expropiación indirecta.

Pero, resulta dudoso que el complejo sistema de "pesificación asimétrica" de los préstamos y depósitos bancarios impuesto por las autoridades argentinas pueda considerarse como una simple medida de política monetaria, en la medida en que han comportado un desequilibrio en las relaciones contractuales entre entidades financieras y sus clientes. Lo mismo cabe decir de la pesificación de los contratos celebrados con la Administración pública, dejando sin efecto las cláusulas de ajuste o revisión de obligaciones dinerarias por referencia a una moneda extranjera y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios en otros países.

Parecería igualmente desacertada la comparación del gobierno nacional entre los tenedores de bonos en default con aquellos inversores que han obtenido un laudo arbitral favorable, toda vez que el mismo es obligatorio y las partes se han comprometido a hacerlos ejecutar en su territorio como si fueran una sentencia firme de sus tribunales. Todo ello, sin perjuicio de que en caso de incumplimiento por parte del Estado receptor, renace el derecho a la protección diplomática pudiendo incoar procedimientos en contra del Estado recalcitrante ante la Corte Internacional de Justicia.

Por otra parte y en referencia a la citada "doctrina de la comunidad de fortuna" sostenida por el Procurador del Tesoro de la Nación, es conocido que la rentabilidad de una actividad económica tiene, entre otros factores, relación directa con el riesgo empresario enfrentado (cuanto mayor el riesgo involucrado, mayor el margen de beneficios que cabe esperar). Los rasgos distintivos de los servicios públicos privatizados (monopólicos, con demanda cautiva y reservas legales de mercado) suponen un menor riesgo empresario que el que se desprendería de casi cualquier otra actividad económica. Y esto es también lo que se "ofreció" al inversor extranjero para "invitarlo y seducirlo" a invertir en el país, conjuntamente con la firma de más de 54 TBI [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28).

Surge de lo expuesto precedentemente que el "caos normativo" sumado a la imprecisión dada por la dificultad de calificar determinadas situaciones y conductas trae aparejada una compleja situación.

Parecería que el objetivo de las empresas privatizadas al presentar sus reclamos ante el CIADI es colocarse en una mejor situación ante el Estado Nacional, para lograr una negociación más beneficiosa. No olvidemos que el CIADI es una organización que forma parte del grupo del Banco Mundial y que la asistencia crediticia que puede otorgar dicha institución de ninguna manera resulta indiferente para el Estado Nacional [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29).

Por ello, creemos que la mejor opción para los inversores extranjeros y para la Argentina es precisamente la negociación íntegra y global de los contratos dispuesta por el gobierno nacional.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1v) "List of pending cases" in http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm. Ver igualmente el Informe Anual 2003 in http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998ar/main.htm.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) Esta nota es de la autora. En la actualidad se encuentran 27 reclamos ante el CIADI http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm (Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Azurix Corp. v. Argentine Republic, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, Siemens A.G. v. Argentine Republic, Sempra Energy International v. Argentine Republic, AES Corporation v. Argentine Republic, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic, Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer, Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A. v. Argentine Republic, Pan American Energy LLC and BP Argentina, Exploration Company v. Argentine Republic, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic, Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic, Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, Telefónica S.A. v. Argentine Republic, Enersis, S.A. and others v. Argentine Republic, Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic, EDF International S.A., SAUR International S.A. and Léon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, Unisys Corporation v. Argentine Republic, Azurix Corp. v. Argentine Republic). BP America Production Company and others v. Argentine Republic; ; CIT Group Inc. v. Argentine Republic).

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) Se calcula que se eleva a 16.000 millones al 1° de junio del 2004.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) La ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen cambiario autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional bajo normas de derecho público, incluyendo los de obras y servicios públicos, estableciendo los criterios que deben seguirse en el caso de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos. En virtud de esta disposición legal, el dec. 293/02, encomienda al Ministerio de Economía e infraestructura la renegociación de los contratos alcanzados por las previsiones del art. 8° de la ley 25.561 que tengan por objeto la prestación de obras y servicios públicos.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) Diario el "Clarín" 17 de diciembre del 2003.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) Diario "El Clarín" 4 de febrero del 2004.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7v) Conforme a lo expresado en los preámbulos de los TBI, los mismos tienen por objetivo: "promover una mayor cooperación económica entre los países contratantes" para lograr "el desarrollo económico de los países" y "el incremento de la prosperidad de los pueblos" y, especialmente en "estimular la iniciativa económica privada y el flujo de capitales privados" como así también "mantener un marco estable para las inversiones y un trato justo y equitativo a las inversiones".

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8v) Recordemos aquí que el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional Argentina dispone que los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional son jerárquicamente superiores a las leyes internas.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9v) YMAZ VIDELA, Esteban M., "Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales, sus Efectos en las Contrataciones Administrativas", La Ley, 1999.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10v) PETTERS, Paul y SCHRIJVER, Nico, "Latin American and International regulation of foreign Investment: Changing Perceptions", N°113, ps. 2/3, Institute of Social Studies, The Hague, 1991, Working Paper Series. Aunque corresponde advertir que en los primeros tratados firmados por la Argentina, se establecía que previo a ir al arbitraje internacional, el inversor extranjero debía someter su controversia a los tribunales nacionales por un período de 18 meses, después de los cuales estaba en libertad de ocurrir a la jurisdicción internacional. A esta cláusula se la llamaba "Half heartened Calvo Provision" o "Soft Calvo". El punto de inflexión lo marcó el convenio celebrado con Francia el 03/07/91 que estableció la opción para el inversor entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción arbitral internacional; la opción es definitiva.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11v) A tal efecto, la República Argentina aprobó mediante ley 24.353 (B.O. 02/09/94) (Adla, LIV-C, 2861) el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965), por el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y se aprueban mecanismos de solución de controversias basadas en la conciliación y en el arbitraje.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12v) Artículo 1102: Trato nacional: 1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones; 2. Cada una de las Partes brindará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones; 3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, en relación con cualquier Estado o provincia, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado por ese Estado o provincia, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante (...).

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13v) Artículo 1103: Trato de nación más favorecida : 1. Cada una de las Partes brindará a los inversionistas de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares, a los inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones; 2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14v) "United Nations Conference on Trade and Development" UNCTAD, International Investments: A Compendium, v. III, ps. 75, 107 y 143 a 195.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15v) Artículo 1105: Nivel mínimo de trato: Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas (...).

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16v) United Nations Centre on Transnational Corporations (UNCTC), Key Concepts in International Investment Arrangements and Their Relevance to Negotiations on International Transactions in Services, p. 11. (New York, February 1990).

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17v) UNCTAD (1996), p. 182.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18v) En el caso "Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España" (CIADI N° ARB/97/7), el demandante argumentaba que los inversionistas chilenos en España recibían un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y que, por consiguiente la cláusula de TNMF contenida en el TBI entre el Reino de España y la República Argentina le otorgaba la opción de someter la controversia a arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales nacionales. La Decisión sobre Jurisdicción, del 25 de enero de 2000 expresa en el párrafo 56 "... si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de nación más favorecida...".

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19v) Autor y obra citado en la nota 8.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20v) United Nations Centre of Transnational Corporations " Bilateral Investment Treaties", ps. 33 y 34, UN, New York, 1988.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21v) Este tipo de cláusulas las encontramos por ejemplo en el artículo 1109 del TLCAN: Transferencias 1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen... (...) 2. Cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia, en lo referente a las transacciones al contado ("spot") de la divisa que vaya a transferirse. (...). Por su parte el tratado con Chile prevé en el artículo 5.3 que "Una transferencia se considera realizada sin demora cuando se ha efectuado dentro del plazo normalmente necesario para el cumplimiento de las formalidades de transferencia [...] que en ningún caso podrá exceder de dos meses...". El artículo 5.1 del tratado con Estados Unidos dispone "Cada Parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o que salgan de él se realicen libremente y sin demora". Y el artículo 6 del tratado Franco-Argentino expresa "Cada Parte Contratante, en cuyo territorio o zona marítima de los inversores de la otra Parte Contratante hayan efectuado inversiones, otorgará a dichos inversores la libre transferencia de sus activos líquidos" (...) "Los nacionales de cada una de las Partes Contratantes que han sido autorizados para trabajar en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante con relación a una inversión admitida, serán igualmente autorizados a transferir a sus respectivos países de origen una parte apropiada de su remuneración. Las transferencias a las cuales se refieren los párrafos precedentes se efectuarán sin demora al tipo de cambio normal aplicable a la fecha de la transferencia, conforme con los procedimientos previstos por la legislación del país en cuestión, entendiéndose que ellos no podrán denegar, suspender o desnaturalizar la libre transferencia".

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22v) El artículo 1110 del TLCAN establece que "ninguna de las Partes podrá directamente o indirectamente... expropiar una inversión...o adoptar una medida equivalente... a una expropiación... salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(a); y (d) mediante indemnización...". "Una medida" se define en el artículo 201(1) como aquélla que incluye "cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica". El artículo 5 del TBI con Francia prevé "Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes Contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el artículo 3 del presente Acuerdo. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23v) El TBI con Francia dispone que las medidas mencionadas (medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión) que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económico normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión. Artículo 1110: Expropiación y compensación El TLCAN en su artículo 2 punto 2. expresa "2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación"), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado".

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24v) Regulación de Mercados, "La Participación de los Usuarios en la Renegociación de los Servicios Públicos en Argentina", Ariel R. Caplan Representante de los Usuarios en la Comisión Renegociadora de los Servicios Públicos.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25v) PANELO, Santiago, "La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los tratados bilaterales de inversión", LA LEY, 2003-E, 1482.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26v) Las principales medidas adoptadas por el Gobierno Nacional modificando la legislación vigente hasta ese momento, son: (a) la devaluación del peso argentino respecto del dólar estadounidense y la pesificación de ciertos activos y pasivos que estaban expresados en moneda extranjera mantenidos en el país; (b) la pesificación de las tarifas de servicios públicos anteriormente pactadas en dólares, dejando sin efecto las cláusulas servicios públicos anteriormente pactadas en dólares, dejando sin efecto las cláusulas indexatorias basadas en índices de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio que se encontraba en los Contratos de Concesión; (c) la introducción de restricciones al retiro de fondos depositados en las instituciones financieras; (d) la restricción a realizar transferencias al exterior en concepto de servicios de capital de préstamos financieros, excepto los otorgados por organismos internacionales y por bancos participantes en la financiación de proyectos de inversión cofinanciados por dichos organismos y de distribución de dividendos sin la previa autorización del Banco Central de la República Argentina y (e) el incremento de los precios internos (inflación) aún por encima de la previsión gubernamental.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27v) CITARA, Rubén Miguel, "El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (T.B.I) frente a la existencia de la jurisdicción pactada", LA LEY, 2004-A, 1400.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28v) Ver al respecto el artículo sobre "¿Por qué invertir en Argentina?" documento elaborado por la Agencia de Desarrollo de Inversiones en Septiembre de 2003, www.inversiones.gov.ar.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&hitguid=iB35F8A4F8C6811D88D9A0050047CC9FE&spos=29&epos=29&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29v) Fundado en 1944, el Grupo del Banco Mundial es uno de los principales proveedores de asistencia para el desarrollo en todo el mundo. El Banco, que en el ejercicio de 2001 otorgó préstamos por valor de US$17.300 millones a los países que recurrieron a sus servicios, actualmente lleva a cabo actividades en más de 100 economías en desarrollo, y aporta una combinación de financiamiento e ideas para mejorar el nivel de vida de la población y eliminar las peores formas de pobreza. En cada uno de esos países, el Banco colabora con organismos estatales, organizaciones no gubernamentales y el sector privado para elaborar estrategias de asistencia.

**Publicado en:** LA LEY 2005-A, 11

**Fallo Comentado:**  [Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal Nro. 3 (JNFedContenciosoadministrativo)(Nro3) ~ 2004/09/27 ~ Entidad Binacional Yacyretá c. Eriday y otros](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=iEDAF3A04459A42E690F81DCCB4E9BEF3&spos=&epos=1&td=&openLocator=)

**Sumario:** SUMARIO: I. La sentencia que motiva estas breves reflexiones. - II. Aspecto generales relativos al sometimiento del estado Argentino a la jurisdicción arbitral. - III. El arbitraje internacional en los tratados de protección recíproca de inversiones. - IV. Algunas conclusiones preliminares.

Voces

**Voces:** MEDIDAS CAUTELARES - PROHIBICION DE INNOVAR - ARBITRAJE - **ARBITRAJE** **INTERNACIONAL** - COMPETENCIA - DEFENSA EN JUICIO

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append)

"Injértese en nuestras repúblicas el mundo; pero el tronco ha de ser el de nuestras repúblicas. Y calle el pedante vencido; que no hay patria en que pueda tener el hombre más orgullo que en nuestras dolorosas repúblicas americanas"[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1).

**I. La sentencia que motiva estas breves reflexiones**

Motiva este comentario una medida cautelar de no innovar decretada por la magistrada Claudia Rodríguez Vidal, a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 de la Capital Federal, con fecha 27 de septiembre del año en curso, en la causa: "Entidad Binacional Yacyretá c. Eriday y otros s/proceso de conocimiento". Ella tuvo por base el cuestionamiento al Acta de Misión y a los actos posteriores en un proceso arbitral en el ámbito de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, suspendiendo su tramitación hasta que se resuelva la suerte de tal acto procesal y de las recusaciones incoadas contra los árbitros.

En la especie la "Entidad Binacional Yacyretá" -creada por el "Tratado de Yacyretá" entre la República Argentina y la República del Paraguay- promovió demanda contra las "Empresas Reunidas Impregillo - Dumez y Asociadas para Yaciretá - Eriday Ute" para que esta última concurriera a formalizar el texto del Acta Misión que incluyera las postulaciones de tal Entidad, la que se hizo extensiva a los árbitros doctores Nicolás Gamboa Morales, Emilio Jorge Cárdenas y Julio Alberto Barberis, para que se aparten del proceso.

Los presupuestos de hecho sobre los que se asienta la causa refieren que el 20 de octubre de 1983 las partes habían firmado un contrato para la construcción de la represa de Yacyretá, estableciéndose que las diferencias que pudieran surgir entre ellas serían sometidas a arbitraje, consignando, luego de las reformas operadas al acuerdo, tres aspectos esenciales: a) que el domicilio fijado por la contratista determinaría la legislación aplicable y la jurisdicción elegida (en este caso lo fue Buenos Aires); b) que las controversias serían resueltas por árbitros, elegidos uno por cada parte y el tercero, a falta de acuerdo, por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional; y c) que el arbitraje se realizaría de una sola vez al finalizar el contrato.

La ejecución de la obra sufrió extensiones y reprogramaciones, acumulándose numerosos reclamos del contratista.

Así las cosas, se suscribió el compromiso acordándose, entre otros aspectos, que las normas procesales aplicables serían, en principio, las contenidas en el compromiso arbitral y, supletoriamente, las previstas por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, mientras que las de fondo vendrían dadas por las estipulaciones del contrato y supletoriamente por la legislación argentina; conviniéndose la competencia de la Justicia Federal de la Capital Federal frente a un posible recurso de nulidad a deducir contra el laudo definitivo.

Instalado el Tribunal Arbitral y presentada la demanda y su contestación, las actuaciones quedaron en condiciones de pasar a la elaboración del Acta de Misión, instrumento procesal de naturaleza contractual que prevé el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje, en el que se precisan las cuestiones litigiosas, y las reglas a sujetarse, siendo un documento que debe elaborar el Tribunal con las partes, para luego ser aprobado y suscrito de conformidad.

Para tratar el texto de la apuntada Acta de Misión, el Tribunal Arbitral convocó a las partes a las audiencias de los días 2 y 3 de junio de 2004. Con anterioridad a esa fecha, la Entidad Binacional presentó su propio proyecto de Acta, haciendo saber al ente arbitral que el proyecto final debía ser sometido a los cuerpos orgánicos de la actora.

En el proyecto de Acta se testaron las postulaciones fundamentales de la Entidad Binacional, suscribiéndose el día 3 de junio un texto al que Eriday y el Tribunal Arbitral atribuyeron el carácter de Acta de Misión, no haciéndolo el representante de la Entidad Binacional por carecer de facultades, por lo que se limitó a inicialar el proyecto, al solo efecto de elevarlo a los órganos de administración.

El Tribunal Arbitral dispuso por la Orden Procesal n° 20, que en caso de que la Entidad Binacional Yacyretá no firmara el proyecto "por cualquier motivo que fuese", este sería elevado a la Corte de Arbitraje de la CCI para su aprobación como texto del Acta de Misión, asimilando su conducta a un supuesto de rebeldía o contumacia.

En el entendimiento de que esa decisión vetaba anticipadamente cualquier posibilidad de modificación del Acta de Misión, la Entidad Binacional procedió a recusar por prejuzgamiento a todos los miembros del Tribunal y a cuestionar fundadamente el Acta.

El 30 de agosto de 2004 la Secretaría de la Corte de Arbitraje de la CCI comunicó el rechazo de la recusación, producida el día 27, sin fundamentos, tras lo cual, el Tribunal Arbitral, sin esperar que tal decisión quedara firme, al día siguiente, produjo la Orden Procesal n° 21, rechazando la impugnación a la Orden Procesal anterior y haciendo a un lado el pedido de convocatoria a una audiencia para realizar las incorporaciones al Acta de Misión, dándola por aprobada con negativa de Yacyretá de suscribirla, disponiendo su remisión a la Corte de la CCI.

Frente a esta nueva orden, la Entidad Binacional articuló una nueva recusación, tachando de irrazonable y nula la Orden Procesal n° 21, argumentando la imposibilidad de elaborar un texto como el que da cuenta dicha orden en tan solo un día, lo que entendió demostrativo de que la misma fue confeccionada durante el tiempo en que las actuaciones debían estar suspendidas en virtud del primer planteo, considerando que ello evidenciaba la falta de imparcialidad de los árbitros.

Sobre la base de tales antecedentes, la sentencia de la jueza federal afirmó su competencia para conocer en la demanda en atención al lugar en que se había desarrollado la controversia, la materia involucrada y por tener la Entidad Binacional carácter público estatal.

Entendió asimismo el decisorio, que la cuestión planteada era de orden público al comprometer el interés general. Así las cosas, en el limitado ámbito cognoscitivo que habilita a un estrado judicial considerar la procedencia de una medida cautelar, se hizo mérito de que los árbitros deben asegurar la igualdad de trato entre las partes y proveer a un adecuado ejercicio de su derecho de defensa, sin que la sujeción a la decisión de tal instancia permita suponer preliminarmente una renuncia a la revisión judicial en las hipótesis en que se verifique la violación de un derecho fundamental, como el que resulta del menoscabo del debido proceso adjetivo.

Agregó también la magistrada en el considerando 11 de su sentencia: "Cabe recordar que, desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que, aun cuando resulta posible sustraer el juzgamiento de conflictos de la jurisdicción de los jueces del Estado para someterlos a árbitros, posibilidad que se encuentra reglada en los arts. 736 y sigtes. del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, ello es así en tanto se cumpla con el presupuesto según el cual el legitimado no se encuentre inerme contra abusos en que pudiera eventualmente incurrir el órgano arbitral, pues como consecuencia de la aplicación de las garantías a que alude el art. 18 de la Constitución Nacional, aunque no lo diga la cláusula, el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no comporta más atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto, a lo que se añade además que, aunque sea función de los árbitros la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho, no queda excluida la posibilidad de impugnar judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que los árbitros hubiesen incurrido al laudar (v. Fallos: 292:223); se debe indicar por lo demás que este mismo criterio aparece plasmado en el pronunciamiento del Alto Tribunal del 1° de junio de 2004, "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento" (LA LEY, 2004-E, 266) [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2). En el aludido precedente, la Corte Suprema reafirma la pertinencia de la tesis amplia respecto del control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, acudiendo a la expresión 'supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público', añadiendo que dicho control corresponderá también cuando '... la decisión sea inconstitucional, ilegal o irrazonable' (v. consid. 14 del fallo citado)".

Sobre la tempestividad del planteo en esta instancia preliminar del arbitraje, la sentencia de la que hacemos mérito entendió que el mismo no había sido prematuramente incoado, al indicar en el considerando 12: "Que en cuanto a la oportunidad en que se solicita el control judicial, no aparece tampoco, en este estado, como irrazonable que con miras a la apuntada trascendencia que reviste el acta de misión para la suerte de todo el proceso arbitral, su contenido sea revisado, a fin de introducir si así correspondiera las modificaciones que fuera menester, de forma tal que se cuente con un instrumento donde quede definitivamente establecido el marco en el que los árbitros desarrollarán su misión, evitando de ese modo futuras impugnaciones o desconocimientos del laudo. Esta circunstancia, es además demostrativa del requisito de peligro en la demora, pues constituirá un verdadero dispendio, que se tramite por completo el proceso arbitral, cuando una de las partes desde su inicio ha manifestado su discrepancia con el contenido de los puntos litigiosos plasmados en el acta de misión. A lo que se debe añadir, que tampoco aparece como irrelevante la circunstancia que se apunta en la demanda, respecto a que la continuación del trámite del proceso arbitral presupone desembolsos en concepto de anticipo de honorarios de los árbitros, de magnitud significativa si se repara en que éstos se fijan sobre la base de los montos reclamados por la contratista, la que estimó su pretensión, a julio de 2002, en la suma de U$S17.215.887 (confr. tabla de honorarios y gastos administrativos del reglamento de la CCI, anexo 6)".

Es evidente que en este caso el pronunciamiento no se ha desentendido de la disposición contenida en el art. 27 de la Constitución nacional 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", siendo que dentro de tales principios, como lo indica el profesor Horacio D. Rosatti, se encuentra el de debido proceso legal (art. 18 y concs., Constitución Nacional), junto con otros como los que sustenta la organización política bajo la forma representativa, republicana y federal de gobierno; el de juridicidad y reserva de ley; el de igualdad; como el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3).

La sentencia bajo comentario no hace sino transitar, expresa y deliberadamente, el camino instaurado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la ya citada causa "José Cartellone Construcciones Civiles S.A.", donde la afirmación según la cual: "no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público...", o el criterio que habilita a impugnar decisiones de tal índole cuando aquella "sea inconstitucional, ilegal o irrazonable" fue suscrita por los actuales integrantes del Máximo Tribunal, ministros Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4).

No está de más señalar que hace casi un siglo, Joaquín V. González, al ocuparse de los tratados y asuntos internacionales, recordaba la postura asumida por el Senado en 1898 en el primer tratado con Italia cuando, haciéndose hincapié en los términos y en el espíritu de nuestra Constitución, se entendió que el arbitraje no podía afectar los intereses esenciales, el honor o la soberanía de la Nación, en virtud de que nuestra Carta Constitucional había limitado, como consecuencia de lo establecido en su art. 27, en tal sentido los poderes del Congreso [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5).

**II. Aspectos generales relativos al sometimiento del Estado Argentino a la jurisdicción arbitral**

El cuadro de situación que constatamos hoy en la Argentina -que nos muestra un Estado jaqueado por una verdadera avalancha de procesos arbitrales, fundamentalmente en los más variados ámbitos internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional- nos obliga a plantearnos el interrogante sobre si el Estado puede ser parte en un arbitraje.

Frente a tal inquisición, no circunscribiendo la pregunta a materias específicas -v.gr. aquellas que puedan afectarlo como poder público-, la respuesta obliga, en nuestra República, a tomar posición sobre si el Estado puede ser llevado a juicio; y, luego de pronunciarnos afirmativamente sobre el punto, a decidirnos acerca de si está permitido que órganos ajenos al Poder Judicial de la Nación puedan ejercer competencia en las causas reservadas a éste y a las que hacen mención los arts. 116 [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6) y 117 [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7) de la Constitución Nacional.

II.1. Irrenunciabilidad total o parcial de la jurisdicción federal

En el pasado, algunos autores sostuvieron una doctrina que progresivamente se ha ido debilitando o que ha visto reducido su campo de aplicación efectiva. Conforme a ella, 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 de la Constitución, ni declinarla dando lugar a la actuación de jueces privados mediante el procedimiento del arbitraje. De todos modos, tal línea de pensamiento, aunque atemperada, se mantiene aún hoy intransigente, reafirmando la irrenunciabilidad parcial de la jurisdicción federal, siempre que se encuentren comprometidos la soberanía, el interés u orden público, o actos estatales iure imperii.

Valga añadir que adscribimos decididamente a tal postura, como lo hemos dejado documentado, antes de ahora, con particular énfasis en el ámbito concreto de las controversias tributarias en que se encuentra comprometido el interés soberano sobre el diseño del sistema fiscal y la percepción de las rentas públicas [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8).

Seguidamente, y con el deseo de rescatar algunos hitos fundamentales de la más tradicional y calificada doctrina jurídica argentina, nos detendremos por unos instantes en dos dictámenes de indiscutida jerarquía y abolengo.

II.1.1. Dictamen del Procurador General de la Nación, doctor José Nicolás Matienzo

El Procurador General de la Nación doctor José Nicolás Matienzo [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9), en su dictamen de fecha 30 de abril de 1919 [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10), en la causa: "Fisco Nacional contra la Compañía Dock Sud de Buenos Aires, sobre cobro de pesos", sentencia de 27 de mayo de 1919, dejó expresada una fuerte crítica a los gobernantes de su tiempo que habían hecho a un lado la doctrina de la indelegabilidad de la jurisdicción federal. Allí razonó en los siguientes términos:

"La Constitución Nacional coloca entre las atribuciones del Poder Judicial el conocimiento y decisión de los asuntos en que la Nación sea parte (art. 100 -texto histórico-).

"Comentando una disposición análoga de la Constitución de los Estados Unidos dijo Hamilton que cualquier otro plan sería contrario a la razón, a los precedentes y al decoro.

"No parecen haber entendido lo mismo los Gobiernos Argentinos que han convenido con empresas particulares someter los asuntos de la Nación a la decisión de árbitros o de arbitradores.

"Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el Poder Ejecutivo con el acuerdo de la Cámara de Senadores [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11). Sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y de la opinión pública y son legalmente responsables ante el Congreso [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12). 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 arbitro 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 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.

"Estas consideraciones, si no fueran suficientes, para demostrar la inconstitucionalidad de someter a árbitros los asuntos en que la Nación es parte, bastan, por lo menos, para justificar que toda duda sobre la procedencia del arbitraje en los asuntos de la Nación se resuelva en favor de la jurisdicción de los tribunales permanentes.

"Como quiera que sea, hay una distinción que me parece indispensable hacer. La Nación puede obrar como persona jurídica o en su calidad de entidad soberana. En el primer caso, pudiera admitirse la discusión acerca de la procedencia del arbitraje: en el segundo caso, no. El soberano abdicaría su dignidad si sometiera al fallo de árbitros privados la existencia o extensión de sus facultades gubernativas.

"La sentencia apelada no ha hecho esta distinción e interpreta el art. 15 de la ley N° 2346 (Adla, 1881-1888, 440) [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13) como obligando al gobierno a someter al juicio de arbitradores todas las cuestiones que surjan entre el Poder Ejecutivo y los concesionarios del canal de navegación entre el antepuerto del Riachuelo y la Estación Mitre, aunque alguna de esas cuestiones afecte las facultades constitucionales del Congreso.

"Yo creo que no es propio atribuir al Congreso esa intención. Lo que en mi entender quiso el Congreso al dictar la disposición mencionada fue tan sólo someter a arbitraje las cuestiones en que la Nación aparece como persona jurídica, como persona del derecho civil, en igualdad de condiciones que la otra parte contratante.

"El art. 15 dice textualmente así: 'Las cuestiones que surgieren entre los concesionarios y el Poder Ejecutivo sobre la manera de cumplir las obligaciones que la ley de concesión les impone serán sometidas al juicio de arbitradores nombrados por una y otra parte, debiendo estos nombrar, antes de empezar su tarea, un tercero para el caso de discordia, quien fallara definitivamente en los asuntos que le fueren sometidos'.

"Cuestiones sobre la manera de cumplir las obligaciones impuestas a los concesionarios serían las relativas al plazo señalado para la realización de los trabajos, a la conformidad de las obras con los planos, a la calidad de los materiales y otros semejantes. Pero la duda sobre si la empresa tiene derecho a percibir el impuesto de permanencia en el puerto no se refiere a la manera de cumplir sus obligaciones, sino a la facultad del Congreso para establecer esa clase de impuestos, facultad en que la Nación obra en calidad de potencia soberana.

"Esta bien que los tribunales creados por la Constitución decidan sobre el alcance de las facultades del Congreso; pero sería impropio y peligroso violentar el sentido expreso de una cláusula de concesión para autorizar a los empresarios particulares a nombrar árbitros que resuelvan definitivamente sobre el ejercicio de los poderes constitucionales.

"Por estas consideraciones y las expuestas por el Ministerio fiscal en 1ª y 2ª instancia, pido a V.E. se sirva declarar que este asunto corresponde a la justicia federal, revocando la sentencia de la Cámara de la Capital, con costas"[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14).

Debe prevenirse que más allá de los severos conceptos vertidos en el dictamen que hemos transcripto precedentemente, el mismo se ciñe a alertar sobre los inconvenientes que para el Estado puede tener el arbitraje y a precisar los límites que no puede rebasar, pero sin alcanzar a cuestionar, para todos los casos, la validez constitucional de tal mecanismo de resolución de controversias [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15).

II.1.2. Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del año 1936

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se ocupó especialmente de la cuestión en el año 1936, y el despacho -aprobado en mayoría por la Comisión- se explayó en los siguientes términos: "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 art. 100 (texto histórico) de la Constitución". En tal ocasión, el académico Rafael Bielsa votó en disidencia parcial con el despacho, al entender que la declaración propuesta era "demasiado amplia en sus términos". Su voto lo fue en el sentido que "el art. 100 (numeración anterior) de la Constitución no se opone a que la Nación y menos aun las provincias (que son autónomas) puedan someter a decisión arbitral pleitos o cuestiones que no impliquen transacción o renuncia de derechos públicos, como los relativos al ejercicio del poder de policía, del poder impositivo, y desde luego sus atribuciones jurisdiccionales". Por lo tanto, "pueden la Nación y las provincias someter a decisión arbitral las cuestiones de hecho y de índole patrimonial, como la determinación de indemnizaciones, etc., pero después de considerar los necesarios informes administrativos periciales, dictámenes técnicos y, especialmente, los de índole jurídica". Entre los fundamentos de este voto, se añade el relativo al "carácter no jurisdiccional de los árbitros". Sobre el punto, "se advierte que ellos no tienen imperio judicial; no pueden, por ejemplo, compeler a declarar a los testigos ofrecidos, ni realizar actos de jurisdicción; para ello deben valerse del juez". Asimismo, "la propia sentencia requiere, para ser ejecutoria, el exequatur judicial"[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16).

II.1.3. Actos iure gestionis y actos iure imperii

El fenómeno intervencionista convirtió al Estado en actor protagónico de actividades industriales, comerciales y de servicios, a veces explotadas monopólicamente y, otras, en condiciones de competencia con los particulares.

Ante la situación descripta en el párrafo anterior, según lo refiere el profesor Werner Goldschmidt, se fue gestando en los países de la Europa occidental, sobre todo en Italia, una doctrina que, opuesta a la clásica -de la exención incondicional del Estado a la jurisdicción de los tribunales de otro: par in parem non habet imperium-, distinguía entre actos iure gestionis y actos iure imperii, para conceder la exención exclusivamente a la segunda categoría. A su vez, algunos autores, dentro de esta doctrina calificada de modernista, sostuvieron que en el primer caso el Estado actuaba en la esfera del derecho privado, o conforme, también, a cómo podría conducirse un particular [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17).

Sobre el alcance de esta distinción y los límites a la inmunidad soberana del Estado remitimos, entre otros, a los ensayos de Emilio J. Cárdenas [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18) y Claudio A. Onetto [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19).

El criterio ha sido receptado en innumerables fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en dictámenes de la Procuración del Tesoro en los que se distinguió entre los contratos celebrados por la Nación con los particulares, en los que aparece estipulada la jurisdicción arbitral para dirimir las diferencias, actuando la Nación en su carácter de persona jurídica, de aquellos en que asume el rol de poder público o se compromete el orden público.

II.1.4. Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución

Aun admitida la posibilidad de resignar la jurisdicción a favor de árbitros -o de jueces extranjeros-, se argumenta, con amplia difusión, que es válido hacer mérito de la teoría modernista respecto del juicio cognoscitivo, mientras que, correlativamente, resulta aplicable la doctrina clásica en cuanto a la ejecución del laudo o de la sentencia de condena, siendo tal dualidad más nítida tratándose de la intervención de jueces privados, que en la actuación de tribunales extranjeros.

Por lo demás, se comprueba una peligrosa tendencia a la renuncia a la inejecutabilidad de bienes y, como consecuencia de tal estipulación, además de la prórroga de jurisdicción, pasa a admitirse que los bienes de la República Argentina puedan ser objeto de cobro compulsivo, salvo expresas excepciones, como las relativas a las reservas monetarias -arts. 5° y 6° de la ley N° 23.928 (Adla, LI-B, 1752) [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20), sustituidos por la ley N° 25.561 (Adla, LXII-A, 44)- [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21); los bienes del dominio público ubicados en el territorio de la Nación -contemplados en los arts. 2337 y 2340 del Cód. Civil-; los bienes afectados a la prestación de cualquier servicio público esencial; y los bienes alcanzados por las previsiones del art. 67 de la ley N° 11.672 (t.o. 1999) [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22) -Ley Complementaria Permanente de Presupuesto- (Adla, 1920-1940, 296).

**III. El arbitraje internacional en los tratados de protección recíproca de inversiones**

Las inversiones en el exterior o desde el exterior se convirtieron en un hecho corriente y de gravitante envergadura en la economía mundial luego de concluida la Segunda Guerra, fenómeno que se vio acentuado con la creciente globalización de la economía en las últimas décadas del siglo XX [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23). Ello condujo a que los países exportadores de capitales impulsaran la suscripción de tratados internacionales bilaterales y multilaterales de protección de dichas inversiones e, igualmente, de las colocaciones financieras localizadas en el extranjero.

Por su parte, los países en vías de desarrollo también facilitaron esa tendencia en el entendimiento de que así atraerían capitales e inversión extranjera directa (foreign direct investment), ya que dichos instrumentos, al fijar las condiciones básicas de tratamiento que habrían de dispensarse conjurando medidas confiscatorias o arbitrarias, garantizan estabilidad y seguridad jurídica al tiempo de abrir el camino, incluso, a un mayor nivel de protección internacional y, valiéndose, asimismo, de la introducción optativa para el inversor de mecanismos alternativos de resolución de controversias, fuera de la justicia institucional del Estado donde colocaba sus capitales.

III.1. Los tratados de protección recíproca de inversiones suscriptos por la República Argentina

En el caso de la Argentina su primer Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones (Bilateral Investment Treaties o BIT's) fue celebrado con la República Italiana, suscribiéndose en la Ciudad de Buenos Aires el 22 de mayo de 1990. El mismo consta de trece artículos y un protocolo adicional, convirtiéndose en disparador de un proceso en el cual se firmó una verdadera marejada o aluvión [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24) de tratados de igual tipo con otros países [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25).

III.2. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Las principales obligaciones asumidas por los Estados en los BIT's responden a reglas más o menos comunes destacándose entre ellas los patrones generales

-"tratamiento justo y equitativo"; "tratamiento no menos favorable que el acordado a los inversores locales"; "tratamiento acordado a los inversores de la nación más favorecida"; "la denominada 'umbrella clause'" y "las llamadas 'cláusulas de estabilización'"- y los patrones específicos -"reglas en materia de transferencia de divisas"; "compensaciones"; y "requisitos de desempeño"-.

A su vez, a instancia del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (hoy Banco Mundial), el 18 de marzo de 1965, se suscribió la Convención de Washington, creando el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) con sede en dicha Ciudad en la oficina principal del apuntado Banco.

Se ha señalado que el CIADI fue establecido con el fin de dar facilidades para la solución por medio de la conciliación y el arbitraje a las diferencias relativas a inversiones que se susciten entre los gobiernos y los inversionistas extranjeros privados. La República Argentina firmó la Convención de Washington el 21 de mayo de 1991, la aprobó mediante la sanción de la ley N° 24.353 (Adla, LIV-C, 2861) [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26) en junio de 1994, depositó el instrumento de ratificación el 19 de octubre de 1994, entrando en vigencia a su respecto el 18 de noviembre de ese mismo año [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27). Creado en 1966, el convenio por el cual fue instituido ya ha sido ratificado por 131 países.

Las partes en conflicto pueden recurrir voluntariamente al arbitraje de esta institución para resolver sus diferencias, pero una vez que lo hayan hecho no pueden retirarse unilateralmente. Mantiene vínculos muy estrechos con el Banco Mundial -aunque es una organización autónoma-, en la medida que todos los integrantes del CIADI son a la vez miembros del Banco, además de que su Consejo Administrativo es dirigido por el Presidente del Banco Mundial. Este Consejo está integrado por un representante de cada país que haya ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28).

III.3. La República Argentina como parte demandada en el CIADI

Como dato concreto cabe referir que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha intervenido y conoce en un importante número de causas promovidas contra la Argentina. En tal sentido, el profesor Guido Santiago Tawil da cuenta de que al año 2001 nuestro país era parte en cuatro arbitrajes que se ventilaban en ese ámbito [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29). El publicista aludido también consigna otra causa dejada sin efecto por acuerdo de partes el 19 de noviembre de 1998, relacionada a una reclamación de la Provincia de Salta en materia de Impuesto sobre los Ingresos Brutos [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30), agregando que la mayor parte de los conflictos se relacionan con incumplimientos originados en actos, hechos u omisiones de las provincias (en algunos casos, incluso, de los municipios), vinculados con materia impositiva u otorgamiento de concesiones [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31).

Algunos autores, en cambio, entienden que en este caso es menester la incorporación en los tratados de la denominada "cláusula federal" por la cual el Estado nacional no se obliga en materias propias de la competencia de los Estados miembros.

La lista de diferendos se ha incrementado sensiblemente, a principios del año 2003, según informara la periodista Ana Barón, corresponsal en Washington del matutino Clarín, se registran demandas por cifras multimillonarias que importan el riesgo cierto de perder reclamos por más de u$s2.000.000.000 [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32). A dicha nómina cabe añadir, al momento de escribirse estas líneas -1° de noviembre de 2004-, algunas más, ya que sobre 83 causas pendientes en el CIADI, 32 han sido promovidas contra la Argentina, esto es casi el 40% del total en curso [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33), con lo que los montos involucrados superan con creces la cifra arriba indicada.

Una resolución que nos ha causado verdadera perplejidad es la recaída en el caso: "Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic" [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34), según pronunciamiento del 14 de enero de 2004, por el cual se rechazaron todas las excepciones de previo y especial pronunciamiento, interpuestas por la República Argentina. La controversia versa sobre el Impuesto de Sellos aplicado por distintas provincias argentinas y la discusión se centra en si el tratamiento que se traduce en las determinaciones e intimaciones de pago cursadas, satisface los standards de trato justo y equitativo. Por la resolución se habilitó el estrado arbitral a accionistas minoritarios en una sociedad de capital que revestía el carácter de inversora; se afirmó la responsabilidad del Estado por las jurisdicciones territoriales subnacionales; se obvió la falta de notificación del proceso a las provincias de La Pampa y del Chubut; y se reafirmó la competencia del tribunal para decretar medidas precautorias y otros remedios.

Más allá que sobre el tema de fondo -carácter instrumental que debe revestir el Impuesto de Sellos por exigencia de la ley de coparticipación- coincidamos, el pronunciamiento arbitral [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35) nos hace recordar los conceptos del autor español Fernando Vizcaíno Casas, cuando enfatizara: "Todos sabemos que hay sentencias que sólo aciertan donde dicen 'Fallo'. Porque fallan por completo"[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36).

Por lo demás, en nuestro concepto, la jurisdicción arbitral, en estos casos, afecta el orden público constitucional y colisiona de plano con el art. 27 de nuestra Ley Fundamental, tal cual ya lo hemos referido.

**IV. Algunas conclusiones preliminares**

El arbitraje internacional -no sólo el que se deriva de los tratados de protección recíproca de inversiones-, además de las severas objeciones jurídicas que contra el mismo se han formulado [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37), ha sido acreedor, tempranamente, de acertadas críticas y ajustadas matizaciones de parte del profesor Guillermo A. Muñoz, para quien el Estado argentino por esa vía ha entendido renunciar a vitales espacios de soberanía. Por las cláusulas de estabilización ha creído instituir una suerte de inmunidad contractual a favor de los inversores extranjeros donde las modificaciones legislativas sólo podrían ser llevadas a cabo acompañadas del pago de fuertes compensaciones en áreas sensibles como la prestación de servicios públicos esenciales vinculados estrechamente a las posibilidades de vida, calidad de ésta y dignidad humana. A su vez, mediante el arbitraje internacional se ha renunciado a dilatados y vitales espacios a la jurisdicción de sus magistrados, porque, de seguirse ciertas interpretaciones doctrinales, todas estas cuestiones se resolverán en Washington con la intervención de árbitros del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones. Lo expresado, en su concepto, constituye un privilegio a favor del capital foráneo demostrativo de que durante la década de los años noventa hemos asistido más que a una profunda Reforma del Estado, a una verdadera disolución del Estado, para agregar luego: "Existe, pues, la posibilidad de que decisivos aspectos vinculados con el suministro de energía eléctrica o de agua potable en la Ciudad de Buenos Aires, escapen a las leyes argentinas y sean juzgados por árbitros extranjeros. Estamos, señores, ante una profunda reforma del Estado. Frente a ello, resultan absurdos los recelos que todavía existen entre los países que integramos el Mercosur. Quizás por eso, prefiero recordar algunas palabras de Drago [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38), cuando a principios de siglo sostenía que su doctrina era 'un enunciado político de diplomacia americana, que si bien se apoya en razones de Derecho, tiende a evitar a los pueblos de este continente la calamidad de la conquista que se pretende disfrazar de intervención financiera'. Después de casi un siglo cambiaron las formas, se suavizaron los modales pero el drama sigue siendo el mismo. En este tiempo de guerras mediáticas no hace falta hundir barcos, basta con firmar tratados bilaterales que no pasan de ser una burla. Hoy, el manto grotesco de una reciprocidad imposible reemplaza los antiguos gestos de prepotencia. Como diría Baudrillard [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39), "hemos transgredido todo, incluso los límites de la escena y de la verdad. Hoy todo es más hipócrita, más posmoderno, pero el drama, reitero, sigue siendo el mismo"[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40). También señala el aludido catedrático que hace unos veranos un importante sector de Buenos Aires quedó por varios días sin energía eléctrica, sin ascensores, sin agua, sin nada, advirtiéndose cierta falta de reacción, cierta atonía estatal. Relata que pasaban los días, crecía la angustia y no había respuestas claras. Después, hubo algunas amenazas de severas sanciones, inclusive de rescindir la concesión. El mismo autor, haciéndose eco de una grave sospecha, concluye: "Se dice, no se con qué grado de veracidad, que la empresa consideró que estaba por nacer una controversia que tendría que ser resuelta en Washington"; añadiendo: "No se si por esta razón, o por alguna otra, luego de los acontecimientos se generó un gran silencio"[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41).

Al ir arribando al final de estas líneas, no podemos omitir una doctrina que integra el derecho de gentes americano enunciada desde estas latitudes y cuya formulación correspondió al jurista Carlos Calvo [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42), quien desplegó una intensa actividad diplomática en representación de la República Argentina. Dentro de su producción se destaca una valiosa obra que alcanzó gran difusión, con varias ediciones en distintos idiomas: Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América, publicada inicialmente en dos tomos en lengua castellana en París [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43). Una de sus postulaciones, la conocida universalmente como Doctrina Calvo, puede resumirse en tres premisas esenciales: 1. Igualdad ante la ley de nacionales y extranjeros; 2. Obligada sujeción de los extranjeros a las leyes y jueces nacionales; y 3. Abstención de los Estados extranjeros de intervenir en las controversias patrimoniales de sus nacionales en terceros países.

Por último, es nuestro deseo concluir con los conceptos de nuestro querido y entrañable amigo el juez Guillermo Andrés Muñoz, cuando enfatizara: "El art. 20 de la Constitución federal argentina lo que asegura al extranjero es la igualdad con los nacionales, pero no situaciones de privilegio frente a ellos... Esos privilegios sin duda ya existen... El poder someterse al arbitraje ante la desconfianza a los tribunales nacionales, es otro privilegio que no tenemos los argentinos. A mí pueden no gustarme los jueces argentinos -de hecho yo me gusto cada vez menos- pero no puedo elegir, no puedo ir a un árbitro internacional. El inversor extranjero sí... Como ustedes pueden apreciar los privilegios acordados a los inversores extranjeros son muchos. Quizás demasiados..."[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1v) Las palabras consignadas en el epígrafe pertenecen al poeta y político cubano José J. Martí (1853-1895), y están contenidas en el ensayo: Nuestra América, aparecido en: "La Revista Ilustrada de Nueva York", el 10 de enero de 1891, reproducido en: "El Partido Liberal", publicado en México, el 30 de enero de 1891.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) Registro del Alto Tribunal letra J, N° 87, libro XXXVII.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) ROSATTI, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", parágrafo II: "TBIs: Naturaleza jurídica y control constitucional", LA LEY, 2003-F, 1283, en particular ps. 1287 y sigtes.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) Ver el comentario del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación suscripto por el profesor consulto Arístides H. M. Corti, y la profesora Liliana B. Costante, ambos docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, aparecido bajo el título: "La nueva Corte impone la ley por encima de los arbitrajes", en el matutino Ambito Financiero, del 18 de junio de 2004, p.14 . Señalan los autores: "Del texto del fallo extraemos las siguientes conclusiones explícitas e implícitas: 1) que el sometimiento de controversias a tribunales arbitrales no excluye el derecho de acceder a la jurisdicción del Poder Judicial argentino cuando los laudos dictados por aquéllos se exhiben en pugna con la Constitución, las leyes y el orden público nacionales; 2) que los laudos que pueden dictar los tribunales del CIADI (con origen en los tratados de garantía recíproca de inversiones) en las causas en trámite promovidas por empresas concesionarias de servicios públicos privatizados contra el Estado nacional, podrían ser impugnados judicialmente ante la Justicia argentina cuando sus decisiones resulten inconstitucionales, ilegales, irrazonables o contrarias al orden público argentino; y 3) que la doctrina que admite la jurisdicción arbitral sujeta al control judicial de la Justicia argentina no cabe extenderla a la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros (que implica exclusión de los nacionales), ya que la jurisdicción de los tribunales argentinos constituye un atributo irrenunciable de la soberanía (art. 116, CN) sólo susceptible de delegación en favor de organismos supranacionales de Latinoamérica o de extraña jurisdicción mediando doble votación (art. 75 inc. 24, CN); requisitos no satisfechos por las leyes, decretos y cláusulas predispuestas que han prorrogado la jurisdicción en favor de jueces extranjeros en materia de operaciones de crédito público".

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Obras completas", v. XI: "Jurisprudencia y Política. Escritos y discursos. 1898-1912", Libro Tercero: "Tratados y Asuntos Internacionales", Capítulo XII: "La cláusula compromisoria en los tratados de arbitraje general", ps. 193 y sigtes., en particular p. 210, Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, 1935.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) El precepto referido de la Constitución Nacional consigna: Art. 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7v) El dispositivo de que se ha hecho mérito del Estatuto Fundamental prescribe: Art. 117. En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8v) CASÁS, José Osvaldo, "Los mecanismos alternativos de resolución de las controversias tributarias", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2003 (en particular, remitimos al capítulo VI: "El arbitraje en materia tributaria", ps. 151 y sigtes.).

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9v) El doctor José Nicolás Matienzo nació en San Miguel de Tucumán el 4 de octubre de 1860 y falleció en Buenos Aires, el 3 de enero de 1936. Inició sus estudios secundarios en su ciudad natal y los continuó en Buenos Aires, donde tuvo por maestro a José Manuel Estrada. Ingresó a la Facultad de Derecho en 1878 y se recibió de abogado en 1882, con una tesis de Derecho Civil: "Qué debe ser el heredero". En 1883 escribió en colaboración con el doctor Luis María Drago: La idea del Derecho. En 1804 se inició en la docencia universitaria como profesor de lógica en la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires y persistió en tal cometido hasta 1927. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la ciudad de La Plata dictó la cátedra de Derecho Civil Comparado desde 1906 hasta 1911, y desde 1909 estuvo al frente del curso de Derecho Internacional. En el período 1913-1919 ejerció el decanato de esa Facultad y renunció por no haber sido aceptado un proyecto sobre docencia libre, asistencia libre de los alumnos y abreviación del mandato de los funcionarios universitarios. Desde 1927 fue profesor honorario de las Universidades de Buenos Aires y La Plata. Fue juez en lo civil de la ciudad de La Plata (1888-1890) y ministro de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (1910-1913). En 1913 ingresó a la magistratura federal desempeñando las funciones de Procurador General de la Nación entre 1917 y 1922. Fue Ministro del Interior entre 1922 y 1923, impulsando en esas funciones diversas iniciativas en defensa del federalismo (confr. DE SANTILLÁN, Diego A., "Gran Enciclopedia Argentina", t. V, ps. 172 y 173, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1959).

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10v) Al dictamen de referencia hacen alusión, entre otros: 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; y BIANCHI, Alberto B., "Los poderes del Congreso para crear y reglamentar la jurisdicción de los tribunales federales", LA LEY, 1992-B, 863, en particular, capítulo II, parágrafo II.c, subparágrafo 1: "La jurisdicción arbitral", ps. 872 y sigtes., en particular p. 874. El asesoramiento del Ministerio Público Fiscal no se encuentra publicado en la Colección Oficial de Fallos, antecediendo a la sentencia de la referida causa y fue transcripto parcialmente, más de veinte años después, en el voto minoritario y en disidencia de fundamentos -Ministros Benito A. Nazar Anchorena y Francisco Ramos Mejía- emitido en la causa: "Guido Simonini v. Nación Argentina" -Fallos: 194:155-, sentencia del 4 de noviembre de 1942 (en particular ps. 168 y 169).

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11v) A partir de la Reforma Constitucional de 1994 la selección de los jueces y la emisión de sus propuestas en ternas compete al Consejo de la Magistratura (art. 114).

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12v) La remoción de los magistrados -salvo los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para quienes se mantiene el mecanismo de juicio político por el Congreso- corresponde hoy a un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal (art. 115, Constitución Nacional), en un procedimiento cuya apertura y acusación se encuentra a cargo del Consejo de la Magistratura.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13v) Anales de Legislación Argentina, t. Complemento 1881-1888, p. 440. Se trata de la ley de concesión a Paúl Angulo y Cía. para excavar y explotar el canal de navegación desde el antepuerto del Riachuelo hasta las inmediaciones de la Estación Mitre del Ferrocarril a la Ensenada.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14v) La transcripción responde a la copia del dictamen glosada al Libro de Registro respectivo, obrante en el Archivo de la Procuración General de la Nación, calle Guido 1577 de la Ciudad de Buenos Aires.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15v) BIANCHI, Alberto B., "Los poderes del Congreso para crear y reglamentar la jurisdicción de los tribunales federales", ob. cit., cap. II, parág. II.c, subparág. 1, p. 874.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16v) SPOTA, Alberto G., "La cláusula compromisoria en el derecho administrativo" (nota a fallo), JA, 1943-I, 603 y sigtes., nota 5, ps. 605 y sigtes. En la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sólo se pudo hallar un acta marginalmente individualizada en lápiz como n° 97, fechada el 27 de diciembre de 1936 -con salvado del año- en la cual se da cuenta de que se "reanuda la sesión bajo la presidencia del titular doctor Ernesto Bosch, el doctor Bielsa expuso extensamente sus puntos de vista contrarios al despacho de la Comisión que aconseja establecer una prohibición absoluta para que la Nación comprometa en árbitros sus intereses. Considera el doctor Bielsa que ello implica dar al art. 100 de la Constitución 'un sentido y alcance que juzga extraños a su fundamento'. Los extensos fundamentos de la tesis del doctor Bielsa quedan deliberadamente autenticados en el archivo de la Academia. Luego de tomar nuevamente la palabra el doctor Melo para sostener las conclusiones del despacho, se hizo dialogada la exposición, interviniendo, además del doctor Bielsa, otros académicos. En vista de lo avanzado de la hora y de haber manifestado el doctor Zavalía el propósito de fundar también su voto en contra del despacho se levantó la sesión siendo las 21 hs. (hay dos firmas)". La transcripción obra en los folios 192 y 193 del libro compulsado.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17v) GOLDSCHMIDT, Werner, "Sometimiento y sumisión de Estados a extraña jurisdicción", LA LEY, 156-1327, en particular ps. 1328 y 1329. Recogemos de este autor la denominación que asigna a las doctrinas de clásica y modernista.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18v) CARDENAS, Emilio J., "Algunas consideraciones en torno a la noción de "inmunidad soberana", JA, 1974-710 y sigtes.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19v) ONETTO, Claudio A., "Actual concepto de 'inmunidad soberana'", ED, 93-913 y sigtes.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20v) Anales de Legislación Argentina, LI-B, 1752 y sigtes.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21v) Anales de Legislación Argentina, LXII-A, 44 y sigtes.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22v) Anales de Legislación Argentina, LIX-C, 2765 y sigtes. Por la norma referida se dispone: Art. 67 Los fondos, valores y demás medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del Sector Público, ya sea que se trate de dinero en efectivo, depósitos en cuentas bancarias, títulos, valores emitidos, obligaciones de terceros en cartera y en general cualquier otro medio de pago que sea utilizado para atender las erogaciones previstas en el Presupuesto General de la Nación, son inembargables y no se admitirá toma de razón alguna que afecte en cualquier sentido su libre disponibilidad por parte del o de los titulares de los fondos y valores respectivos. Quienes en virtud de su cargo hubieren tomado razón de alguna medida judicial comprendida en lo que se dispone en el presente, comunicarán al Tribunal la imposibilidad de mantener vigente la medida en virtud de lo que se dispone en esta ley. En aquellas causas judiciales donde el Tribunal, al momento de la entrada en vigencia de la presente, hubiere ordenado la traba de medidas comprendidas en las disposiciones precedentes, y los recursos afectados hubiesen sido transferidos a cuentas judiciales, los representantes del Estado nacional que actúen en la causa respectiva, solicitarán la restitución de dichas transferencias a las cuentas y registros de origen, salvo que se trate de ejecuciones válidas firmes y consentidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23v) CASAS, José Osvaldo, "Globalización y Justicia Tributaria", ED, 199-730 y sigtes. Decíamos en el indicado ensayo: "La globalización, o mundialización, según la denominan los franceses, constituye un fenómeno que si bien ha adquirido características nítidamente ostensibles en nuestro tiempo, reconoce lejanos antecedentes incluso anteriores a la modernidad... Hoy, la proyección y alcance de dicho fenómeno es una incontrastable realidad en terrenos tan diversos como: el ideológico; el relativo al monopolio del liderazgo político e incluso militar; el de la influencia cultural, mediante las ideas transmitidas a través de libros, revistas, semanarios y periódicos, cuyo acceso se ha democratizado, como de otras expresiones artísticas, facilitadas y difundidas por las transmisiones de radio y televisión, el cine y las comunicaciones en general, realizadas, en esta fase tecnológica, por satélite o vía internet; el conocimiento recíproco de las distintas lenguas de pueblos y regiones; las competiciones deportivas internacionales; el intercambio económico comercial, la transnacionalización de las empresas y de los capitales, todo ello mediante la colocación de inversiones, sucursales y filiales; la aparición de organismos internacionales en los más diversos campos; la universalización de ciertas formas e instituciones jurídicas características del Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho; el surgimiento de nuevos espacios comunitarios económicos y políticos dentro del fenómeno de la integración, como los que nos ofrecen la Unión Europea o el Mercado Común del Sur; y, finalmente, el debilitamiento del Estado-Nación, donde se diluye la noción de soberanía confrontada con las nuevas realidades supranacionales que se expresan en la gran aldea globalizada".

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24v) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", 3ª ed., t. 2: "La defensa del usuario y del administrado", Sección IV: "La protección de los derechos", Capítulo XVII: "El arbitraje administrativo nacional e internacional", parágrafo II, punto 11: "La materia arbitral en algunos tratados recientes", apartado 5: "¿Por qué tantos tratados?", ps. 43 y sigtes., en particular p. 45, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998. Este autor utiliza precisamente para describir el fenómeno las palabras marejada y aluvión. Señala respecto a la proliferación de los Tratados Bilaterales: "Una explicación posible, desde luego imposible de verificar o falsear, es que se ha tomado la más extrema de las posiciones contrarias al arbitraje, y se ha tratado de salvar también esa posición extrema".

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25v) Consignados en orden sucesivo según las leyes de aprobación, los tratados de este tipo que tiene celebrada la Argentina lo son con los siguientes países: Alemania; Suiza; Francia; Polonia; Suecia; España; Italia; Unión Belgo-Luxemburguesa; EE.UU.; Canadá; Reino Unido; Egipto; China; Austria; Hungría; Turquía; Chile; Países Bajos; Túnez; Armenia; Senegal; Dinamarca; Bulgaria; Rumania; Venezuela; Bolivia; Ecuador; Jamaica; Croacia; Portugal; Malasia; Finlandia; Perú; Ucrania; Corea; Australia; Cuba; Israel; Vietnam; Indonesia; Marruecos; Países del Mercosur; Panamá; México; Rep. Checa; Lituania; El Salvador; Costa Rica; Nicaragua; Sudáfrica; Rusia; Filipinas; Tailandia; Argelia; Nueva Zelanda; India; y Grecia (no todos han entrado en vigencia).

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26v) Anales de Legislación Argentina, LIV-C, 2861 y sigtes.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27v) TAWIL, Guido Santiago, "Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones y el Arbitraje Internacional: el caso de la Argentina", parágrafo V: "El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)", ps. 28 y sigtes., en particular p. 28, publicación editada por M & M Bomchil Abogados, Buenos Aires, 2001.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28v) http://www.cinu.org.mx/onu/estructura/organismos/bm.htm#ciadi, página de las Naciones Unidas -Centro de Información- México, Cuba y República Dominicana, compulsada a abril de 2003.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29v) TAWIL, Guido Santiago, "Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones y el Arbitraje Internacional: el caso de la Argentina", ob. cit., parág. V, ps. 35 y 36. Refiere este autor las siguientes causas: "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux v. República Argentina" (caso N° ARB/97/3), referido a la rescisión del contrato de concesión del agua en la provincia de Tucumán, registrado el 19 de febrero de 1997; "Lanco International, Inc. v. República Argentina" (caso N° ARB/97/6), referido a un conflicto con las terminales portuarias de Buenos Aires, registrado el 14 de octubre de 1997; "Houston Industries Energy, Inc. y otros v. República Argentina" (caso N° ARB/98/1), relacionado con diferendos en la distribución eléctrica de la provincia de Santiago del Estero, registrado el 25 de febrero de 1998; y "Empresa Nacional de Electricidad S.A. (Chile) v. República Argentina" (caso n° ARB/99/4), atinente a la pretensión de cobro de la provincia del Neuquen del Impuesto de Sellos sobre contratos de abastecimiento de energía eléctrica celebrados por correspondencia, registrado el 12 de julio de 1999.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30v) Causa: "Móvil Argentina S. A. v. República Argentina" (caso n° ARB/99/01).

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31v) TAWIL, Guido Santiago, "Los Tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones y el Arbitraje Internacional: el caso de la Argentina", ob. cit., parág. V, p. 36.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32v) BARÓN, Ana, "Dicen que la Argentina está mal defendida de las demandas", Diario "Clarín" de Buenos Aires, edición del domingo 2 de marzo del año 2003, Sección 1ª, p. 19. Allí se consignan, también, las siguientes causas: "Enron Corporation and Ponderosa Assets" (caso n° ARB/01/03), presentado el 11 de abril de 2001; "CMS Gas Transmisión Company" (caso n° ARB/01/08), presentado el 24 de agosto de 2001; "Azurix Corp." (caso n° ARB/01/12), del 23 de octubre de 2001; "LG&E Energy" (caso n° ARB/02/01), del 31 de enero de 2002; "Siemens A.G." (caso n° ARB/02/8), del 17 de julio de 2002; "Sempra Energy International" (caso n° ARB/02/16), del 6 de diciembre de 2002; y "AES Corporation" (caso n° ARB/02/17), presentado el 19 de diciembre de 2002.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33v) Las causas pendientes de resolución ante el CIADI, en las cuales es demandada la Argentina al 18 de junio de 2004 son las siguientes: "Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal" (caso n°. ARB/97/3) presentado el 19 de febrero de 1997; "Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P." (caso n° ARB/01/3) presentado el 11 de abril de 2001; "CMS Gas Transmission Company" (caso n° ARB/01/8) presentado el 24 de agosto de 2001; "Azurix Corp." (caso n° ARB/01/12) presentado el 23 de octubre de 2001; "LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc." (caso n° ARB/02/1) presentado el 31 de enero de 2002; "Siemens A.G." (caso n° ARB/02/8) presentado el 17 de julio de 2002; "Sempra Energy International" (caso n° ARB/02/16) presentado el 6 de diciembre de 2002; "AES Corporation" (caso n° ARB/02/17) presentado el 19 de diciembre de 2002; "Camuzzi International S.A." (caso n° ARB/03/2) presentado el 27 de febrero de 2003; "Metalpar S.A. and Buen Aire S.A." (caso n° ARB/03/5) presentado el 7 de abril de 2003; "Camuzzi International S.A." (caso n° ARB/03/7) presentado el 23 de abril de 2003 "Continental Casualty Company v. Argentine Republic (caso n° ARB/03/9) presentado el 22 de mayo de 2003; "Gas Natural SDG, S.A." (caso n° ARB/03/10) presentado el 29 de Mayo de 2003; "Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A." (caso n° ARB/03/12) presentado el 5 de Junio de 2003; "Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company" (caso n° ARB/03/13) presentado el 6 de junio de 2003; "El Paso Energy International Company" (caso n° ARB/03/15) presentado el 12 de junio de 2003; "Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A." (caso n° ARB/03/17) presentado el 17 de Julio de 2003; "Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A." (caso n° ARB/03/18); presentado el 17 de Julio de 2003; "Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A." (caso n° ARB/03/19) presentado el 17 de Julio de 2003; "Telefónica S.A." (caso n° ARB/03/20) presentado el 21 de Julio de 2003; "Enersis, S.A. and others" (caso n° ARB/03/21) presentado el 22 de Julio de 2003; "Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A." (caso n° ARB/03/22) presentado el 12 de agosto de 2003; "EDF International S.A., SAUR International S.A. and Léon Participaciones Argentinas S.A." (caso n° ARB/03/23); presentado el 12 de agosto de 2003; "Unisys Corporation" (caso n° ARB/03/27); presentado el 15 de octubre de 2003; "Azurix Corp." (caso n° ARB/03/30) presentado el 8 de diciembre de 2003; "Total S.A." (caso n° ARB/04/1) presentado el 22 de enero de 2004; "SAUR International" (caso n° ARB/04/4) presentado el 27 de enero de 2004; "BP America Production Company and others" (caso n° ARB/04/8) presentado el 27 de febrero de 2004; "CIT Group Inc." (caso n° ARB/04/9) presentado el 27 de febrero de 2004; ; "Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic" (caso n° ARB/04/14), registrado el 15 de julio de 2004; "Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic" (Case No. ARB/04/16), registrado el 5 de agosto de 2004; y "France Telecom S.A. v. Argentine Republic" (caso n° ARB/04/18), registrado el 26 de agosto de 2004 (v. http://www.worldbank.org/icsid/cases /pending.htm)

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34v) Caso n° ARB/01/3, publicada en Revista Argentina de Derecho Tributario, n° 8 (octubre - diciembre, 2003), Universidad Austral, La ley, ps. 1029 y ss.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35v) Acogiendo el planteo del contribuyente, también se expidió nuestro Alto Tribunal el 15 de abril de 2004, en las siguientes causas: "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. c/ Neuquen, Provincia del s/ acción de inconstitucionalidad" (Registro de la C.S.J.N.: S.1077, XXXVI), "Shell Compañía de Petróleo S.A., c. Neuquen, Provincia del s/ acción declarativa" (Registro de la C.S.J.N.: S.368, XXXIV), "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. c. Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (Registro de la C.S.J.N.: Y.16, XXXIV) y "Transportadora de Gas del Sur Sociedad Anónima (TGS) c. Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de certeza" (Registro de la C.S.J.N.: T.352, XXXV).

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36v) VIZCAÍNO CASAS, Fernando, "El revés del derecho", Parte II: "El derecho cosa por cosa", capítulo VIII: "El revés del derecho", ps. 203 y sigtes., en particular p. 205, Editora Nacional, Madrid, 1973.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37v) Además de las expresiones clásicas vertidas sobre la cuestión, puede consultarse a: CONESA, Eduardo, "Argentina: como convivir con el default", La Ley, 2004-A, 993 y COSTANTE, Liliana B., "Notas sobre prórroga de jurisdicción", LA LEY, 2004/09/30, ps. 3 y sigtes.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38v) Luis María DRAGO (1859-1921), jurisconsulto argentino y ministro de relaciones exteriores y culto del presidente Julio A. Roca, en 1902, cuando formuló la doctrina que lleva su nombre. La misma se originó con motivo del bloqueo británico-germánico-italiano en Venezuela, y el bombardeo de alguno de sus puertos -Cabello, la Guayra y Maracaibo-, enderezados al cobro compulsivo de los servicios financieros de la deuda pública que mantenía tal Estado americano. El 29 de diciembre de 1902, el Ministro Drago envió una nota al representante argentino en Washington, García Merou, encomendándole llamara la atención del Gobierno de Estados Unidos sobre los peligros que importaban tales hechos, resaltando que el cobro compulsivo de los empréstitos suponía la ocupación territorial para hacerlo efectivo, lo que estaba en pugna con los principios establecidos por los países americanos y, particularmente, con la Doctrina Monroe (onfr. CUTOLO, Vicente Osvaldo, "Nuevo Diccionario Biográfico Argentino (1750-1930)", t. 2°, ps. 601 y sigtes., Elche, Buenos Aires, 1971; DE SANTILLÁN, Diego A., "Gran Enciclopedia Argentina", 1ª ed., t. III: "Del-Gw", p. 102, Ediar, Buenos Aires, 1957; y WRIGHT, Ione S. y NEKHOM, Lisa M., "Diccionario Histórico Argentino", p. 217, Emecé, San Pablo, 1994).

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39v) Pensador francés contemporáneo, autor de una extensa obra de importancia capital para comprender nuestra época actual. Entre sus títulos fundamentales se encuentran: La economía política del signo; De la seducción y; El intercambio simbólico y la muerte.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40v) MUÑOZ, Guillermo A., "El Arbitraje en los Contratos Internacionales celebrados por el Estado", en Actualidad en el Derecho Público, N° 10, ps. 83 y sigtes., Buenos Aires, 1999, parágrafo V, en particular ps. 91 y 92.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41v) MUÑOZ, Guillermo A., "El Arbitraje en los Contratos Internacionales celebrados por el Estado", ob. cit., parágrafo V, p. 92.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42v) Carlos CALVO (1822-1902), jurista de distinción internacional, diplomático y prolífico escritor. Nació en Montevideo, graduado en Derecho en Buenos Aires, dedicó la mayor parte de su vida a misiones diplomáticas para la Argentina ante gobiernos europeos (Alemania, Austria, Rusia y la Santa Sede). Profundo estudiante de Derecho Internacional, enunció en 1863 lo que más tarde se conocería como Doctrina Calvo. Además de la obra citada en el texto, publicó: Colección de tratados de la América Latina; Historia de los progresos del Derecho de Gentes en Europa y América desde la paz de Westfalia hasta nuestros días; Anales históricos de la Revolución de la América Latina, acompañado de documentos en su apoyo. Desde el año 1808 hasta el reconocimiento de la Independencia de ese extenso continente (en cinco tomos, impreso en francés y castellano); y Una página de Derecho Internacional o la América del Sud ante la Ciencia del Derecho. Fue nombrado miembro del Instituto Histórico de Francia, de la Academia de Historia de Madrid, Oficial de la Legión de Honor y condecorado con la Cruz del Comendador, Miembro Fundador del Instituto de Derecho Internacional (Francia) y correspondiente de la Academia de Ciencias Políticas y Morales. (confr. CUTOLO, Vicente Osvaldo, "Nuevo Diccionario Biográfico Argentino (1750-1930)", ob. cit. t. 2°: "C-E", ps. 56 y sigtes.; DE SANTILLÁN, Diego A., "Gran Enciclopedia Argentina", ob. cit., 1ª ed., t. II: "C-Delt", p. 53, Ediar, Buenos Aires, 1956; y WRIGHT, Ione S. y NEKHOM, Lisa M., "Diccionario Histórico Argentino", ob. cit., p. 112).

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43v) CALVO, Carlos, "Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América", D'Amyot y Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1868. La quinta edición en idioma francés, que hemos tenido en nuestras manos, consta de seis tomos, está precedida de una exposición histórica del progreso de la ciencia del derecho de gentes y fue editada por Arthur Rousseau, en Paris, 1896.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i391E87C22E4A11D98D9A0050047CC9FE&spos=30&epos=30&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44v) MUÑOZ, Guillermo A., "El Arbitraje en los Contratos Internacionales celebrados por el Estado, ob. cit., parágrafo IV, ps. 86 y sigtes., en particular ps. 86 a 88. El catedrático aludido registró una larga trayectoria como magistrado judicial: primero como juez y camarista en el fuero contencioso administrativo federal y, finalmente, como integrante del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Publicado en:** LA LEY 2004-C, 223

**Fallo Comentado:**  [Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones de Washington DC (TArbitralCentroInternacdeArreglodeDiferenciasRelativasaInversionesWashington) ~ 2003/12/08 ~ Azurix Corp. c. República Argentina](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=i894A8EB4677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=&epos=1&td=&openLocator=)

**Sumario:** SUMARIO: I. Introducción. Objeto del comentario. - II. Los hechos del caso. - III. La normativa aplicable. - IV. Las excepciones opuestas por la República Argentina. - V. La decisión del tribunal arbitral. - VI. Consideraciones sobre la decisión del Tribunal Arbitral

Voces

**Voces:** COMPETENCIA - ORGANISMO INTERNACIONAL - INVERSION EXTRANJERA - ACUERDO DE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES - PROTECCION DE INVERSIONES - PROMOCION DE INVERSION - **ARBITRAJE** **INTERNACIONAL** - COMPETENCIA ARBITRAL - LAUDO ARBITRAL - CONCESION DE SERVICIO PUBLICO - SERVICIO PUBLICO - SOCIEDAD COMERCIAL - SOCIEDAD CONTROLANTE - SOCIEDAD CONTROLADA - EXCEPCION DE LITISPENDENCIA - LITISPENDENCIA - LEGITIMACION

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append)

I. Introducción. Objeto del comentario

Los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones o Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI), que la República Argentina suscribió en la década de 1990, no llamaron mayormente la atención del público en general como así tampoco de la doctrina especializada. También, es muy probable que los legisladores que sancionaron las leyes aprobatorias de los mismos y los funcionarios del Poder Ejecutivo que procedieron a la promulgación de tales normas tampoco tuvieran cabal conciencia del impacto que los mismos tendrían en los años por venir.

Pero, tales tratados, que superan el número de cincuenta, al haber dado lugar a más de veinticinco reclamos por ante tribunales arbitrales y encontrarse en trámite en el período de negociaciones amigables otros treinta, aproximadamente, están causando honda preocupación en los funcionarios del Gobierno que deben atender tales procesos, como así también en la población en general, por los montos que se encuentran comprometidos. Algunas estimaciones preliminares hacen ascender las sumas en juego a dieciséis mil millones de dólares aunque, dable es advertir que, en muchos casos, los montos reclamados no guardan correspondencia con los supuestos daños sufridos y, en otros casos, la estimación de daños fue formulada en otro momento de la economía nacional cuando no se consideraba posible la lenta pero sostenida recuperación de nuestra economía.

Por otra parte, muchos de tales reclamos pretenden encontrar fundamento en la supuesta violación por parte del Estado Nacional o de alguna Provincia, en su caso, de contratos relativos a la prestación de servicios públicos por lo que, de finalizarse exitosamente los procesos de renegociación de contratos que está encarando el Estado Nacional tales procesos serán inevitablemente desistidos por los reclamantes.

Ante esta situación, tal como lo expresáramos, en los dos últimos años el tema ha concitado la atención general como así también la de la doctrina especializada. En este sentido y, por la íntima relación que guarda con la temática de este comentario, corresponde mencionar el reciente trabajo publicado en esta revista por el ex Procurador del Tesoro de la Nación, doctor Rubén Citara (ejemplar del día 16 de diciembre de 2003, ps. 1 a 3) titulado "El marco normativo de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada". El autor citado, en el punto II.2 de su trabajo, realiza un análisis de aquellos supuestos que darían lugar a una controversia de naturaleza contractual -que se dirimiría por ante las jurisdicciones nacionales o locales, según el organismo contratante- así como de los otros casos en los cuales -por tratarse de una controversia en materia de inversiones- la jurisdicción le correspondería a los órganos previstos en el respectivo TBI para resolver las controversias.

Por la fecha de su publicación, el mencionado articulo no pudo, obviamente, haber tomado en consideración una importante decisión adoptada por el Tribunal interviniente en el caso CIADI N° ARB/01/12 "Azurix Corp. c. La República Argentina" (decisión sobre jurisdicción adoptada con fecha 8 de diciembre de 2003) En virtud de dicha decisión el Tribunal resolvió que la demandante demostró "prima facie" que tiene derecho a reclamar contra la Argentina por incumplimiento de las obligaciones que la Argentina tenía con Azurix en virtud del convenio que la misma tiene celebrado con Estados Unidos. Al así resolver el Tribunal dispuso rechazar las excepciones opuestas por la demandada y consideró que las diferencias planteadas se encuentran dentro de la jurisdicción del Centro y, por ende, son competencia del Tribunal.

Varias son las cuestiones que en dicho pronunciamiento fueron objeto de consideración por el Tribunal pero, en el presente, haremos mérito, únicamente, de aquellas relacionadas con la competencia que se atribuyó el Tribunal frente a disposiciones contractuales que, en forma expresa, fijaban la jurisdicción de los tribunales locales (en el caso el fuero contencioso de la Ciudad de La Plata) con renuncia a cualquier otro fuero.

Si bien el caso objeto del comentario contempla un contrato administrativo suscripto por la Provincia de Buenos Aires, de sostenerse en el tiempo la doctrina que emana de la decisión sobre jurisdicción, a idéntica conclusión se llegaría en el supuesto que el contrato hubiera sido suscripto por el Estado Nacional en cuyo caso, así también, se sustraería de la jurisdicción de los tribunales federales contratos administrativos en los que se hubiera pactado la jurisdicción de los mismos.

Podría sostenerse que la decisión no innova con relación a lo resuelto en el caso "Lanco", como así también en la decisión que se adoptó el anularse el laudo originario en el caso "Vivendi", pero estimamos que por el nuevo precedente que sienta, merece la atención de todos los interesados e involucrados en este tema.

**II. Los hechos del caso**

II. 1. La Provincia de Buenos Aires sancionó la ley 11.820 (Adla, LVI-B, 6666) creando un marco regulatorio para privatizar los servicios de agua en dicha provincia concesión que sería supervisada y regulada por la autoridad regulatoria creada a tal fin, denominada Organismo Regulador de Aguas Bonaerenses (ORAB).

La propuesta de quien en definitiva resultaría adjudicataria de la concesión fue realizada por dos sociedades del grupo Azurix, a saber, "Azurix Agosba S.R.L. (AAS)" y "Operadora de Buenos Aires S.R.L. (OBA) AAS", sociedad registrada en la Argentina pertenece a Azurix en un 0,1% y el 99,9% restante es propiedad de Azurix Argentina Holdings Inc. la que a su vez es de propiedad total de Azurix.

OBA, también es una sociedad registrada en la Argentina cuya propiedad total le pertenece a Azurix Agosba Limited, sociedad esta registrada en el extranjero que, a su vez, es de propiedad total de Azurix Agosba Holdings Limited, sociedad también registrada en el exterior y de la cual Azurix es propietaria del 100% de las acciones.

II. 2. Una vez adjudicada la licitación, y de conformidad con lo establecido en el pliego, AAS y OBA constituyeron, en la República Argentina, una sociedad denominada Azurix Buenos Aires (ABA)

II. 3. Luego de diversas divergencias entre las partes que no llegaron a acuerdo alguno con relación a la concesión, ABA resolvió, con fecha 5 de octubre de 2001, rescindir el contrato de concesión imputándole a la provincia culpa por dicha circunstancia. Al notificar dicha decisión, con fundamento en el art. 14.1.4 del contrato de concesión, ABA requirió de la Provincia se le abonara la correspondiente indemnización con motivo de la rescisión contractual.

II. 4. Posteriormente, con fecha 1° de noviembre de 2001, la Provincia dictó el dec. 2598 por medio del cual, entre otras cuestiones, la Provincia rechazó la rescisión contractual por parte de ABA y la intimó a desistir de su pretensión rescisoria.

II. 5. Finalmente, la Provincia por dec. 508, del 13 de marzo de 2002, dispuso la rescisión del contrato de concesión por culpa de ABA imputándole, entre otras causales, incumplimientos esenciales en punto a las metas de expansión y calidad del servicio.

II. 6. A todo esto, ABA presentó un recurso de revocatoria, en sede administrativa, contra el dec. 2598/2001 a la vez que interpuso una demanda judicial ante la Suprema Corte de la Provincia. En dicha acción judicial ABA invocaba que la acción tenía por finalidad no consentir el dec. 2598/2001 y señalaba que Azurix había presentado una solicitud de arbitraje por ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) solicitud que había quedado registrada con fecha 23 de octubre de 2001.

**III. La normativa aplicable**

A fin de encuadrar en debida forma la cuestión estimamos necesario hacer somera mención de las normas aplicables al caso "sub examine".

III. 1. Normas constitucionales

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 166, dispone que los casos originados por la actuación u omisión de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo con los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.

III. 2. Normas legales provinciales

El Código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, con las reformas introducidas por la ley 13.101 (Adla, Bol. 26/2003, p. 35), dispone en su art. 1 inc. 1, que corresponde a los tribunales en lo contencioso administrativo el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación y omisión, en el ejercicio de funciones administrativas; de los órganos de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones de dicho Código.

Por su parte, el art. 2 inc. 3, del mismo Código dispone que la competencia contencioso administrativa comprende las controversias que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1, regidas por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas de derecho privado.

A su vez, el inc. 6 del mismo art. 2 declara comprendidas en la competencia contencioso administrativa las controversias relativas a los contratos administrativos.

Si bien las normas del Código antes transcriptas no eran, en su actual redacción las vigentes al momento que se produjeron los hechos, la delimitación de la competencia contencioso administrativa era idéntica.

III. 3. Normas contractuales

Haremos mención en este acápite y bajo la denominación de normas contractuales de aquellas disposiciones, tanto del pliego que rigió la licitación como de sus normas complementarias así como de las insertas en el contrato que unió a las partes, por constituir todas ellas el plexo normativo contractual.

La cláusula 2.16 del Pliego de Bases disponía que para todas las cuestiones que surjan con relación a la licitación sería competente el fuero en lo contencioso administrativo de la Ciudad de La Plata con renuncia a cualquier otro fuero, jurisdicción o inmunidad que pudiera corresponder.

Por su parte, la cláusula 16.7 del contrato dispuso que en caso de cualquier controversia relativa a la interpretación y ejecución del contrato, el concedente y el concesionario (ABA) se someten al fuero contencioso administrativo competente de la Ciudad de La Plata con renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles por cualquier causa.

Existen, así también, las cartas compromisos suscriptas por Azurix denominadas "Compromiso y Garantía de la Sociedad Controlante Común del Operador y Compromiso y Garantía de la Sociedad Controlante del Grupo Económico" en virtud de las cuales Azurix, en forma expresa, se somete a la jurisdicción de la Ciudad de La Plata para cualquier conflicto derivado de la aplicación o interpretación de tales instrumentos, con expresa renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción.

Corresponde señalar, además, que a pedido de un oferente requiriendo que se aclarara en relación con la cláusula del pliego antes citada, si la Argentina cumpliría con sus compromisos derivados de los TBI en punto a la intervención de un tribunal de arbitraje internacional para el supuesto de controversia, que la Comisión de Privatización, mediante la circular aclaratoria N° 11 ratificó la disposición del pliego aclarando que el mismo dispone expresamente la renuncia a todo otro fuero o jurisdicción

III. 4. El Tratado de Protección Reciproca de Inversiones

La reclamante fundó su derecho en el TBI suscripto por la República Argentina con los Estados Unidos de América (en adelante "El Tratado") el que fuera aprobado por ley 24.124 sancionada el día 26 de agosto de 1992 (Adla, LII-D, 3864). Dicho tratado entró en vigencia el 20 de octubre de 1994.

En lo que resulta de interés para este comentario corresponde tener presente la disposición del art. VII, apartados 1, 2 y 3 del Tratado que, en lo que hace a los mecanismos de resolución de controversias dispone:

1. "A los fines del presente artículo una controversia en materia de inversión es una controversia entre una parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, surgida de o relacionada con:

a) un acuerdo de inversión concertado entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte;

b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, si tal autorización existiera; o

c) la supuesta violación de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión.

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 en el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrán expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias y 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; o

ii) del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a el; o

iii) 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.

(b) Una vez que el nacional o la sociedad involucrada hubiera expresado su voluntad, cualquiera de las Partes en la controversia puede iniciar el arbitraje de acuerdo con la elección especificada en la manifestación de voluntad."

A su vez, el art. XIII establece que el Tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las partes.

De lo reseñado precedentemente surge, en forma indubitable, que la Provincia de Buenos Aires, al momento de realizar el llamado a licitación, así como al momento de suscribir el contrato de concesión, fijó la competencia de los tribunales en lo contencioso administrativo por así imponerlo no solamente la naturaleza de la relación contractual que se establecía, sino porque expresas normas de orden constitucional y legal la obligaban a ello.

**IV. Las excepciones opuestas por la República Argentina**

La República Argentina, en lo que interesa al presente comentario, opuso dos excepciones a la jurisdicción del tribunal interviniente con fundamento en las siguientes circunstancias:

a) Azurix aceptó someter a la jurisdicción de los Tribunales de La Plata la solución de todas las controversias y renunció a cualquier oro fuero.

b) Azurix, a través de ABA, su alter ego, optó, conforme al Art. VII del TBI por someter la controversia a la jurisdicción de los Tribunales de la República Argentina al promover la revisión judicial de las medidas adoptadas por la Provincia de Buenos Aires.

IV.1. Acuerdo sobre la jurisdicción de los Tribunales de La Plata

La excepción deducida por la demandada encuentra fundamento en que Azurix podía renunciar, y efectivamente renunció, a los derechos que le confiere el TBI. Además, la demandada sostuvo que la actora estaba obligada a cumplir lo previsto en el Pliego de Bases y en el contrato de concesión (Cf. lo expresado en el numeral 3 precedente) a través de sus subsidiarias que participaron en la licitación dado que las mismas eran simplemente instrumentales y constituían un simple "alter ego"; por otra parte, Azurix se había presentado en el proceso licitatorio habiendo suscripto la carta compromiso a la que se hizo mención en el numeral mencionado con anterioridad.

La actora, al contestar las excepciones de la República Argentina, sostiene la jurisdicción del Tribunal con fundamento en las siguientes circunstancias:

a) Las cláusulas del Pliego de Bases se refieren a conflictos que pudieran suscitarse con relación a la licitación y no comprende a los que se originen una vez celebrado el contrato.

b) La cláusula sobre jurisdicción del contrato se refiere a la interpretación y ejecución del mismo pero no comprende a los reclamos que se formulen en el marco del TBI.

c) Las cartas compromiso suscriptas por Azurix no obligan a esta última a cumplir con la normativa del Pliego de Bases o del Contrato de Concesión.

d) No existe identidad de partes ni de reclamo entre la controversia planteada por ante el CIADI con fundamento en el TBI y aquellas reclamaciones realizadas en sede administrativa de la Provincia de Buenos Aires y por ante la Suprema Corte de la misma por parte de ABA.

e) Los tratados prevalecen sobre reglamentos locales y la Provincia carece de competencia para alterar o desconocer obligaciones previstas en tratados internacionales.

f) Los tribunales locales, tal el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia des Buenos Aires, carecen de competencia en razón de la materia y de la persona para entender en reclamos formulados en el marco del TBI contra el Estado Nacional.

IV. 2. La elección de la vía local

De conformidad con la postura asumida por la representación de la República Argentina, Azurix, en los hechos, ha hecho uso de la opción prevista en el Articulo VII del TBI en la medida que ABA ha deducido diversos recursos administrativos, e incluso, ha recurrido por ante la Suprema Corte de la Provincia. A ello agrega que, los fundamentos y reclamos realizados por ante dicho Superior Tribunal por ABA, son idénticos a los formulados por Azurix por ante el Tribunal arbitral constituido en el marco del TBI.

Por su parte, la reclamante y con relación a esta excepción sostiene que:

a. El reclamo de Azurix fue deducido por ante el CIADI antes de la presentación por ante los tribunales locales.

b. La presentación de ABA sólo tuvo en mira requerir, de la jurisdicción local, que se abstuviera de intervenir en la medida que la cuestión iba a ser debatida por Azurix en un tribunal arbitral en el marco del TBI.

c. El TBI no le impone obligación alguna a ABA, en el sentido de renunciar a sus reclamos, a los fines que Azurix pueda requerir la aplicación de las normas de fondo y procesales previstas en el TBI.

**V. La decisión del tribunal arbitral**

El Tribunal interviniente, en virtud de su decisión sobre jurisdicción de fecha 8 de diciembre de 2003, rechazó las excepciones a la jurisdicción opuestas por la demandada. Para llegar a dicha decisión y, en lo que respecta a las dos excepciones a que se hizo mérito en el numeral anterior el Tribunal tomó en consideración:

V. 1. Acuerdo sobre la jurisdicción

- El reclamo de la demandante con fundamento en el TBI es un reclamo diverso de la reclamación que pudiera surgir de los documentos contractuales aunque para la resolución del primero sea necesario interpretar o analizar hechos relacionados con la ejecución del contrato de concesión; por ello, las cláusulas de elección de fuero no resultan aplicables.

- Azurix no ha reclamado contra ninguna de las partes que suscribieron el contrato de concesión sino que lo ha hecho contra la República Argentina.

- Al no ser parte el Estado Nacional, en ninguno de los documentos contractuales, no existe renuncia alguna por parte de Azurix a favor de la República Argentina.

V. 2 La elección de la vía local

- No existe litis pendencia dado que para que proceda esta excepción debe haber identidad de partes, materia y causa ante los dos tribunales; la República Argentina no es parte en ninguno de los procedimientos entablados en la Provincia de Buenos Aires.

- El ORAB no es un tribunal administrativo; sus actos tienen el carácter de actos administrativos y carece de la independencia que caracteriza a un tribunal.

**VI. Consideraciones sobre la decisión del Tribunal Arbitral**

VI. 1. Liminarmente podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la Provincia. de Buenos Aires, al momento de aprobar la normativa que rigió el proceso licitatorio y el propio contrato de concesión, lejos estaba de imaginar que las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la ejecución del mismo serían resueltas por tribunales internacionales y no por la jurisdicción específicamente fijada en el plexo normativo del contrato al que hemos hecho mención en el numeral 3 del presente.

Más aún, al redactarse la normativa en cuestión, se había previsto una renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción.

Tal como adelantáramos en la introducción, la decisión de este Tribunal Arbitral no resulta innovadora pues, ya en el caso "Lanco" se había sostenido:

"...cuando las partes otorgan su consentimiento al arbitraje CIADI, éstas pierden su derecho a buscar la solución de controversias en otro foro, sea nacional o internacional, y supone por tanto la no-interferencia de otro foro con el arbitraje CIADI una vez que éste se haya instituido"[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1).

El Tribunal también concluyó en el caso "Lanco" que "En efecto, el ofrecimiento realizado por la República Argentina a sus inversores en el Tratado Argentina - EE.UU. no puede ser menoscabado por un sometimiento a los tribunales internos argentinos a los que se remite el Contrato de Concesión."[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2).

En idéntico sentido, en "Cía. de Aguas del Aconquija" otro Tribunal afirmó:

"La cláusula 16.4. del Contrato de Concesión no desposee a este Tribunal de jurisdicción para conocer en este caso porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de CGE de sus derechos bajo el artículo 8 del TBI para plantear las reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina ... Dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI (...) De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina - Francia". [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3)

Por otra parte, en "CMS" el Tribunal actuante resolvió que:

"Este Tribunal comparte los puntos de vista expresados en esos precedentes. Afirma por consiguiente que las cláusulas de la Licencia o de sus Condiciones que disponen la presentación de ciertas categorías de controversias a los tribunales nacionales de la República Argentina no constituyen un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal del CIADI en los términos del Tratado, dado que las funciones de estos instrumentos son diferentes"[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4).

La situación planteada nos lleva a considerar de qué forma las previsiones contractuales en materia de juez competente adquirirían eficacia. En el caso de "sub examen", la accionante Azurix, a fin de eludir la competencia jurisdiccional fijada en el contrato, recurrió a un verdadero subterfugio cual es argüir que las cláusulas jurisdiccionales aceptadas expresamente por sus empresas controladas no le son oponibles. Nótese, en este sentido que, tal como se describió en el numeral 2 del presente, Azurix es titular, aunque en forma indirecta y a través de sociedades meramente instrumentales, del 100% del capital accionario de la concesionaria.

Idénticas son las consideraciones que esgrime Azurix a los fines de quitar eficacia a la renuncia expresa a cualquier otro fuero incluida en la normativa contractual.

En síntesis, parece no bastar cualquier previsión contractual, cuando algún accionista de una concesionaria pertenece a un país con el que se suscribió un TBI para fijar la competencia de los tribunales para un supuesto de disputa.

Ello entraña, por otra parte, una notoria desigualdad para el supuesto que el co-contratante de la Administración sea un nacional pues, en ese caso, al mismo le serán aplicables, inexorablemente, las previsiones contractuales en la materia.

La situación reviste mayor gravedad aún si se pondera el impacto de recientes resoluciones de tribunales arbitrales que han reconocido la legitimación a accionistas minoritarios para deducir reclamos con fundamento en los TBI. Así, en la decisión sobre jurisdicción dictada en el mencionado caso "CMS" el Tribunal actuante sostuvo:

"...Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho. La práctica contemporánea de los acuerdos a suma alzada, las decisiones del Tribunal Irán - Estados Unidos y las reglas y decisiones de la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas, entre otros ejemplos demuestran una flexibilidad creciente en el manejo de las reclamaciones internacionales."

"El Tribunal por consiguiente no encuentra en el derecho internacional actual un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores."

"...En efecto, el Convenio no contiene requisito alguno en cuanto a que una inversión, para estar dentro de esa jurisdicción, debe ser hecha por accionistas que controlan la sociedad o que son propietarios de la mayoría de las acciones."[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5).

Frente a dicha interpretación y para casos futuros, 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 el cual se hubiera suscripto un TBI.

Más aún, nos arriesgaríamos a sostener que las cláusulas a suscribir debieran mencionar, en forma expresa, la renuncia a utilizar las vías arbitrales de los TBI si esta resulta ser la voluntad de la Administración.

VI. 2. Corresponde advertir, así también, que situaciones como las que examinamos no sólo afectan y comprometen a la provincia que suscribió el contrato sino que, en definitiva, involucran al Estado Nacional que no ha sido parte en la relación contractual.

Más aún, en dicha circunstancia se funda el Tribunal para rechazar las excepciones deducidas por la Argentina argumentando que, por parte de la reclamante, no existió renuncia alguna a favor del Estado Nacional. Idénticos fundamentos se esgrimen para rechazar una posible litispendencia pues, mientras la concesionaria demanda a la provincia, su controlante acciona contra el Estado Nacional con fundamento en el TBI no dándose, por lo tanto, en opinión del Tribunal, la triple identidad que determinaría la procedencia de la excepción de litispendencia. Cabe advertir, sin embargo, que el objeto del reclamo en un caso y otro resultan idénticos pues se persigue el cobro de los daños derivados de la rescisión contractual.

El tema no resulta menor pues son varios los casos contra el Estado Nacional sometidos a CIADI y originados en contratos administrativos suscriptos por las provincias. Ello debiera determinar alguna intervención de los órganos competentes del Estado Nacional al momento de suscribirse tales contratos en atención a la responsabilidad que este último deberá asumir sin perjuicio de la que corresponda, según el caso, a la provincia involucrada.

Llevada al extremo la interpretación que parece surgir de las últimas decisiones adoptadas por tribunales arbitrales, el Estado Nacional podría encontrarse en la situación de tener que responder por actos u omisiones de terceros sobre los cuales carece de potestades en virtud de nuestro ordenamiento constitucional. Así, cualquier decisión de una división política e incluso de un ente regulador de carácter nacional, provincial, municipal o de la Ciudad de Buenos Aires, podría poner al Estado Nacional en situación de demandado por ante tribunales arbitrales internacionales. Algunas decisiones apuntan a fijar esta responsabilidad del Estado Nacional pues, en "CMS", el Tribunal interviniente sostuvo: "En lo que concierne a la responsabilidad internacional de la República Argentina según los términos del Tratado, tampoco es importante si algunos actos hubieran sido adoptados por el Poder judicial y otros por una unidad administrativa o los poderes ejecutivo y legislativo del Estado. El artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad del estado aprobados por la Comisión de Derecho Internacional es sumamente claro al respecto. A menos que se formule una reserva específica de conformidad con los artículos 19, 20 y 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la responsabilidad del Estado se generará y el hecho de que algunos actos hayan sido adoptados por el Poder Judicial y otros por otras instituciones del Estado no necesariamente implica que las controversias sean diferentes. Ninguna reserva de este tipo fue hecha respecto del TPP."[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6).

**VII. Conclusión**

Así es como podemos concluir:

VII. 1. Los órganos competentes, al suscribir los contratos, deberán tener presentes las normas de los TBI y, a la luz de los mismos adoptar decisión y la consecuente formulación normativa, en punto a la determinación del Juez competente para resolver controversias.

VII. 2. Se impone la intervención del Estado Nacional en el trámite de suscripción de un contrato administrativo, por parte de una autoridad local cuando exista la posibilidad de la invocación de un TBI contra el Estado Nacional.

VII. 3. Al vencimiento del plazo de vigencia de los TBI, sus eventuales prórrogas deberán ser decididas evaluando la experiencia de los últimos procesos arbitrales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN1v) "Lanco c. Argentina" - Decisión preliminar del Tribunal del CIADI del 8 de diciembre de 1998, párrafo 36.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) Nota (1) "supra", párrafo 40.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) "Cía. de Aguas del Aconquija c. Argentina" - Laudo del Tribunal del CIADI del 21 de Noviembre de 2000 (La Ley, 2001-A, 230; 2001-D, 15).

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) "CMS Gas Transmisión Co. c. Argentina". Decisión Preliminar del Tribunal del CIADI del 17 de Julio de 2003.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) Nota (4) "supra", párrafos 47 y 51.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&hitguid=i894A8EB5677C11D88D9A0050047CC9FE&spos=32&epos=32&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) Nota (4) "supra", párrafo 108.

**Publicado en:** RDM 2005-2, 7

**Sumario:** SUMARIO: I. El arbitraje privado internacional y la tutela cautelar.-. II. Medidas cautelares adoptadas por los árbitros en el arbitraje privado internacional.-. III. Medidas cautelares adoptadas por los tribunales estatales en el marco del arbitraje privado internacional.

Voces

**Voces: ARBITRAJE** **INTERNACIONAL** - MEDIDAS CAUTELARES - DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - LAUDO ARBITRAL - EXEQUATUR - COMPETENCIA ARBITRAL - DERECHO COMPARADO

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append)

I. El arbitraje privado internacional y la tutela cautelar

1. Aspectos generales

1. El arbitraje privado es un medio jurídico de arreglo de controversias, presentes o futuras, basado en la voluntad de las partes, y ajeno a los medios judiciales tradicionales de arreglo de las controversias entre sujetos de Derecho Privado. Mediante el arbitraje, las partes eligen a simples particulares(= individuals) a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria (= el laudo arbitral), que pone fin a la diferencia entre ellas.

2. El "arbitraje privado internacional"(= "arbitrage international de droit privé" en palabras de B. Goldman) persigue como finalidad resolver "diferencias" o "controversias" entre las partes. Así, el art. 34.2 de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309 de 26 diciembre 2003), la nueva Ley española de arbitraje (LArb 2003), indica que "cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia...." y el art. 37.2 LArb 2003 precisa que "...los árbitros deberán decidir la controversia..." [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1). Por tanto los árbitros "deciden" o resuelven "controversias". Surge aquí una duda no pequeña: ¿qué es una "controversia"? Tanto la nueva LArb 2003 como los convenios internacionales en vigor para España arrancan de una "idea muy amplia" de la noción de "controversia". El concepto de "controversia" debe ser, pues, "extenso", y debe comprender, al menos, los siguientes casos [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2): a) "Resolución de litigios". El "litigio" puede ser resuelto por árbitros y es, en ese caso, un "litigio no judicial" (vid. en este sentido Exp. Motivos, núm. VII LArb 2003: "La ley pretende dar cabida a fórmulas flexibles de resolución de los litigios que son comunes en la práctica arbitral"); b) "Resolución de problemas de adaptación del contrato". Con frecuencia se recurre al arbitraje privado no para resolver una litigio inter partes, sino para que los árbitros "adapten" un contrato, generalmente de larga duración, a nuevas circunstancias ("función positiva" de la Hardship Clause).

3. El auge del arbitraje privado internacional en la actualidad es un hecho incontestable y evidente. Por ello, existen diferentes "instrumentos legales" que se ocupan de regular, en Derecho español, dicho "arbitraje privado internacional". Entre ellos, hay que citar, como los más importantes: a) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, publicada en BOE núm. 309 de 26 diciembre 2003 y que entró en vigor el 26 marzo 2004 (citada como "LArb 2003"); b) Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 junio 1958, publicado en BOE núm. 164 de 11 julio 1977, y que entró en vigor para España el 10 agosto 1977 (citado como "CNY 1958"); c) Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961, publicado en BOE núm. 238 de 4 octubre 1975 y que entró en vigor para España el 12 mayo 1975 (citado como "CGin 1961"). Los textos en idioma español de estos instrumentos legales, así como los Estados partes en los instrumentos internacionales relativos al arbitraje privado internacional pueden consultarse en http://www.lanzadera.com/accursio.

4. Es importante recordar la "base jurídica" del arbitraje privado internacional, que es como una "diagonal" que atraviesa todo arbitraje privado internacional y que lo justifica y le da sentido. Dos tesis antagónicas han tratado de proporcionar una justificación o "base jurídica" al arbitraje privado, tanto interno como internacional [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3): a) Teoría privatista pura o teoría contractual. Según esta tesis, el arbitraje es en un contrato basado en la voluntad de las partes, que delegan el arreglo de sus diferencias en un árbitro. Este cumple, al dictar el laudo, un papel muy semejante al de un tercero encargado por los mismos interesados en determinar el contenido de un contrato. De tal modo, como señala F. E. Klein, el arbitraje es expresión del "acuerdo" entre las partes, consenso que evita la intervención de los órganos judiciales del Estado [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4). No obstante, dicho acuerdo no "sustrae"completamente los litigios a la competencia de los órganos judiciales del Estado; b) Teoría publicista pura o teoría jurisdiccional. El arbitraje es, según esta segunda teoría, un procedimiento cuasijudicial. Aunque debe su nacimiento al acuerdo entre las partes, presenta como nota característica, -y ello lo diferencia de los contratos-, la existencia de una sentencia o laudo arbitral, acto jurídico de terceros parangonable a las "decisiones judiciales". Lo importante, desde este punto de vista, no es el "convenio arbitral", sino el "laudo arbitral". El "laudo arbitral" es un acto de naturaleza cuasijudicial que zanja la diferencia. De esta manera, los árbitros no serían unos "terceros" que aceptan la determinación de un contrato entre las partes, -interpretando o completando un negocio jurídico ajeno-, sino que adoptarían la posición de un tercero/s imparcial/es, en quienes se delega la administración de la Justicia. Como afirma A. Ferrer Correia, el Estado admite no ejercer un "monopolio jurisdiccional absoluto" ante las ventajas del arbitraje como "un modo de administrar justicia, una forma privada de resolver los conflictos de intereses entre los ciudadanos y de realizar la paz social"[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5).

5. Actualmente la polémica entre las dos tesis anteriores ha decrecido. Prevalece hoy día una denominada teoría conciliadora o mixta. Según ésta, el arbitraje privado es una institución sui generis, de carácter mixto o híbrido. En ella conviven, de modo inescindible, tanto el origen contractual del arbitraje como la finalidad jurisdiccional que, en última instancia, explica su aparición. El arbitraje privado sería, como explica B. Goldman, una institución contractual por su origen, y procesal por sus efectos. Consecuencia de ello, la determinación, en los casos internacionales, de la "Ley aplicable" al arbitraje privado internacional, deberá hacerse de modo particularizado(= Issue by Iusse) y no de modo global, teniendo presente el carácter contractual o procesal de los diferentes aspectos del arbitraje privado (J. Rubellin-Devichi). Es una solución compleja pero adecuada a los diferentes perfiles que justifican jurídicamente la existencia del arbitraje privado, tanto interno como internacional [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6).

2. Medidas cautelares y arbitraje privado internacional.

6. Es muy frecuente que, en el curso de un procedimiento de arbitraje privado internacional, una de las partes solicite que se acuerde una "medida cautelar"(= "Interim Measures Of Protection" / "Urgent Measures" / "Interim And Conservatory Measures"). Como expone la numerosa doctrina que se ha ocupado de este apasionante tema (M. Virgós Soriano / F. J. Garcimartín Alférez, P. H. Ouakrat, B. Leurent, C. L. Goldman, F. Knoepfler / P. H. Sshweizer, F. Ramos Méndez, J. Robert, M. De Boisseson, J. M. Chillón Medina / J. F. Merino Merchán, K. P. Berger, H. A. Grigera Naón, J. C. Fernández Rozas, P. Mayer, G. De Leval, A. Reiner, M. F. Hoellering, etc.), con ello se persiguen finalidades diversas [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7).

7. Primera finalidad: se trata de evitar el perjuicio que el paso del tiempo produce sobre el procedimiento y sobre el eventual y futuro laudo arbitral (= los bienes del demandado pueden "perder valor" o el demandado puede enajenarlos para quedarse sin activos, frustrándose las legítimas expectativas del acreedor).

8. Segunda finalidad: se trata de evitar el problema que la parcelación jurídica del mundo en Estados comporta para la ejecución de resoluciones arbitrales (= el demandado puede "transferir" o "trasladar" sus bienes de un país a otro para dificultar la ejecución del futuro laudo: son los conocidos como "comportamientos oportunistas" del deudor).

9. Tercera finalidad: visto que la constitución del órgano arbitral es un proceso que requiere cierto tiempo (los tribunales estatales están fijados de manera estable por Leyes estatales de modo permanente, pero los "árbitros" o "colegios arbitrales" necesitan "formarse" cada vez que existe una controversia que va a ser decidida mediante arbitraje privado internacional), puede ser preciso adoptar estas medidas en tanto en cuanto no se haya terminado completamente la constitución del tribunal arbitral y éste pueda desarrollar sus funciones.

10. Cuarta finalidad: el procedimiento, en un arbitraje privado internacional, es siempre un procedimiento "contradictorio". Ello impide "congelar por sorpresa" los bienes del demandado, por lo que éste podría "alzar sus bienes" en cuanto tenga noticia del inicio del procedimiento arbitral. Esta razón justifica la posibilidad de acudir, por parte del demandante, a los tribunales estatales correspondientes para solicitar medidas cautelares "por sorpresa" (= sin que el demandado tenga "conocimiento previo" de las medidas cautelares que van a ser adoptadas en relación a su patrimonio o actividad).

11. Quinta finalidad: es sabido, como subraya P. Mayer, que los árbitros no disponen de "fuerza compulsiva sobre terceros" (= "competencia ejecutiva") [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8). Esto es: los árbitros no pueden obligar a terceros a adoptar determinadas conductas. Así, según indica F. J. Garcimartín Alferez, un árbitro no puede ordenar a un banco que "congele" la cuenta corriente que el demandado tiene abierta en sus oficinas: eso sólo lo puede hacer la autoridad judicial [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9). Por ello, en frecuentes ocasiones, cuando sea necesario recurrir a la "competencia ejecutiva preventiva", es preciso habilitar una vía para que los árbitros puedan "colaborar" con los tribunales estatales a fin de que sean éstos, por indicación de aquéllos, los que adopten "medidas cautelares" en el marco de un procedimiento de arbitraje privado internacional.

12. Sexta finalidad: los árbitros tampoco disponen de "fuerza compulsiva" sobre las partes (= "poder coercitivo"). Así, por ejemplo, si el árbitro decide que el demandado proceda, en ejecución de una medida cautelar adoptada por dicho árbitro, al "depósito de cosa mueble" en la sede arbitral, y el demandado no se aviene a ello, el árbitro deberá solicitar la ayuda o el auxilio de un tribunal estatal, que sí puede "obligar coactivamente a las partes" para que adopten determinados comportamientos. Tradicionalmente se ha entendido que existe un "monopolio" de los tribunales estatales para ejecutar "medidas coercitivas" sobre el territorio del Estado del que se trate. Los árbitros deben "respetar" dicho "monopolio jurisdiccional".

13. Las razones aludidas indican que es conveniente y necesario construir un sistema de "tutela cautelar" en el contexto de un procedimiento de arbitraje privado internacional. Y la importancia de la cuestión es tal, que se ha llegado a escribir que "las medidas cautelares con frecuencia deciden realmente la controversia" (A. Bötsch) [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10).

14. Pero la cuestión candente estriba ahora en trazar el régimen jurídico de esta "tutela cautelar" tan especial. En particular, varias son las cuestiones a resolver: 1) El régimen jurídico de las medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros en el contexto de un arbitraje privado internacional; 2) El régimen jurídico de las medidas cautelares que pueden adoptar los tribunales estatales en relación con un procedimiento de arbitraje privado internacional.

II. Medidas cautelares adoptadas por los árbitros en el arbitraje privado internacional

1. Competencia de los órganos arbitrales para adoptar medidas cautelares y arbitraje privado internacional.

15. ¿Pueden los órganos arbitrales adoptar "medidas cautelares" cuando conocen de un concreto procedimiento de arbitraje privado internacional? Antes que nada, parece necesario indicar que no existe ningún "inconveniente teórico" ni "inconveniente práctico" que impida a los árbitros "adoptar" medidas cautelares (= "fase declarativa" de la tutela cautelar). Y no existen inconvenientes teóricos ni prácticos al efecto, por varias razones: a) El árbitro es el "órgano competente para decidir el fondo del asunto". Por tanto, está en perfectas condiciones para adoptar medidas cautelares que aseguran los derechos que se deciden en el procedimiento principal del que está conociendo el árbitro (M. Herdegen) [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11); b) Si los árbitros no pudieran adoptar medidas cautelares, habría que indicar a las partes que, para adoptar medidas cautelares o provisionales, deben dirigirse siempre a los tribunales estatales, con lo que las ventajas del arbitraje como "medio alternativo" a la Justicia estatal se desvanecen y el arbitraje se "banalizaría" (P. H. Ouakrat [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12)); c) Los árbitros disponen, sin duda, como indica el anterior autor, de un "poder teórico" para acordar la medida cautelar. Pero carecen de un "poder específico para ejecutar por sí mismos" una medida cautelar verdaderamente eficaz. Por tanto, debe considerarse superada la fase histórica en la que se estimó que sólo los tribunales estatales podían ordenar medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral por la razón de que sólo los tribunales estatales podían adoptar medidas anteriores a la resolución de la controversia, ya que ello era considerado como perteneciente al "poder soberano del Estado" (J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13)). Todavía hoy algunas leyes no permiten a los árbitros adoptar estas medidas: art. 818 Código de Procedimiento Civil de Italia y art. 753 Código de Procedimiento Civil de Argentina.

16. Por ello, siendo conveniente que los árbitros puedan "adoptar" medidas cautelares, ciertos legisladores estatales permiten dicha posibilidad. Ejemplos se pueden encontrar en el art. 183 Ley DIPr. Suiza 1987, en el art. 17 LMod UNCITRAL [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14), y en el art. 23.1 LArb 2003 [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15). Por otra parte, la "práctica arbitral internacional" confirma esta posibilidad (F. J. Garcimartín Alférez, C. L. Goldman [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16)): ciertos árbitros, en casos de arbitraje privado internacional, han adoptado medidas cautelares para prohibir cautelarmente todo tipo de publicidad del litigio (Decisión 9 diciembre 1983, Amco Asia Corp. and Others vs. Republic of Indonesia [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17)), se ha prohibido el pago de garantías bancarias (Laudo CCI n.3896 [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18)) se ha ordenado el pago provisional (Laudo CCI n.3540) [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19), se ha ordenado la reducción en la suma de una "notice of lien" (Decisión Society of Maritime Arbitrators de 24 agosto 1985 [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20)).

17. Las normas reguladoras del arbitraje privado internacional no parecen excesivamente claras al respecto. Pero es sólo una impresión a primera vista. En efecto: como ya recordó hace años, entre otros muchos, B. Goldman, y más recientemente subrayan J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll, la posibilidad de adoptar medidas cautelares por los árbitros es una cuestión de "procedimiento arbitral" y sí existen determinadas normas que señalan cuál es el régimen jurídico del "procedimiento arbitral"[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21). Por tanto, el análisis de la cuestión debe arrancar de la determinación de la "Ley aplicable al procedimiento arbitral", aspecto profundamenta analizado por numerosísima doctrina [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22). Al respecto deben realizarse distintas observaciones.

18. Primera. El CGin 1961, -convenio aplicable sólo inter partes y no erga omnes-, no se expresa con claridad sobre cuál debe ser la Ley aplicable al procedimiento arbitral. Realmente, el convenio incurre en una laguna legal, muy probablemente intencionada. En efecto, la cuestión de la "Ley aplicable al procedimiento arbitral", como se verá seguidamente, ya estaba regulada por el CNY 1958. Por ello, no se consideró oportuno volver sobre una cuestión que aparecía satisfactoriamente contemplada en el citado CNY 1958 y que era observada sin discusión en la práctica arbitral internacional.

19. Segunda. Sí que se pronuncia sobre la cuestión, al trazar el régimen jurídico del exequatur de los laudos arbitrales extranjeros, el art. V.1.d) del CNY 1958 [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23). La citada disposición indica: a) Que el procedimiento arbitral se ajustará, en primer lugar, a lo pactado en el "acuerdo celebrado entre las partes" (= "Ley" elegida por las partes o "reglas" pactadas por las partes al efecto para regir el procedimiento arbitral; b) Que en defecto de pacto inter partes sobre las "reglas" que deben regir el procedimiento arbitral, deberán observarse las normas de la Ley del "país donde se ha efectuado el arbitraje" (= Ley de la sede del arbitraje).

20. Tercera. También se ocupa de la cuestión la LArb 2003 en varias disposiciones: a) El art. 1.1 LArb 2003 señala que dicha LArb 2003 es aplicable a los procedimientos arbitrales relativos a los arbitrajes privados internacionales "cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje"; b) A ello se añade el art. 25.1 LArb 2003. Se trata de un artículo misterioso. En el fondo, dicho precepto esconde una "regla invisible de DIPr.", a tenor de la cual, el procedimiento arbitral, en un arbitraje privado internacional, se rige por las reglas establecidas por las partes. En efecto, dicho precepto dispone que "...las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones". Por tanto, el primer criterio para señalar la Ley rectora del procedimiento arbitral es, en el marco de la LArb 2003, la "voluntad de las partes". En defecto de voluntad de las partes, se debe observar lo que dispone el art. 1.1 LArb 2003: el procedimiento se regirá por la Ley española cuando el arbitraje se desarrolle en España.

21. Así pues, se observa que los criterios para señalar las reglas reguladoras del procedimiento arbitral contenidos en el CNY 1958 y los contenidos en la LArb 2003 son, fundamentalmente, los mismos. Ahora bien: por cuestiones de "jerarquía normativa", -reconocidas en el mismo art. 1.1 in fine LArb 2003 y sancionados con carácter general en el art. 96.1 CE 1978)-, lo dispuesto en la LArb 2003 no es de aplicación cuando la cuestión aparece resuelta por un instrumento legal internacional. Por ello, en este caso, cabe concluir que las "reglas" aplicables al procedimiento arbitral deben fijarse, exclusivamente, a través del art. V.1.d) CNY 1958. En los casos de arbitraje privado internacional, la Ley aplicable al procedimiento arbitral nunca se fijará con arreglo a la LArb 2003. Esta afirmación no se ve alterada por el hecho de que el CNY regule, principalmente, el exequatur de laudos arbitrales extranjeros. También se aplicará la citada disposición cuando sea preciso señalar la Ley aplicable al procedimiento arbitral al margen de todo exequatur. Como ha indicado la doctrina, resultaría absurdo aplicar unas reglas de DIPr. al procedimiento arbitral diferentes según se solicite o no el exequatur del laudo arbitral. Así, es conveniente, por razones de seguridad jurídica, que las reglas de DIPr. que señalan la Ley aplicable al procedimiento arbitral en un arbitraje privado internacional sean siempre las mismas, con independencia del hecho de que se solicite el exequatur de un laudo arbitral en España o no se solicite (C. L. Goldman [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24)).

22. Por tanto, las "reglas materiales" sobre medidas cautelares recogidas en la LArb 2003, -que son reglas de "procedimiento arbitral"-, sólo se aplicarán a un arbitraje privado internacional cuando, con arreglo al art. V.1.d) CNY 1958, la Ley rectora del procedimiento arbitral sea la Ley española.

23. Siendo la norma aplicable el art. V.1.d) CNY 1958, los criterios que sirven para fijar la "Ley aplicable al procedimiento arbitral" son los siguientes.

24. Primer criterio. Se estará, en todo caso, en primer lugar, a las "reglas" fijadas por las partes (H. A. Grigera Naón [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25)). Puede tratarse de "reglas materiales sobre procedimiento"(autonomía material) o bien, de una mera remisión a la "Ley de un Estado"(autonomía conflictual). En otros términos: las partes pueden elaborar sus propias reglas de procedimiento, o bien referirse a las reglas materiales de procedimiento establecidas, por ejemplo, por una asociación de arbitraje (arbitraje institucional), o bien, por último, las partes pueden señalar como Ley rectora del procedimiento arbitral, la Ley de un concreto Estado. Este primer criterio potencia el arbitraje institucional y responde, claramente, a la "concepción contractualista" del arbitraje: primacía total de la voluntad de las partes.

25. Segundo criterio. Si las partes no han elegido la Ley aplicable al procedimiento arbitral, o no han señalado nada en cuanto al procedimiento, -lo que será extraño, vista la proliferación del arbitraje institucional-, deberá estarse a la Ley del país donde se desarrolla el procedimiento (= Ley del país de la sede arbitral). No hay que olvidar que la remisión en favor de la Ley de la sede del arbitraje puede plantear problemas en la práctica: así sucederá cuando las partes no precisen el "lugar del arbitraje", o designan una institución permanente de arbitraje cuyo estatuto dispone que la remisión a ella no implica automáticamente que su sede social sea también la del arbitraje o atribuye a ésta la facultad de designar, en lugar de las partes, la sede del arbitraje. Idénticos problemas se plantean en los arbitrajes privados internacionales on line que se desarrollan en manos de árbitros que se encuentran en diversos países y que actúan conectados por Internet sin reunirse físicamente en ningún momento.

26. Fijada la Ley que regula el procedimiento arbitral, dicha Ley regulará, entre otras muchas cuestiones, el entero régimen jurídico de las "medidas cautelares" en el marco de un arbitraje privado internacional. Los centros permanentes de arbitraje son, en la práctica internacional, los grandes beneficiarios de esa libertad reconocida a las partes [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26).

27. La proyección del art. V.1.d) CNY 1958 a las medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros obliga a distinguir varios supuestos.

28. Primero. Las partes en un arbitraje privado internacional pueden haber acordado expresamente que los árbitros podrán adoptar medidas cautelares (J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27)). La justificación es clara: si los árbitros reciben de las partes la "competencia" para decidir sobre el "fondo del asunto", igualmente pueden recibir de las partes la facultad o "competencia" para adoptar "medidas cautelares". Es decir, en los casos de "arbitraje ad hoc", las partes establecerán las reglas que estimen convenientes para el procedimiento y en consecuencia, establecerán lo que estimen conveniente en relación con la posibilidad de los árbitros para acordar o no medidas cautelares, mediante pronunciamientos específicos, por ejemplo, contenidos en un laudo parcial o provisional o en recomendaciones no vinculantes dirigidas a las partes. Este es un supuesto sencillo (= la competencia de los árbitros para acordar medidas cautelares es incuestionable), pero poco frecuente, vista la proliferación del arbitraje institucional.

29. Segundo. Las partes pueden haberse remitido, para regular las cuestiones de procedimiento, a "Reglamentos" de instituciones que se dedican al arbitraje privado internacional. El caso es muy frecuente, pues la mayoría de los procedimientos de arbitraje comercial internacional son arbitrajes institucionales. Las partes se someten al arbitraje que ofrece una institución u organización especializada en el arbitraje comercial internacional. Pues bien, los Reglamentos de Arbitraje ("Arbitration Rules") de tales organizaciones o instituciones detallan con toda precisión el iter procedimental a seguir y las cuestiones de procedimiento arbitral: lengua de procedimiento, fases del mismo, sede arbitral, pruebas, plazos, etc. El "Reglamento" de la institución arbitral de la que se trate indicará si los árbitros pueden, y con qué alcance, adoptar medidas cautelares. El argumento antes citado es válido también aquí: si los árbitros reciben de las partes la "competencia" para decidir sobre el "fondo del asunto", igualmente pueden recibir de las partes la facultad o "competencia" para adoptar "medidas cautelares". Los Reglamentos de arbitraje suelen contener provisiones en favor de la posibilidad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Siguiendo a F. J. Garcimartín Alférez [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28) cabe recordar que el art. 34 del estatuto de la AAA (American Arbitral Association) dispone que: "Conservation of Property. The Arbitrator may issue such orders as may be deemed necessary to safeguard the property wich is the subjetc matter of the arbitraton without prejudice to the rights of the parties or to the final determination of the dispute". El art. 43 del estatuto de la AAA indica: "The Arbitration may grant any remedy of relief which the Arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance of a contract". Ello se completa con el art. 22 del mismo estatuto: "1. At the request of any party, the tribunal may take whatever interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods which are the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit which a third person or the sale of perishable goods". En sentido similar, favorable a la posibilidad de los árbitros para acordar medidas cautelares, se pronuncia la "Regla C" del Reglamento de la LCA (London Court of Arbitration), el Reglamento de la CCI en su art. 5 y el Reglamento del Indian Council Arbitration. Por otro lado, cabe recordar que la CCI ha previsto la posibilidad de nombrar unos árbitros cuya única tarea es la adopción de medidas provisionales en relación con ciertos contratos complejos, según indican J. M. Chillón Medina / J. F. Merino Merchán (= referé arbitral) [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29).

30. Tercero. Las partes pueden haber precisado que el procedimiento arbitral se regirá por una concreta Ley estatal. Puede, incluso, ser la Ley de un país que no es el mismo país en cuyo territorio se desarrolla físicamente el arbitraje. Dicha "Ley elegida por las partes" regulará la cuestión relativa a la posibilidad de los árbitros para acordar medidas cautelares.

31. Cuarto. Las partes pueden no haber indicado nada sobre las "reglas" que deben regir el procedimiento en el arbitraje privado internacional: ni fijan reglas ad hoc, ni se remiten a un Reglamento de una institución arbitral, ni se remiten a una concreta Ley estatal. En tal caso, como se ha visto, la Ley del país donde se desarrolla el arbitraje indicará si los árbitros pueden, y con qué alcance, adoptar medidas cautelares.

32. Quinto. Diferente es el caso en el que las partes han pactado las "reglas de procedimiento" a seguir en el arbitraje, bien directamente, o por remisión a un Reglamento arbitral o a una Ley estatal, pero nada se dispone ni por las partes, ni por los Reglamentos de arbitraje ni por la Ley estatal concreta de la que se trate, sobre la posibilidad de los árbitros para adoptar "medidas cautelares". En este caso, una "interpretación de buena fe" del convenio arbitral indica que si las partes otorgan poder a los árbitros para fallar sobre disputas presentes y/o futuras, se entiende que también les atribuyen competencia para adoptar medidas cautelares necesarias para asegurar el buen fin del procedimiento arbitral. Algunos autores se refieren a una "competencia accesoria" de los árbitros al respecto (M. Herdegen [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30)). Otros autores opinan que al autorizar a un "tribunal privado" a decidir futuras o existentes controversias entre las partes, éstas confieren a los árbitros el poder implícito o inherente para acordar medidas cautelares que están conectadas con el objeto de la controversia y que sirven para salvaguardar la eficiencia del proceso de adopción de decisiones por los árbitros, en frase de K. P. Berger [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31). Finalmente, otros autores indican que, en este caso, existe un "poder inherente" de los árbitros para ordenar tales medidas cautelares (J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32)).

33. Si el procedimiento arbitral se rige por la Ley española (= bien porque la Ley elegida por las partes en el arbitraje privado internacional ha sido la Ley española, o bien porque, en defecto de cualquier indicación de las partes sobre la Ley reguladora del procedimiento arbitral, el lugar donde se desarrolla el arbitraje es España), las partes pueden, por tanto, acudir a los órganos arbitrales a fin de que éstos acuerden dichas medidas cautelares (es la "fase declarativa" de la medida cautelar). El art. 23.1 LArb 2003 recoge esta competencia de los árbitros en materia cautelar: "salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante". De este precepto se extraen varias notas interesantes sobre el régimen jurídico de la cuestión [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33): a) Se trata de una "norma dispositiva": las partes pueden acordar que los árbitros carezcan de todo "poder cautelar". Pero deben indicarlo claramente, ya de manera expresa o de manera tácita. En caso de silencio, los árbitros poseen "competencia cautelar"; b) Las medidas cautelares nunca se acuerdan "de oficio": deben ser solicitadas siempre a instancia de parte. Cualquiera de las partes, actor o demandado, puede solicitarlas a los árbitros; c) Las medidas cautelares deben referirse al "objeto del litigio", no a asuntos ajenos a la concreta controversia entre las partes que ha sido sometida a arbitraje; d) Los árbitros no están "obligados" a adoptar las medidas cautelares solicitadas. La LArb 2003 no fija qué criterios deben observar los árbitros para conceder o denegar las medidas cautelares solicitadas. Por tanto, los criterios generales (presupuestos de las medidas cautelares) recogidos en la LEC 1/2000 pueden constituir una guía correcta para los árbitros a la hora de acordar medidas cautelares; e) Para prevenir abusos y fraudes, los árbitros podrán, según su prudente arbitrio, exigir una caución al solicitante. La caución debe ser suficiente para reparar un posible perjuicio que pudiera causarse en el caso de que el solicitante de la medida cautelar perdiese el litigio en cuanto al fondo o en el caso de revocación de la medida cautelar; f) Las medidas cautelares pueden ser acordadas por los árbitros en cualquier momento del procedimiento de arbitraje, desde que el árbitro comienza a ejercer sus funciones hasta que se dicta el laudo final o definitivo; g) No existe un "catálogo de medidas cautelares" que puede adoptar el árbitro. En general, cabe afirmar que podrá adoptar las mismas medidas que podría adoptar un tribunal estatal, pero tampoco cabe rechazar que pueda adoptar otras medidas cautelares no contempladas en los arts. 726-727 LEC y que sean apropiadas para el arbitraje en cuestión; h) Nada se dice sobre el procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares. Los principios de contradicción, igualdad y audiencia deben ser respetados como regla general, pero en casos justificados, los árbitros podrán apartarse, fundamentalmente, del principio de contradicción y audiencia, para garantizar el "efecto sorpresa" de las medidas cautelares; i) Nada se dispone sobre el órgano judicial competente para ejecutar las medidas acordadas por el árbitro. Puede proyectarse analógicamente el art. 8.3 LArb 2003, de modo que el tribunal competente será "el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

2. Elenco de medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros.

34. La Ley que rige el "procedimiento arbitral" determina, como se ha visto, si los árbitros disponen de la facultad para adoptar "medidas cautelares". Pues bien: la misma Ley que rige el "procedimiento arbitral" determina qué medidas cautelares pueden adoptar dichos árbitros (= la lista o elenco de medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros en un arbitraje privado internacional). Si las partes se han acogido a un arbitraje privado internacional "institucional", el Reglamento de la institución de que se trate decidirá la cuestión, pues tales Reglamentos suelen detallar el catálogo de tales medidas. También cabe la posibilidad de que las partes hayan elaborado ad hoc una lista de "posibles medidas cautelares" que pueden adoptar los árbitros. Finalmente, a falta de previsión por las partes, siguiendo los "puntos de conexión" del art. IV.1.d) CNY 1958, la Ley que rige el procedimiento arbitral (= Ley de la "sede del arbitraje") decidirá "qué medidas cautelares" pueden adoptar los árbitros. Por ejemplo, el art. 39 [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1) English Arbitration Act se pronuncia sobre la cuestión.

35. En todo caso, sea cual sea la normativa que rija las eventuales medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros, cabe apuntar varios datos.

36. Primero. Existen dudas muy serias sobre el concepto de "medida cautelar" en el arbitraje privado internacional (P. H. Ouakrat, F. Knoepfler / P. H. Schweizer [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34)). Por ello conviene resaltar en qué casos una "medida" solicitada por una parte debe ser considerada una "medida cautelar"(= "Interim Measures of Protection"). Es muy difícil e incluso poco apropiado, proporcionar una "definición cerrada" de "medida cautelar" en el contexto del arbitraje privado internacional (C. L. Goldman [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35)). Como afirma este último autor, parece más conveniente aceptar una "noción transnacional, común a los distintos sistemas jurídicos nacionales" relativa a la "medida cautelar", que sea válida tanto para tribunales estatales como para árbitros. Concretando esta "noción transnacional de medida cautelar", debe decirse que para saber cuándo lo solicitado es una "medida cautelar" es preciso que tales medidas revistan ciertos caracteres básicos: a) Accesoriedad: existe o existirá un litigio principal sobre el fondo que ha sido remitido a los árbitros para que decidan sobre el mismo. La medida es cautelar porque no resuelve directamente el "fondo del litigio". Naturalmente que existe una "conexión" entre la medida cautelar y el fondo del litigio, pero son dos cuestiones diferentes, cada una con su propio objeto; b) Procedimiento propio. Por su propia finalidad, estas medidas disponen de un procedimiento propio y veloz para ser adoptadas, distinto del procedimiento que rige el fondo del litigio. Como afirma C. L. Goldman, no es necesario que la medida cautelar presente un esencial "carácter reversible" o "revocable": ello permite incluir en el concepto de "medidas cautelares" las llamadas "medidas de instrucción", que, una vez adoptadas, son "irreversibles"[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36); c) Objeto concreto. Las medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros deben referirse al "objeto del litigo" o "relación jurídica" que debe resolverse en el arbitraje privado internacional. Los árbitros sólo pueden adoptar medidas cautelares relativas a derechos del solicitante de las mismas que se deriven de la "relación jurídica" sometida a arbitraje y que protejan intereses legítimos de las partes (K. P. Berger [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37)). Son medidas "in respect of or in close connection with the subject matter of the dispute". Los árbitros no pueden acordar medidas cautelares que no estén relacionadas con el objeto o núcleo de la controversia que enfrenta a las partes y que ha sido sometida a arbitraje privado internacional. No podrán acordar medidas cautelares sobre objetos ajenos a la controversia que se decide en el concreto arbitraje privado internacional, tales como objetos disputados con "terceros" que no son parte en el convenio arbitral; d) Finalidad. La "medida" solicitada por la parte debe tener una finalidad clara: asegurar el futuro cumplimiento de un posible laudo arbitral. No se debe pretender con ello, una resolución anticipada del fondo de la controversia sometida a arbitraje.

37. Segundo. Las partes pueden haberse remitido, para la regulación del procedimiento arbitral y de las medidas cautelares, a reglas concretas, a Reglamentos de arbitraje institucional o Leyes estatal, que contengan una "lista cerrada" de medidas cautelares concretas que los árbitros pueden adoptar. En dicho caso, el solicitante instará del árbitro la concreta medida cautelar que desea que sea adoptada. Pero es frecuente que suceda que las partes no hayan establecido dicha "lista de medidas cautelares", y que ni los Reglamentos de arbitraje institucional ni las Leyes estatales contengan esa "lista cerrada" de medidas cautelares que pueden ser solicitadas al árbitro. En tal caso, el punto de partida para concretar qué medidas cautelares pueden ser solicitadas y acordadas, es que, en general, los árbitros pueden "adoptar" las mismas medidas cautelares que adoptan igualmente los tribunales estatales del país donde se desarrolla el arbitraje. Pero es sólo un "punto de partida". Los peculiares caracteres del arbitraje privado internacional deben permitir que el árbitro adopte y que el actor solicite una serie de "medidas cautelares innominadas" propias del comercio internacional. Nada impide que se acuerden dichas medidas.

38. Tercero. Los árbitros no pueden adoptar medidas cautelares o provisionales que recaigan sobre "terceros". Ello sería reconocer que el "convenio arbitral" tiene eficacia obligatoria sobre "terceros" que no participaron en dicho "convenio arbitral", lo que es inadmisible.

39. Cuarto. Los árbitros no disponen de "competencia ejecutiva" de medidas cautelares, incluso aunque ellos mismos hayan acordado tales medidas. Los árbitros no son "tribunales estatales", por lo que no disponen de un "aparato coactivo" para realizar fácticamente las medidas cautelares por ellos adoptadas. Por ello, necesitan de la "colaboración judicial" al efecto.

40. ¿Qué medidas cautelares pueden adoptar los árbitros? Siguiendo a P. H. Ouakrat, F. Knoepfler / P. H. Schweizer, F. J. Garcimartín Alferez, J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll, cabe recordar determinados ejemplos de medidas cautelares que los árbitros pueden adoptar [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38): a) "Medidas cautelares de anticipación", como el cumplimiento provisional del contrato, pagos anticipados, etc.; b) "Medidas cautelares de aseguramiento" o de "conservación", como el embargo preventivo o similar: nada lo impide, pero visto que la puesta en práctica de estas medidas cautelares requiere la intervención de un tribunal estatal, deberá solicitarse la intervención del mismo; c) "Medidas cautelares anti-publicidad": se prohíbe a las partes que hagan pública la existencia del procedimiento arbitral; d) "Medidas cautelares anti-procedimientos estatales": se prohíbe a las partes que inicien procedimientos ante tribunales estatales o que insten medidas cautelares ante tribunales estatales: es una especie de anti-suit injunction acordadas por árbitros en el arbitraje privado internacional; e) Medidas cautelares dirigidas a una parte que es beneficiaria de una garantía bancaria, que impiden que dicho beneficiario ejecute o se cobre la garantía bancaria en cuestión; f) Medidas cautelares respaldadas por "multas coercitivas": los árbitros pueden acordar una medida cautelar consistente en una conducta de hacer, no hacer etc., y pueden establecer que si se incumple por la parte, se le imponga una multa por ello. No será, obviamente, una multa de "Derecho Público", sino una "pena privada" acordada por los árbitros (= cláusula penal introducida por el árbitro en la relación jurídica entre las partes); g) "Medidas cautelares de instrucción"(= "Measures for the preservation of evidence"): son medidas relativas a las "pruebas" en el procedimiento de arbitraje privado internacional, pero sólo pueden adoptarse si se dirigen a las partes en el arbitraje privado internacional. Si se dirigen a terceros (= presentar una cosa ante los árbitros, declarar ante los árbitros, etc.), tales medidas podrán ser acordadas por los árbitros, pero tales medidas necesitarán la cooperación de los tribunales estatales para ser llevadas a efecto; h) Medidas que regulan y estabilizan las relaciones entre las partes durante el procedimiento arbitral, como la venta obligatoria de "mercaderías perecederas"; i) Medidas cautelares dirigidas a preservar la ejecución de un futuro laudo arbitral, como el secuestro de bienes del deudor; j) Medidas cautelares para asegurar el pago de las costas del arbitraje.

41. Cuando la LArb 2003 española sea la Ley reguladora del procedimiento arbitral, se estará a lo que dispone dicha LArb 2003 para concretar qué medidas cautelares pueden adoptar los árbitros. El 23.1 LArb 2003 indica que: "salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante". Como antes se ha avanzado, en este caso, no existe un "catálogo de medidas cautelares" que puede adoptar el árbitro. En general, cabe afirmar que podrá adoptar, como mínimo, las mismas medidas que podría adoptar un tribunal estatal español. Pero tampoco cabe rechazar que el árbitro pueda adoptar otras medidas cautelares no contempladas en los arts. 726-727 LEC y que sean apropiadas para el arbitraje en cuestión. El art. 23.1 LArb 2003 es una "norma abierta" (= se refiere a las "medidas cautelares que [los árbitros] estimen necesarias". Si dicha norma hubiera querido "limitar" la lista de medidas cautelares a adoptar, lo hubiera hecho. Y si hubiera querido que los árbitros adoptaran, exclusivamente, las mismas medidas cautelares que pueden adoptar los jueces españoles, bastaba haber efectuado una remisión a la LEC 1/2000, algo que no hace el citado art. 23.1 LArb 2003.

3. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares por los árbitros.

42. En cuando al procedimiento a seguir para la adopción de medidas cautelares (= presupuestos de las medidas cautelares, plazos, carácter unilateral o contradictorio del procedimiento y demás cuestiones de procedimiento a observar), el esquema de razonamiento es similar al ya estudiado en relación con la "lista" de medidas cautelares que los árbitros pueden acordar. En primer lugar, se estará a las reglas de procedimiento específicas acordadas por las partes, bien directamente, o por remisión a un Reglamento de arbitraje institucional. En segundo lugar, a falta de indicación de las partes al efecto, la Ley que rige el procedimiento arbitral, que es la Ley del país donde se desarrolla el arbitraje, concretará el procedimiento a seguir para adoptar las medidas cautelares.

43. En general, suele exigirse para adoptar medidas cautelares una serie de requisitos comúnmente observados en la práctica arbitral.

Primero: un fumus boni juris o "principio de prueba de buen derecho" que debe aportar el solicitante de la medida cautelar.

Segundo. Que se demuestre la "urgencia de la medida", para evitar un peligro grave para el buen desarrollo y fin del procedimiento arbitral (= periculum in mora), de modo que se evite el "agravamiento del litigio entre las partes". En otras palabras, la medida debe ser "necesaria"(= "deems appropriate").

Tercero. Suele exigirse al solicitante que deposite una caución dineraria para reparar los perjuicios que se deriven de la medida cautelar si ésta es revocada posteriormente o si el solicitante de la misma pierde el pleito.

Cuarto. Toda medida cautelar se acuerda, por los árbitros, previa petición al respecto por una de las partes. No se acuerdan medidas cautelares ex officio (K. P. Berger [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39)), para no vulnerar el principio de autonomía de la voluntad que vertebra todo arbitraje privado. No obstante, hay opiniones divergentes (F. Knoepfler / P. H. Schweizer [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40)). Sexto. Los árbitros pueden acordar medidas cautelares desde que se han constituido como tales "árbitros" (K. P. Berger [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41)).

Quinto. Los árbitros deben tener "jurisdicción prima facie" sobre el asunto principal para poder adoptar medidas cautelares relativas a dicho asunto (J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42)).

44. Las reglas que rigen el procedimiento arbitral determinarán si el procedimiento a seguir para adoptar medidas cautelares debe ser un procedimiento "contradictorio" o "unilateral". Aunque la doctrina se muestra partidaria de que toda medida cautelar se adopte de manera "contradictoria" (J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43)), ello pone en peligro el buen fin o el "efecto útil" de la medida cautelar, por lo que es perfectamente posible adoptar medidas cautelares ex parte (= unilaterales) si así lo establecen las partes en las "reglas" elegidas por ellos, o si así lo establece la Ley nacional que rige el procedimiento arbitral. La razón es simple: en un procedimiento judicial cabe que se adopten medidas cautelares unilaterales, luego también deben ser admitidas en un procedimiento de arbitraje privado internacional.

45. En cuanto a la "forma" que deben adoptar las medidas cautelares acordadas por los árbitros, la forma de "laudo parcial" es la aconsejada, porque potencia su ejecución por tribunales estatales tanto del país donde se lleva a cabo el arbitraje como de otros países, ya que tal "laudo parcial" podrá ganar el exequatur.

4. Medidas cautelares a ejecutar en España pero adoptadas por los árbitros en un arbitraje privado internacional desarrollado en el extranjero.

46. Un problema específico se presenta con las decisiones arbitrales que acuerdan medidas cautelares en el marco de un arbitraje privado internacional cuyo lugar se concreta "fuera del territorio español". La pregunta clave es: ¿necesitan dichas medidas, superar un exequatur en España para ser ejecutadas en España por jueces estatales?

47. Debe tenerse en cuenta que los árbitros pueden adoptar medidas cautelares de dos "formas": a) Como una "recomendación dirigida a las partes". No son medidas obligatorias, sino meras "indicaciones" dirigidas a las partes (= "non-enfoceable interim award" o "informal procedural order"), como indica K. P. Berger [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44). Estas "recomendaciones" no pueden obtener el exequatur. No son "laudos arbitrales". Las partes pueden cumplir tales indicaciones voluntariamente; b) Como un "laudo provisional" o un "laudo parcial" relativo exclusivamente a las medidas cautelares (C. L. Goldman, Y. Derains [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45)). Los árbitros han utilizado a este respecto, frecuentemente, el art. 21 Reglamento CCI, que permite pronunciar un laudo de estas características. Por supuesto, dichas medidas cautelares acordadas en un arbitraje privado internacional que se sigue en el extranjero pueden cumplirse solicitando nuevamente la medida cautelar ante los tribunales de otro Estado, o solicitando colaboración judicial para su "ejecución". La pregunta acerca de la "necesidad" o "no necesidad" de exequatur para las decisiones arbitrales que acuerdan "medidas cautelares" sólo tiene sentido en relación con las medidas cautelares acordadas en un laudo arbitral parcial o provisional.

48. La cuestión de la necesidad de exequatur de tales decisiones es polémica.

49. En primer lugar, ciertos autores se han apoyado en el art. 23.2 LArb 2003, cuyo texto dispone que: "A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos". Por tanto, a los laudos arbitrales extranjeros que acuerdan medidas cautelares se les aplican las normas del título VIII (Ejecución forzosa del laudo) sin necesidad de exequatur. La razón es que el citado Título VIII LArb 2003 se aplica también a los arbitrajes desarrollados fuera de España (art. 1.1 LArb 2003). Esta primera postura presenta una clara ventaja: aumenta la efectividad y el sentido de la medida cautelar (= supone una "circulación internacional" inmediata de la medida cautelar, sin necesidad de exequatur u otro trámite previo). El inconveniente es que se otorga un inmenso "poder cautelar" al árbitro que está desarrollando sus funciones en el extranjero.

50. En segundo lugar, otros autores sostienen que para "ejecutar" una resolución arbitral que es un "laudo" se necesita previo exequatur (Título IX LArb 2003). Por tanto, debería aplicarse por analogía el art. 46.1 LArb 2003: "Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español". De este modo, son "extranjeras" las resoluciones arbitrales que acuerdan medidas cautelares cuando han sido pronunciadas fuera del territorio español. La conclusión es clara: será necesario un previo exequatur de la decisión arbitral que acuerda las medidas cautelares y será necesario, obtenido, en su caso, el exequatur, pasar a la "ejecución forzosa" de la decisión arbitral que contiene la medida cautelar. La exigencia de exequatur no es un capricho. El sentido del exequatur es "controlar" la decisión extranjera para su ajuste a las coordenadas básicas del Derecho español. Por ello, también se exige exequatur a las resoluciones que contienen "medidas cautelares" y que han sido acordadas por otros tribunales de Estados miembros del Reglamento comunitario 44/2001. Así las cosas, si se exige exequatur a las "medidas cautelares" acordadas por tribunales de otros Estados comunitarios, parece razonable exigirlo también a las medidas cautelares acordadas por árbitros que operan fuera del territorio español. Además, cuando una decisión arbitral acuerda una medida cautelar, el art. 23.2 LArb 2003 dispensa un "tratamiento legal" de las "decisiones arbitrales sobre medidas cautelares" similar al tratamiento legal que se dispensa a los laudos. Por ello, si a una decisión arbitral "española" sobre medidas cautelares se la trata como un "laudo" a efectos de su anulación y ejecución forzosa, también a una decisión arbitral "extranjera" le deben ser aplicables las normas relativas a laudos "extranjeros". En esta línea, el CNY 1958 se extiende al exequatur de todo tipo de decisiones arbitrales, incluyendo las relativas a medidas cautelares. Es cierto que exigir un previo exequatur a través del CNY supone "retrasar" la "eficacia práctica" de la medida cautelar, pues para ejecutarla hay que esperar a haber obtenido el exequatur. Pero ello garantiza un "control" del poder de un árbitro que actúa en el extranjero con arreglo a una Ley extranjera, lo que parece sensato.

51. Acordada por los árbitros la medida cautelar correspondiente, y obtenido el exequatur de la decisión arbitral que las contiene, queda lo más importante: la "ejecución real" de la medida cautelar acordada por árbitros en un arbitraje privado internacional que se desarrolla en el extranjero. Esta última fase es completamente necesaria si las partes no cumplen voluntariamente lo acordado por los árbitros como "medida cautelar". Ello es así porque los árbitros, como ya ha sido avanzado antes y como remarca E. Artuch Iriberri, carecen de "poder coercitivo" para "ejecutar" las propias medidas cautelares que ellos adoptan [(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN46). Dos preceptos son de aplicación. Primero. El art. 23.2 LArb 2003 precisa que: "a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos". Los arts. 44 y 45 LArb 2003 detallan los distintos aspectos de esta ejecución forzosa. Segundo. En cuanto al juez competente para ejecutar la medida cautelar contenida en un laudo arbitral extranjero que ha obtenido el exequatur en España, dispone el art. 8.4 LArb 2003 que "para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881". Por tanto, con arreglo a la última remisión realizada por el citado precepto, el juez de primera instancia que acordó el exequatur del laudo en el que se acuerdan medidas cautelares por árbitro que desarrolla sus funciones en el extranjero, es el juez que debe ejecutar el laudo extranjero que ha obtenido dicho exequatur. Es cierto que hasta hace pocos años, era extraño el caso de medidas provisionales acordadas por árbitros en un país y que debían ejecutarse en otros países, pero el número de estos supuestos está aumentando espectacularmente (G. De Leval [(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN47)).

5. Medidas cautelares a ejecutar en España y adoptadas por los árbitros en un arbitraje privado internacional desarrollado en España.

52. En el caso de un arbitraje privado internacional respecto del cual se han acordado medidas cautelares a ejecutar en España y adoptadas por los árbitros en un arbitraje privado internacional desarrollado en España, obviamente, no hace falta ningún exequatur. Es aplicable el art. 23.2 LArb 2003, que dispone: "a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos". Por tanto, se aplica el Título VIII de la LArb 2003 y las medidas cautelares acordadas en un arbitraje privado internacional que se desarrolla en España se ejecutan como "laudos nacionales". En cuanto al juez competente para "ejecutar" las medidas cautelares acordadas por un árbitro que desarrolla sus funciones en España, el art. 8.4 LArb 2003 indica que: "para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)". Como se aprecia, la LArb 2003 española arranca de un principio de colaboración entre árbitros y jueces, como verdadero presupuesto de una "cultura arbitral", en palabras de J.C. Fernández Rozas [(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN48).

6. Posibilidad de las partes de "eliminar" la facultad de los árbitros para adoptar medidas cautelares en el arbitraje privado internacional.

53. La cuestión de la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares viene determinada por la Ley que rige el procedimiento arbitral. Si dicha Ley no autoriza a los árbitros la adopción de tales medidas, el problema no existe. Pero si tal Ley autoriza a los árbitros a adoptar medidas cautelares pero las partes desean que éstos no desplieguen dichas funciones, pueden, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento judicial, "cancelar" la competencia los árbitros para adoptar medidas cautelares.

54. Dicha "eliminación de la competencia arbitral para acordar medidas cautelares" puede tener lugar de varias formas: a) Mediante elección por las partes de "reglas de arbitraje institucional" o ad hoc, o mediante la elección de una Ley estatal que no permitan a los árbitros adoptar tales medidas cautelares; b) Cuando la Ley estatal rectora del procedimiento arbitral sí permite a los árbitros adoptar tales medidas, la misma Ley estatal decidirá si dicha competencia arbitral es imperativa o dispositiva, esto es, si las partes pueden "pactar" que los árbitros no adopten, en ningún caso, medidas cautelares.

55. En el caso de la LArb 2003 española, el art. 23.1 dispone que "Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio". Ello significa que cuando la LArb 2003 española rija el procedimiento arbitral (= ley elegida por las partes o, a falta de indicación por las partes, el arbitraje se desarrolla en España), ambas partes deben estar de acuerdo y deben haber pactado que los árbitros no pueden adoptar medidas cautelares y dicha competencia queda cancelada (= "competencia arbitral dispositiva"). En caso de "falta de acuerdo" en este sentido, la "competencia cautelar de los árbitros" subsiste.

III. Medidas cautelares adoptadas por los tribunales estatales en el marco del arbitraje privado internacional

1. Competencia de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares en relación con un procedimiento de arbitraje privado internacional.

56. Cuando las partes han establecido, expresamente, que pueden solicitarse medidas cautelares a los tribunales estatales, ello será posible, siempre que lo permita la Ley del Estado del que dependen tales tribunales. En iguales condiciones, la posibilidad de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares viene explícitamente prevista, como escribe C. L. Goldman, por ciertos Reglamentos de instituciones de arbitraje: art. 8.5 Reglamento CCI, art. 15.4 LCA, art. 26.3 Reglamento CNUDCI [(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN49). Si las partes no han dispuesto nada al respecto (ni excluyen ni permiten la adopción de medidas cautelares por tribunales estatales), la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los tribunales estatales debe ser decidida por la Ley que regula el procedimiento arbitral (Auto JPI núm. 69 Madrid 28 junio 1999) [(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN50). Es frecuente que las Leyes estatales admitan expresamente esta posibilidad (P. H. Ouakrat [(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN51)).

57. Este principio general (se puede acudir a tribunales estatales para solicitar medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral), se encuentra recogido en el art. VI.4 CGin: "si una de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral, ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo". La disposición deja la puerta abierta a las medidas cautelares aunque haya existido una sumisión a arbitraje privado internacional. El precepto presenta "fuerza expansiva", de modo que el convenio arbitral no es obstáculo para que tribunales de un Estado distinto al Estado donde se lleva a cabo el arbitraje, se declaren competentes para adoptar ciertas "medidas cautelares". Así ocurrió en el caso fallado por el Auto AP Cádiz, Sec.5ª, de 12 junio 1992, en el que el juzgador afirma la competencia de un juez español para adoptar medidas cautelares aunque el procedimiento arbitral se desarrollaba en Suiza. [(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN52)

58. Por tanto, será el DIPr. español, las normas sobre competencia judicial internacional, las que establecerán si y en qué casos, los tribunales españoles pueden acordar medidas cautelares respecto de un arbitraje que se desarrolla fuera de territorio español.

59. La norma a considerar es, fundamentalmente, el art. 31 Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12 de 16 enero 2001), citado como "R.44/2001". Dicho precepto indica en qué casos los tribunales españoles poseen "competencia judicial internacional" para acordar medidas cautelares aun cuando éstas aseguren derechos que se están discutiendo en el marco de un arbitraje privado internacional que se desarrolla fuera de España. Aunque existe una fuerte polémica doctrinal al respecto, cabe señalar que el art. 31 R.44/2001 indica que poseen competencia judicial internacional para acordar medidas cautelares los tribunales del Estado en cuyo territorio se encuentran los bienes y activos sobre los cuales recae la medida cautelar acordada por órganos judiciales extranjeros o por árbitros que desarrollan sus funciones fuera de dicho Estado. El TJCE ha reconocido expresamente, en su STJCE 17 noviembre 1998, Van Uden, esta posibilidad: basta que se trate de una medida cautelar cubierta por el ámbito material del R.44/2001 y que los bienes se encuentren en el territorio del país al que pertenece el tribunal al que se acude. El mismo TJCE ha afirmado que el art. 31 R.44/2001 cubre todas las medidas cautelares con independencia del árbitro que conoce del caso, incluso árbitros que desarrollan sus funciones "fuera de la UE" ("arbitrajes extracomunitarios"). Por ello, el art. 22.5 LOPJ apenas tiene "espacio de actuación", ya que todas las medidas cautelares en supuestos de arbitraje están, en principio, cubiertas por el art. 31 R.44/2001, ya que los litigios que pueden ser sometidos a arbitraje están regulados por el R.44/2001. El art. 31 R.44/2001 contiene un foro de "competencia judicial internacional". Para determinar la "competencia territorial", se aplicarán las normas del Derecho Procesal del Estado en cuestión (art. 8.3 LArb 2003 en el caso español).

60. Posteriormente, entra en funcionamiento el art. 8.3 LArb 2003, que, pese a su ambigua dicción, es una norma de "competencia territorial" y no de "competencia judicial internacional": "para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". El juez acordará la medida cautelar, y en su caso, la ejecutará. Este art. 8.3 LArb 2003 es una norma de "competencia territorial". Sólo entra en acción cuanco la competencia judicial internacional de los jueces españoles ha quedado acreditada según el art. 31 R.44/2001.

61. Como señalan J. M. Chillón Medina / J. F. Merino Merchán, los tribunales estatales a los que se solicitan ex novo medidas cautelares en relación a un procedimiento arbitral en curso, no deben valorar, para proceder a la adopción de tales medidas, la validez o nulidad del "convenio arbitral"[(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN53). Ello es así porque estas medidas no afectan al "fondo del asunto" ni lo condicionan, aunque un tribunal estatal adopte determinadas "medidas cautelares". De este modo, el examen de la "validez / nulidad del convenio arbitral" sólo procede cuando una parte acude a un tribunal estatal y acciona sobre el "fondo del asunto", pero no cuando solicita, exclusivamente, "medidas cautelares". Además, el tribunal estatal, para evitar perjuicios ulteriores que puedan causar las medidas cautelares solicitadas, podrá exigir una cautela al efecto.

2. Medidas cautelares que pueden adoptar los tribunales estatales en relación con un procedimiento de arbitraje privado internacional.

62. Las medidas cautelares que pueden adoptar los tribunales estatales a los que se acude a través del art. 31 R.44/2001, así como los presupuestos y el procedimiento a seguir, son cuestiones que se determinan por la Ley del Estado al que pertenece el tribunal estatal al que se ha solicitado la medida cautelar (Lex Fori Regit Processum: art. 3 LEC). A tal efecto, el tribunal estatal debe tener presente que no hay otro "tribunal estatal" que conozca del asunto principal, sino que de dicho "asunto principal" conocen "árbitros" en un arbitraje privado internacional. Por eso, la intervención del tribunal estatal que adopta las medidas cautelares debe adaptarse a esa realidad. En el caso español, el catálogo de medidas cautelares que pueden adoptar los jueces españoles en relación con un arbitraje privado internacional que se sigue en el extranjero, así como los presupuestos de tales medidas y el procedimiento a seguir al efecto, son cuestiones a precisar con arreglo a lo establecido en la LEC 1/2000. P. Schlosser ha añadido una precisión importante: en virtud del "carácter subsidiario" de la jurisdicción estatal respecto a la actuación de los árbitros, las medidas cautelares que los jueces estatales pueden adoptar deben respetar lo fijado por los árbitros e incluso, las medidas cautelares adoptadas por los jueces pueden ser dejadas sin efecto por los árbitros [(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN54).

3. Posibilidad de las partes de excluir la adopción de toda medida cautelar por parte de los tribunales estatales en el marco del arbitraje privado internacional.

63. Un interrogante difícil aparece en el horizonte: ¿pueden las partes excluir completamente la intervención de "tribunales estatales" en casos sometidos a arbitraje privado internacional, de modo que tales tribunales estatales no puedan adoptar "medidas cautelares"? Se trata de un problema de "disponibilidad de las partes" respecto de la "competencia cautelar" de los tribunales estatales. El problema presenta una gran envergadura teórica y práctica. Por ello, no es extraño que se hayan sostenido dos tesis opuestas.

64. Primera tesis: posibilidad de "cancelar" la competencia judicial internacional de los jueces estatales para acordar medidas cautelares respecto de un arbitraje privado internacional que se sigue en el extranjero. Esta primera tesis se basa en varios argumentos: a) Las partes, igual que pueden establecer que ningún tribunal estatal puede pronunciarse sobre el fondo del asunto, pueden también excluir, por voluntad mutua, que cualquier tribunal estatal intervenga en el supuesto para adoptar "medidas cautelares" (F. J. Garcimartín Alferez, P. H. Ouakrat, J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll) [(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN55). Si las partes pueden disponer de lo "principal", podrán disponer también de lo que no es principal sino "cautelar" (las partes pueden "desactivar" la competencia de los tribunales estatales para adoptar medidas cautelares, visto que también pueden "desactivar" la competencia de los tribunales estatales para conocer del fondo del asunto). Por tanto, las partes podrían establecer, expresamente, que queda "prohibido" el recurso a los tribunales estatales para solicitar medidas cautelares; pueden también, remitirse a Reglamentos de arbitraje institucional que impidan a las partes solicitar medidas cautelares a tribunales estatales; b) Así se fomenta la mutua confianza entre las partes (ninguna parte espera que la otra parte "evapore" sus activos); c) Se reducen los "costes procesales", pues el recurso a los tribunales estatales supone abrir un "proceso paralelo" al proceso arbitral; d) Visto que las medidas cautelares se establecen para interés de las partes, éstas pueden disponer lo que estimen oportuno para satisfacer sus intereses y si han determinado que no podrán adoptarse medidas cautelares por jueces estatales es porque estiman que éstas no son necesarias para proteger sus intereses y asumen dicho riesgo. Como consecuencia de todo ello, y según se deriva de los efectos básicos del convenio arbitral, según afirma C. L. Goldman, la competencia de los árbitros debe ser la "regla" y la "incompetencia de los árbitros" y la correlativa "competencia de los tribunales estatales", debe ser la "excepción"[(56)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN56). Brillante y efectivo.

65. Segunda tesis: las partes no pueden "disponer" de esta posibilidad de intervención de los tribunales en materia cautelar. El argumento aducido para sostener esta segunda tesis es que los árbitros sí pueden pronunciarse sobre el fondo, pero no pueden adoptar "medidas cautelares efectivas". Y visto que el ordenamiento jurídico debe satisfacer la "tutela judicial efectiva" también en materia cautelar, la puerta debe siempre quedar abierta para que las partes puedan solicitar medidas cautelares efectivas. En caso contrario, se produciría una "denegación de Justicia", algo que está prohibido, en Derecho español, por el art. 24 CE 1978 y a nivel internacional, en Europa, por el art. 6° CEDH. Por tanto, la posibilidad de acudir a los tribunales estatales se encuentra vertebrada por un fundamento constitucional y no puede ser "cancelada por las partes", postura singularmente defendida por J.C. Fernández Rozas [(57)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN57). En definitiva, los tribunales estatales colman las "lagunas" que deja la atribución de la competencia a los árbitros pero sin inmiscuirse en la tarea propia y exclusiva de los árbitros, que es decidir sobre el "fondo del litigio" (P. H. Ouakrat [(58)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN58)). De este modo, con la intervención de los tribunales estatales que acuerdan medidas cautelares, se asegura, realmente, la efectividad del laudo arbitral sobre el fondo (J. D. M. Lew / L. A. Mistelis / S. M. Kröll) [(59)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN59).

66. La solución legal del problema pasa por recordar que el CGin 1961 no indica nada, expresamente, sobre la cuestión, pese a la dicción de su art. VI.4, que no aborda específicamente este problema. Se ha dicho que el CNY 1958 guarda un mutismo total al respecto. Pero dicho mutismo es sólo relativo y ha generado una poderosa polémica (C. L. Goldman [(60)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN60)): a) Algunos autores opinan que el tenor del art. II.3 CNY 1958 debe ser interpretado con "fuerza expansiva", de modo que un tribunal estatal, cuando se le sea solicitada cualquier tipo de petición respecto de un asunto sometido a arbitraje privado internacional, declarará su "incompetencia" para conocer del asunto, incluyendo cualquier petición sobre medidas cautelares [(61)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN61). Esta ha sido la postura acogida por cierta jurisprudencia en los Estados Unidos de América, que ha seguido una vía de "justicia privada" completamente alternativa y separada de la "Justicia de los tribunales estatales", como recuerda O. Merkt [(62)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN62); b) Frente a la postura anterior, la mayoría de la doctrina estima que el art. II.3 CNY 1958 sólo se refiere al "fondo del litigio" y por tanto, presenta una laguna, quizás axiológica, en lo relativo a las "medidas cautelares". No se pronuncia sobre la cuestión, ni a favor ni en contra.

67. La cuestión deberá ser resuelta por las normas de producción interna de los Derechos estatales correspondientes el país al que pertenece el tribunal estatal al que se ha solicitado la medida cautelar. En Derecho español, cabe anotar varias precisiones: a) El art. 11.3 LArb 2003 dispone que: "el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas", precepto inspirado directamente en el art. 9 LMod. UNCITRAL 1985: "La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage"; b) El art. 23.1 LArb 2003 indica que: "salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante". Combinando ambas disposiciones, se deduce que cuando una parte en un arbitraje privado internacional que se desarrolla en el extranjero o en España acude a un tribunal español que dispone de competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares, la competencia de dicho tribunal no puede "desactivarse" por "acuerdo entre las partes": los tribunales españoles están obligados a adoptar las medidas cautelares, si concurren los presupuestos de las mismas y su competencia al efecto no puede ser "cancelada" por un acuerdo privado interpartes. En efecto, si se atiende al art. 23.1 LArb 2003, se observa que las partes gozan de la "disponibilidad sobre la tutela cautelar" cuando se trata de árbitros que puedan acordar medidas cautelares (las partes pueden acordar que los árbitros no puedan adoptar medidas cautelares). Pero dicha posibilidad no se contempla cuando se aborda la competencia de los jueces estatales para acordar medidas cautelares. De ello es fácil deducir que el legislador español estima que el recurso a los jueces para que éstos adopten medidas cautelares no puede ser "desactivado" por las partes en un arbitraje privado internacional.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1v) M. GOMEZ JENE, "Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje", Diario La Ley, 20 octubre 2003; ID., "La Ley aplicable al procedimiento arbitral", Derecho de los Negocios, noviembre 2001, ps. 9-22; ID., El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral, Ed.Colex, Madrid, 2000.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) G. BERNINI / H. M. HOLTZMANN, "Les techniques permettant de resoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de I'exécution des contrats á long terme", Rev. Arb., 1975, ps. 18-59; M. J. BONELL, "La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?", Rivista del diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni, 1978, parte prima, ps. 315-333; B. M. CREMADES, "El arbitraje en los contratos de ejecución duradera", en Estudios sobre arbitraje, Madrid, 1977, ps. 95-103; A. CUTREPA, "La convention compromisoire dans les accords de coopération a formation succesive", en Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli, Torino, 1974, ps. 97-107; R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce internacional, Paris, 1982, ps. 32-36; M. FONTAINE, "Les contrats internationaux á long terme", en Etudes offertes á Roger Houin. Problémes d'actualité posés par les entreprises, Paris, 1985, ps. 263-274; P. H. FOUCHARD, "L'adaptation des contrats á la conjoncture économique", Rev. Arb., 1979, ps. 67-82; H. M. HOLTZMANN, "Le droit des Etats-Unis relatif aux pouvoirs des arbitres de combler les lacunes d'un contrat á long terme", Rev. Arb., 1975, ps. 60-82; H. M. HOLTZMANN / G.V.E. BERNINI, "Cas d'hypothèse pour illustrer I'utilisation qui est faite de l'arbitrage pour combler les "lacunes" dans les contrats commerciaux internationaux á long terme", Rev. Arb., 1975, ps. 9-17; J. JAKUBOWSKI, "Some Legal Aspects of Industrial Co-operation in EastWest Relations", RCADI, 1979, vol.163, p. 297; L. A. E. H. JEPNER, "Réponse á "I'affaire Drillco"", Revu. Arb., 1975, ps. 127-130; L. KOPELMANAS, "La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres", en Hommage á Fréderic Eisemann. Liber amicorum, Paris, 1978, ps. 25-26; CH. DEL MARMOL, "L'importance et I'interprétation du contrat (dans ses relations avec l'arbitrage commercial international)", RDIDC, 1980, ps. 158-208; L. MATRAY, "Communication sur le thème du 4e groupe de travail", Rev. Arb., 1975, ps. 88-107; G. D. A. MELODIA, "Comunication sur I'hypothetical case"", Rev. Arb., 1975, ps. 108-120; B. OPPETIT, "L'arbitrage et les contrats commerciaux á long terme", Rev. Arb., 1976, ps. 91-104; ID., "Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractual: á propos d'une jurisprudence récente", Rev. Arb., 1977, ps. 315-326; J. PAULSSON, "L'adaptation du contrat", Rev. Arb., 1984, ps. 249-257; A. REMIRO BROTONS, Ejecución de sentencias extranjeras en España, Madrid, Tecnos, 1974, ps. 42-43; ID., "La reconnaissance et I'exécution des sentences arbitraux étrangéres", RCADI, 1984, vol.184, ps. 196-197; C. RUCELLAI, "L'arbitrage comme instrument pour combler les "gaps" dans les contrats internationaux á long terme", Rev. Arb., 1975, ps. 121-126; P. SANDERS, "Trends in the Field of International Commercial Arbitration", RCADI, 1975, vol.145, ps. 227-235; ID., "L'arbitrage dans les transactions commerciaux á long terme", Rev. Arb., 1975, ps. 83-87; ID., "Aspects de l'arbitrage international", RDIDC, 1976, ps. 133-135.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce internacional, Paris, 1982, ps. 106-116; P. A. LALIVE, "Problémes relatifs á l'arbitrage international commercial", RCADI, 1967, vol. 120, ps. 585-586; L. MARMO, "Arbitrato: Diritto internazionale privato", EdD, II, Milano, 1958, p. 965; M. G. SAUSERHALL, "L'arbitrage en droit international privé", en Institute de droit international, Annuaire, 44, I, 1952, ps. 516-528, esp. p. 524; P. SCHLOSSER, Das Recht der internazionalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, vol.1, Tübingen, 1975, ps. 32-44; J. RUBELLIN-DEVICHI, L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé, Paris, 1965; B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", RCADI, 1963, vol. 109, p. 368.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) F. E. KLEIN, "La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international", RCDIP, 1962, ps. 621-640.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) A. FERRER CORREIA, "Da arbitragem comercial internacional", Revista de Direito e Economia, X/XI, 1984/1985, p. 7; B. GOLDMAN, "Arbitrage...", p. 116; A. REMIRO BROTONS, "La reconnaissance...", 1984, p. 224.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) J. RUBELLIN-DEVICHI, L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé, Paris, 1965; B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", RCADI, 1963, vol. 109, p. 368.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7v) M. VIRGOS SORIANO / F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional, Civitas, Madrid, 2000, ps. 241-242; F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, Mc.Graw-Hill, 1996, ps. 185-209; P. H. OUAKRAT, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale, DPCI, 1988, vol. 14-2, ps. 239-273; B. LEURENT, "Garanties bancaires et arbitrage", IBLJ, 1990, ps. 401-420; C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26; F. KNOEPFLER / P. H. SCHWEIZER, "Les mesures provisoires et l'arbitrage", en Recueil de travaux sur l'arbitrage international, Zürich, ps. 221-244; F. RAMOS MENDEZ, "Arbitrage international et mesures conservatoires", Rev. Arb., 1985, ps. 51-70; ID., "Arbitraje internacional y medidas cautelares", Arbitraje y proceso internacional, Barcelona, 1987, ps. 183 ss.; J. ROBERT, L'arbitrage, droit interne et droit international privé, 6ª ed., París,. 1993, ps. 272 ss; M. DE BOISSESON, Le droit français de l'arbitrage interne et international, París, 1990, ps. 759 ss.; J. M. CHILLON MEDINA / J. F. MERINO MERCHAN, Tratado de arbitraje privado interno e internacional, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, ps. 875-878; K. P. BERGER, International Economic Arbitration, Kluwer, Deventer, 1993, ps. 331-351; J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, ps. 585-625; S. BESSON, Arbitrage International et Measures Provisoires, 1ª ed., Schultness, 1998; A. BÖTSCH (ED.), Provisional Remedies in International Comercial Arbitration - A Practitioner Handbook, De Gruyter, 1994; H. A. GRIGERA NAON, "Choice-of-Law Problems in international commercial arbitration", RCADI, 2001, vol. 289, ps. 9-396, esp. ps. 161-166; J. C. FERNANDEZ ROZAS, "Le rôle des juristictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", RCADI, 2001, vol. 290, ps. 9-224, esp. ps. 161-177; P. MAYER, "Imperium de l'arbitre et mesures provisoires", Etudes de procédure e d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, ps. 437-452; G. DE LEVAL, "Le juge et l'arbitre: les mesures provisoires", Rev. Droit Int. et Droit Comp., vol.70, 1993, ps. 12 sigtes.; A. REINER, "Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI", JDI Clunet, 1998, ps. 853-904; M. F. HOELLERING, "Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration. The Practices and Experiencies of the American Arbitration Association", The Arbitration Journal, vol. 47, 1992, ps. 40-45.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8v) P. MAYER, "Imperium de l'arbitre et mesures provisoires", Etudes de procé-dure e d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, ps. 437-452.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9v) M. VIRGOS SORIANO / F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional, Civitas, Madrid, 2000, ps. 241-242; F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, Mc.Graw-Hill, 1996, ps. 185-209.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10v) A. BÖTSCH (ED.), Provisional Remedies in International Comercial Arbitration - A Practitioner Handbook, De Gruyter, 1994, ps. 4-5: "interim measures often actually decide the dispute".

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11v) M. HERDEGEN, "Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte in rechtsvergleichender Betrachtung", RIW, 1981, ps. 304-310.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12v) P. H. OUAKRAT, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale, DPCI, 1988, vol. 14-2, ps. 239-273, esp. ps. 240-241.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13v) J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, p. 588.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14v) Artículo 17 LMod. UNCITRAL 1985: "Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas".

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15v) Art. 23.1 LArb 2003: "salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante".

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16v) F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, Mc.Graw-Hill, 1996, p. 187; C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26, esp. ps. 15-18.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17v) Laudo de 9 diciembre 1983, YCA, 1986, ps. 159-161, (árbitro: B. GOLDMAN, chairman).

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18v) Laudo CCI n. 3896, JDI Clunet, 1983, ps. 914-919.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19v) Laudo CCI n. 3540, JDI Clunet, 1981, ps. 914-927.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20v) Decisión Society of Maritime Arbitrators de 24 agosto 1985, YCA, 1986, p. 209.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21v) B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", RCADI, 1963, vol. 109, ps. 369-370; J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, p. 587; M. GOMEZ JENE, "Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje", Diario La Ley, 20 octubre 2003; ID., "La Ley aplicable al procedimiento arbitral", Derecho de los Negocios, noviembre 2001, ps. 9-22; ID., El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral, Ed. Colex, Madrid, 2000.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22v) A. J. VAN DEN BERG, The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation, The Hague, 1981, ps. 322-331; P. BERNARDINI, L'arbitrato internazionale, Milano, 1987, ps. 93-110; A. BÜLOW, "La convention des parties relative á la procédure d'arbitrage visée á l'art. V, 1, litt. d) de la Convention de New York", en Arbitrage Commercial. Essais in memorian Eugenio Minoli, Torino, 1974, ps. 81-95; J. VAN COMPERNOLLE, "L'arbitrage dans les relations commerciales internationales: Questions de procédure", RDIDC, 1989, ps. 101-123; R. DAVID, L'arbitrage..., 1982, ps. 400-435; CHR. DIERYCK, "Procedure et moyens de prouve dans l'arbitrage commercial international", Rev. Arb., 1988, ps. 267-282; A. FERRER CORREIA, "Da arbitragem ... ", ps. 27-38; CH. N. FRAGISTAS, "Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé", RCDIP, 1960, ps. 1-20, esp. ps. 7-10 y 14-20; J. DEHAUSSY / B. GOLDMAN, "Arbitrage (en général)", Rep. Dalloz DI, T. 1, Paris, 1968, ps. 127-130; B. GOLDMAN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", RCADI, 1963, vol. 109, ps. 369-370; B. VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt, 1970, ps. 57-109; P. A. LALIVE, "Problèmes relatifs á l'arbitrage international commercial", RCADI, 1967, vol. 120, ps. 612-659; ID., "Problèmes spécifiques de l'arbitrage international", Rev. Arb., 1980, ps. 359-360; L. MATRAY, "Les systémes de preuve dans l'arbitrage commercial internazional", Revue de la Banque (Belgique), 1974, ps. 474-477; A. REMIRO BROTONS, "La reconnaissance...", 1984, ps. 201, 229-233, 299, M. RUBINO SAMMARTANO, "La legge uniforme arbitrale delle Nazioni Unite, in embrione, e les rules of evidence arbitrale", Foro Padano, 1984, parte seconda, ps. 97-104; P. SANDERS, "Trends in the Field of International Commercial Arbitration", RCADI, 1975, vol. 145, ps. 227-235, esp. ps. 270-289; ID., "L'arbitrage dans les transactions commerciaux á long terme", Rev. Arb., 1975, ps. 83-87; ID., "Aspects de l'arbitrage international", RDIDC, 1976, ps. 133-135; H. U. WALDERBOHNER, "Zeugen vor Schiedsgericht", Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international, Zürich, 1984, ps. 213-220; H. A. GRIGERA NAON, "Choice-of-Law Problems in international commercial arbitration", RCADI, 2001, vol. 289, ps. 9-396, esp. ps. 154-179.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23v) Art. V. 1. "Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (....) d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje".

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24v) C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25v) H. A. GRIGERA NAON, "Choice-of-Law Problems in international commercial arbitration", RCADI, 2001, vol. 289, Ps. 9-396, esp. p. 155.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26v) P. SANDERS, "Trends...", 1975, p. 273; S.R. BOND, "Party Autonomy: The Choice of Place", Arb. Int., 1992, ps. 83-91; F.P. DAVIDSON, "Where is an Arbitral Award Made? - Hiscox v. Outhwaite", ICLQ, 1992, ps. 637-645; A. PANCHAUD, "Le siége de l'arbitrage international de droit prive", Rev. Arb., 1966, ps. 2-15.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27v) J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, ps. 587-588.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28v) F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, Mc.Graw-Hill, 1996, ps. 189-192.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29v) J. M. CHILLON MEDINA / J. F. MERINO MERCHAN, Tratado de arbitraje privado interno e internacional, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 876.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30v) M. HERDEGEN, "Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichtre in rechtsvergleichender Betrachtung", RIW, 1981, ps. 304-310.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31v) K. P. BERGER, International Economic Arbitration, Kluwer, Deventer, 1993, p. 332: "In authorizing a private tribunal to decide future or existing disputes between them, the parties convey to the arbitrators the implied or inherent prowe to issue measures of previsional relief which are connected with the subject matter of the dispute adn serve to safegurad the efficiency of the tribunal's decision-making".

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32v) J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, ps. 593-594.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33v) R. HINOJOSA SEGOVIA (Coordinador), Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, Grupo Difusión, Barcelona, 2004, ps. 126-128.

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34v) P. H. OUAKRAT, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale, DPCI, 1988, vol. 14-2, ps. 239-273; F. KNOEPFLER / P. H. SCHWEIZER, "Les mesures provisoires et l'arbitrage", en Recueil de travaux sur l'arbitrage international, Zürich, 1984, ps. 221-244.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35v) C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36v) C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37v) K. P. BERGER, International Economic Arbitration, Kluwer, Deventer, 1993, ps. 338-339.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38v) P. H. OUAKRAT, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale", DPCI, 1988, vol. 14-2, ps. 239-273; F. KNOEPFLER / P. H. SCHWEIZER, "Les mesures provisoires et l'arbitrage", en Recueil de travaux sur l'arbitrage international, Zürich, 1984, ps. 221-244; F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, Mc.Graw-Hill, 1996, p. 196.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39v) K. P. BERGER, International Economic Arbitration, Kluwer, Deventer, 1993, p. 335.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40v) F. KNOEPFLER / P. H. SCHWEIZER, "Les mesures provisoires et l'arbitrage", en Recueil de travaux sur l'arbitrage international, Zürich, 1984, ps. 221-244, esp. p. 233

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41v) K. P. BERGER, International Economic Arbitration, Kluwer, Deventer, 1993, p. 347.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42v) J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, p. 606.

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43v) J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, ps. 606-607.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44v) K. P. BERGER, International Economic Arbitration, Kluwer, Deventer, 1993, ps. 342-343.

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45v) C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26; Y. DERAINS, "Expertise technique et référe arbitral", Rev. Arb., 1982, ps. 231 ss.

[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN46v) Auto AP Cádiz, Sec.5ª, de 12 junio 1992, REDI, 1994, vol. XLVI, ps. 393-395 y nota de E. ARTUCH IRIBERRI.

[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN47v) G. DE LEVAL, "Le juge et l'arbitre: les mesures provisoires", Rev. Droit Int. et Droit Comp., vol. 70, 1993, ps. 12 ss.

[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN48v) J. C. FERNANDEZ ROZAS, "Le rôle des juristictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", RCADI, 2001, vol. 290, ps. 9-224, esp. p. 23.

[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN49v) C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26, esp. ps. 12-15.

[(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN50v) E. ARTUCH IRIBERRI, "La adopción de medidas conservatorias por el juez español en relación con el procedimiento arbitral: un conflicto se diluye", RCEA, vol. XIV, 1999, ps. 149-153.

[(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN51v) P. H. OUAKRAT, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale, DPCI, 1988, vol. 14-2, ps. 239-273, esp., p. 252.

[(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN52v) Auto AP Cádiz, Sec.5ª, de 12 junio 1992, REDI, 1994, vol. XLVI, ps. 393-395 y nota de E. ARTUCH IRIBERRI.

[(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN53v) J. M. CHILLON MEDINA / J. F. MERINO MERCHAN, Tratado de arbitraje privado interno e internacional, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991, p. 877.

[(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN54v) P. SCHLOSSER, Das Recht der internazionalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2ª ed., Tübingen, 1989, p. 257.

[(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN55v) F. J. GARCIMARTIN ALFEREZ, El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional, Madrid, Mc.Graw-Hill, 1996, ps. 185-209; P. H. OUAKRAT, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale, DPCI, 1988, vol.14-2, ps. 239-273; J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, p. 620.

[(56)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN56v) C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26.

[(57)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN57v) J. C. FERNANDEZ ROZAS, "Le rôle des juristictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", RCADI, 2001, vol. 290, ps. 9-224, esp., p. 163.

[(58)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN58v) P. H. OUAKRAT, "L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires: étude générale, DPCI, 1988, vol.14-2, ps. 239-273.

[(59)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN59v) J. D. M. LEW / L. A. MISTELIS / S. M. KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague / London / New York, 2003, p. 619.

[(60)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN60v) C. L. GOLDMAN, "Mesures provisoires et arbitrage international", IBLJ, 1993, ps. 3-26.

[(61)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN61v) Art. II.3 CNY 1958: "El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".

[(62)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i02C44BB0A4F211D98D9A0050047CC9FE&spos=35&epos=35&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN62v) O. MERKT, Les mesures provisoires en droit international privé, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1993, p. 149.



**Bienvenido a La Ley Online**
JOSE LUIS CORREA
19-10-2011

* [Descargas](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/downloads?crumb-label=Descargas&crumb-action=reset)
* [Ayuda](http://support.rg.thomsonreuters.com/laley/default.asp)
* [Ir a Checkpoint](http://www.checkpoint.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/signon?sso-token=-i0ad8121c000001331da8eb99ef65b2b1)
* [Cerrar Sesion](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/signoffVM)
* [Historial](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/trail/trails?crumb-label=Historial&context=36&action=retrieve&crumb-action=reset&trailguid=i0ad8121c000001331da8ebb1ef65b2b2)
* [Preferencias](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/preferences/changeVM?crumb-label=Preferencias&crumb-action=reset)
* [Mis Carpetas](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/favourites/retrieve/allVM?crumb-label=Mis+Carpetas&crumb-action=reset)

[Home](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/homepage) > [Búsqueda avanzada](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/tocectoryVM?ndd=3&context=36&tocguid=i0ADFAB87AF31C98881AF32A55E6DF680&stnew=true) > [Doctrina: Toda la doctrina](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/search/template?tocguid=i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&ndd=2&stnew=true&context=5) > [Lista de resultados](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/search/navigateVM?srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&snippets=true&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&savedSearch=false&originates-from-link=false&searchFrom=&context=8&crumb-label=Lista+de+resultados&crumb-action=replace&page=1) > Documento

* [Documento](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#document)





* 

Principio del formulario



Final del formulario



* + - Achicar Texto
		- Agrandar Texto

*
*
* resultado 37 de 55
*
*





* 

Principio del formulario



Final del formulario

Cargando...



* + - Achicar Texto
		- Agrandar Texto

Impacto de la emergencia económica en el acceso a la justicia

**Rauek de Yanzón, Inés**

**Publicado en:** Sup.Act 06/10/2005, 1-Sup.Act 11/10/2005, 1-Sup.Act 13/10/2005, 1

**Sumario:** SUMARIO: I. Introducción. - II. Los conglomerados financieros en la Argentina. - III. La emergencia de 1990 y la emergencia de 2001. - IV. Nuevos o renovados institutos procesales. - V. Reflexiones finales.

Voces

**Voces:** EMERGENCIA ECONOMICA - PER SALTUM - PESIFICACION - MONEDA EXTRANJERA - ACCION DE AMPARO - JURISPRUDENCIA - DEPOSITO BANCARIO - JUICIO EJECUTIVO - **ARBITRAJE** **INTERNACIONAL** - ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL - CONCURSO PREVENTIVO - DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA - CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - DERECHO PROCESAL - DERECHO A LA JURISDICCION - LEY DE EMERGENCIA - ENTIDAD FINANCIERA - CONVERTIBILIDAD

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append)

**I. Introducción**

Este trabajo tiene como objeto enumerar y describir los más espectaculares impactos sufridos por el Derecho Procesal a raíz de los sucesos políticos y económicos ocurridos desde fines de 2001 al 2003, con necesaria referencia a la década de 1990-2000.

La situación casi caótica del país en esos días, es producida en parte por el dictado de normas que alteran la seguridad jurídica entre otros valores. Asimismo se utilizan nuevas herramientas procesales como medio de solucionar, atemperar o frenar las diferentes situaciones de hecho.

[Cuadro 1: Introducción](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/blob?rs=&vr=&blobguid=i4B2B715EE25511D999E800A0C9F2A1B1&file=documento.pdf)

La subversión del orden constitucional por la legislación y políticas de emergencias produjo la destrucción de estructuras tanto en el orden de la política, del derecho, como de lo institucional [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1). Ante este nuevo "derecho" surgen nuevos mecanismos para intentar superar la avalancha destructora.

"Ahora la pregunta es ¿qué ocurre cuando ese estado generalizado se extiende a todas las relaciones jurídicas patrimoniales? La teoría jurídica, no considera la hipótesis del colapso de los sistemas. Este se relaciona más bien como fenómeno político-social con situaciones de hecho, con cambios revolucionarios o hechos de fuerza. La necesidad no reconoce ley, decían los romanos. La cuestión es ¿qué hacer cuando el orden jurídico maltrecho subsiste?. Porque cuando el Derecho, cuando el sistema jurídico, ese hermoso sistema lógico-deductivo colapsa, no hay Estado (o se produjo una revolución, o se produjo el desastre total), no hay autoridad (porque se perdió una guerra, porque el territorio fue dominado). En esos casos, nadie puede reclamar nada, porque no hay ante quién reclamar, ni autoridad que pueda concederlo. La cuestión es qué hacer cuando el orden jurídico maltrecho subsiste, cuando todos pueden invocar la imprevisión en los contratos (por cambios en las leyes monetarias por ejemplo), cuando el Estado ha incumplido y todos los individuos quedan expuestos a las consecuencias por sus decisiones que vulneran estas garantías constitucionales, cuando todos pueden reclamar los créditos insatisfechos, plantear la inconstitucionalidad de cualquier medida de emergencia que menoscaben los derechos según ese orden jurídico válido en los textos, pero ineficaz en los hechos"[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2).

[Cuadro 2: Objeto](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/blob?rs=&vr=&blobguid=i4B2B7174E25511D999E800A0C9F2A1B1&file=documento.pdf)

**II. Los conglomerados financieros en la Argentina**

La "crisis" ha sido definida "como un momento de ruptura en el funcionamiento de un sistema, un cambio cualitativo a veces no esperado y aun violento, en el modelo normal"[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3).

Es sabido que las crisis no son sólo de un país, ni de una época, ni exclusivamente de un sector. Se dan en todo el orbe, en casi todos los países y es una característica de mundo contemporáneo, sobre todo después de las dos guerras mundiales. Las instituciones políticas no dan gran remedio. Ello sumado a un mundo que se encuentra globalizado, conduce a nuestra sociedad a ser llamada "Sociedad del riesgo global."[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4).

Fenómenos nuevos aparecen en el firmamento comercial, en un mundo global y competitivo, que busca la ganancia, el menor control posible y la mayor acumulación del poder y dinero.

Es así que el Estado argentino fue incorporando inversiones en busca de ingresar a las sociedades globalizadas del primer mundo, pero abrió las puertas sin las debidas protecciones indispensables de regulación. Aquellas trajeron beneficios y otros tantos perjuicios.

En la década de 1990 se afianza la voluntad de traer estas inversiones extranjeras, promovidas desde el Poder Ejecutivo y acompañadas legislativamente con la celebración de respectivos "tratados" ratificados por el Poder Legislativo.

Uno de los ejemplos del motor de esas inversiones son los llamados conglomerados financieros, que se fomentaron desde el gobierno y se apoderaron de un espacio vacío de poder.

Es que las empresas con mayor dinamismo y agilidad que el propio Estado, pasan de la actividad regulada a las actividades marginales, que no están reguladas o que no están tan reguladas, explotando límites que no son los centrales para optimizar su negocio.

Hugo Medina en una conferencia decía, aproximadamente que: "En definitiva cuando hablamos de los conglomerados financieros estamos hablando de aquellas formas de negocios que permiten que sean explotados por más de una organización jurídica, en forma tal que, donde la regulación se hace más eficiente o más efectiva, pueden salir de ella con un instrumento similar propio o que maneja también el conglomerado financiero, para llegar al mercado con menos regulación o controles. ¿Qué es lo que entendemos por un conglomerado financiero o un conjunto económico de esta naturaleza? Podemos decir, tomando una definición internacional, que es un grupo corporativo que ofrece un amplio rango de servicios financieros típicos incorporando al menos dos de los siguientes: bancos, valores y seguros. Es un conglomerado financiero si tiene los tres o por lo menos cuando tiene dos de los servicios indicados. En nuestro país son mucho más amplias todavía [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5) y [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6).

El Estado fue dejando en manos de los conglomerados financieros muchos temas que otrora le incumbían exclusivamente como protector del bien común. Sistemas cuasi-públicos o de seguridad social (como los fondos de pensiones, AFJP, indemnizaciones por accidentes, recursos energéticos, bancos provinciales, entre otros) quedan en manos de los conglomerados que pasan a relacionarse directamente con los ciudadanos corrientes.

La Argentina, en la crisis de 2000 entre otras muchas cosas, pudo percibir, la tensión existente entre un gobierno constitucional (con fuertes intereses sesgados) y los ciudadanos. En el medio, tanto unos como otros utilizaban las herramientas procesales como instrumento de defensa de sus posiciones.

Todos en búsqueda de la seguridad jurídica [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7), de la protección de su patrimonio, de sus "derechos".

Es por ello que, caracteriza este tiempo, la necesaria intervención de la judicatura en ayuda y defensa de las consecuencias de las crisis. Queda atrás el modelo paternalista basado en la palabra de las leyes que decían las legislaturas.

"El rol cada vez más significativo de las jurisdicciones constitucionales o de las jurisdicciones que se pronuncian sobre temas constitucionales, confieren a las constituciones un carácter interactivo: son los jueces los que dicen que son. Y otorga al derecho constitucional cada vez más carácter judicial. Todo ello conduce a afirmar que el derecho no sólo transcurre de alto al bajo, como acontecía con los tradicionales canales de legislación estatal. Se habla de una dinámica jurídica horizontal. La litigation como estrategia de reivindicación de los derechos asoma como un sistema consolidado de lobbiying para los derechos"[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8).

**III. La emergencia de 1990 y la emergencia de 2001**

La emergencia económica de 1988/1990 tenía su fundamento (entre otros) en una gran deuda interna; es decir, en obligaciones del Estado con los particulares o empresas. Por supuesto que el país ha sufrido muchas otras [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9).

Ello motiva el dictado de la ley 23.928 (Adla, LI-B, 1752) que marca un hito diferencial con las anteriores emergencias económicas del país sufridas desde 1930. Se emite el plan BONEX donde el Estado se apropia de los fondos en dinero a plazo fijo de los particulares y le entrega bonos pagaderos a diez años. La ley de convertibilidad determina un mercado libre y la flotación de la divisa estadounidense (un dólar = un peso) [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10).

Luego de una década, se producen súbitamente sucesos económicos nuevos, que se ha dado en llamarlos: la emergencia de la emergencia.

"En abril de 2001 Argentina se encontraba paralizada por una recesión que llevaba 33 meses, caída vertical del PBI, plurales renuncias de ministros de económica, déficit del presupuesto, un endurecimiento externo representante de siete años de exportaciones con carga de intereses que producían déficit de la cuenta corriente, tasa de riesgo en niveles insólitos, desocupación y subocupación de uno cada tres argentinos, consecuencias sociales y políticas visibles para todos. El número de indigentes supera hoy los dos millones y los pobres son casi setenta por ciento de la población. Sólo un tercio recibe subsidios arbitrados como insuficiente red de contención. Este cuadro social, económico y político, intentaron enfrentarla con la ley 25.561 del 06/01/2002 (Adla, LXII-A, 44) [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11).

Una catarata legislativa (leyes, decretos reglamentarios y decretos de necesidad y urgencia) inundan el país. Es dictada así una "farragosa" legislación en términos de la CSJ.

Por la ley 25.414 y su modificatoria ley 25.453 (Adla, LXI-B, 1516; LXI-D, 4057) [(\*)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN*) se ordena una delegación de facultades en el Poder Ejecutivo.

A través de ellas el Estado rompe las reglas de juego de una sociedad organizada y altera las relaciones de cambio cometiéndose todo tipo de irregularidades, partiendo del mismo Estado.

Esto da lugar a otra catarata de nuevas circunstancias, entre las que puede citarse, como ejemplo la inseguridad de tipo social, incertidumbre política y ruptura del sinalagma contractual.

La sociedad estalla en reclamos de todo tipo, incluido callejeros. Podemos agruparlos a estos reclamos en tres: los de particulares contra el Estado; los de particulares contra las entidades financieras; y los de particulares entre sí.

Por su parte, la situación económica puede esquematizarse a tres niveles: a) la deuda interna que el Estado asumió con los particulares, b) la deuda externa que el Estado asumió con organismos internacionales, la de bancos privados extranjeros y ciudadanos extranjeros y c) los compromisos tomados al buscar inversiones a través de los tratados de Protección de Inversiones Extranjeras.

[Cuadro 3: Diferencias a grandes rasgos entre ambas emergencias](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/blob?rs=&vr=&blobguid=i4B2B7175E25511D999E800A0C9F2A1B1&file=documento.pdf)

Pero ¿cuáles son las diferencias con otras emergencias? A grandes rasgos podemos enumerar:

1. Antes de 1988 las emergencias y sus leyes se dictaban por tiempo determinado. En cambio, desde 1988 en adelante la emergencia adquiere permanencia.

2. Antes de 1998 las delegaciones de facultades en el P.E: se efectuaban determinando un objeto propio y limitado en ejercicio del principio de proporcionalidad. En cambio desde 1988 y, sobre todo, las leyes dictadas en el 2001 la delegación de funciones legislativas en el PE se efectúa con términos amplios y genéricos.

3. Antes de 1988 al Estado podía calificárselo de intervencionista ejercitando el Poder de Policía de la Emergencia. A partir de 1988 y sobre todo a partir de 2001, es el Estado el que no cumple con lo que él mismo se había obligado.

4. En las emergencias anteriores a 1988 el Estado permite el acceso a la justicia. En cambio, desde 1988 es el propio Estado el que impide dicho acceso.

5. Antes de 1988, las emergencias intentaban respetar el orden institucional. En cambio en la que ahora es objeto de estudio (la emergencia de la emergencia) produce la ruptura de ese orden.

6. En la emergencia de la hiperinflación, las leyes que la autorizaban efectuaban una delegación legislativa sin control judicial, estableciéndose el caso como "cuestión no justiciable", en cuanto a las decisiones políticas pero con protección de las garantías constitucionales. En cambio, la delegación de 2001 no sólo es legislativa sino que además posee pretensiones de neutralizar al Poder Judicial en todo, incluso en el control de las garantías más importantes de la Constitución.

7. Antes de 1988 la emergencia era una " cuestión política" no sujeta a control judicial. Y la Justicia no se pronunció sobre la constitucionalidad de las mismas en tanto y en cuanto respetaran los derechos fundamentales. En la de 2001 se produce el control judicial de "razonabilidad" de las leyes. Ante la invasión del Estado en la vida, patrimonio y futuro de los ciudadanos, cada ley que pasaba esta línea, era inmediatamente atacada por las fuerzas sociales y como respuesta era declarada inconstitucional.

Puede advertirse, sin mayor hesitación, que la diferencia de situaciones es enorme y que la última emergencia provoca un caos económico-jurídico-institucional que es volcado no sólo a las calles sino y fundamentalmente a los estrados judiciales.

[Cuadro 4](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/blob?rs=&vr=&blobguid=i4B2B7176E25511D999E800A0C9F2A1B1&file=documento.pdf)

**IV. Nuevos o renovados institutos procesales**

Esta nueva situación económica y política del país es causa de la utilización o creación de institutos procesales que hasta hace unos años eran impensables y hubieran sido rechazados sin más.

Estas vías procesales surgen en tres órdenes: 1. Institutos y vías originadas por el incumplimiento de la deuda interna; 2. Institutos y vías originadas por el incumplimiento de la deuda externa y 3.Institutos y vías organizadas ante el posible incumplimiento de los Tratados de Protección de las inversiones extranjeras.

Dos corrientes impulsan el surgimiento de las nuevas vías e institutos procesales.

Por un lado, el Estado imponiendo una política económica, con facultades extraordinarias. Pero tanto en la faz legislativa como en la ejecución fue llevada a cabo por un solo poder: el Ejecutivo. Este intenta frenar decisiones que puedan establecer lo contrario. Para ello contaba con el asentimiento a medias de la CSJ de la Nación y con la anuencia de la Legislatura.

Por otra parte los particulares, que ven vulnerados sus derechos de propiedad y las más elementales garantías de convivencia social. Estos también van en busca del reconocimiento de los mismos a la judicatura.

Esta situación coloca al Poder Judicial en una cornisa. Sus decisiones se tornan "decisiones políticas" más que de un "caso" por la trascendencia social de las mismas ante la identidad de situaciones. Debe soportar la avalancha de reclamos, tanto contra el Estado, como contra las entidades financieras, como contra los particulares entre sí, sumado a la presión del gobierno para que sus decisiones acompañaran a las del Ejecutivo.

Esta posición potenció significativamente la utilización de una vía procesal ya existente: el amparo. Este se perfiló como el medio adalid en la defensa de la justicia de los intereses de los particulares [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12).

Se produjo tal avalancha de juicios, sobre todo en los tribunales federales, que llevaron a muchos de ellos a un colapso de trabajo.

Pero a la vez, la complejidad y número de acciones del mismo tipo dejó al descubierto la necesidad de profundizar el estudio de las acciones colectivas o de clase y por consiguiente la ausencia de una correcta legislación sobre el tema [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13).

Entre las nuevas vías procesales que surgen de la emergencia advertimos entre otras:

a) la recepción legislativa:

- del "per saltum" como control de constitucionalidad

- de todos los medios alternativos de resolución de disputas.

b) la recepción jurisdiccional de:

- "amicus curiae"

- de la medida cautelar autónoma y medidas cautelares en el amparo

Por otra se verifica la incidencia modificante de la emergencia en los procesos ejecutivos.

IV. a. Recurso "per saltum": nuevo control de constitucionalidad

La República Argentina adoptó un tipo de control de constitucionalidad "difuso", es decir, que reposa en cada uno de los tribunales del país y cuyo intérprete final y máximo es la CSJ de la Nación. Siguiendo a Rojas podemos esquematizar las vías de control constitucional de la siguiente forma:

[CUADRO](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/blob?rs=&vr=&blobguid=i4B2B722DE25511D999E800A0C9F2A1B1&file=documento.pdf)

El "per saltum" (también llamado recurso por salto de instancia, "certiorari" positivo o bay pass), es definido como: el recurso federal por el cual se "saltan" o "pasan" la intervención de Tribunales intermedios entre la primera y máxima instancia.

Destacamos que se trata de un recurso y no de una advocación por el máximo Tribunal. Tampoco es la extensión de la competencia originaria.

Es un recurso que requiere una situación de excepción, generalmente idéntica a la gravedad institucional. [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14).

Este recurso carece de recaudos formales específicos para su interposición. La CSJ para entender en él simplemente emite una decisión fundada.

Es de interpretación restrictiva, como toda situación de excepción.

Antecedentes: Como tales pueden citarse [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15) el proyecto de Reforma de 1984, el proyecto de reforma de 1987 por el cual se establecía siete miembros para la CSJ, el certiorari y el recurso por salto de instancia.

La CSJ en 1988 en el caso " Margarita Belén" rechaza este tipo de recurso.

Luego la ley 23.774/90 (Adla, L-B, 1256) hace ingresar a la legislación el "certiorari" a la argentina (como se ha dado en llamarlo por sus diferencias con su modelo americano) pero no incorpora el "per Saltum".

En 1990 la CS admite el recurso que tratamos en el caso "Fontela c. Estado Nacional p/amparo p/advocación, más conocido en el mundo jurídico como el caso "Dromi".

[CUADRO](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/blob?rs=&vr=&blobguid=i4B2B7230E25511D999E800A0C9F2A1B1&file=documento.pdf)

Incorporación de este instituto a la legislación argentina:

Por ley 25.561 (B.O. 2002/01/07 número extraordinario) dictada el 07/01/2002, en su art. 18 se incorpora el art. 195 bis al Código Procesal Civil de la Nación (dec. 1387/2001). A su vez también es modificado el Art. 62 bis al denominado Código Procesal Nacional del Trabajo (ley 18.345). Ambos de un mismo tenor de redacción (Adla, LXII-A, 44; LXI-E, 5605; LVIII-A, 194) [(\*\*)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN**).

El Art. 18 de la ley 25.561 tuvo una vigencia exigua ya que fue derogado por el art. 7 la ley 25.587 (Adla, LXII-C, 2860) [(\*\*\*)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN***) dictada el 16/05/2002 (B.O. abril 26 de 2002), por lo que tuvo una duración de escasos cuatro meses.

Sin embargo, en esos pocos meses fueron varios los pronunciamientos que se derivaron de la misma y relevantes las consecuencias de los "casos" resueltos.

La ley 25.561 (B.O. 2002/01/07 número extraordinario) en su art. 18 modificó el art. 195 bis del CPCN. Textualmente decía: "Cuando se dicten medidas cautelares que en forma directa o indirecta afecten, obstaculicen comprometan o perturben el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado Nacional, las Provincias, la ciudad Autónoma de Buenos Aires, las municipalidades, de sus reparticiones centralizadas o descentralizadas, o de entidades afectadas a alguna actividad de interés estatal, podrá interponerse recurso de apelación directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La presentación del recurso tendrá por sí sola efecto suspensivo de la resolución dictada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación requerirá la remisión del expediente. Recibido este, conferirá traslado con calidad de autos a la parte que peticionó la medida por el plazo de cinco (5) días. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, previa vista al Procurador General de la Nación, dictará sentencia confirmando o revocando la medida".

Ciuro Caldani expresa: "El Art. 18 de la ley 25.561, al establecer el recurso de apelación directa ante la Corte Suprema cuando se dicten medidas cautelares allí descriptas y un procedimiento especial al respecto, se hace claramente cargo de la tensión antes referida, garantizando al subordenamiento con una salida jurisdiccional propia. El subordenamiento será siempre al fin lo que, dentro de los espacios de que disponga, digan los tribunales, en definitiva los tribunales superiores. El legislador y el público en general lo sabe, de aquí la agudización de los debates en torno a la integración de la Corte Suprema. Cabe señalar, sin embargo, que la declaración de inconstitucionalidad, en el caso "Banco de Galicia" se ha dictado en un marco de posibilidades enrarecido"[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16).

[CUADRO](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/blob?rs=&vr=&blobguid=i4B2B7233E25511D999E800A0C9F2A1B1&file=documento.pdf)

Principales casos jurisprudenciales [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17)sobre el tema:

1) Caso "Kiper y otros": Es uno de los primeros casos que, utilizando esta vía procesal, fue interpuesto ante la CS.

En la causa "Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/solicita se declare estado de emergencia económica en autos "Kiper, Claudio Marcelo y otros c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional)-decreto 1570/2001 s/medida cautelar autónoma"[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18), el máximo Tribunal no se pronunció sobre el fondo por tratarse de una cautelar. Allí enmarcó y acotó la jurisdicción del "per saltum" pero con características particulares.

El fallo dictado el 28 de diciembre del 2001, admite la legitimación del recurrente, que no era parte en la causa recurrida, considerando que la cautelar cuestionada significaba un perjuicio directo a la entidad bancaria.

Consideró que el titular del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal nro 6 de Capital Federal, había incurrido en un exceso de jurisdicción que importaba la violación del derecho de defensa del Estado Nacional.

La Corte ordenó que los actores restituyeran en efectivo al Banco de la Ciudad de Buenos Aires la cantidad de dólares que habían retirado de la caja de ahorro cuya titularidad ostentaban.

No ingresó al pretendido examen acerca de la validez constitucional del decreto 1570, basándose como fundamento, en "el restringido marco de la vía procesal".

2) Caso "Smith, Carlos c. P.E. N."[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19): En este caso un Juez Federal de la Provincia de Corrientes ordena por medio de una Medida Cautelar la devolución del depósito en dólares al actor en Banco Galicia. El Banco solicita la revocación por recurso de salto de instancia.

La CSJ admite el recurso pero, también, reconoce legitimación al Banco Galicia para su interposición, ya que tampoco era parte en los autos principales.

Marca la diferencia con "Kiper" en el hecho de que "Smith" no había retirado el depósito. La causa no es sustanciada con Smith, es decir no se le da intervención en el recurso.

Entiende al "caso" como una medida cautelar autónoma y sobre esa base se pronuncia sobre el fondo. A diferencia de "Kiper" e incurriendo la Corte en un exceso de jurisdicción, se pronuncia en una medida cautelar sobre el fondo de la cuestión planteada, declarando la inconstitucionalidad de la legislación, especialmente la ley 25.466 de intangibilidad de los depósitos (Adla, LXI-E, 5443) [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20). Por ende desestimó el recurso interpuesto pro la entidad bancaria.

¿Qué diferencias pueden establecerse entre el "caso Dromi" y el "caso Smith"?

a) La primera diferencia resulta obvia ya que en el caso Dromi se admitió el recurso sin existir legislación que lo regulara; es decir, fue una creación pretoriana. En el caso Smith si existía ley que lo creaba en derecho (el Art. 195 bis CPCN) a pesar de no establecer las reglas exactas del procedimiento a seguir.

b) Otro tema que establece la distinción son el tipo de resoluciones que pueden ser objeto del recurso. Así en el "Dromi" era necesario una sentencia definitiva o resolución equiparable; en "Smith" procedió el recurso sobre un auto interlocutorio no definitivo (con plazo de interposición exiguo: 5 días).

c)Tampoco las cuestiones materia del recurso fueron tratadas de igual forma: Así en "Dromi" se requirió una inequívoca y extraordinaria gravedad institucional. En cambio en "Smith" la misma ley establece la cuestión: "cuando afecta la actividad de interés estatal", fórmula amplia y espaciosa.

d) Si miramos desde el carácter o forma de interpretación, en el de "Dromi" fue rígido y excepcional, es decir interpretación restrictiva. En "Smith" fue un criterio amplio pero sólo para el Estado y entidades financieras.

f) En cuanto a la oportunidad, en el caso de 1990 se exigió la demostración de la irreparabilidad de las consecuencias que determinaba una "imprescindible intervención" como "único remedio eficaz". En cambio en "Smith" la oportunidad no es tratada, presentándose como un híbrido cuya intervención no era imprescindible; es decir, rompe el sistema recursivo, pero haciendo estériles las instancias anteriores.

g) En cuanto a la competencia, en "Dromi" se admitió sólo en causas de competencia federal. En cambio, en "Smith" en causas de competencia nacional, provincial o municipal.

Es decir, la emergencia de la emergencia flexibilizó los carriles procesales del recurso extraordinario provocando que aquello que era impensable en 1980, fuera utilizado limitadamente en l990 y en el 2001 fuera irrestrictamente aplicado por la Corte.

La doctrina de la CSJN fue oscilante sobre el recurso "per saltum", adaptándose a veces a los requerimientos de los particulares y en otras a los del Estado, sin seguir una línea coherente ni específica. Creemos que los acontecimientos atropellaron los razonamientos y la Corte se adaptó según quien parecía ganar la pulseada. Recordemos que en esos momentos se efectuaban los cacerolazos y, a su vez, se endurecía las posiciones del Estado, provocando su caída y la asunción de otras autoridades.

IV. b. Recepción de todos los medios alternativos de resolución de disputas

Sostiene Masnatta que a partir de los años 50 " hace irrupción el concepto de "servicio de justicia", con la figura de Piero Calamandrei, quien al terminar la segunda guerra mundial promovió la humanización, funcionalidad y eficiencia de la Justicia [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21).

Pero es recién con su discípulo, Mauro Capelletti cuando la gran reformulación del nuevo servicio de justicia se plasma en ideas concretas que influirán en el mundo [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22). "El vasto movimiento por el acceso a la justicia, que abarca todas las áreas en que la persona se realiza como tal, se expresa en el campo jurisdiccional a través de sucesivas "oleadas " reformadoras. A una primera que intenta superar los impedimentos de la pobreza, sigue otra que tiende a asegurar la tutela efectiva de ciertos derechos e intereses, propios de las modernas sociedades industriales caracterizados por su fragmentariedad -intereses "difusos", típicamente colectivos- y que plantean profundas diferencias, en relación a los clásicos derechos subjetivos, en punto a la legitimación de las partes y sus responsabilidades, los procedimientos, las potestades judiciales y aún los efectos mismos de la sentencia. Por fin, el fenómeno del "gigantismo jurisdiccional", inevitable consecuencias del así ensanchado acceso y de los correlativos mayores poderes-deberes del órgano, genera la tercera y más reciente y compleja "oleada", traducida en múltiples tentativas encaminadas a obtener fines diversos, aunque estrechamente interconectados: simplificación e informalismo; auspicio de formas conciliatorias y promoción de un tipo de justicia "coexistencial" en el ámbito de las relaciones "de duración"; desconcentración, control y participación activa de los propios interesados en la decisión de los conflictos (desprofesionalización"); y, en general, remediar y superar la excesiva burocratización, el apego a formalismos inconducentes y dispendiosos, las complicaciones procedimentales y su natural secuela de retardo e inútiles costos que caracterizan en la mayoría de las latitudes a la justicia tradicional"[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23).

Es de allí donde refluyen nuevamente la solución de conflictos por sistemas más persuasivos que coercitivos, las soluciones intermedias, la intervención arbitral privada y todas las variables de los modos alternativos de solución de disputas [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24).

Pero todo ese esquema de servicio de justicia sucedía en un tiempo mundial muy especial.

Fayt al respecto nos dice: " El predominio de Estados Unidos, situado en el más alto nivel de la sociedad posesiva de mercado, se explica cuando se toma conciencia de que en 1950 tenía el 60 por 100 del capital de todos los países desarrollados y que esa proporción apenas si se modificó en las décadas siguientes. El libre comercio internacional y la expansión de las exportaciones norteamericanas hicieron posible el funcionamiento del plan Marshall, la recomposición de las economías de Alemania Occidental y Japón y la puesta en marcha de los factores de producción en las distintas regiones del mundo. Esto explica que Estados Unidos cuadruplicara sus exportaciones entre 1950 y 1970. Este sistema de actividades económicas que sobrepasaba las fronteras nacionales se convirtió, de este modo en economía mundial o transnacional en la que opera un grupo de alrededor de 300 empresas, tan poderosas como los propios estados. La revolución informática y el poderío económico de estas empresas transnacionales -con más de 260.000 subsidiarias diseminadas por el mundo, unidas simbióticamente por redes informáticas satelitales- les permitieron escapar a los controles internacionales con artilugios como los "paraísos fiscales", denominados off shore o agujeros legales. Estos podía ser Panamá, Liberia, Curazao, las Islas Vírgenes, Liechtenstein, Andorra, Mónaco y San Marino. A los fines de los 60 la City de Londres se convirtió en off shore de dólares provenientes de inversiones norteamericanas en el exterior. Esto transformó al mercado de eurodivisas en un mercado disponible de inversión de más de 500 mil millones de dólares; a los que se sumaron los beneficios provenientes de la OPEC. Hobsbwm señala que Estados Unidos fue la primera economía que se encontró merced a estos inmensos y cada vez más numerosos torrentes de capital, que circulaban sin freno por el planteo en busca de beneficios fáciles. Al final, todos los gobiernos acabaron por ser sus víctimas, ya que perdieron el control sobre los tipos de cambio y la masa monetaria. A principios de los 90, incluso la acción conjunta de destacados bancos mundiales se declaró imponente"[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25).

¿Qué relación tienen estos aspectos entre sí? Es que sobre una emergencia judicial conocida (gran cantidad de demandas, congestión de temas judiciales internos, incapacidad de afrontar una litigiosidad en tiempos precisos, obsolescencia de procedimientos, fenómenos de exclusión, etc.) se suma (por las circunstancias mundiales referidas) las voces que sostienen la necesidad de la privatización de la justicia, sobre todo cuando intenta apoderarse del control de la región jurídica.

La incredulidad en la justicia y la falta de seguridad jurídica tanto legislativa como judicial, fue otra causal importante para que en la Argentina, se intentara "esquivar " las vías judiciales (con resoluciones tendientes al valor justicia con fundamento legal) y tratara de adoptar la justicia de conciliación o privada (que otorga soluciones en equidad no necesariamente sujetas la orden de la ley).

Estos medios alternativos o justicia privada, (llamativos y utilizados de forma distinta por nuestra cultura legal), fueron rápidamente aceptados por algunos sectores jurídicos y vistos como una solución eficaz por sectores económicos.

Es por ello que ciertos grupos comienzan a utilizar (con intenciones de imponer) estos sistemas en todos los órdenes. Intentan cambiar rápidamente la mentalidad (exclusivamente pleitista y de litigio) por diversos medios. Llegan incluso a usarse los medios de comunicación. Recuérdese, por ejemplo, el programa televisivo: "Forum, la corte del pueblo", donde el ex fiscal Moreno Ocampo, daba un espectáculo judicial trayendo conflictos reales que eran arbitrados y resueltos con un veredicto obligatorio que dictaba el ya mencionado abogado.

En el marco de la crisis de los 1990 y sobre todo en la del 2000, los modos alternativos de resolución de disputas fueron un instrumento que se intentaba imponer, aún en contra de las mentalidades más conservadoras.

Normas como la ley de mediación obligatoria 24.573 (Adla, LV-E, 5894) (y su correspondiente en el orden laboral 24.635 de conciliación obligatoria -Adla, LVI-B, 1728-), los intentos de aplicación de todo tipo de mediaciones en el orden municipal, provincial, nacional y el arbitraje (tanto interno como internacional) han sido y son temas corrientes en los ambientes extrajurídicos como jurídicos.

Jurisprudencialmente puedo verse aplicado en distintos fallos. Por ejemplo, en el "Caso Provincia San Luis" (redolarización), para dirimir la disputa entre Provincia y Nación, la CSJ dio un trámite particular al fijar una audiencia de conciliación para intentar avenir a las partes [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26).

En las ejecuciones el art. 8 del dec. 214/2002 (Adla, LXII-A, 117) indica al juez que debe brindar un espacio conciliación, acuerdo o negociación.

"Los frutos de esta tendencia se advierten con caracteres críticos en los trámites de las reclamaciones de las empresas de servicios públicos privatizados ante tribunales arbitrales foráneos por demandas fundadas en las medidas económicas de alta emergencia, adoptadas en el marco de la crisis económica"[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27).

Los casos más llamativos a nuestro entender, en el marco de este trabajo, es el del arbitraje internacional (convenidos en los Tratados Bilaterales de Promoción de Inversiones Extranjeras) y el caso de acuerdo preventivo extrajudicial (en materia de concursos).

IV. b.1. Arbitraje internacional:

El arbitraje, por su origen, es una institución anterior a la justicia del Estado.

Puede ser clasificado desde distintos puntos de vista; pero en este estudio, interesa la diferencia entre el arbitraje interno y el internacional. El primero que se utiliza en los contratos nacionales, que pertenecen a un mismo sistema legal, con partes domiciliadas dentro de un mismo estado. En el segundo, los contratantes pertenecen a países diferentes y, por tanto, también sujetos a legislaciones diferenciadas.

"En este nuevo marco jurídico social, distintas son las soluciones que se han esbozado en el derecho comparado para la resolución de los conflictos administrativos. A herramientas tales como la Administrative Disputes Resolutio Act norteamericana de 1990 y la aparición de procedimientos propios de la conciliación, la mediación, y el arbitraje, se suman otros mecanismos de resolución de conflictos estrechamente emparentados con ellos. Dentro de ellos, particular importancia han asumido en los últimos años los llamados Tratados Bilaterales para la Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, en cuya suscripción y perfeccionamiento se embarcó particularmente la República Argentina a partir del 22 de mayo de 1990 -fecha de suscripción del primer tratado con la Republica Italiana- con el objetivo de ahuyentar temores y estimular la radicación de inversiones extranjeras en el país"[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28).

Se ha sostenido que "es difícil encontrar en el derecho comparado otro país que hubiera admitido la internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad ni evaluación de su impacto que ese fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacional"[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29).

En cuanto a las contrataciones administrativas, los años 90 se caracterizaron por una búsqueda incesante de nuevos mecanismos de resolución de conflictos entre la Administración, quienes colaboraran con ella en la prestación de servicios o actividades y sus destinatarios.

La necesidad de obtención de la mayor seguridad jurídica y la conveniencia de que un sistema económico se encuentre sujeto a reglas claras preestablecidas y respetadas se convierte en un factor decisivo para el desarrollo económico de una Nación, de sus inversiones así como de la comunidad toda.

Sostiene Tawil, que esta problemática ha sido la razón por la cual las mas variadas naciones han celebrado convenios de esta naturaleza, "notablemente influidos por el proyecto de convenio modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30).

Los Tratados Internacionales de Protección de Inversiones Extranjeras han servido de marco para contratos de prestación de Servicios Públicos [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31)

Así se firman aproximadamente 130 "TRATADOS " y se dictan sus respectivas leyes ratificatorias [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32).

Es de destacar que la firma de estos tratados continuó aún después de los sucesos del 2001. Así por ejemplo el acuerdo suscripto con la Republica Helénica por ley 25.695 fue celebrado en el año 2003. (B.O. 09/01/2003) (Adla, LXIII-A, 24).

Son cláusulas usuales: a) el estándar de trato justo y equitativo que importa la no discriminación y la protección de la propiedad extranjera, b) la posibilidad de repatriar sus inversiones y sus utilidades, c) la llamada cláusula de la Nación más favorecida; d) la cláusula paraguas (umbrella clause) de intangibilidad o estabilidad.

La Argentina, en la mayoría de los tratados celebrados internacionalmente de ese tipo, prevé dos tipos de conflictos internacionales con sus respectivos métodos de solución. Quedan sujetos a la justicia nacional las controversias entre el inversor extranjero con los ciudadanos particulares del Estado receptor [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33).

Uno son los posibles diferendos entre los Estados contratantes. Por ejemplo: el incumplimiento por el Estado receptor de los contratos celebrados con el inversor extranjero, al ser una obligación internacional (y por aplicación de la "umbrella clause") aparejaría la responsabilidad del Estado receptor, que puede ser reclamada por el Estado de Origen a través de la protección diplomática incluida la posibilidad de arbitraje internacional para conflictos interestatales previstos en el tratado [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34).

En estos procedimientos entre los Estados, se configuran con dos etapas o estadios de solución: a) una de negociaciones o gestiones diplomáticas, en principio por sólo seis meses y

b) en caso de no llegar a resolver el conflicto, cualquiera de ellos puede solicitar la constitución de un tribunal arbitral ad-hoc, formado por tres árbitros. Sus decisiones serán obligatorias y definitivas

Otros son los conflictos que pudieran surgir entre el inversor extranjero y el Estado receptor.

En esta clase de conflictos también se prevén dos fases: a) primero deben ser resueltas mediante consultas y negociaciones amistosas entre las partes, estableciéndose en general un plazo de seis meses b) en caso de vencimiento de ese plazo pueden recurrir a algún procedimiento judicial o arbitral internacional.

¿Cuáles son los tribunales arbitrales a los que pueden recurrirse en los tratados bilaterales de inversiones?

Entre los Tribunales a los que pueden acogerse se encuentran:

- la Cámara Internacional de Comercio de París;

- el Tribunal de Londres;

- el Tribunal de EE.UU. de la American Arbitration Asociation y

- el CIADI. (El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI) creado por el convenio del 18de marzo de 1965)

- un tribunal arbitral ad-hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35) O UNCITRAL [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36)

Debe tenerse en cuenta que la Argentina al suscribir Convenio con el CIADI, no estableció el derecho a exigir el agotamiento previo de los recursos internos.

Cada Tratado posee diferencias escasas de redacción, pero todos contienen más o menos los mismos términos. Por ejemplo si tomamos el celebrado con los Estados Unidos aprobado por ley 24.124 (B.O. 25-septiembre de 1992) (Adla, LII-D, 3864) puede advertirse en el Art. 7 todo el arsenal de medios alternativos de solución de disputas así como la determinación de los legitimados.

"La tendencia internacional es admitir cláusulas arbitrales en los contratos más recientes celebrados en los países en vías de desarrollo"[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37).

Tema importante es el de la prórroga de jurisdicción. Ymaz Videla profundiza en el examen de la validez en el derecho argentino de la prórroga de jurisdicción a un tribunal arbitral internacional cuando el conflicto proviene de un contrato administrativo, ya sea en su celebración, ejecución o extinción, así como el instituto de la "inmunidad de jurisdicción de los Estados " del derecho internacional. Llega a la conclusión que la ley 24.488 de " Inmunidad de Jurisdicción de Estados extranjeros ante los Tribunales argentinos", que al existir cláusulas que prevén la posibilidad de concurrir a tribunales arbitrales, significan un consentimiento de ambos estados partes a la jurisdicción de estos tribunales, sea sobre actos "jure gestionis" como "jure imperii". Es decir, que cuando el Poder Ejecutivo se somete a tribunales arbitrales, implica la voluntaria renuncia de la Nación al goce de un inmunidad soberana [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38).

Las normas de la emergencia también golpearon estos institutos. Por ejemplo, las normas de la pesificación (dec. 214/2002) pretendieron adecuar las relaciones de Derecho Privado restableciendo el equilibrio de las prestaciones. Esta disposición contó rápidamente con numerosas exclusiones (dec. 320/2002 y 410/2002 -Adla, LXII-B, 1647; 1680-). Sonada concluye que la pesificación de contratos internacionales sería violatoria de los Tratados Bilaterales de Inversiones [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39).

Al cabo de una década puede leerse en revistas especializadas títulos como el siguiente: " El Gobierno no logra frenar la ola de juicios". El CIADI, un Tribunal del Banco Mundial, denegó por "extemporáneo " el pedido argentino de cambiar la jurisdicción de un juicio. Mientras, siguen avanzando otras demandas"[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40). En ese artículo se detallan con fuente en el mismo CIADI unas 20 demandas iniciadas contra la Argentina por diferentes empresas sobre sector de gas, cloacas, informatización electricidad, autopartista, agua, telecomunicaciones, informática, etc.

Hemos arribado tristemente a la primera condena del CIADI al Gobierno Argentino en un juicio por privatizadas de servicios Públicos, calificado como un "caso testigo" donde se obliga a indemnizar a CMS (Energy) [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41).

No puede augurarse buenas nuevas a la Argentina, dados los términos en los que ha pactado la resolución de sus controversias a nivel internacional.

IV. b. 2. En los concursos:

La ley 25.563 (B.O: 3/2002), dispone en el capítulo II normas referidas a los deudores en concurso preventivo que modifican la ley 24.522 de concursos y quiebras (Adla, LXII-B, 1602; LV-D, 4381) [(\*\*\*\*)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN****) de profundas consecuencias.

Al tema que nos ocupa, el aspecto procesal de la emergencia, podemos destacar de esta ley los siguientes rasgos de interés: la suspensión de la totalidad de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales en los concursos y quiebras (art.9); suspensión también, del trámite de los pedidos de quiebra por 180 días (art. 11); reduce la tasa de justicia y establece plazos para su pago (art. 13); reduce los honorarios en los concursos (art. 14) [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42).

La reformada introducida por la ley 25.589 (B.O. 2002/05/16) llamativo al punto que tratamos (modos alternativos de resolución de conflictos) es el denominado: "Acuerdo preventivo Extrajudicial". Este instituto se encuentra regulado por los arts. 69 a 76.

El tema es la auto-composición de intereses, aún utilizando la propuesta de acuerdo como mecanismo de negociación.

Pensar de esta forma sólo diez años atrás hubiera sido una herejía legal, violatoria de toda normativa incluso constitucional y especialmente de la famosa "pars conditio creditorum".

Se afirmó al respecto que en materia de concursos: "Obviamente toda la controversia suscitada en alguna de las vías incidentales del proceso concursal a través de las cuales se haya introducido la cuestión de la inconstitucionalidad y de la recomposición, puede tener solución (aún cuando esté en vía de revisión) a través de la negociación. Esta se presenta como una solución global con la totalidad de los acreedores o a través del mecanismo más utilizado de la categorización y de propuestas diferenciadas, métodos posibles a través de la ley 24.522. Esto permite llegar a acuerdos diferenciados. Se requiere de cierta ingeniería que de alguna manera obliga a los profesionales a anticipar los tiempos de negociación. Esto -decía Jeronche- próximamente lo vamos a ver superado por la gran recurrencia al sistema del APE, Acuerdo Preventivo Extrajudicial, que parece que es lo que va a gobernar el futuro en la competencia en materia concursal."[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43).

Estos son algunos de los ejemplos, en nuestro concepto más notables de la aplicación dentro y fuera del ámbito judicial de los medios alternativos de resolución de controversias que la emergencia impuso, ya sea por voluntad de la ley o de los jueces o por los propios interesados.

IV. c. Amicus curiae

Este instituto tuvo aceptación jurisprudencial en el caso Provincia de San Luis por redolarización [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44). Recordemos que la Provincia de San Luis tenía un depósito de U$S 46.000.000, en el Banco de la Nación. Eran fondos públicos. Al producirse la pesificación de los depósitos, el Banco le giraba remesas pesificadas al cambio 1,4 por dólar por encontrarse excluido de la reprogramación de depósitos.

En estas circunstancias el Estado Provincial solicita al Estado Nacional, al Banco Central y al Banco Nación Argentina la redolarización y propone que la Corte ejercite las facultades del Art. 127 de la CN que establece que debe someterse a CSJ para "dirimir" las quejas de una provincia contra la Nación, atento la calidad de las partes y la relación entre ellas (Estado Provincial y Estado Nacional).

Deduce San Luis una acción de amparo junto a una medida cautelar donde se solicita el reintegro de los fondos pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad de los artículos que habían establecido originariamente el "corralito" así como del decreto que introdujo los bonos como mecanismos sustitutivo de restitución de fondos líquidos.

La defensa se basó en la inidoneidad de la vía escogida y que la excepcionalidad de la situación no justificaba que un Estado provincial, si bien tenía depositados fondos públicos, recaudados en pesos y trasformados en dólares se sustrajera de la realidad del país y que no se consideraba de aplicación los Tratados Internacionales, porque los invocados sólo eran aplicables a personas físicas y no a un Estado Provincial.

Se advierte desde el dictamen de la Procuración las diferencias entre dirimir y juzgar. En realidad, en este caso las líneas de la emergencia no alcanzaban a ciertas relaciones como las del caso de autos, que fueron tratadas tanto por las partes intervinientes como por la Corte con especiales prerrogativas

Dentro de este marco circunstancial, la Corte trata el amparo deducido. Ordena un trámite particular al amparo intentando conciliar a las partes. Pero lo más llamativo es que la Corte en atención a la presentación que habían efectuado la Asociación de Bancos Públicos y Privados (ABAPRA), la Asociación de Bancos Argentinos (ABA) en otro expediente ("in re" Ministerio de Economía y Banco Central de la Republica Argentina s/apelación contra medidas cautelares) considera conveniente, oírlos en el expediente "San Luis c. Nación p/amparo", en una audiencia y además admitió la presentación que aquéllos efectuaron facultados por el mismos Tribunal.

En concreto a estas entidades se les dio intervención de "amicus curiae".

¿Qué es esta figura? El amicus curiae o allegado del Tribunal, dice Jorge Rojas, es una persona (física o jurídica) que tiene de algún modo una vinculación directa o indirecta con el pleito y quiere ser oída, porque tiene o puede tener una afectación directa o indirecta de sus intereses, conforme la decisión que se adopte en el asunto a resolver.

Esta figura no tiene en el pleito carácter de pleiteante y no se encuentra vinculado a los litigantes; es decir, no es parte ni tercero. Este sujeto simplemente tiene la posibilidad de obtener que le otorguen intervención para que expongan sus puntos de vista sobre las circunstancias que toca analizar en el proceso, por las consecuencias sociales del fallo, a pesar de que no posea efectos "erga omnes".

La utilización de este instituto es una mera posibilidad, frente a circunstancias excepcionales a las que se sume un "caso" con proyección social.

Por ello decimos que es también el reconocimiento de otro principio procesal muy discutido. Nos referimos al principio de flexibilidad, es decir, la adecuación de las formas procesales en ciertos casos excepcionales a estándares no rígidos ni preestablecidos con utilización de facultades jurisdiccionales amplias al servicio de la mejor resolución del objeto del pleito.

Este instituto no ha tenido sanción legislativa salvo en el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al introducir la acción declarativa de inconstitucionalidad en el Art. 113. Allí establece el análisis de la norma impugnada sin la existencia de un caso judicial. En la reglamentación de esta norma (ley 402 Art. 22) incorporó la figura del amicus curiae.

IV. d. Incidencia de la emergencia en los Procesos Ejecutivos

La legislación de la última emergencia brinda elementos para analizar la incidencia, de la misma sobre los procesos ejecutivos.

Recordemos algunas de las innumerables normas dictadas, útiles para introducir el tema.

Por ley 25.445 se modifica en parte la ley de Convertibilidad (Adla, LXI-D, 4043) conformando un nuevo patrón constituido por una canasta de monedas.

Un giro de confianza para los particulares para evitar el volumen de extracciones, fue la ley 25.466 de "Intangibilidad de los depósitos" (Adla, LXI-E, 5443) donde se aseguraba que en ningún caso el Estado podía alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y las entidades financieras, ni la moneda de origen ni se reestructurarían sus vencimientos, declarando la ley de orden público. Un mes después se sanciona el decreto de necesidad y urgencia 1387/2001 fundamentado en la necesidad de reducir el costo de la deuda pública interna. Por ley 25.414 (Adla, LXI-B, 1516), el Ejecutivo abruptamente modifica los artículos del Código civil (Art. 823), del Código de Comercio en la parte de factura conformada (ley 24.760 -Adla, LVII-A, 17-), la ley de cheque (ley 24.452 -Adla, LV-B, 1524-), el decreto de letra de cambio, la ley de Sistema de Tarjetas de Crédito (25.065 -Adla, LIX-A, 62-), el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (inc. 5 del art. 523, incorpora el art. 195 bis) y el Código de Procedimiento Laboral incorporando el art. 62 bis.

Finalmente, se dicta el dec. 1570/2001 que instaura el "corralito financiero" o sea la restricción de los particulares de disponer los fondos que tenían depositados en las entidades financieras.

Luego es dictada la ley 25.556 y 25.557 (Adla, LXII-A, 41) que modifican parcialmente numerosos decretos de necesidad y urgencia recién dictados y deroga la ley 25.414.

Luego por ley 25.562 (Adla, LXII-B, 1597) se modifica la Carta Orgánica del Banco Central. La reglamentación (dec. 71/2002 -Adla, LXII-A, 104-) de la ley 25.561 establece que el Banco Central reglamentará la reestructuración de las deudas de las personas físicas y jurídicas con el sector financiero a la relación de cambio de un peso igual a un dólar. Establece la suspensión de la aplicación de la ley de intangibilidad de los depósitos 25.466, hasta diciembre del 2003.

A partir de entonces comienza a conocerse las resoluciones del Ministerio de Economía estableciendo cronogramas de vencimientos reprogramados de los depósitos de los ahorristas en entidades financieras.

Luego se dictan los decretos 141/2002 y 214/2002, donde se estableció que nadie podía acceder a la jurisdicción para reclamar, pues quedaban suspenso por 180 días todo tipo de reclamos vinculados a las restricciones sobre los depósitos y sus reprogramaciones.

El polémico Art. 12 del decreto 214/2002 que, en una interpretación literal, parece ordenar la suspensión por 180 días a partir del dictado del decreto de " todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el dec. 1579/2001, por la ley 25.561, el dec. 71/2002 [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45). Esto implicaba la paralización de la justicia civil, comercial, laboral, administrativa, en todo lo concerniente al ámbito patrimonial"[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN46).

A través de una emergencia no delimitada, se afectó los derechos adquiridos legítimamente, ya que los ahorristas pasaron de tener dólares a tener pesos.

Este hecho rompe todo el tablero de relaciones y orden social, provocando una avalancha de pedidos de declaración de inconstitucionalidad.

Por las leyes 25.563 y 24.522 (art. 16) se establece la suspensión por 180 días de las ejecuciones, prohibiendo por el mismo lapso la traba de medidas cautelares. Luego es aclarada por las leyes 25.587 (ley antigoteo) y la ley 25.589 donde señala que: suspender las ejecuciones significaba suspender la ejecutoriedad de las medidas que se hubieran dictado si se trataba de medidas cautelares o bien las subastas si se refería a ejecuciones propiamente dichas.

La situación descripta produce entre otras cosas, una avalancha de reclamos. Estos, en el ámbito del derecho procesal, específicamente en del proceso ejecutivo, impacta de manera notable y llamativa.

El proceso ejecutivo, como todos conocemos, posee características propias que le hacen reconocer en los "títulos" un derecho con fuerza especial, que imponen la reducción de la etapa de conocimiento a la constatación de requisitos formales, la inversión de la bilateralidad, la limitación de excepciones (donde no resulta posible la discusión causal) y la posibilidad de obtener medidas cautelares desde el inicio con el recaudo del incumplimiento ante el requerimiento de la deuda. La sentencia que se dicta en ellos no hace cosa juzgada material y los recursos contra la misma son limitados.

La pesificación produjo una ruptura de las relaciones contractuales.

En esos momentos los profesionales del derecho (ya ejercieran como abogados o jueces), se debatían ante nuevas encrucijadas cuando tenían ante sí obligaciones en moneda extranjeras sujetas a ejecución: ¿puede ser planteada la pesificación como defensa?, ¿cuándo debía debatirse el tema de la pesificación?, ¿debe transformarse la moneda extranjera de origen de la obligación al ordenarse el requerimiento?, ¿la vía ejecutiva es apta para contener un tema de la esencia de la obligación?, ¿debe darse tratamiento a la inconstitucionalidad deducida en juicio ejecutivo antes del despacho del mandamiento?, ¿qué alcance tiene la mora en cuanto a pesificación se trata? Estos y otros muchos temas fueron debatidos y resueltos por nuestros tribunales dentro del juicio ejecutivo dando lugar a una vasta jurisprudencia.

Entre los impactos más notorios destacamos:

a) Un ensanchamiento del objeto del juicio ejecutivo: Como corolario puede extraerse de ella que se aceptó el tratamiento del tema de la pesificación y su inconstitucionalidad como excepción de inhabilidad de título sin considerarse que ello desnaturalizara el juicio ejecutivo ni la causa de la obligación. Es decir, se admitieron defensas de tipo causal dado el cambio causado por las medidas económicas.

Se permitió en otros casos también el planteamiento (su traslado ya que ambas partes debían ser oídas) y resolución, antes de despacharse el mandamiento; es decir, se debía resolver cuál era la moneda en la cual debía librase el mismo y en que moneda se trabaría el embargo.

b) Modificación de la ejecución de resoluciones contra el estado: Así en el orden nacional se crearon el Registro de Juicios contra el Estado a cargo de la Procuración General del Tesoro (decreto 1116/2000, modif. 2460/2002 -Adla, LXI-A, 151; LXIII-A, 97-). A su vez las provincias repetían tal esquema y la prórroga o diferimiento en los cumplimientos de las sentencias.

c) Modalización de las condenas: En la ejecución de las sentencias se verificaron situaciones que significan, nada más ni nada menos, que agregar un modo (plazo, condición, etc.) a la obligación emanada de la sentencia ejecutiva.

A las posibilidades ciertas de reprogramación y recontratación en la crisis, se sumaba la de las sentencias que condenaban obligaciones modales de la crisis [(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN47).

Así se reprogramaba el cumplimento cuando la situación era atendible, cuando el plazo tenía un interés razonable, cuando el deudor pudiera demostrar capacidad de pago o por el volumen del mismo, o para evitar o dilatar las subastas.

d) La suspensión de medidas precautorias, subastas y ejecuciones: Fue el más relevante de los impactos al juicio ejecutivo por la emergencia del 2001. Por dec. 213 (Art. 12) del 04/02/2002 se ordenó la suspensión de la tramitación de las ejecuciones y de medidas cautelares por 180 días. Vencía en noviembre del 2002.

"Creemos que se impone interpretar el art. 12 del decreto, a la luz de sus considerandos, para conocer el verdadero pensamiento del autor de la norma. En este sentido son relevantes los dos párrafos. Se dice, primero, "Que la preservación de la paz social como el necesario reordenamiento de las relaciones jurídicas, no se compadece con la masiva concurrencia a los Tribunales de quienes procuran la resolución de sus pretensiones, cuando ellas son de imposible satisfacción, sin causar daño irreparable a la economía y al derecho, de todos aquellos que no podrían ver satisfechos sus propios derechos de propiedad, de producirse el colapso final del sistema financiero". Es decir, no se estaba pensando en todas las relaciones jurídicas implicadas en la emergencia: la preocupación era el colapso del sistema financiero. Al terminar este párrafo, inmediatamente dispone: "Que por esta razón, corresponde disponer la suspensión temporaria de la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demandas o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las normas y disposiciones dictadas en la emergencia"[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN48).

Al ser declarado inconstitucional, rápidamente se dicta la ley 25.563 (B.O: 3/2002), que en el capítulo III denominado: "Del sector privado e hipotecario" (art. 16) -conjuntamente con el dec. 320/2002- se ordena la suspensión de las medidas cautelares contra el Estado y las Entidades Financieras en relación a la emergencia. Pero esto no fue todo, se dictó la suspensión de las ejecuciones de sentencias ya dictadas.

No se privó la ley 25.563 de suspender los concursos preventivos, las ejecuciones prendarias e hipotecarias de cualquier origen (judiciales o extrajudiciales), suspendió también los pedidos de quiebra y el cumplimiento de los concordatos.

Por su parte la ley 25.589 derogó parte (Art. 9 y 11) y modificó el Art. 16 de la ley 25.563. Al vencimiento de la suspensión (establecido para noviembre del 2002), se emitió un nuevo decreto (2415 del 2002) por el cual eran derivados los juicios paralizados a negociación. Aparecía un nuevo límite de la emergencia estableciéndolo para el 10 de diciembre del 2003.

Podemos concluir que el procedimiento ejecutivo fue alterado, impidiéndose su acceso, recortando sus ventajas al prohibir las medidas cautelares, desnaturalizando su objeto, y derivado su uso a los medios alternativos de resolución de conflictos.

V. Reflexiones finales

La crisis del 2001 dio origen a dos corrientes que impulsan el surgimiento de nuevas vías e institutos procesales. Estas unidas, dan lugar a una tercera.

Por una parte el Estado que intenta una política económica dirigida en su legislación y ejecución sólo por el Poder Ejecutivo, contando con la anuencia de la legislatura y con el asentimiento (a medias) de la cabeza del Poder Judicial (CSJN).

Por otra los particulares, sobre todo la clase media, que rechaza la violación de sus derechos (especialmente el de propiedad) y la alteración de las garantías constitucionales. Estos reclaman protección y amparo a la judicatura de primera y segunda instancia.

La tercera es la necesaria intervención de la judicatura con dos caras o facetas. Una para mantener la política económica y, por otra, en ayuda y defensa de las consecuencias de la crisis.

El Estado previó legislativamente mecanismos para desvincular a la judicatura intermedia de temas vinculados a la crisis. Así fue creado un híbrido Recurso "Per Saltum"de límites flexibles, imprecisos, con objeto de paralizar hasta medidas precautorias. Puso en marcha todo el arsenal de modos alternativos de resolución de disputas (arbitraje internacional, el acuerdo preventivo extrajudicial en los concursos, la negociación, mediación, conciliación, etc.) También impidió el acceso al juicio ejecutivo, suspensión medidas precautorias, ejecuciones, subastas, etc.

Como procedimiento adalid de los particulares se entronizó el Amparo. La cantidad de ellos para situaciones iguales, similares y diferentes evidenció la necesidad de contar con una legislación particularizada para las Acciones de Clases o Colectivas. Esta carencia produjo el colapso de los Tribunales, sobre todo los Federales de todo el país.

La Judicatura Argentina soportó el más fuerte y desequilibrado de los embates de toda su historia. Fue desautorizado, desvencijado, amordazado, espoleado y presionado, no sólo en forma horizontal sino también vertical. Desde el primero, ambas partes (Estado y particulares) tensaban la cuerda amarrados al Poder Judicial, para extremos totalmente distintos. Desde el segundo, la CSJN fue titubeante, tambaleando en sus decisiones, pero, eso sí, ejerciendo fuerte presión sobre los tribunales inferiores, que vieron, en ciertos casos, disminuido su poder jurisdiccional. Instituciones como el "amicus curiae", la medica cautelar autónoma, la apertura del objeto del proceso ejecutivo, la modalización de condenas son algunas de las figuras procesales que, entendemos, demuestran este aserto.

La crisis económica del 2001, tuvo trascendencia e influencia en muchísimos aspectos. Este trabajo ha intentado demostrar algunos de ellos en orden al derecho procesal.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(A)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN*v) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 2001-B, p. 1187; t. 2001-B, p. 1919.

[(AA)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN**v) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 2002-A, p. 219.

[(AAA)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN***v) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 2002-A, p. 871.

[(AAAA)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append" \l "FN****v) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 2002-A, p. 475; t. 1995, p. 1103.

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1v) "Por lo pronto las normas legales abarcan un cada vez más inorgánico repertorio de "textos" que se superponen, se modifican, se abrogan, y concluyen por ser, antes que "reglas de libertad", red en que la libertad padece sofocada". ALTERINI, Atilio Aníbal,, "Un sistema teñido de inseguridad"; en Emergencia Económica, Sup. Especial de la Rev. Jurídica Argentina La Ley, abril de 2002, p. 1.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) JELONCHE, Edgar, El nuevo derecho económico en la Argentina, Conferencia dictada en Jornadas sobre Economía y Derecho, Mendoza, 2002.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) MASNATTA, Héctor; "La era de las crisis: instrumentos normativos, jurisdiccionales y parajurisdiccionales", LA LEY, 2004-A, 1275.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) "Ya no están seguras las naciones bajo la protección de la soberanía política, garantía antaño de la vida perpetua. La soberanía ha perdido sus bases: la autosuficiencia económica, militar y cultural. El Estado no aparece capaz para garantizar la seguridad de sus súbditos y además tampoco se demuestra dispuesto a hacerlo. Los políticos, frente a las demandas de eficiencia, competitividad, flexibilidad, tampoco pueden afrontar las exigencias de las redes de protección; el ocaso de la solidaridad social y de sus instituciones deja al individuo solo y aislado; la familia ya no es el puerto seguro; la nacionalización o la flexibilización sólo encubre la reducción de la mano de obra, bajo la amenaza o la realidad de despidos, traslados de sede de las empresas y otras leyes del mercado o las misteriosas presiones de la globalización". (MASNATTA, Héctor, ob. cit. p. 5.)

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) Medina Hugo, Conf. dictada en Mendoza, Como consecuencia de la crisis económica de la década del veinte en Estados Unidos, se tomaron algunas medidas que perduraron en la economía americana hasta años recientes. Un de ellas es la Glass Citygal Act, que entre algunas otras cosas regulaba el mercado de servicios financieros. Y fundamentalmente lo que nos interesa en este aspecto, decía, los bancos solamente pueden tener por actividad, ser bancos. Y ser bancos es intermediar en los recursos de dinero entre la colocación de los clientes y el préstamo, y no pueden tener otras actividades financieras. Esto fue un corcet muy fuerte en la economía bancaria norteamericana hasta comienzo de la década, es decir, a partir del '85 - '90 empieza a relajarse de hecho esta situación y en el '99 digamos que se deroga definitivamente la ley Glass Citygal y explota en el mercado americano la concentración de actividades financieras en grupos que son por todos ustedes conocidos.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) Medina, Hugo; asesor del ministro Lavagna, en conferencia dictada Mendoza: Exponía Medina: ¿Cómo se organizan los conglomerados financieros jurídicamente en nuestro país? Generalmente hacen depender el conglomerado financiero de un banco que actúa en el propio país, o también de una sociedad constituida en algún paraíso fiscal del cual depende todo el grupo; inclusive esto que llamamos sociedad de inversores. En el paraíso fiscal está replicado con tantas sociedades como sociedades en el país tenga el grupo. ¿ Por qué? porque si se vende una sociedad, se vende la sociedad del paraíso fiscal y no es necesario hacer una escisión que siempre constituye una cuestión más compleja.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7v) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Emergencia y seguridad jurídica", Rev. de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni-2002-1, p. 13.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8v) MASNATTA, Héctor, ob. cit., p. 10.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9v) Véase SARMIENTO GARCIA, Luis Eduardo, "Estabilidad de la Economía y Derecho. ¿Debe continuar el sistema de convertibilidad?, Ed. Jurídicas Cuyo, 1998. Especialmente el capítulo IX: "Antecedentes financieros de la crisis actual", p. 131.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10v) Una falacia. La convertibilidad y el tipo de cambio uno a uno. El tipo de cambio uno a uno funcionó no porque la capacidad económica de producción de la Argentina permitiera tener esa paridad, simplemente porque ingresaban dólares, ingresaban dólares por deuda pública, por privatizaciones, por deuda privada de las empresas, porque el Banco Central contabiliza todos los dólares que ingresen, así sea por préstamos o por capital genuino. Pero nunca en el mercado la relación fue uno a uno. Y saben dónde se veía, en la tasa de interés, había una tasa de interés en dólares y una tasa de interés en pesos mucho más alta. Si realmente hubiese sido cierto que era uno a uno y que estaba respaldado, etc., etc., la tasa hubiera sido indiferente, pero no era así, por qué, porque había un riesgo económico implícito, y ese riesgo económico era que algún día se cayese, y así sucedió. (JERONCHE, Edgar, Conferencia citada).

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11v) MASNATTA, Héctor, "La Era de las Crisis: Instrumentos normativos, jurisdiccionales y parajurisdiccionales", ob. cit., p. 6.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12v) Ver MORELLO, Augusto y VALLEFIN, Carlos, "El amparo. Régimen procesal", 4ª ed., Ed. Plantense, La Plata, 2000; DIAZ, Silvia Adriana, "Acción de Amparo", Ed la Ley, Buenos Aires, 2001.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13v) Ver Código Modelo de Procesos Colectivos para Íbero América (aprobado en Caracas, el 28/10/2004) en Rev. Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2005-1, p. 477.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14v) Cfr. PALACIO DE CAEIRO, Silvia; "El per saltum en el derecho argentino. De "Dromi" a "Smith", LA LEY, 2002-B, 934.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15v) CREO BAY, Horacio, "Recurso extraordinario por salto de instancia", Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 16 y siguientes.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16v) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Bases para la interpretación de la ley 25561", LA LEY, 2002-C, 1021.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17v) Acerca de otros casos, véase PALACIO DE CAEIRO, Silvia, ob. cit. p. 1.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18v) CS, 28/12/2001, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires", LA LEY, 2002-A, 582.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19v) Fallo de la CS en B.32 XXXVIIIPVA "Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en autos Smith, Carlos Antonio c. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo", 01/02/2002 (LA LEY, 2002-A, 770; 2002-C, 148; Sup. E. Dep. Banc. y Restric., febrero/2002, p. 39; marzo/2002, p. 114; DJ, 2002-1-297; DT, 2002-A, 288; RU, Rev. 1/2002, p. 9).

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20v) Debemos destacar que la doctrina de fondo de "Smith" y del fallo"San Luis", es destruida por la actual composición de la CS, en el caso "Bustos" (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; LLO; LA LEY, Sup. Especial, octubre/2004, p. 41; DJ, 2004/11/03, p. 694). Este fallo dio lugar a posiciones totalmente contrapuestas en doctrina. Véase: a favor Conesa, Eduardo, "Pesificación de los depósitos: un fallo memorable"; LA LEY, 200F-F, 1415;

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21v) "La voz era salir del neolítico. Para ello se buscaba la reformulación del sistema legislativo, la calificación progresiva de los operadores (legisladores, jueces, abogados) con la paralela reformulación de los contenidos de la enseñanza universitaria y el rol de los colegios profesionales. Y se incluyó en el programa la búsqueda de las alternativas de solución de los pleitos: conciliación, mediación y arbitraje. La tipología de conflictos reclamó entonces la composición de nuevos medios o por los mismos tradicionales renovados. Se invocaba el costo del acceso a la justicia, la duración de los pleitos, la desactualizaciones procesales. Pero, al lado de esos plausibles objetivos asomó un tendencia que se fue progresivamente intensificando al compás del predominio de la ideología de mercado y sus precipitados institucionales: la privatización de la justicia. Iniciada en 1976 se propagó imparable en todos los ámbitos. El Art. 1 del CPCN que había dispuesto que la competencia atribuida a los tribunales nacionales, era improrrogable, exceptuándose la territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podría prorrogarse a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actuaran fuera de la Republica. El texto fue modificado apenas inaugurado el Proceso de Reorganización Nacional aceptándose la jurisdicción de jueces y árbitros extranjeros y de los tribunales respectivos. (MASNATTA, Héctor, "La era de las crisis, instrumentos normativos, jurisdiccionales y parajurisdiccionales", ob. cit. p. 11).

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22v) "En las más altas cumbres de su inteligencia, Cappelletti dirigió una colosal investigación conocida como el "Proyecto florentino sobre acceso a la justicia". Resultado de esa labor colectiva e interdisciplinaria -participaron más de un centenar de juristas, sociólogos, economistas, antropólogos, politicólogos y psicólogos de unos treinta países, representativos de seis continentes- realizada con métodos histórico-comparativo y sociológico, y al cabo de cinco años de tarea, ha sido la publicación que concluyera en 1979 de cuatro densos volúmenes, en seis tomos. (BERIZONCE, Roberto, prólogo al libro de CAPPELLETTI-GARTH, "El acceso a la Justicia", Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Planta, 1983, p. 9.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23v) BERIZONCE, Roberto, Prólogo, ob. cit., p. 10/11.

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24v) Cfr. La NACIÓN, sec. Espectáculos, jueves, 9 de enero de 1997, p. 1 y 5.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25v) FAYT, Carlos, "Génesis de la Sociedad Posesiva de Mercado. De la Revolución Comercial a la Revolución Industrial y la globalización", Ed. La Ley, 1999, p. 200.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26v) ROJAS, Jorge, ob. cit., separata: Redolarización: el caso "San Luis", p. 8.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27v) MASNATTA, Héctor, ob. cit., p. 12.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28v) TAWIL, Santiago Guido, Prólogo del libro de Ymaz Videla; "Protección de inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales, sus efectos en las contrataciones administrativas ", Ed. La Ley, 1999, p. XV.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29v) Salomón, citado por MASNATTA, ob. cit., p. 13.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30v) TAWIL, Santiago G., ob. cit., Prólogo, p. XV.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31v) En 1993 es dictada la ley 21.382, llamada "ley de Inversiones Extranjeras (B.O. 08/09/93) con texto ordenado por el dec. 1853/93 por la cual se intentaba fomentar estas inversiones otorgándoles los mismos derechos que a los inversores nacionales(art. 1) y permitiéndoseles transferir al exterior las utilidades líquidas y realizadas provenientes de sus inversiones así como repatriar su inversión (art. 5). El art. 7 les permite a la empresas extranjeras hacer uso del crédito interno con los mismos derechos y en las mismas condiciones que las empresas locales.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32v) Por ejemplo: con Suiza (ley nor. 24.009 junio de 1992), con Francia (ley 24.100 de junio de 1992), con Polonia (ley 24.101 de junio de 1992), con Alemania Federal, (ley 24.098 de junio de 1992), con Suecia (ley 14.117, agosto de 1992), con España (Ley 24.118, B.O. 15/9/92) ; con Bélgica y Luxemburgo (ley 24123 -agosto de 1992); con Estado Unidos (ley 24.124 - agosto de 1992). La lista es inmensa pero digamos que también tenemos tratados con: Cuba, Italia, Gran Bretaña, Egipto, China, Austria, Hungría, Turquía, Chile, Países Bajos, Túnez, Bulgaria, Dinamarca, Armenia, Senegal, Venezuela, Rumania, Bolivia, Ecuador, Jamaica, Estado no parte del MERCOSUR, Croacia, Portugal, Malasia, Finlandia, Ucrania, Perú, Corea, Australia, Cuba, Israel, Indonesia, con los países integrantes del MERCOSUR, Marruecos, Panamá, México, República Checa, Lituania, El Salvador, Costa Rica, Chile, Rusia, Guatemala, Nicaragua, Sudáfrica, República Tunecina, Filipinas, República Argelina, India, Nueva Zelanda, Tailandia, República Helénica, etc.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33v) YMAZ VIDELA, Esteban M., "Protección de Inversiones Extrajeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas", FEDYE, Buenos Aires, 1999, p. 49.

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34v) Cfr. TAWIL, Santiago, ob. cit., p. 50.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35v) Cfr. YMAZ VIDELA, ob. cit., p. 60.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36v) Véase también en el mismo sentido SONADA, Juan, "Los efectos de la pesificación sobre los contratos internacionales. Análisis de su procedencia bajo el derecho interno y los tratados Bilaterales de Protección de Inversiones celebrados por la República Argentina", en Rev. De Derecho Privado y Comunitario, Emergencia y pesificación, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, ps. 494/495.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37v) Jezn-Favlien Lalive, "Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privés", Recueil des Cours, Academia de Derecho Internacional, 1983, citado por BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional y derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos. Ius Inter Iuria", Fondo ED. La Ley, 1997, p. 149.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38v) YMAZ VIDELA, Esteban, ob. cit., p. 58/59.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39v) SONADA, Juan, ob. cit., p. 507.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40v) LAUDONIA, Mara (Washington) del El CRONISTA COMERCIAL, sección economía, del lunes 17 de noviembre del 2003.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41v) Véase: La Nación Line, infoBae, Clarín.com; La Calle Online; y ComercioOn Line., Argetniana Ciadi, Búsqueda en Google- argenitna-ciadi. Del 10 de mayo del 2005.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42v) Cfr. ALEGRÍA, Héctor, "La emergencia, el derecho concursal y otros alcances. La ley 25563", en Emergencia Económica, Sup. Especial de la Rev. Jurídica Argentina LA LEY, abril de 2002, PG. 19.

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43v) JERONCHE, Edgar; Conferencia: "La legislación de emergencia y la solución concursal, en Jornadas sobre Derecho y Economía, Mendoza, 2002.)

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44v) Autos: "San Luis, Provincia de c. Estado Nacional y otros s/amparo", consultar en LLO o vía Internet pagina www.rubinzal.com.ar

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45v) Adla, LXII-A, 68; 44; 104.

[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN46v) NICOLAU, Noemí Lidia, "Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública", LA LEY, 2002-C, 1044.

[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN47v) Véase al respecto las opiniones del doctor ALTERINI en: "Un sistema teñido por la inseguridad", LA LEY, 2002-C, 1015.

[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&hitguid=iE7853B296332415F8603FF1EE029769C&spos=37&epos=37&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN48v) NICOLAU, Noemí Lidia, ob. cit..



**Bienvenido a La Ley Online**
JOSE LUIS CORREA
19-10-2011

* [Descargas](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/downloads?crumb-label=Descargas&crumb-action=reset)
* [Ayuda](http://support.rg.thomsonreuters.com/laley/default.asp)
* [Ir a Checkpoint](http://www.checkpoint.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/signon?sso-token=-i0ad8121c000001331da8eb99ef65b2b1)
* [Cerrar Sesion](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/signoffVM)
* [Historial](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/trail/trails?crumb-label=Historial&context=39&action=retrieve&crumb-action=reset&trailguid=i0ad8121c000001331da8ebb1ef65b2b2)
* [Preferencias](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/preferences/changeVM?crumb-label=Preferencias&crumb-action=reset)
* [Mis Carpetas](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/favourites/retrieve/allVM?crumb-label=Mis+Carpetas&crumb-action=reset)

[Home](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/homepage) > [Búsqueda avanzada](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/tocectoryVM?ndd=3&context=39&tocguid=i0ADFAB87AF31C98881AF32A55E6DF680&stnew=true) > [Doctrina: Toda la doctrina](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/search/template?tocguid=i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&ndd=2&stnew=true&context=5) > [Lista de resultados](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/search/navigateVM?srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&snippets=true&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&savedSearch=false&originates-from-link=false&searchFrom=&context=8&crumb-label=Lista+de+resultados&crumb-action=replace&page=1) > Documento

* [Documento](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#document)





* 

Principio del formulario



Final del formulario



* + - Achicar Texto
		- Agrandar Texto

El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad

**Pérez Cortés, Ignacio**

**Publicado en:** LA LEY 2005-C, 1355

**Sumario:** SUMARIO: I. Normas aplicables y su jerarquía. - II. Las licenciatarias, el Estado Argentino y los usuarios tienen derecho a tarifas de transporte y distribución de gas natural justas y razonables. - III. ¿Tienen las licenciatarias derecho al cálculo de las tarifas en dólares con independencia del régimen de convertibilidad?. - IV. El tribunal de CMS considera que las tarifas eran en dólares con independencia del régimen de convertibilidad. - V. Conclusión.

Hace pocos días, un tribunal arbitral creado en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dictó un laudo en el caso "CMS Gas Transmission Company v. la República Argentina" (en adelante, el caso CMS) [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1). Ese tribunal hizo lugar parcialmente a los reclamos de un accionista minoritario de Transportadora de Gas del Norte S.A. (en adelante, TGN), CMS Gas Transmission Company (en adelante, CMS) y condenó a nuestro país a pagar aproximadamente 135 millones de dólares (más intereses) por violación del estándar de trato justo y equitativo y de la "cláusula paraguas" del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. En principio, el tribunal ordenó a la actora devolver al Estado Argentino las acciones de TGN por las que había reclamado.

El objeto de este artículo es examinar sólo una de las cuestiones regulatorias de ese laudo: si las licenciatarias de transporte y distribución de gas natural tienen (o tenían) derecho al cálculo de sus tarifas en dólares estadounidenses con independencia del régimen de convertibilidad del peso.

En el procedimiento arbitral mencionado, CMS sostuvo que el cálculo en dólares estadounidenses de esas tarifas era independiente del régimen de convertibilidad del peso. La República Argentina afirmó, en cambio, que existía una vinculación directa entre la moneda de cálculo y el régimen de convertibilidad. El tribunal consideró que el demandante "ha demostrado en forma convincente su derecho a una tarifa calculada en dólares y convertida a pesos a la fecha de facturación" (párr. 138) y que "no le resulta convincente el argumento del Demandado de que el derecho a que las tarifas se calculen en dólares está vinculado a la vigencia de la Ley de Convertibilidad" (párr. 136).

Del laudo no surgen con claridad todos los elementos que fueron debatidos en el procedimiento arbitral y, por esa razón, considero oportuno hacer algunas consideraciones sobre esta importante cuestión regulatoria. A diferencia de lo afirmado por el tribunal arbitral en ese caso, sostendré que el cálculo en dólares de las tarifas de transporte y distribución de gas natural estaba vinculado a la existencia del régimen de convertibilidad del peso con el dólar estadounidense y que ello era conocido por las licenciatarias [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2).

Argumentaré que debe distinguirse entre una modificación de la paridad cambiaria (dentro de un régimen de convertibilidad o tipo de cambio fijo) y un abandono del régimen del régimen de convertibilidad (y la adopción de una política cambiaria diferente). Mientras el primer caso estaba previsto (y las licenciatarias tenían derecho al cálculo de las tarifas en dólares y a su conversión a pesos según la nueva paridad), el segundo caso no fue contemplado (intencionalmente) en la regulación aplicable.

I. Normas aplicables y su jerarquía

En 1992 se llevó a cabo la reestructuración de la industria del gas natural y la privatización de Gas del Estado S.E. Tres son las normas principales que rigen hoy esta industria:

(a) La Ley del Gas: La ley 24.076 (en adelante, la Ley del Gas), sancionada el 20 de mayo de 1992 (Adla, LII-B, 1583), estableció el Marco Regulatorio de la Actividad y es la norma de mayor jerarquía que regula el transporte y la distribución de gas natural [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3).

(b) El Decreto Reglamentario: El 18 de septiembre de 1992, el Poder Ejecutivo dictó el dec. 1738/92 (en adelante, el Decreto Reglamentario) que reglamentó la Ley del Gas (art. 1).

(c) La Licencia: Por medio del dec. 2255/92 del 2 de diciembre de 1992 (Adla, LIII-A, 35), el Poder Ejecutivo aprobó los modelos de licencia de transporte y de distribución de gas natural (art. 5). En el caso de TGN, su licencia fue otorgada por medio del dec. 2457/92 del 18 de diciembre de 1992 (art. 1) (Adla, LIII-A, 54) (en adelante, la Licencia).

El orden jerárquico de las principales disposiciones aplicables al transporte de gas natural y al caso CMS es el siguiente: primero, la Ley del Gas; luego, el Decreto Reglamentario; y, finalmente, la Licencia [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4).

.

II. Las licenciatarias, el Estado argentino y los usuarios tienen derecho a tarifas de transporte y distribución de gas natural justas y razonables

Ni CMS ni la República Argentina ni el tribunal cuestionaron el derecho de las licenciatarias, del Estado Argentino y de los usuarios a que las tarifas de transporte y distribución de gas natural fuesen justas y razonables [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5). En este sentido, en el art. 2 de la Ley del Gas se establece, como uno de los objetivos de la regulación del transporte y la distribución del gas natural, asegurar que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la Ley del Gas (inc. d) [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6).

Según la Ley del Gas, las licenciatarias del servicio público de transporte y distribución de gas natural (entre las cuales se encuentra TGN) tienen derecho a una tarifa justa y razonable que permita cubrir sus costos operativos, impuestos y amortizaciones y obtener una ganancia razonable, y que asegure a los consumidores el mínimo costo compatible con la seguridad del abastecimiento (arts. 2 y 38) [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7). Para determinar una rentabilidad razonable debe tenerse en cuenta la rentabilidad de otras actividades de riesgo equiparable o comparable y el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios (Ley del Gas, art. 39, incs. a y b) [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8).

El prestador del servicio no es ajeno al riesgo; por el contrario, es el licenciatario quien asume el riesgo de la explotación y de las decisiones empresarias que adopte [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9).

En síntesis, la Ley del Gas establece que:

(a) la tarifa debe ser justa y razonable, permitiendo a los prestadores del servicio público cubrir los costos operativos, impuestos y amortizaciones y obtener una ganancia razonable;

(b) para obtener una ganancia razonable, las empresas deben operar en forma eficiente y prestar un servicio satisfactorio, al mínimo costo compatible con la seguridad del abastecimiento; y

(c) la rentabilidad debe ser similar a la de otras actividades de riesgo comparable.

El concepto de tarifa justa y razonable no es nuevo en el derecho argentino ni en el derecho comparado. En efecto, existen leyes argentinas del siglo XIX que hacen expresa referencia a este concepto [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10) y abundante legislación [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11), doctrina [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12) y jurisprudencia [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13), nacional y extranjera, han delineado qué se entiende por tales términos.

III. ¿Tienen las licenciatarias derecho al cálculo de las tarifas en dólares con independencia del régimen de convertibilidad?

A diferencia de lo que ocurrió con el derecho a una tarifa justa y razonable, no existió acuerdo entre CMS, la República Argentina y el tribunal en cuanto a si las licenciatarias tenían derecho al cálculo de las tarifas en dólares con independencia del régimen de convertibilidad. Trataré de demostrar que existe una relación directa e inseparable entre la ley 23.928 (la Ley de Convertibilidad), por un lado, y el cálculo de las tarifas en dólares (y su ajuste en base a la evolución del Producer Price Index de los Estados Unidos) [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14) por otro. Consideraré un triple enfoque para acreditar esta relación. El primer enfoque es normativo, el segundo es histórico y el tercero, económico-regulatorio. Luego me referiré a un documento elaborado por el directorio de TGN en 1995 [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15).

A. Enfoque normativo: existe un vínculo estrecho entre el cálculo de las tarifas en dólares y el régimen de convertibilidad

A.1. Las normas

De las tres normas jurídicas relevantes para el transporte y distribución de gas natural, sólo dos se refieren al cálculo en dólares de las tarifas y ambas ligan dicho cálculo al régimen de convertibilidad del peso.

En la Ley del Gas no se dispuso que las tarifas debían calcularse en dólares estadounidenses sino que se establecieron los principios tarifarios en los artículos 38 y 39 (tarifas justas y razonables) y se previó que el cuadro tarifario inicial debía fijarse "de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 38 y 39 de la presente Ley" (art. 40). Además, la Ley del Gas describió los procedimientos de revisión tarifaria (arts. 41 y 42).

Es en el Decreto Reglamentario donde se dispuso el cálculo de las tarifas en dólares y su conversión a pesos según la Ley de Convertibilidad. En el artículo 41 del Decreto Reglamentario se estableció que:

"En la adecuación normal y periódica de las tarifas que autorice, el Ente se ajustará a los siguientes lineamientos:

(1) Las tarifas de Transporte y Distribución se calcularán en Dólares. El Cuadro Tarifario resultante será expresado en pesos convertibles según la Ley Nº 23.928 [Ley de Convertibilidad], teniendo en cuenta para su reconversión a pesos la paridad establecida en el Artículo 3º del Decreto Nº 2.128/91". (cursiva agregada).

El Decreto Reglamentario se refirió expresamente a la Ley de Convertibilidad y remitió a la paridad establecida en el artículo 3 del decreto Nº 2128/91. En este último se disponía:

"El Peso será convertible con el Dólar de los Estados Unidos de América, a una relación de un peso ($1) por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la Ley 23.928 [Ley de Convertibilidad]".

Así, en el inciso 1 del artículo 41 del Decreto Reglamentario, luego de señalarse que las tarifas de transporte y distribución de gas natural se calcularán en dólares, se afirmó:

(a) que el Cuadro Tarifario resultante se expresaría en pesos convertibles (y considero que sólo puede hablarse de pesos convertibles mientras existe convertibilidad, es decir mientras esté vigente la Ley de Convertibilidad que estableció un tipo de cambio fijo entre el peso y el dólar estadounidense);

(b) que los pesos eran convertibles según la Ley de Convertibilidad; y

(c) que para la conversión de los dólares a pesos debía tenerse en cuenta la paridad establecida en el art. 3 del dec. 2128/91 (i.e., la norma que estableció que el peso era convertible con el dólar estadounidense a una relación de un peso por cada dólar).

La Licencia también marcó el vínculo directo entre la Ley de Convertibilidad y el cálculo de las tarifas en dólares. En el punto 9.2 de la Licencia se previó:

"9.2. Tarifa:

El Anexo III del Decreto que aprueba estas Reglas Básicas contiene la tarifa que puede percibir la Licenciataria. [...] La tarifa se ha calculado en dólares estadounidenses. [...] El Cuadro Tarifario resultante o recalculado se expresará en el momento de su aplicación a la facturación en pesos ($) a la relación para la convertibilidad establecida en el art. 3º del dec. 2128/91, reglamentario de la ley 23.928 y sus eventuales modificatorios". (cursivas agregadas) [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16)

La Licencia agregó la posibilidad de que se modificase la paridad establecida en el dec. 2128/91 al señalar "y sus eventuales modificatorios" pero no contempló qué ocurriría en caso de abandono del régimen de convertibilidad. Nótese que la norma se refirió a los eventuales modificatorios del decreto reglamentario de la Ley de Convertibilidad. Es decir, la Licencia sólo contempló eventuales modificaciones a la paridad establecida en el decreto reglamentario de la Ley de Convertibilidad pero no previó qué ocurriría si se abandonaba la convertibilidad. Una modificación a un decreto reglamentario nunca podría implicar el abandono del régimen (de convertibilidad) establecido en la ley reglamentada (art. 99 inc. 2, Constitución Nacional) [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17).

Una modificación de la paridad es un hecho diferente de un abandono del régimen de convertibilidad. En el primer caso, dentro de un régimen de tipo de cambio fijo -como el establecido por la Ley de Convertibilidad-, se modifica la paridad sin abandonar la convertibilidad. Así, por ejemplo, en el caso argentino, se podía modificar la paridad de U$S1 = $1 a otra paridad de U$S1 = $1,2 (en este caso, el peso se devalúa frente al dólar) o a una paridad de U$S1 = $0,8 (aquí, el peso se revalúa frente al dólar).

En el segundo caso, se abandona un régimen de tipo de cambio fijo y se adopta una política cambiaria diferente, tal como un régimen de tipo de cambio flotante [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18). Esto es lo que ocurrió en la República Argentina a fines de 2001.

Mientras el primero es una modificación dentro de un determinado régimen cambiario, el segundo implica el cambio del régimen.

Es razonable que la Licencia sólo se refiera a una modificación de la paridad (dentro de la convertibilidad): el cálculo de las tarifas en dólares y su conversión a pesos según la relación de convertibilidad seguiría teniendo su lógica si se modificaba la paridad (e.g., de U$S1 = $1 a U$S1 = $1,2), pero no sería razonable en caso de que la República Argentina abandonase el tipo de cambio fijo y adoptase un régimen de tipo de cambio flotante.

Bajo un régimen de convertibilidad entre el peso y el dólar estadounidense y de cálculo de tarifas en la segunda moneda, las tarifas en pesos son previsibles y estables. Se pueden estimar fácilmente los costos de las licenciatarias y establecer tarifas justas y razonables. En cambio, ante un tipo de cambio variable (e inestable), las tarifas en pesos no son previsibles ni estables ni puede afirmarse que sean justas y razonables. Por ejemplo, el conocido efecto de la sobrevaluación (overshooting) del tipo de cambio luego de abandonada la convertibilidad hizo que la relación entre el peso y el dólar fuese cercana a 4 a mediados de 2002 y que hoy ronde los 2,9 pesos por dólar. No sería razonable permitir semejantes variaciones en las tarifas que pagan los usuarios [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19).

En síntesis, las normas aplicables presentan una relación directa entre la vigencia de la Ley de Convertibilidad y el cálculo de las tarifas en dólares. Ni el Decreto Reglamentario ni la Licencia remiten al tipo de cambio vigente para convertir las tarifas a pesos, sino que remiten exclusivamente a la relación de cambio fijo establecida en la Ley de Convertibilidad (y ello es razonable).

De la Ley del Gas, del Decreto Reglamentario y de la Licencia no se deduce que si la Argentina abandonaba su política económica de tipo de cambio fijo, las tarifas seguirían calculadas en dólares y convertidas a pesos al tipo de cambio vigente.

A.2. El proceso de elaboración de las normas

Durante el proceso de privatización de Gas del Estado S.E. se creó un Comité de Privatización integrado por el Subsecretario de Combustibles (Raúl García), el Secretario de Hidrocarburos y Minería (Luis Prol), el interventor y el subinterventor de Gas del Estado S.E. (José A. Estensoro y Miguel Marizza, respectivamente) y dos asesores de la Comisión Bicameral (Rubén Maltoni y Gilberto Oviedo).

El 9 de agosto de 1991, se contrató a la consultora Patricio C. Perkins y Asociados S.A. para gerenciar el proceso de privatización y se designó a Patricio Perkins como Director Ejecutivo para la Privatización de Gas del Estado [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20). Este último resumió las cuestiones tratadas en las reuniones del Comité de Privatización en minutas que, junto con las normas, permiten hoy reproducir el proceso de elaboración de las normas relevantes y los debates que tuvieron lugar en ese marco [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21).

Entre septiembre y noviembre de 1991, el Comité de Privatización decidió contratar a diferentes entidades para la elaboración de informes a ser utilizados durante la privatización:

(a) Deloitte & Touche y M.H. Azulay y Co. S.A.;

(b) Stone & Webster y Arthur Andersen;

(c) Marval, O'Farrel & Mairal y Andrews & Kurth; y

(d) N.M. Rothschild & Sons, Goldman Sachs, Banco de Galicia y Argenbur [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22).

Cada una de estas consultoras presentó un informe y ellos fueron incluidos en el Anexo D del "Pliego de Bases y Condiciones del Llamado a Licitación Pública Internacional para la Privatización de Gas del Estado Sociedad del Estado" (en adelante, el Pliego). El informe de N.M. Rothschild & Sons, Goldman Sachs, Banco de Galicia y Argenbur (en adelante, el Informe de Rothschild) fue especialmente tenido en cuenta por el tribunal en el caso CMS [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23).

El 20 de mayo de 1992, el Congreso de la Nación sancionó la Ley del Gas que fue publicada en el Boletín Oficial el 12 de junio de 1992. Tal como ya señalé, en esta norma se estableció que las tarifas debían ser "justas y razonables" (art. 2) y permitir obtener "ingresos suficientes para satisfacer todos los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una rentabilidad razonable" (art. 38, inc. a).

En una reunión del Comité de Privatización celebrada un mes más tarde (antes de dictarse el Decreto Reglamentario), se consideró necesario establecer en la Licencia qué ocurriría en caso de abandono de la Ley de Convertibilidad. Según surge de la minuta del 17 de julio de 1992, en esa fecha se habría discutido sobre cuál debía ser la cotización a utilizar para convertir a pesos las tarifas en caso de abandono de la Ley de Convertibilidad. En esa minuta puede leerse lo siguiente:

"Entiende el Comité que admitir un ajuste automático basado en cambios de la estructura de costos expresada en pesos, implicaría un esquema de virtual indexación, lo que está expresamente prohibido por la Ley de Convertibilidad".

Se observa también que el ajuste por paridad se estipule en la plaza de Nueva York en lugar de la cotización del Banco de la Nación.

Se aclara que el ajuste propuesto no toma como base el tipo de cambio actual, sino el tipo de cambio de convertibilidad. En otras palabras, mientras que la Argentina no abandone el régimen de convertibilidad no corresponderá ajuste de tarifas por este concepto.

Entiende el Comité que si el país abandonara tal régimen de convertibilidad debe asegurarse a las sociedades licenciatarias un ajuste cambiario realista." (cursiva agregada) [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24).

Dada la historia económica de nuestro país, era una práctica usual (y sigue siéndolo) incluir cláusulas que previesen modificaciones en la política monetaria argentina y que determinasen cuál sería el tipo de cambio a utilizar en caso de abandono del régimen cambiario vigente al momento de celebrar el contrato. Ése era el objetivo del Comité de Privatización cuando pretendía incluir una cláusula en la Licencia que contemplase cuál sería la situación en caso de abandono de la convertibilidad del peso.

Tres días después de la reunión del Comité de Privatización del 17 de julio de 1992, se dictó la resolución MEyOSP Nº 874/92 por medio de la cual se aprobó el Anexo F del Pliego, titulado "Descripción de las Tarifas, Reglamentaciones Tarifarias y Condiciones Generales del Servicio."

En el Anexo F mencionado se plasmó la propuesta del Comité de Privatización que sugería que se previese la utilización del tipo de cambio de la plaza de Nueva York en caso de abandono de la convertibilidad. En el punto 7.1. de este anexo se señaló:

"Las tarifas están expresadas en pesos convertibles según la ley 23.928 a la paridad de 1=1 con el dólar estadounidense. Las mismas (excluido el valor del gas en el punto de ingreso al sistema de gasoductos) serán ajustadas inmediata y automáticamente en caso de variación de la paridad. A esos efectos se considerará la cantidad de moneda argentina necesaria para adquirir un dólar estadounidense en la plaza de Nueva York".

Sin embargo, este Anexo F del Pliego carecía de fuerza normativa y era meramente descriptivo ya que debía estarse a lo que, en definitiva, dispusiesen luego las normas. Así lo señaló el propio Anexo F en sus primeras páginas donde se expresó:

"Importante: Se aclara que el presente Anexo es meramente descriptivo en términos generales, y que las evaluaciones definitivas deberán efectuarse sobre los términos y tarifas de la licencia, la que será junto con los Anexos a la misma, el único documento con valor legal para la determinación de las tarifas y condiciones generales de servicio".

Por lo demás, el Comité de Privatización también había aclarado que: "el anexo F es descriptivo y no es un documento de valor legal definitivo."[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25).

En septiembre de 1992, se presentó el Informe de Rothschild en el que se hacía referencia a "Attractive tariffs, in real dollar terms." Sin embargo, tanto el Anexo D del Pliego (donde fue incluido dicho documento) como el propio Informe de Rothschild señalaban expresamente que este último carecía de todo valor jurídico y que las decisiones debían tomarse en base a las normas que se estaban elaborando [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26).

El 18 de septiembre de 1992, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Reglamentario, publicado en el Boletín Oficial el 28 de septiembre de 1992. En el art. 41 se estableció una relación directa entre el cálculo de las tarifas en dólares y la Ley de Convertibilidad. No existió previsión alguna en el Decreto Reglamentario que determinase que, en caso de abandono del tipo de cambio fijo establecido por la Ley de Convertibilidad, las tarifas se calcularían en dólares a otro tipo de cambio. El Decreto Reglamentario no se refirió a la plaza de Nueva York ni a la cotización del Banco Nación.

Cuatro días después de publicado el Decreto Reglamentario, el Comité de Privatización celebró una nueva reunión en la que se discutió la inclusión en las licencias de la cláusula que preveía que, en caso de abandono de la convertibilidad, las tarifas seguirían en dólares y se ajustarían en base al tipo de cambio de Nueva York. Esta cláusula habría sido propuesta por el ingeniero Patricio Perkins.

Según surge de las minutas del Comité de Privatización, la cláusula fue rechazada por iniciativa del Subsecretario de Combustibles. Al respecto, en la minuta del 2 de octubre de 1992 se señala:

"El doctor García [Subsecretario de Combustibles] objetó las reglas contenidas en el proyecto original con respecto a los ajustes por variaciones en el tipo de cambio, argumentando que la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura. Luego de un cambio de opiniones, se resolvió eliminar todas las reglas incluidas en el proyecto original relacionadas con el ajuste de las tarifas por variación del tipo de cambio de convertibilidad, por cuanto el art. 9.2 deja suficientemente en claro que las tarifas son en dólares y se expresan en pesos convertibles, por lo cual, frente a una eventual modificación de la Ley de Convertibilidad, deberían reexpresarse automáticamente a la paridad modificada" (cursiva agregada) [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27).

De esta forma, se decidió no prever en las normas qué ocurriría si se abandonaba el régimen de convertibilidad del peso y se sostuvo que "la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura." Sólo se contempló qué sucedería en caso de modificación de la paridad cambiaria establecida por el decreto reglamentario de la Ley de Convertibilidad pero no se previó el abandono de la convertibilidad misma. Como ya señalé, hay una diferencia sustancial: modificar la paridad no es lo mismo que abandonarla.

Dos meses después se aprobaron los modelos de licencias que tampoco incluyeron previsión alguna en relación con el abandono de la convertibilidad y sólo aludieron a la modificación de la paridad (dentro de un régimen de convertibilidad).

En síntesis, durante la privatización de Gas del Estado S.E., organismos del Estado Argentino se plantearon la posibilidad de prever qué ocurriría en caso de abandono de la convertibilidad pero decidieron no hacerlo porque "la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura." La Ley de Convertibilidad era un elemento necesario para el cálculo en dólares de las tarifas y el abandono de ese régimen de tipo de cambio fijo fue un supuesto no previsto en la normativa aplicable.

B. Enfoque histórico: la privatización de ENTel muestra la relación entre la Ley de Convertibilidad y las tarifas en dólares

La primera gran privatización llevada a cabo en la República Argentina durante el primer gobierno de Carlos Menem fue la de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel) ocurrida en 1990. Esta privatización y su adecuación a la Ley de Convertibilidad demuestran que el cálculo de las tarifas en dólares y su ajuste en base a índices extranjeros fue una consecuencia de la adopción del régimen de convertibilidad, sin que ello implicase mayores garantías para las licenciatarias ante un eventual abandono del régimen de tipo de cambio fijo.

Las normas relativas a la privatización de ENTel fueron dictadas antes de que se sancionase la Ley de Convertibilidad. El marco jurídico de la privatización [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28), los decretos que constituyeron las sociedades licenciatarias [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29), los que llamaron a licitación y aprobaron el pliego de bases y condiciones [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30), los que adjudicaron la licitación [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31) y los contratos de transferencia de acciones celebrados [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32) son anteriores a la Ley de Convertibilidad.

En el art. 16 de los dos contratos de transferencia de acciones se estableció el "Régimen Tarifario."[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33). Las tarifas estaban fijadas en la moneda local -en ese momento, el austral- y se actualizaban según el Índice de Precios al Consumidor (IPC) de la República Argentina.

En 1991, ante importantes rebrotes inflacionarios, se sancionó la Ley de Convertibilidad. Por medio de esta ley, (a) se adoptó una política económica de tipo de cambio fijo ($1 = U$S1); y (b) se prohibió todo ajuste de precios fundado en variaciones de índices de precios.

La prohibición de todo ajuste de precios o valores en base a índices de precios (indexación) implicó que, a partir de la Ley de Convertibilidad, las tarifas vigentes del servicio telefónico quedaban congeladas en pesos sin que pudiese aplicarse ajuste alguno. Ello generó la necesidad de adaptar el régimen tarifario de la privatización de la empresa de teléfonos estatal.

Ante tal situación, el Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos y las empresas licenciatarias del servicio telefónico en la República Argentina celebraron acuerdos para adaptar los contratos y el régimen jurídico del servicio telefónico a la reciente Ley de Convertibilidad [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34). Por medio de dichos acuerdos, se reemplazó al austral por el dólar como moneda del pulso telefónico y al Índice de Precios al Consumidor argentino por el Consumer Price Index de los Estados Unidos como índice de ajuste [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35).

En este caso, a diferencia de las normas aplicables al transporte y distribución de gas natural, las tarifas se establecieron en dólares estadounidenses sin relacionarlas (expresamente) con la Ley de Convertibilidad. Sin embargo, en los considerandos de estos acuerdos se afirmó que "la estabilización monetaria implícita en un esquema de convertibilidad constituye un cambio sustancial respecto de las condiciones macroeconómicas existentes en el momento de la celebración del Contrato de Transferencia."

El Estado Argentino no recibió compensación alguna por la modificación de la moneda en que estaba expresada la tarifa telefónica ni por el reemplazo de un índice local por uno extranjero.

Si el cálculo de tarifas en dólares hubiese implicado mayores derechos para las prestadoras del servicio telefónico, ¿por qué razón el Estado Argentino no exigió contraprestación alguna a cambio?

Se ha sostenido que la República Argentina "regaló" mayores derechos a los accionistas del 70% de las acciones de las licenciatarias del servicio telefónico para conseguir un mejor precio por el 30% restante que seguía en poder del Estado Argentino. No comparto este criterio puesto que las empresas telefónicas fueron un negocio rentable durante la década pasada y no era necesario "asegurarles" mayores derechos para hacerlas atractivas.

Considero, en cambio, que el cálculo de las tarifas telefónicas en dólares estadounidenses y su ajuste en base a índices de precios extranjeros fue el mecanismo utilizado para "saltar" la prohibición de indexar precios establecida en la Ley de Convertibilidad [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36). Lo que antes eran tarifas en pesos y ajustadas por índices de precios locales, bajo el régimen de convertibilidad se convirtieron en tarifas en dólares y ajustadas por índices extranjeros, sin que ello implicase la eliminación del riesgo devaluatorio ante un eventual abandono de la convertibilidad.

En síntesis,

las tarifas se calculaban en dólares y se ajustaban en base a indicadores internacionales para evitar la prohibición de indexación establecida en la Ley de Convertibilidad, sin que ello implicase que las licenciatarias tuviesen mayores derechos o un seguro de cambio que las protegiese contra un eventual abandono del tipo de cambio fijo o contra una crisis como la de fines de 2001.

C. Enfoque económico-regulatorio: las tarifas eran más elevadas porque incluían el riesgo país de la República Argentina

Durante la vigencia del régimen de convertibilidad, las licenciatarias cobraron tarifas que incluían el riesgo país, es decir el riesgo de invertir en la República Argentina. La inclusión de ese riesgo en el cálculo de las tarifas implicó que los usuarios argentinos pagasen tarifas mayores que las que hubiesen abonado, en iguales circunstancias, en países más estables [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37).

La inclusión del riesgo país en el cálculo de las tarifas de transporte y distribución de gas natural cobradas por las licenciatarias puede constatarse en los documentos utilizados (a) para el cálculo de las tarifas originales (aplicables inmediatamente después de la privatización); (b) para la Primera Revisión Quinquenal de Tarifas (o RQT I); y (c) para la Segunda Revisión Quinquenal de Tarifas (o RQT II) [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38).

En relación con la inclusión del riesgo país en el cálculo original de las tarifas puede consultarse un informe titulado "Evaluación Financiera" elaborado por la consultora Patricio Perkins & Asociados en abril de 1992 [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39). Allí se utilizó el rendimiento de los Bonex '89 (un título público del Estado Argentino) para calcular el costo de la deuda. El rendimiento que pagaba ese bono público incluía el riesgo país. El costo de la deuda utilizado fue del 9,50%, un valor sumamente elevado para países con una historia menos turbulenta que la historia económica argentina. Para calcular el "costo de capital accionario" se agregó al riesgo del bono público un "riesgo de la industria" del 5%. El "costo de capital accionario" estimado por la consultora fue del 14,50% [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40). Esto implicó que las tarifas originales se calcularon para que los accionistas obtengan una rentabilidad anual del 14,5% en dólares (o pesos convertibles), rendimiento muy elevado si se lo compara con los de economías más estables.

Dado que en el cálculo original de las tarifas se tuvo en cuenta el riesgo país de la República Argentina, las tarifas cobradas por las licenciatarias fueron superiores a las que se hubiesen cobrado en iguales circunstancias en un país más estable.

La inclusión del riesgo país en la RQT I surge del informe preparado por Alfredo Aldo Visintini de la Universidad Nacional de Córdoba para la RQT I titulado "El Costo del Capital en la Revisión Quinquenal de Tarifas de la Industria del Gas Natural en Argentina."[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41).

En ese informe, se utilizó el riesgo país para calcular el costo de capital a utilizar en el cálculo de las tarifas y se describió al riesgo país en estos términos:

"El riesgo país o riesgo soberano, tal como es expresado por algunos autores, mide la incertidumbre que tienen los inversionistas extranjeros sobre el futuro de una determinada economía. En general, el riesgo país se mide como el riesgo de "default" para el pago de la deuda externa privada o pública, las posibilidades de cambios abruptos en las políticas económicas que vayan en sentido contrario a lo esperado por los agentes económicos, la inestabilidad política y todo aquel otro fenómeno que pueda afectar las expectativas de los inversionistas"[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42).

El riesgo país utilizado en la RQT I para las transportistas de gas natural fue de 617 puntos básicos (es decir, 6,17%) [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43). Por ende, los usuarios argentinos pagaron a las licenciatarias tarifas superiores por el riesgo país asumido por ellas.

Un riesgo país del 6,17% implicó que las tarifas se calcularon para que los accionistas de las licenciatarias de transporte de gas natural obtuviesen, además del rendimiento que obtendrían en otro país como Estados Unidos, un rendimiento anual adicional del 6,17% sobre el capital invertido.

Durante la RQT I, ninguna licenciataria del servicio de transporte y distribución de gas natural se opuso a la inclusión del riesgo país en el cálculo de las tarifas.

La inclusión del riesgo país en la RQT II surge del Informe Intergerencial GDyE/GAL/GT/GD/GR Nº 85/01 [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44). En el punto 4.III de ese informe (bajo el título "Determinación de la Prima de Riesgo País") se estimó una prima de riesgo país de 7,40% para utilizarla en el cálculo de las tarifas de las transportistas y distribuidoras de gas natural. Ninguna licenciataria se opuso a que se incluyese tal riesgo país (que les permitiría cobrar mayores tarifas).

De esta forma, en el cálculo de las tarifas se utilizó un rendimiento para los accionistas de las licenciatarias que incluía, además de la ganancia que obtendrían en una economía libre de riesgo como la estadounidense, un retorno anual adicional del 7,40% sobre el capital invertido.

En síntesis, las licenciatarias de servicios públicos en la República Argentina no estaban exentas del riesgo país (del riesgo de que Argentina entrase en default y abandonase su política económica de tipo de cambio fijo) y, por esa razón, en el cálculo de las tarifas se utilizaron tasas de descuento más altas que, a su vez, implicaron tarifas superiores a las que se hubiesen aplicado en países más estables.

Si las licenciatarias de servicios públicos en la Argentina estaban "cubiertas" contra el riesgo cambiario y contra la inestabilidad de la economía argentina, el cálculo de las tarifas de transporte de gas natural no debió haber tenido en cuenta el riesgo de default de la República Argentina o el riesgo de que este país atravesase una grave crisis puesto que, de lo contrario, las licenciatarias se beneficiarían ilegítimamente y la política regulatoria sería inconsistente. Si las licenciatarias cobraban mayores tarifas por el riesgo país de la República Argentina (que voluntariamente asumían) y luego se las indemnizase como si fueran ajenas a ese riesgo, la figura del enriquecimiento sin causa podría resultar aplicable.

Podría argumentarse que el riesgo país remuneraba a las licenciatarias por el riesgo de que el Estado Argentino no pagase sus deudas y que ello era distinto del riesgo devaluatario respecto del cual estarían, si así fuera, "cubiertas". Sin embargo, siguiendo ese argumento, se podría sostener que el Estado Argentino entró en default a fines de 2001 y que los acreedores tuvieron que aceptar una quita de aproximadamente el 70% en sus créditos. En consecuencia, si las licenciatarias fueron remuneradas por el riesgo de que el Estado Argentino entrase en default, podría argumentarse que, para no violar la igualdad, las licenciatarias también deberían aceptar una quita sustancial en el valor de sus activos (al igual que los acreedores del Estado).

No puede pretenderse simultáneamente cobrar tarifas más altas por el riesgo asumido y luego, cuando se produce el hecho riesgoso, sostener que el riesgo por el que se las remuneraba no debía ser asumido por las licenciatarias.

D. El Prospecto de TGN de 1995

En el arbitraje iniciado por CMS existe además un documento emitido por el propio directorio de TGN (la transportista de gas natural de la que CMS es accionista) en el que se reconoció expresamente la asunción por parte de los accionistas del riesgo de que se abandonase la convertibilidad.

En efecto, en 1995, el directorio de TGN elaboró un prospecto para la colocación del 25% de las acciones de TGN en el mercado bursátil argentino (en adelante, el Prospecto). Estas acciones fueron adquiridas justamente por CMS. El directorio de TGN señaló allí lo siguiente:

"Convertibilidad y riesgos del tipo de cambio

La moneda argentina ha sido devaluada repetidas veces durante las tres últimas décadas y las autoridades económicas de la Argentina han utilizado una serie de sistemas de tipo de cambio. Además, la inestabilidad macroeconómica ha causado grandes fluctuaciones en el tipo de cambio real de la moneda argentina con respecto al dólar. El mercado argentino de divisas estaba sujeto a controles de cambio hasta diciembre de 1989, momento en el cual se estableció un tipo de cambio libre para todas las transacciones con divisas y los controles cambiarios fueron abandonados.

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Convertibilidad en abril de 1991, la tasa de cambio peso/dólar ha fluctuado dentro de una estrecha banda. [...] En caso de una gran devaluación del peso con respecto al dólar, la situación patrimonial y los resultados de las operaciones en la Sociedad podrían verse afectados negativamente, así como también su capacidad de efectuar pagos en moneda extranjera (incluyendo cancelación de deudas nominadas en moneda extranjera) y distribuciones de dividendos en dólares a niveles aceptables." (cursiva agregada) [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45).

Las afirmaciones hechas en el Prospecto reflejan el examen que hacía la propia compañía prestadora del servicio público de los riesgos que asumía el eventual inversor [(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN46). En 1995, para el directorio de TGN, la vigencia de la Ley de Convertibilidad era un elemento decisivo en los ingresos y en el futuro de la compañía. Ello no tendría justificativo alguno si se consideraba que los ingresos de las licenciatarias no serían afectados por el abandono del régimen de convertibilidad.

IV. El Tribunal de CMS considera que las tarifas eran en dólares con independencia del régimen de convertibilidad

En los párrafos 127 a 138 del laudo, el tribunal del caso CMS examinó la cuestión relativa al cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses. Dado que el triple enfoque (normativo, histórico y económico-regulatorio) y el Prospecto de 1995 fueron presentados ante el tribunal, examinaré a continuación el laudo a la luz de esa clasificación.

A. Enfoque normativo

Al decidir la cuestión relativa al alcance de las normas aplicables y al cálculo en dólares de las tarifas, el tribunal hizo especial referencia al Informe de Rothschild y a las minutas del Comité de Privatización.

A.1. El Informe de Rothschild

En el laudo del caso CMS, el tribunal reconoció que el Informe de Rothschild (al que identificó como "Memorando Informativo de 1992") no era una norma jurídica vinculante (párr. 134) y que había sido elaborado por consultores privados y no por el gobierno argentino (párr. 55). Sin embargo, se afirmó que

[...] Declaraciones de autoridades públicas confirmaron repetidamente ese entendimiento [que la estabilidad era necesaria para atraer inversiones] y el Memorando, aún no siendo jurídicamente vinculante, refleja con precisión las opiniones e intenciones del Gobierno. Este entendimiento, como subrayó el Demandante, fue expresamente confirmado por el Comité de Privatización. (párr. 134).

Disiento con esta afirmación del tribunal. En primer lugar, el Informe de Rothschild fue elaborado en septiembre de 1992 por un grupo de consultores privados. Aún no se había dictado el Decreto Reglamentario ni se habían aprobado los modelos de licencias. En ese momento, el Estado Argentino estaba deliberando sobre cuál sería el alcance de los derechos de las licenciatarias y, como señalé anteriormente, estaba examinando la posibilidad de prever que, en caso de abandono de la convertibilidad, se aplicaría el tipo de cambio de Nueva York. Sin embargo, ello no ocurrió porque se consideró que "la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura."

En segundo lugar, no pudo existir engaño alguno a los posibles inversores. El propio Informe de Rothschild comenzaba con un Disclaimer (i.e., una cláusula de exención de responsabilidad) donde expresamente se señalaba (a) que ni el Estado Argentino ni los consultores declaraban o brindaban garantías sobre la precisión del informe, (b) que ni el Estado Argentino ni los consultores podían ser hechos responsables por lo que se afirmaba en el informe, (c) que ni el Estado Argentino ni los consultores tenían obligación de corregir o modificar la información provista en el informe, (d) que la interpretación que el informe hacía de las normas aplicables no era definitiva y que sólo tenía por objeto familiarizar a los postulantes con la privatización, y (e) que el Estado Argentino se reservaba el derecho de modificar unilateralmente todas y cada una de las propuestas y declaraciones hechas por los consultores en el informe [(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN47). Además, el Informe de Rothschild recomendó a los posibles oferentes "que soliciten asesoramiento en Argentina a letrados con experiencia en estas cuestiones y que se atengan solamente a él, basados en las versiones oficiales de las Leyes Aplicables redactadas en idioma español, no en los resúmenes que se incluyen aquí ni en las traducciones al inglés realizadas por GdE."[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN48).

Además, este informe privado formaba parte del Anexo D del Pliego. En la Introducción a este anexo se señaló expresamente el carácter meramente descriptivo e introductorio de la información provista por los consultores y se afirmó que:

"Los Postulantes deberán tomar en cuenta que no en todos los casos Gas del Estado S.E. ha adoptado y/o adoptará en el futuro las sugerencias y/o alternativas presentadas y/o que se deriven de las tareas y/o informes de los consultores.

Por lo tanto la privatización y/o el desenvolvimiento de la empresa privatizada, estará sujeta a las normas legales aplicables a los contratos, convenios y demás normas que expresamente se emitan"[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN49).

Por último, existe otro elemento que fue señalado al tribunal pero que éste omitió valorar. Sólo pudieron acceder al Informe de Rothschild quienes participaron en la privatización de Gas del Estado S.E.. El Informe de Rothschild señalaba en su Disclaimer que era confidencial, que sólo podía utilizarse en el marco de esa privatización y que quienes participaran del proceso de privatización se obligaban a no divulgar tal información a persona alguna y a devolverlo, junto con sus copias, a requerimiento de Gas del Estado S.E. [(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN50). Además, cada sujeto que participó en la privatización firmó un Acuerdo de Confidencialidad (Anexo F del Informe de Rothschild) por el que se obligaba a no divulgar el Informe de Rothschild y a mantener su confidencialidad [(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN51).

CMS no participó en la privatización ya que adquirió sus primeras acciones de TGN en 1995. CMS nunca pudo basar su decisión de invertir en dicha transportista de gas natural en base al Informe de Rothschild ya que no pudo contar con tal informe en ese momento [(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN52).

A.2. El Comité de Privatización

El tribunal consideró también de modo especial la minuta del Comité de Privatización del 2 de octubre de 1992 y transcribió (sólo parcialmente) el siguiente párrafo de ella: "el art. 9.2 deja suficientemente en claro que las tarifas son en dólares y se expresan en pesos convertibles, por lo cual, frente a una eventual modificación de la Ley de Convertibilidad, deberían reexpresarse automáticamente a la paridad modificada" (párr. 135).

Sin embargo, este párrafo confirma que sólo se preveía la modificación de la paridad de convertibilidad (e.g., la modificación de un tipo de cambio fijo de U$S1 = $1 a U$S1 = $1,2) pero no el abandono de la convertibilidad. La referencia a una "paridad modificada" supone la existencia de un tipo de cambio fijo, modificado normativamente (y no de un tipo de cambio flotante que fluctúa según el mercado).

Lamentablemente, el tribunal no transcribió el párrafo completo de la minuta en donde se señalaba que se consideraba inconveniente incluir la cláusula propuesta por Perkins (que preveía qué ocurriría en caso de abandono de la convertibilidad) porque "la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura."

Pese a la cláusula de confidencialidad incluida en los contratos de consultoría celebrados por Perkins con el Estado Argentino en 1992 [(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN53), este ingeniero fue contratado por CMS para declarar en el arbitraje iniciado por dicha compañía y sus dichos fueron utilizados por la actora para sostener que el cálculo en dólares de las tarifas de transporte y distribución de gas natural era independiente de la Ley de Convertibilidad (en contra de lo que surge de las minutas).

A.3. Conclusión del tribunal

Luego de examinar el Informe de Rothschild y de transcribir (parcialmente) la minuta del Comité de Privatización, el tribunal del caso CMS afirmó:

"136. Al Tribunal no le resulta convincente el argumento del Demandado de que el derecho a que las tarifas se calculen en dólares está vinculado a la vigencia de la Ley de Convertibilidad. Si ese derecho hubiera sido condicionado a la paridad existente, las disposiciones pertinentes podrían haberlo establecido muy claramente en esos términos. No fue así, y el Comité de Privatización interpretó la garantía en sentido contrario, es decir como una garantía de fijación de la tarifa en una moneda estable. En efecto, las disposiciones de que se trata admiten una interpretación muy diferente de la sostenida por el Demandado. Si las tarifas se expresaban en dólares y la paridad monetaria hubiera cambiado a la fecha de facturación, la conversión debía efectuarse al tipo de cambio vigente en ese momento, precisamente para garantizar una rentabilidad justa y razonable. Este, sin embargo, es un argumento vinculado más bien con el tema de la devaluación que se examinará más abajo." (cursiva agregada).

No comparto el criterio del tribunal. En primer lugar, las normas distinguen adecuadamente entre una modificación de la paridad y un abandono del tipo de cambio fijo. Lo primero estaba previsto (y las licenciatarias tenían derecho a la modificación de las tarifas en caso de modificarse la paridad); lo segundo no lo estaba (y por eso es razonable adecuar las licencias a un contexto de "no-convertibilidad" no previsto en ellas).

En segundo lugar, el Comité de Privatización también distinguió entre modificación de la paridad y abandono de la convertibilidad. En ese comité, el Subsecretario de Combustibles se opuso a la inclusión de la cláusula que remitía a la cotización del peso en Nueva York "argumentando que la ley de convertibilidad proveía suficiente cobertura."

Por último, como ya señalé, es razonable permitir el cálculo de tarifas en dólares en un contexto de convertibilidad, aún con una paridad modificada [(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN54), pero no lo es en un contexto de tipo de cambio flotante como el adoptado por la República Argentina a fines de 2001. La inestabilidad del tipo de cambio flotante haría difícil (o imposible) que tarifas dolarizadas respeten el principio de tarifas justas y razonables consagrado en la Ley del Gas.

El tribunal concluyó en el párrafo siguiente que "fue precisamente porque se había garantizado el derecho a que las tarifas se calcularan en dólares que el programa de privatización fue tan exitoso. El programa atrajo al país a cientos de compañías, cuyas inversiones superaron los US$10.000 millones." Me permito disentir una vez más con esta afirmación: el régimen de convertibilidad jugó un rol decisivo para que inversores extranjeros hiciesen proyecciones en una moneda estable y realizasen inversiones en la República Argentina durante la década del noventa. Por ejemplo, Aguas Argentinas realizó importantes inversiones y sus tarifas estaban expresadas en pesos [(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN55).

B. Enfoque histórico

El tribunal describió lo que denominé el enfoque histórico en el párrafo 130 del laudo, sin mencionar que la República Argentina no había exigido compensación alguna a cambio de modificar la moneda en la que se expresaban las tarifas. Luego no abordó esta cuestión.

C. Enfoque económico-regulatorio

En los párrafos 184 y 225, el tribunal mencionó que la República Argentina argumentó que debía considerarse que el riesgo país estaba incluido en el cálculo de las tarifas pero tampoco examinó la cuestión.

Sin embargo, existe sobre este punto una contradicción en el laudo que es preciso puntualizar. Por un lado, se señala en el párrafo 184 que la República Argentina sostiene que "las tarifas eran más altas de lo normal porque para su determinación se tuvo en cuenta desde el comienzo el riesgo de devaluación" y que ello fue incorporado en el WACC (weighted average cost of capital o promedio ponderado del costo de capital) empleado para calcular las tarifas. El WACC es una herramienta financiera utilizada para descontar flujos de fondos que tiene en cuenta la estructura financiera de una compañía (es decir, la proporción de los activos financiada con capital propio y la proporción financiada con deuda). Por otro lado, unos párrafos antes (párr. 178) se afirma que la República Argentina sostiene que los costos financieros no deben considerarse en el cálculo de las tarifas.

Si la República Argentina sostiene que en el WACC utilizado para calcular tarifas se consideró el riesgo país, es evidente que ella no sostiene que los costos financieros no deben ser considerados para determinar una tarifa justa y razonable. En cambio, es cierto que para calcular las tarifas se utilizaron empresas hipotéticas (o condiciones estándar) y que son las licenciatarias las que deben asumir las consecuencias de la política financiera concreta que ellas adoptaron.

El riesgo país remunera por la posibilidad de que un país entre en default. Los acreedores del Estado Argentino asumieron ese riesgo y, luego de la salida del default de la deuda argentina tuvieron que aceptar una reducción sustancial de su capital. Si, como ya señalé, las licenciatarias asumieron ese riesgo país (o de default) (y ese riesgo lo pagaron los usuarios), ¿no debió haber sido ello tenido en cuenta por este tribunal arbitral?

D. El Prospecto

En los párrafos 80 y 156, el tribunal describió, como un argumento de la República Argentina, la advertencia hecha por el directorio de TGN en 1995 en el Prospecto en el que se reconocieron los perjuicios que una gran devaluación podía ocasionar a la licenciataria. Sin embargo, no se hizo valoración alguna de este documento en el resto del laudo.

El tribunal afirmó que "no es creíble que tantas compañías y Gobiernos y sus falanges de abogados puedan haber interpretado erróneamente el significado de las garantías ofrecidas en forma de hacer posible su desconocimiento al cabo de pocos años" (párr. 137). El error de esta afirmación puede comprobarse al leer el Prospecto que el tribunal tuvo a su disposición.

Es importante destacar que el hecho de que las licenciatarias no tengan derecho a tarifas calculadas en dólares luego de abandonado el régimen de convertibilidad no implica que las licenciatarias, el Estado y los usuarios no tengan derecho a tarifas justas y razonables.

V. Conclusión

Las licenciatarias tienen derecho a una tarifa justa y razonable que cubra sus costos operativos, amortizaciones e impuestos y que les permita obtener una ganancia razonable.

A través de un triple enfoque intenté demostrar que el cálculo de las tarifas en dólares estaba estrechamente vinculado a la convertibilidad del peso con esa moneda:

a) Enfoque Normativo: Cada vez que el Decreto Reglamentario y la Licencia se refieren al cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses lo sujetan al tipo de cambio establecido en la Ley de Convertibilidad y a la vigencia de esa ley. Si se hubiese querido establecer tarifas en dólares convertidas a pesos al tipo de cambio vigente no se hubiese atado el cálculo de las tarifas en otra moneda a la vigencia de la Ley de Convertibilidad.

b) Enfoque Histórico: La privatización de ENTel demuestra que el cálculo de las tarifas en dólares y su ajuste en base a índices extranjeros fue una consecuencia de la vigencia de la Ley de Convertibilidad, sin que ello implicase mayores garantías una vez abandonado el régimen de tipo de cambio fijo. En efecto, sin establecer compensación alguna a favor del Estado Argentino, luego de dictada la Ley de Convertibilidad, se modificó la moneda de cálculo de las tarifas telefónicas y sus fórmulas de ajuste para adaptarlas a la nueva realidad. Así como la Ley de Convertibilidad obligó al Estado Argentino y a las empresas telefónicas a adaptar el régimen tarifario al nuevo contexto, el abandono de la convertibilidad y la crisis desatada a fines de 2001 obligaron al Estado Argentino y a las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos a adaptar sus licencias y contratos al nuevo contexto.

c) Enfoque Económico-Regulatorio: En el cálculo de las tarifas se incluyó una prima por el riesgo país que reflejaba justamente el riesgo de invertir en la República Argentina y de que ella sufriese una grave crisis y abandonase el régimen de convertibilidad. Como las licenciatarias asumieron ese riesgo, las tarifas fueron mayores que las que se hubieran utilizado en otras economías más estables en similares condiciones. Las licenciatarias no pueden cobrar tarifas mayores por el riesgo que voluntariamente asumieron y luego pretender estar excluidas de las consecuencias que surgen del riesgo por el que se las remuneraba.

Es importante distinguir adecuadamente una modificación del tipo de cambio de convertibilidad de un abandono del régimen de convertibilidad. Mientras el régimen de convertibilidad permitía mantener el cálculo de las tarifas en dólares a una relación de convertibilidad distinta del uno a uno, no ocurre lo mismo en caso de abandono de la convertibilidad.

Desde un punto de vista de política pública, no puede compartirse la conclusión del tribunal en el sentido de que, en caso de abandono de la convertibilidad, "la estructura tarifaria se mantendría intacta en el marco de estabilidad previsto puesto que las tarifas se ajustarían automáticamente en función del nuevo nivel del tipo de cambio" (párr. 161). En ese caso, las tarifas pagadas por los usuarios estarían sujetas a fuertes variaciones como consecuencia de modificaciones en el tipo de cambio. Semejantes variaciones serían irrazonables y violarían principios fundamentales de la Constitución Nacional (arts. 28 y 42) y de la Ley del Gas (ver arts. 2 y 38).

Los árbitros, al igual que los jueces, no pueden desentenderse de las consecuencias en las políticas públicas que provocan sus decisiones (menos aún cuando se trata de una controversia vinculada con la prestación de servicios públicos esenciales).

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1v) Este laudo puede consultarse en la página de Internet de la Procuración del Tesoro de la Nación (www.ptn.gov.ar).

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) Existen además otros aspectos del laudo del caso CMS que no comparto, pero que no trataré en este artículo.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) Ver Ley del Gas, art. 95.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) Ver Ley del Gas, arts. 93, 95 y 96; Decreto Reglamentario, art. 4, inc. 7; Licencia, Reglas Básicas, pto. 1.2 y 16.1.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) Ver Laudo, párr. 167. El tribunal se refirió al principio de tarifas justas y razonables establecido en la Ley del Gas (la norma de mayor jerarquía) sólo después de examinar normas de inferior jerarquía (el Decreto Reglamentario y la Licencia) y concluir que el cálculo en dólares de las tarifas era independiente de la Ley de Convertibilidad (párrs. 127 a 138).

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) En igual sentido, en el inc. 6 del art. 2 del Decreto Reglamentario se hace expresa referencia a la obligación del ENARGAS de asegurar tarifas justas y razonables.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7v) Las normas aplicables al transporte y a la distribución de gas natural (así como la Constitución Nacional luego de su reforma en 1994) protegen especialmente los derechos de los usuarios y consumidores de servicios públicos. En este sentido, el primer objetivo que la Ley del Gas fija para la regulación del transporte y distribución del gas natural es "proteger adecuadamente los derechos de los consumidores" (art. 2). Ver también decreto reglamentario, art. 2.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8v) Ver también decreto reglamentario, art. 2.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9v) En el punto 2.4. de las Reglas Básicas de la Licencia se establece lo siguiente: "Riesgo de la Explotación: La Licenciataria explotará el Servicio Licenciado por cuenta y riesgo propios. El Otorgante no garantiza o asegura la rentabilidad de la explotación." Ver también Licencia, Reglas Básicas, pto. 2.5.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10v) Ver ley 2873 de Ferrocarriles (1891), art. 44 (Adla, 1889-1919, 239).

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11v) Ver ley 12.311 (Corporación de Transporte de la Ciudad de Buenos Aires) (1936) (Adla, 1920-1940, 694), art. 2, inc. c; ley 21.892 (1978), art. 5 (Adla, XXXVIII-D, 3331); ley 23.696 de Reforma del Estado (1989), art. 16 (Adla, XLIX-C, 2444); dec. 731/89 de Privatización de Telecomunicaciones (1989), art. 16 (Adla, XLIX-C, 2577); dec. 1185/90, art. 24, inc. b) (Adla, L-C, 2418); ley 24.065 (Marco Regulatorio de la Electricidad) (1992), art. 40 (Adla, LII-A, 82). En la legislación de los Estados Unidos, este principio fue reconocido en la Interstate Commerce Act de 1887 y se mantiene actualmente en la Natural Gas Act y en la Telecommunications Act de 1996.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12v) Ver PHILLIPS, JR., Charles F., "The Regulation of Public Utilities", Arlington, 1993, cap. 9; KAHN, Alfred E., "The Economics of Regulation", Cambridge, 1988, cap. 1; BIANCHI, Alberto B., "La Regulación Económica", Buenos Aires, Ed. Abaco, 2001, t. I, ps. 329 y siguientes.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13v) Ver "Maruba S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante", Fallos 321:1784 (1998); y "Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones", Fallos 320:686 (1997), entre otros. Ver también "Chicago, M. St. P. Ry. Co. v. Minnesota ex rel. Railroad & Warehous Comm'n", 134 U.S. 418 (1890); "Banton v. Belt Line Ry. Corp.", 268 U.S. 413 (1925); "Nebbia v. New York", 291 U.S. 502 (1934).

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14v) El Producer Price Index ( o PPI) 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 (ver Licencia, Reglas Básicas, pto. 1.1., definición de PPI).

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15v) Con algunas variaciones, estos argumentos fueron presentados por la República Argentina en el caso CMS.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16v) En el (sub)Anexo III de la Licencia se estableció el cuadro tarifario inicial que estaba expresado "en $ convertibles según la ley 23.928."

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17v) De acuerdo con las normas aplicables, para convertir la tarifa de dólares a pesos se debe recurrir a la ley de convertibilidad (parcialmente derogada por la ley 25.561 -Adla, LXII-A, 44-) y al art. 3 del decreto 2128/91 (no derogado) (Adla, LI-D, 3991). Por lo tanto, aun sin considerar los artículos 8 a 10 de la ley 25.561, una interpretación literal de las normas conduciría a concluir que la tarifa actual resultaría de convertir las tarifas calculadas en dólares a una relación uno a uno.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18v) Entre ambos extremos (régimen de convertibilidad y tipo de cambio flotante) existen políticas cambiarias intermedias como establecer bandas de flotación o un régimen de crawling peg, entre otras.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19v) Los procesos de revisión tarifaria previstos en la Ley del Gas, el Decreto Reglamentario y la Licencia no permitirían, a mi juicio, adecuar las tarifas de transporte y distribución de gas natural a las variaciones en el tipo de cambio ocurridas bajo un tipo de cambio flotante. A tal fin deberían utilizarse permanentes revisiones extraordinarias de tarifas (ver Ley del Gas, arts. 46 y 47) y se desnaturalizaría así el objeto de ese tipo de revisiones. Además, el procedimiento necesario para llevarlas a cabo (e.g., celebrar audiencia pública) impediría el ajuste eficaz y a tiempo de las tarifas ante variaciones en el tipo de cambio.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20v) El contrato de consultoría fue celebrado entre la consultora e YPF (entonces en poder del Estado Argentino y cuyo interventor era José Estenssoro) y los fondos para pagar este contrato provinieron de un préstamo del Banco Mundial. Ver minuta de reunión celebrada entre el Subsecretario de Combustibles y el Interventor de Gas del Estado del 9 de agosto de 1991 (expte. MEyOSP N° 700.602, fs. 4361).

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21v) Ver expediente MEyOSP N° 790.602/92, cuerpos 22 y 23.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22v) Ver expediente MEyOSP N° 790.602/92, fs. 4367-82.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23v) Ver, e.g., Laudo, párr. 134 (el tribunal identificó el Informe de Rothschild como el "Memorando Informativo").

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24v) Ver Minuta del Comité de Privatización del 17/7/1992, expte. MEyOSP N° 790.602/92, fs. 4441.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25v) Ver íd., íd., fs. 4447.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26v) Ver Introducción del Anexo D del Pliego ("El presente anexo es una introducción general descriptiva sobre las características del sistema de Gas del Estado y su reestructuración. ... Los Postulantes deberán tomar en cuenta que no en todos los casos Gas del Estado S.E. ha adoptado y/o adoptará en el futuro las sugerencias y/o alternativas presentadas y/o que se deriven de las tareas y/o informes de los consultores. Por lo tanto la privatización y/o el desenvolvimiento de la empresa privatizada, estará sujeta a las normas legales aplicables a los contratos, convenios y demás normas que expresamente se emitan") y Disclaimer del Informe de Rothschild ("Potential bidders are advised to consult Argentine counsel competent in these matters and to rely only on their advice, based on the official Spanish-language versions of the Governing Laws, not on the summaries contained herein nor on any English-language translation provided by GdE. The Government of Argentina, GdE, and YPF reserve the right, in their sole discretion, at any time: ... 2. unilaterally to revoke, modify, amend, supplement or terminate any and all statements, proposals, methods or procedures ... relating to the structure and sale of the Business Units").

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27v) Ver expediente MEyOSP N° 790.602/92, fs. 4466.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28v) Ver decs. 731/89 del 12/09/89 y N° 59/90 del 05/01/90.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29v) Ver dec. 60/90 del 05/01/90.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30v) Ver decs. 62/90 del 05/01/90, 373/90 del 26/02/90 (Adla, L-A, 162), 420/90 del 28/02/90, 575/90 del 28/03/90, 636/90 del 04/04/90, 677/90 del 11/04/90, 973/90 del 23/05/90 (Adla, L-B, 1395), 1130/90 del 14/06/90, 1967/90 del 26/09/90 y 2130/90 del 10/10/90.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31v) Ver decs. 1229/90 del 28/06/90, 1230/90 del 28/06/90 y 2096/90 del 04/10/90 (Adla, L-D, 3786).

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32v) Ver contratos de transferencia y el dec. 2332/90 del 31/12/90 (Adla, LI-A, 75) que aprueba los contratos de transferencia de acciones de Sociedad Licenciataria Norte S.A. y Sociedad Licenciataria Sur S.A.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33v) En el art. 16.1 se previó:

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34v) Estos acuerdos fueron aprobados por medio del dec. 2585/91 del 6 de diciembre de 1991.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35v) En dichos acuerdos se estableció que:

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36v) A tal fin, pudo considerarse que utilizar índices de precios extranjeros evitaba el peligro de una espiral inflacionaria (que se atribuía a las cláusulas de indexación en base a índices locales).

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37v) Las tarifas de transporte y distribución de gas natural se calcularon mediante la proyección de flujos de fondos descontados a una tasa de descuento que incluía el riesgo país de la República Argentina. Un mayor riesgo país implicó una mayor tasa de descuento que, a su vez, exigió mayores tarifas.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38v) La RQT II fue suspendida como consecuencia de la ley 25.561.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39v) Ver expte. MEyOSP N° 790.602/92, fs. 1.

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40v) Ver Patricio Perkins & Asociados, "Evaluación Financiera", p. 29.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41v) Este informe se puede consultar en www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf\_98/visintini.pdf.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42v) VISINTINI, Alfredo A., "El Costo del Capital en la Revisión Quinquenal de Tarifas de la Industria del Gas Natural en Argentina", p. 6.

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43v) Ver íd., p. 10. En el caso de las distribuidoras de gas natural, el riesgo país utilizado fue de 6,40%.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44v) Este informe fue aprobado por el ENARGAS por medio de la Nota ENRG/GdyE/GAL/GD/GT/GR/D N° 5498, del 13 de noviembre de 2001. Ver expedientes ENARGAS N° 6263 a 6273.

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45v) Prospecto, ps. 15 y 16.

[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN46v) En este sentido, en la tapa del Prospecto se señala:

[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN47v) En el Disclaimer del Informe de Rothschild se señaló lo siguiente:

[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN48v) Traducción del inglés al español. El texto original es el siguiente: "Potential bidders are advised to consult Argentine counsel competent in these matters and to rely only on their advice based on the official Spanish-language versions of the Governing Laws, not on the summaries contained herein nor on any English-language translation provided by GdE."

[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN49v) Además, en la Introducción al Anexo D del Pliego se afirmó que:

[(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN50v) En el Disclaimer del Informe de Rothschild se afirmó lo siguiente:

[(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN51v) En dicho acuerdo se señaló:

[(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN52v) En el párrafo 58, el tribunal sostiene que el Informe de Rothschild fue utilizado por el directorio de TGN para elaborar el Prospecto (identificado por el tribunal como "Memorando de Oferta" de 1995). No comparto esta afirmación, ya que no existe elemento alguno que permita llegar a semejante conclusión y que el Prospecto expresamente señala el riesgo que ocasionaría a todo inversor una gran devaluación del peso.

[(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN53v) En el segundo contrato de consultoría celebrado con la consultora Patricio Perkins & Asociados se incluyó la siguiente cláusula:

[(54)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN54v) En este caso, podrían utilizarse revisiones extraordinarias de tarifas a fin de ajustarlas a la nueva relación fija entre el dólar estadounidense y el peso, respetando el principio de tarifas justas y razonables.

[(55)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&hitguid=i9463B34D2DD94E1A9D5C9EA7ACF92F24&spos=40&epos=40&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN55v) Durante algunos de esos años, el ingeniero Perkins fue presidente del directorio de Aguas Argentinas.

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

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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN*v) Universidad de París II.

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16v) GUGLIELMINO, op. loc. cit..

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17v) GUGLIELMINO, op. loc. cit..

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18v) GUGLIELMINO, op. loc. cit..

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21v) CMS, Párr. 23.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25v) STANLEY, L., op. cit.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30v) Siemens, párr. 111.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36v) Aguas Aconquija, CMS, Enron, Siemens.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38v) Siemens, párr. 125.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40v) CMS, Párr.36.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42v) CITARA, op. cit..

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43v) CITARA, op. loc. cit..

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN48v) CASAS, op. cit.

[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN52v) Ver nota 48.

[(53)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&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=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&hitguid=i65941D50B70711D98D9A0050047CC9FE&spos=42&epos=42&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN55v) Ley 25.561, Adla, LXII-A, 44.

Arbitraje nacional e internacional

**Arazi, Roland**

**Publicado en:** LA LEY 2005-D, 1433

**Sumario:** SUMARIO: I. Jornadas procesales. - II. Medios alternativos de resolución de conflictos. - III. Arbitraje. - IV. Medidas cautelares. - V. Tutela anticipada. - VI. El árbitro y la prueba. - VII. Declaración de inconstitucionalidad. - VIII. Posibilidad de revisar la razonabilidad del laudo. - IX. Arbitraje internacional. - X. Tratados bilaterales de inversión. - XI. Conclusiones.

I. Jornadas procesales

Los días 30 de junio y 1° de julio del presente año se celebraron en la ciudad de Barcelona (España) las Primeras Jornadas Procesales auspiciadas por el Tribunal Arbitral de esa ciudad y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; entre las conclusiones de esas Jornadas cabe destacar la importancia del arbitraje internacional como un medio eficaz para la solución de conflictos de esa índole. Los ponentes argentinos en este tema (el doctor Augusto Mario Morello y el autor de este trabajo) señalamos la preocupación por los laudos arbitrales en los casos en que un Estado someta a la jurisdicción arbitral sus diferendos con empresas concesionarias de servicios públicos, cuando los compromisos asumidos por el primero se encuentren en pugna con normas constitucionales.

**II. Medios alternativos de resolución de conflictos**

En los últimos años en la República Argentina, en coincidencia con lo que está sucediendo en la mayor parte de los países, se advierte una notable apertura hacia los métodos alternativos de resolución de conflictos.

De acuerdo al vocabulario vulgar, el término "conflicto" significa "pelea, batalla, lucha", es decir, una confrontación física entre las partes. Pero el significado se ha extendido, según señalan Elena Highton y Gladys Alvarez, para incluir "un desacuerdo agudo u oposición de intereses, ideas, etcétera". Dicen las mismas autoras que el conflicto, caracterizado como divergencia percibida de interés, surge cuando no parece haber una alternativa disponible que satisfaga las aspiraciones de ambas partes, ya sea porque una tiene o ambas tienen altas aspiraciones o porque las alternativas de integración son pocas.

Para resolver el conflicto existen diversos sistemas, además del proceso judicial clásico, a saber: negociación, mediación, conciliación, y arbitraje (en este último caso el litigio es resuelto por un tercero imparcial, igual que en el proceso judicial).

Tanto en la negociación privada como en la mediación, el acuerdo que pone fin al conflicto constituye un acto bilateral, mientras que en la conciliación el acto es trilateral porque, además de las partes, interviene un tercero con autoridad para controlar, entre otras cosas, que no se altere el orden público ni se vulneren derechos de terceros; por ello los conflictos que no pueden ser solucionados mediante una transacción (y consecuentemente una negociación privada o mediación) sí pueden conciliarse ante el juez o la autoridad que en cada caso se disponga.

Como señala Morello, en Argentina la mediación ha sido colocada en una posición privilegiada tanto en la opinión especializada como en la legislación, mientras que más apagadas (en una segunda fila) han quedado la conciliación y el arbitraje [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1). Sin embargo hasta en la Constitución Nacional se mencionan estos últimos medios al garantizar expresamente a los gremios a recurrir a ellos (art. 14 bis).

La ley 24.573 (B.O. 27/10/95 -Adla, LV-E, 5894-) [(\*)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN*) instituyó con carácter obligatorio, en la justicia nacional y por un plazo de cinco años, luego prorrogado por otros cinco años, la mediación previa a todo juicio, salvo los supuestos expresamente excluidos.

Por su lado, la ley 24.635 (Adla, LVI-B, 1728) [(\*\*)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN**) dispuso un mecanismo previo de conciliación laboral: como dijimos, el conciliador, a diferencia del mediador, es un funcionario público investido de autoridad para controlar el trámite de la conciliación.

El mediador es un tercero que colabora con las partes para que éstas puedan solucionar su conflicto. La Comisión de la Comunidades Europeas (Bruselas octubre de 2004) elaboró una propuesta sobre aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Según esa Directiva se entiende por "mediación" todo proceso, sea cual fuese su nombre o denominación, en que dos o más partes son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución de un litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por ellas, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescripto por el Derecho nacional de un Estado miembro. El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio; ello sin perjuicio de lo dispuesto por la legislación nacional que prevea el uso obligatorio de la mediación o la sujete a incentivo o sanciones, ya sea antes o después de iniciado el proceso judicial.

Con relación a la conciliación judicial el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impone al juez el deber, en los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, de fijar, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el Ministerio Público, en su caso; en ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal (art. 34, inc. 1°). En los demás casos los jueces y tribunales deben intentar una conciliación total o parcial del conflicto o incidente procesal, pudiendo proponer y promover que las partes deriven el litigio a otros medios alternativos de resolución de conflictos (art. 36, inc. 2°).

**III. Arbitraje**

No obstante la observación de Morello que hemos señalado, en Argentina se está dando impulso al arbitraje institucionalizado mediante tribunales de carácter permanente que funcionan en los Colegios profesionales (tal como lo hace el Tribunal Arbitral de Barcelona), en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en la Bolsa de Cereales, etc.

El laudo del tribunal arbitral es obligatorio; sin embargo, es posible prever un medio alternativo de resolución de conflictos que se encontraría en una situación intermedia entre el arbitraje tradicional, la mediación y la conciliación: en este supuesto los árbitros dictan un laudo no obligatorio, pero la parte que impone la necesidad de llevar la misma cuestión a los tribunales estatales es objeto de sanciones patrimoniales si la decisión judicial finalmente coincide con la de los árbitros o se encuentra muy cerca de ella.

Si bien es cierto que como norma la jurisdicción arbitral tiene como base la voluntad de las partes, hay supuestos excepcionales donde el arbitraje está impuesto por la ley. Mencionamos los siguientes: el art. 1627 del Cód. Civil que en la locación de servicios dispone que si no se estipuló el precio de los servicios o trabajos que constituyan el modo de vivir del locador entiéndese que las partes ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros; el art. 456 del Cód. de Comercio según el cual en la compraventa mercantil se prevé, en ciertos supuestos, el reconocimiento de la cosa vendida por peritos árbitros; el art. 459 del Código últimamente citado que se refiere al precio de la cosa vendida; en materia de seguros, la ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677) menciona el juicio de peritos para evaluar toda declaración falsa o reticencia por el asegurado; el dec. 677/2001 (Adla, LXI-C, 2718) que regula la oferta pública en el mercado de valores, en algunos supuestos prevé el arbitraje compulsivo; asimismo se prevé el dictamen pericial vinculante para la declaración de demencia (doct. art. 142, Cód. Civil) y para establecer la edad de las personas cuando no pueda determinarse por otro medio de prueba; finalmente el art. 516 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación ordena para los casos de ejecución de sentencias cuando las liquidaciones o cuentas fuesen muy complicadas y de lenta y difícil justificación o requieran conocimientos especiales, que sean sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiese conformidad de partes, a la de amigables componedores.

La regulación legal del arbitraje en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es muy deficiente, por ello tanto jueces como abogados se manifiestan contrarios a su aplicación. El Código se refiere al Proceso arbitral en los arts. 736 a 773 legislando sobre el juicio arbitral, el de amigables componedores y la "pericia" arbitral, esta última para los casos en que las leyes establezcan ese procedimiento y se necesiten conocimientos técnico-científicos en los árbitros para resolver la cuestión encomendada: como hipótesis de esta pericia arbitral el Código menciona en el art. 516, al que antes nos hemos referido, un supuesto específico.

El rechazo a la regulación legal vigente se basa en la subordinación que tienen los árbitros respecto de los jueces del Estado. Además, conforme el sistema de la ley procesal, la cláusula compromisoria no es suficiente, necesitando que las partes firmen el compromiso arbitral, el que debe formalizarse una vez que ha surgido el conflicto, por escritura pública o instrumento privado o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquel a quien hubiese correspondido su conocimiento.

El compromiso debe contener, bajo pena de nulidad: 1) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes; 2) nombre y domicilio de los árbitros salvo que las partes no se pongan de acuerdo, en cuyo serán nombrados por el juez; 3) las cuestiones que se someten al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias; 4) la estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

En la práctica, la falta de acuerdo para formalizar el compromiso, pese a la existencia de la cláusula arbitral, origina engorrosos trámites judiciales que conspiran contra la celeridad y sencillez que tuvieron en la mira los que suscribieron la cláusula arbitral. El Código Procesal dispone que pueda demandarse la constitución del tribunal arbitral, cuando una deba o más cuestiones deban ser decididas por árbitros.

Desde hace tiempo se viene bregando por una reforma al proceso arbitral; en tal sentido en el año 1994 los doctores Augusto M. Morello, Isidoro Eisner, Mario E. Kaminker y Roland Arazi elaboraron un proyecto de reformas al Código Procesal que en el capítulo referido al proceso arbitral contempla los postulados que reclama la doctrina, y que hoy, muchos de ellos, vemos reflejados en la nueva ley de arbitraje de España (60/2003) a saber: 1) Informalidad respecto a la cláusula arbitral, la que deberá formalizarse por escrito en un documento firmado por las partes o como cláusula incorporada a un contrato de manera independiente; puede resultar también de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. La declaración de invalidez de un contrato no importará la del acuerdo arbitral, salvo que ésta fuera consecuencia irrescindible de aquélla. 2) Acuerdo arbitral comprensivo de las diversas modalidades o figuras conocidas como "cláusula arbitral", "compromiso" o equivalentes, siendo sus efectos, y el de todas ellas, la atribución directa de competencia a los árbitros que correspondan. Producido el supuesto previsto por el acuerdo arbitral, no será necesario celebrar ningún otro pacto para ingresar al procedimiento arbitral. 3) Una vez notificadas las partes por escrito de la aceptación de los árbitros, comenzará el procedimiento arbitral; hasta ese momento, cualquier medida cautelar, preliminar o preparatoria será de competencia de los tribunales judiciales. 4) Comenzado el procedimiento arbitral los árbitros, a petición de parte, pueden decretar medidas cautelares aun cuando para hacerla efectivas se deba recurrir al juez de primera instancia a quien hubiese correspondido intervenir en el asunto. 5) Es válida la renuncia a los recursos admisibles, salvo los de aclaratoria y nulidad. El incidente de nulidad por vicios de actividad se propondrá, sustanciará y resolverá ante los árbitros, cuya decisión será irrecurrible. 6) El laudo arbitral firme causará ejecutoria observándose el trámite de ejecución de sentencia, y se realizará ante el tribunal judicial competente. 7) En caso de duda acerca del tipo de arbitraje a ser utilizado (de derecho o de equidad por amigables componedores) se entenderá que es el de los árbitros de derecho.

**IV. Medidas cautelares**

Uno de los temas que ha suscitado controversias es la posibilidad de que los árbitros ordenen medidas cautelares y, en su caso, dispongan de autoridad para hacerlas efectivas. Hemos anticipado que el Proyecto de 1994, igual que la nueva ley española de Arbitraje (art. 23), faculta a los árbitros a ordenar medidas cautelares. Y esta parece ser hoy la opinión de la doctrina; pero como el art. 753 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación prohíbe expresamente a los árbitros decretar medidas compulsorias y de ejecución, se entendió que tal prohibición incluía también las de ordenar medidas cautelares. No obstante, aun dentro del sistema de la actual legislación argentina, debe reconocerse a los árbitros jurisdicción para resolver las cuestiones que se le sometan; en el caso, para decretar o negar una medida cautelar, aunque carecen de imperio para ejecutar la decisión cuando para ello se necesite el auxilio de la fuerza pública u otras medidas de compulsión [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2) En la Exposición de Motivos de la ley 60/2003 de España leemos: "Obviamente los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes".

La cuestión presenta aun una arista no definitivamente aclarada: la posibilidad de que los árbitros ordenen el cumplimiento de las medidas cautelares que no requieren para ello el auxilio de la fuerza pública, como sería la anotación en un Registro público o la simple notificación al afectado. Parte de la doctrina le reconoce al árbitro esa facultad [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3), otros, como Peyrano, la niegan con base en el principio tradicional según el cual el ejercicio de la executio es facultad indelegable de la jurisdicción oficial y de la que se encuentra privada la jurisdicción arbitral [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4); el último autor agrega otro argumento para su tesis negativa y es que las firmas de los árbitros no se encuentran inscriptas en los Registros oficiales, situación que daría lugar a engorrosos trámites que conspirarían contra la celeridad propia de las cautelares.

Sin desconocer la seriedad de los argumentos para la postura restrictiva, entendemos que no existe obstáculo para hacer efectiva la medida cautelar ordenada cuando para ello no sea necesario ejercer compulsión. Incluso el laudo definitivo es notificado por el árbitro y si es cumplido espontáneamente, no es necesaria la intervención judicial; de igual manera parece innecesario que sea el juez quien notifique una medida cautelar que ordena no innovar, por ejemplo, pues esa es la manera en que se "ejecuta" la medida. En caso de incumplimiento por el afectado el árbitro podrá imponer astreintes o alguna otra sanción que garantice el cumplimiento, -cuyo cobro deberá obtenerse por vía judicial- sin perjuicio de las responsabilidades del destinatario.

Si la medida cautelar consiste en una anotación en los Registros Públicos tendrá que reglamentarse la obligatoriedad de éstos de darle cumplimiento, al menos cuando la orden emane de un Tribunal institucional con árbitros permanentes.

En síntesis los árbitros podrán dictar medidas cautelares y obtener su cumplimiento cuando para ello no sea menester el ejercicio de compulsión. Esta es la solución que consagra el recientemente aprobado Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Mendoza.

En el supuesto de que se ordene como medida cautelar que el deudor del afectado se abstenga de pagarle a su acreedor o de contratar con la parte contra la cual se traba la medida, como los terceros no se ven alcanzados por la jurisdicción arbitral pueden dejar de cumplirla pero también pueden cumplirla y ello no les acarrea ninguna responsabilidad frente a su acreedor o frente a la parte con quien debía contratar [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5). De ser necesaria la intervención judicial el árbitro deberá dirigirse al juez que corresponda recabando el cumplimiento o bien expedir testimonio de la resolución para que el interesado lo presente. El Juez no podrá analizar la justicia ni siquiera la razonabilidad de la medida, deberá limitarse a prestar su auxilio para que ésta se cumpla.

**V. Tutela anticipada**

Como todos sabemos, en la jurisprudencia y en la doctrina se está abriendo paso, cada vez con mayor énfasis, la posibilidad de anticipar la tutela ordenando medidas innovativas que en los hechos importan una condena anticipada, aun cuando tenga carácter provisorio. A partir del caso "Camacho Acosta" (LA LEY, 1997-E, 653) resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de julio de 1997, los tribunales inferiores están aplicando esa doctrina, que ya había sido enunciada por los autores, en casos excepcionales y a fin de evitar graves perjuicios; incluso se encuentra prevista expresamente en el Proyecto de reformas al Código Procesal al que se hizo referencia anteriormente (arts. 65 a 67) y en algún código provincial sancionado últimamente, como el de La Pampa (art. 231) A pesar de importantes opiniones en contra (ver Jorge W. Peyrano, ob. cit.) creemos con el profesor Morello que no existe impedimento alguno para que los árbitros dicten medidas anticipando la tutela siempre que se encuentre dentro de los límites fijados por las partes para el laudo, pues ese anticipo de tutela, en definitiva, constituye una resolución cautelar. Si el árbitro puede ordenar, entre las medidas cautelares, que se altere la situación de hecho o de derecho existente (art. 230, Cód. Procesal Nacional), también puede, en casos, excepcionales decretar la entrega provisoria de bienes.

**VI. El árbitro y la prueba**

El árbitro debe ordenar que se produzcan todos los medios de prueba ofrecidos por las partes y que considere admisibles, así como los que deriven de su propia iniciativa; ordenará las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de los litigantes, de la misma forma que lo hacen los jueces del Estado (doc. art. 36, inc. 6°, Cód. Procesal Nacional), no pudiendo traer fuentes de prueba cuyo conocimiento no provenga de actos del procedimiento. Citará a las partes y a los testigos, dispondrá que se libren oficios, etc. Si fuere necesario ordenará que los testigos comparezcan por la fuerza pública en cuyo caso solicitará el auxilio del juez para hacer cumplir la orden.

Un tema que ha suscitado opiniones divergentes es si los testigos, peritos e intérpretes que afirmasen una falsedad en el proceso arbitral, negaren o callaren la verdad en todo o en parte, en su declaración, informe, traducción o interpretación pueden ser pasibles de condena conforme el art. 275 del Cód. Penal que reprime esos actos cuando fueren hechos ante autoridad competente.

Corresponde entonces determinar si el árbitro es autoridad competente. Penalistas como Oderigo le negaron tal carácter mientras que otros, como Soler interpretaron que el delito queda tipificado cuando se trata de actos cometidos en el proceso arbitral. Nos inclinamos por esta última interpretación, pues los árbitros, una vez designados y aceptado el cargo tienen verdaderas potestades jurisdiccionales; se los deben considerar autoridad, aun cuando carezcan de la totalidad de los atributos de la jurisdicción como la posibilidad de ejecutar sus decisiones mediante el uso de la fuerza pública.

**VII. Declaración de inconstitucionalidad**

En el sistema de control constitucional difuso, donde cualquier juez puede y debe declarar la inconstitucionalidad de una ley, incluso de oficio (CS, en "Banco Comercial de Finanzas S.A.", 19/08/2004 -LA LEY, 2004-E, 647-), y la declaración sólo tiene validez para el caso concreto, no tenemos duda de que los árbitros de derecho deben declarar la inconstitucionalidad de normas contrarias a la Constitución Nacional, pues en primer lugar tienen que aplicar ésta.

El problema reside en determinar si en el arbitraje voluntario es posible recurrir por vía de Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema cuando en el laudo se declaró inconstitucional una norma legal, o planteada la cuestión federal, el tribunal decidió a favor de la ley o decreto tachados de inconstitucionales.

Si bien reconocemos que el tema es controvertido, pues se trata del control constitucional que, en última instancia en el régimen argentino está confiado a la Corte Suprema, por vía del recurso extraordinario, nos pronunciamos en contra de esa posibilidad en los casos en que es aplicable, aun cuando lo sea subsidiariamente, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y las partes renunciaron a interponer los recursos de apelación y de nulidad (art. 741, inc. 5°), salvo, respecto de este último, cuando se funde en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos; supuestos en que es irrenunciable, también lo es el recurso de aclaratoria (art. 760). El art. 761 del Cód. Procesal declara nulo el laudo que contuviera en la parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí.

La Corte Suprema tiene dicho que el recurso extraordinario sólo es admisible contra sentencias definitivas dictadas por los superiores tribunales de justicia; no procede contra decisiones de un organismo que no pertenece al Poder Judicial (CS, "Garber y otro c. titular del Juzgado Comercial N° 9, 26/08/2003, JA, 2003-IV-838) y no se podría recurrir a dicho Tribunal para impugnar un laudo arbitral. El procedimiento es disponible y la renuncia al recurso de apelación y de nulidad implica necesariamente la imposibilidad de revisión por la Corte Suprema salvo que, habiéndose renunciado a interponer los recursos de apelación y de nulidad, se pidiera la nulidad del laudo -por los motivos en que este recurso es irrenunciable- y, planteándose la cuestión federal, se recurra a la Corte contra la decisión del superior tribunal de justicia que entendió en la nulidad.

**VIII. Posibilidad de revisar la razonabilidad del laudo**

Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6) pone "sobre el tapete" la cuestión relativa al examen de la justicia del laudo arbitral. En efecto, en el caso, la Corte, abandonando su doctrina tradicional, revisó el laudo por vía de un recurso ordinario, estableciendo que la renuncia a apelar una decisión arbitral no puede extenderse a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden publico (la Corte modificó el cómputo acumulativo y la tasa de intereses, así como la fecha a partir de la cual se deberá actualizar la deuda reclamada por la actora) y sienta la siguiente doctrina: "la decisión de los árbitros podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable". El fallo mereció un comentario de Morello [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7) quien afirma que, en definitiva, la Corte privilegió el proceso justo sobre un proceso arbitral defectuoso visto en su perspectiva global.

Corresponde señalar que la Corte admitió el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que había rechazado el de nulidad deducido contra el laudo. Pero, contrariamente a lo resuelto por la Cámara, extendió las causales previstas en el art. 760 del Cód. Procesal a otros supuestos no contemplados por la norma.

Estimamos aceptable admitir la revisión del laudo cuando se altera el orden público porque las partes no pueden disponer en contra, además no se puede renunciar a una situación impensable como es dicha alteración (ver art. 41, inc. f, Ley de Arbitraje española, 60/2003); sin embargo la fórmula utilizada por la Corte: revisión judicial del laudo cuando sea "inconstitucional, ilegal o irrazonable", es demasiado amplia y puede dar lugar a continuos planteos judiciales que desnaturalicen la celeridad y sencillez del procedimiento arbitral. Rojas, comentando el mismo fallo dice: "nos preguntamos si la Corte estaba facultada para analizar -como lo hizo- la justicia intrínseca del laudo impugnado, en aparente contradicción con lo pactado por las partes [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8).

**IX. Arbitraje internacional**

Estimamos útil distinguir en este punto el arbitraje derivado del comercio internacional entre particulares, del que se origina en conflictos entre Estados (regulado por el Derecho Internacional Público) y, como una categoría específica, los supuestos en que un Estado somete a arbitraje internacional las controversias que se susciten con empresas privadas, pues en estos últimos casos es necesario determinar con mayor precisión los límites respecto de la prórroga de competencia a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, cuidando que las sentencias de los tribunales extranjeros o los laudos de los árbitros no alteren los principios de derecho público establecidos por la Constitución Nacional (art. 27, Constitución Nacional)

Desde el año 1976 en que se dictó la ley 21.305, en la República Argentina (Adla, XXXVI-B, 1087) se admite 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, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tengan jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga estuviese prohibida por la ley (actualmente art. 1°, del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, texto según ley 22.434 -Adla, XLI-B, 2802-). Por su parte el art. 519 bis del mismo Código, incorporado también por la ley 22.434, establece la posibilidad de ejecutar en el país los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros.

En este punto me voy a permitir transcribir un párrafo del libro del doctor Humberto Briseño Sierra haciendo una cita más extensa de la acostumbrada en trabajos de la índole del presente; ello como un humilde homenaje a un gran maestro del Derecho Procesal, que fue uno de los más entusiastas defensores del arbitraje. Decía el profesor Briseño Sierra que en el campo estrictamente nacional la recomendación del arbitraje obedece a razones de superación de fallas y obstáculos del trámite oficial pero en el comercio internacional, el arbitraje es, además, el único dispositivo aceptable para todos los interesados. En este caso hay situaciones que sin el arbitraje serían prácticamente insalvables por los siguientes motivos:

Si en los negocios internacionales se aplican ante todo, usos, terminología y costumbres establecidas por los comerciantes respecto a la materia, condiciones y formas de sus transacciones, lo consecuente sería que también fueran ellas quienes establecieran las reglas del mecanismo que sirva para resolver los conflictos; en ausencia del arbitraje, el contratante que reclama se enfrenta con una serie de problemas que comienzan con la elección del tribunal competente, que casi siempre será el extranjero, el desconocimiento de esa legislación, la necesidad de un patrocinio letrado de abogado admitido y experto en ese foro, y aunque de menor dificultad, pero no de importancia, el idioma técnico empleado.

Basten estos extremos para advertir que sin el arbitraje los procesos para litigios mercantiles internacionales serían materialmente un grave escollo, muchas veces insalvable. Si en lo interno el arbitraje es una fórmula preferente, en el comercio exterior es la fórmula, la solución por excelencia [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9).

En el arbitraje doméstico todavía se nota cierta resistencia por parte de los operadores jurídicos, especialmente en Argentina, como hemos anticipado; pero la situación es diferente en el arbitraje internacional. Hace ya un tiempo Martínez Castro, Profesor de la Universidad de Valencia, señalaba que cuatro de cada cinco contratos internacionales contienen un pacto de compromiso, siendo esta proporción aun más elevada en el tráfico marítimo.

Para determinar cuándo un asunto es de índole internacional son importantes las pautas dadas por la Ley Modelo de 1985 (UNCITRAL): un arbitraje es internacional si: a) Las partes en un acuerdo arbitral tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: I) el lugar del arbitraje, o con arreglo al acuerdo de arbitraje; II) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; c) las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, será el responsable el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje: si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

El art. 3° de la ley española 63/2003 añade otro supuesto: que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional. En la Exposición de Motivos se explica que se trata de un criterio ampliamente desarrollado en otros ordenamientos, con el que se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriores, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso; por otra parte evita la confusión que la pluralidad de domicilios de una persona, admitida en otros ordenamientos, podría causar a la hora de determinar si un arbitraje es internacional o no.

Entre los tribunales arbitrales aptos para resolver conflictos internacionales mencionamos, además del Tribunal Arbitral de Barcelona, los siguientes: Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, que fue fundada en 1919; American Arbitratio Association, con sede en Nueva York; Comisión de Arbitraje Comercial (CIAC), fundada en 1934 por resolución de la VII Conferencia de Estados Americanos, reunida en Montevideo en 1933. Tanto la ley Modelo citada anteriormente, elaborada en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (CNUDMI o UNCITRAL, según se tome la sigla en español o en inglés), como los Reglamentos de Arbitrajes de la CCI y de la CIAC contemplan el procedimiento y la aplicación del Derecho por parte de los árbitros; los contratantes pueden prever que el arbitraje se rija por esos reglamentos.

La Argentina ha firmado importantes convenciones multilaterales sobre el tema en estudio. Señalamos las siguientes:

1) Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, 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.

2) Convención de Panamá de 1975. Esta Convención fue acordada en el marco de la Organización de Estados Americanos y Argentina la ratificó mediante la ley 24.322 del 5 de enero de 1995. Se dispone que a falta de convenio expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme las normas de procedimiento arbitral de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

3) Por ley 24.578 promulgada el 22 de noviembre de 1995 (Adla, LV-E, 5899) se aprobó el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial y administrativa, suscripto entre los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, el 27 de junio de 1992. El Capítulo V del Protocolo se refiere al reconocimiento y ejecución de sentencia y laudos arbitrales pronunciados en las jurisdicciones de los Estados partes.

**X. Tratados bilaterales de inversión** [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10)

Entre los años 1990 y 2000, la República Argentina suscribió con diversos países, alrededor de sesenta tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones. Dichos tratados, conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución.

En esos tratados se prevén las soluciones de las posibles controversias que se susciten, por medio de arbitrajes internacionales a través de tribunales ad hoc o mediante tribunales constituidos bajo reglas específicas, como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI).

Mediante ley 24.353 el 2 de septiembre de 1994 (Adla, LIV-C, 2861) se aprobó el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre un Estado 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 en materia de Inversiones, antes citado, organismo dependiente del Banco Interamericano de Reconstrucción y Fomento -dependiente a su vez del Banco Mundial- y se aprueban mecanismos de solución de controversias basados en la conciliación y el arbitraje.

En esos tratados se garantiza el cumplimiento de los laudos del CIADI; sin embargo se ha suscitado la polémica acerca de la posibilidad de que las decisiones puedan estar sometidas al control de constitucionalidad por los tribunales argentinos. Se sostiene que tratándose de normas de jerarquía inferior a la Constitución Nacional, corresponde que sean examinadas a la luz de las normas constitucionales [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11).

Las críticas que se formulan al régimen del CIADI son las siguientes:

a) se trata de un régimen antisistémico pues los tribunales arbitrales se constituyen para cada caso, conforme lo dispuesto por el artículo 38 del Convenio del CIADI: si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha de envío de la notificación del acta de registro de la solicitud, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes, y en lo posible, previa consulta con las mismas, deberá nombrar al árbitro o los árbitros que aun no hubiesen sido designados y nombrar a uno de los árbitros como Presidente del Tribunal. Los tribunales actúan en forma totalmente independiente y no tienen ningún órgano común que unifique su jurisprudencia. En los casos planteados contra la República Argentina que son varios (unas 35 firmas extranjeras han presentado demanda contra el país, reclamando en total casi U$S20.000 millones: el 11% del PBI (en este momento, mediante acuerdos, algunas de esas demandas han sido retiradas) y obedecen a una causa común, las soluciones pueden ser divergentes y los distintos tribunales carecen de una visión de conjunto del problema; b) el laudo tiene el valor de una sentencia firme dictada por un tribunal del Estado condenado y en caso de que se pida la aclaración, revisión o anulación, se excluye la jurisdicción local; de tal forma su ejecución no es sometida al control del exequátur; c) no constituye requisito para habilitar la jurisdicción arbitral que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional; d) existe una cláusula de "estabilización legal" por medio de la cual las partes contratantes no pueden modificar o derogar leyes que tengan efecto expropiatorios o de nacionalización, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la ora parte contratante, salvo supuestos excepcionales (Tratado Bilateral de Inversión con la República de Panamá, aprobado por ley 24.971 B.O. del 25-6-98 -Adla, LVIII-C, 2852-); e) el tribunal arbitral decide sobre su competencia y la decisión al respecto es irrecurrible.

La mayor crítica se refiere a que el Estado condenado no puede ejercer ningún tipo de control ni antes del proceso arbitral, pues no se exige que se agote la jurisdicción local, de conformidad con las normas del Derecho Internacional Público; ni después de dictado el laudo, porque se prescinde del exequátur para la ejecución como corresponde a toda sentencia y laudo extranjero, de acuerdo a normas del Derecho Internacional Privado.

En definitiva la cuestión consiste en determinar si, no obstante los términos de los tratados bilaterales, es aceptable que un Estado pueda ceder en forma anticipada y definitiva su potestad de efectuar el control judicial de constitucionalidad en sus tribunales, de los tratados de comercio y de los conflictos que susciten su aplicación.

El tema en Argentina es actual y concreto pues con fecha 12 de mayo de 2005 se enviaron a las partes la notificación del laudo dictado en la causa "CMS Gas Transmisión Company c. República Argentina", donde se condena a la demandada a pagar a la demandante la suma de U$S133,2 millones con más sus intereses.

**XI. Conclusiones**

1) El arbitraje constituye una alternativa importante para la solución de controversias, cuando las partes no pueden solucionarlas por sí mismas; 2) Es necesario despojar al proceso arbitral de formalismos innecesarios y del continuo control judicial; 3) Los árbitros pueden decretar medidas cautelares y hacerlas cumplir cuando para esto último no sea necesario ejercer compulsión; 4) Debe propiciarse el arbitraje institucionalizado con árbitros permanentes avalados por instituciones de prestigio, como sucede en Argentina con los tribunales de la Bolsa de Comercio, de la Bolsa de Cereales y de los distintos Colegios Profesionales y en España con el Tribunal Arbitral de Barcelona; 5) Corresponde distinguir en el arbitraje internacional los supuestos en que el foro arbitral haya sido convenido por particulares de aquellos en que la prórroga de la jurisdicción haya sido aceptada por el Estado, pues en estos últimos se deberá tener especial cuidado de no transgredir los principios del derecho público internacional y local.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1v) MORELLO, Augusto M., "Avances procesales", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 593.

[(A)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN*v) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1996-A, p. 229.

[(AA)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN**v) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1996-B, p. 1503.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) CAIVANO, Roque J. "Arbitraje", Ed. Ad-Hoc, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 238.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) ZINNY, Jorge, "Medidas cautelares en el arbitraje", en Revista de Derecho Procesal, director Roland Arazi, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. 1, julio de 1998, p. 260.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) PEYRANO, Jorge W., "Medidas cautelares en los procesos arbitrales", JA, 2004-III, fascículo 7, p. 8.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) CAIVANO, ob. cit. p. 240.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.", 01/06/2004, LA LEY, 2004-E, 266.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7v) "El arbitraje en la encrucijada", JA, 2004-III. Fascículo 7, ps. 14 y siguientes.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8v) ROJAS, Jorge A. "Vías de impugnación del laudo arbitral", ED, ejemplar del 25 de noviembre de 2004.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9v) "El Arbitraje Comercial". Doctrina y legislación, Ed. LIMUSA, México, 1988, p. 12.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10v) La mayor parte de los datos consignados en este título fueron tomados del capítulo "Globalización, Estatidad y Derecho", escrito por el Ministro de Justicia y Derecho Humanos de la Nación, doctor Horacio Rosatti y que integra el libro "Estado y Globlización", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, marzo de 2005.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&hitguid=i7E5CF6FFC0FE465AA48B6244CE2BAEC4&spos=45&epos=45&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11v) ROSATTI, ob. cit., p. 135; MORELLO, Augusto M., "Arbitraje Internacional. NAFTA", LA LEY, 2004/05/28, p. 1.

Los límites del acuerdo arbitral

**Marzorati, Osvaldo**

**Publicado en:** LA LEY 2010-B, 946

**Sumario:** I. Introducción. II. La cuestión de la autonomía del convenio arbitral. III. El acuerdo arbitral y el orden público. IV. El acuerdo arbitral y el derecho argentino. V. Conclusiones.

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append)

*El autor sostiene en el presente trabajo la necesidad de dictar una ley federal de arbitraje que trate el arbitraje internacional y el nacional, o uno de ambos; que invite a las provincias argentinas a su adhesión, pero fundamentalmente que supere los arcaicos principios de los códigos provinciales de arbitraje y el mismo Código de Procedimientos utilizado en el orden nacional.*

**I. Introducción**

El acuerdo arbitral a nuestro juicio constituye la piedra basal del arbitraje porque no sólo implica la facultad de las partes de resolver diferencias por un método de solución privada de controversias, basado en el consentimiento de ambas sino que también permite soslayar, excluyéndola, la competencia normal de los jueces de una jurisdicción para conocer y resolver las diferencias entre las partes de una controversia. [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1) Esta afirmación no desconoce que la existencia del arbitraje tiene fundamento en una disposición legal que permite a las partes recurrir a un método de solución de controversias paralelo a la justicia, del que es ejemplo la legislación colombiana, en cuanto transitoriamente otorga para un caso determinado y hasta su conclusión a un tribunal privado el iuris dictio, por lo que su legitimidad es derivada para el caso y nunca originaria, pero aun así ratifica que la institución del arbitraje tanto público como privado reconoce una añeja tradición jurídica que para nuestro sistema de derecho civil se remonta al Derecho Romano, como analizaremos brevemente en el capítulo siguiente.

Sin embargo, la circunstancia de que reconozca un origen legal se trate de un edicto del Pretor Romano o una Constitución del emperador Justiniano o su legislación en las Leyes de Partidas o el dictado de leyes especiales nacionales sobre arbitraje o su previsión en contratos internacionales, como lo son los Tratados no desmerecen que en todo tiempo los Estados, los Imperios o las Repúblicas entendieron que el arbitraje como medio privado de solución de conflictos o controversias era una herramienta eficaz para afianzar el valor Justicia en primer término, para superar problemas del propio sistema judicial y en tercer término comprendieron que ese sistema sólo podía funcionar sobre la base de su aceptación por medio del consenso de los futuros litigantes, motivo por el cual se sustrajo el poder de decir justicia, la iuris dictio de los tribunales estatales, reservándose sólo una función coadyuvante y auxiliar: el imperium para hacer cumplir los laudos arbitrales que son su consecuencia y el control del laudo para asegurar un proceso sin fallas, que luego facilitase su ejecución.

En este trabajo deseo sentar que esa misma necesidad ha sufrido a lo largo del tiempo vicisitudes y múltiples obstáculos originadas en ideologías que aun admitiendo la validez de la técnica arbitral han pretendido descalificarla apelando a múltiples posturas. En esas tesituras se ha advertido la resistencia de los propios Estados para someterse a las reglas de la justicia privada tanto en la aplicación del derecho interno como del internacional, la resistencia larvada de muchos tribunales en reconocer la validez de laudos apelando a una desmesurada apreciación de las causales del control judicial de los mismos, o apoyándose en limitaciones técnicas sobre la autonomía del acuerdo arbitral, o negando que los árbitros sean los jueces de su propia competencia, o que puedan conocer y juzgar sobre normas de orden público o declarar la constitucionalidad de las leyes o desconocer la aplicación de tratados internacionales o simplemente retaceando el apoyo de los jueces al arbitraje sobre la simple proposición de que "los jueces son avaros de su jurisdicción", un sentimiento, si se me permite la observación, sumamente difundido, aunque no exteriorizado por la magistratura, compartidos por otros colegas latinoamericanos. [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2) Esta actitud genera la interferencia judicial en el proceso arbitral, antes y durante el proceso, y en el control de nulidad del laudo.

Por otra parte, los abogados parecieran haber descubierto una veta jurídica nueva para la cual no estaban demasiado preparados ya que los programas de derecho no le prestaban mayor atención durante buena parte del siglo XX, en donde la institución arbitral, como tal, sólo se la conocía como una institución procesal más, legislada escuetamente entre juicios periciales y otras medidas especiales en los códigos procesales latinoamericanos, o por su repercusión y uso en derecho internacional público. El acto de desempolvar al arbitraje del "salón en el ángulo obscuro", ha motivado un creciente y exuberante interés por esta Institución, promovido su discusión en toda clase de foros nacionales e internacionales y generado una corriente de pensamiento que curiosamente en el afán de perfeccionarlo, han creado las condiciones que despojan al arbitraje de las virtudes que lo hacen diferente del proceso judicial: más lento, más costoso, y menos flexible, sea generando nuevas regulaciones o propiciando normas sobre la conducción del proceso arbitral, regulando casuísticamente las causales de recusación o la forma de tomar la prueba; medidas que tienden a parecerse al proceso judicial o a lo que se denomina una judicialización del arbitraje, con lo que las encendidas virtudes que se pregonan sobre la rapidez, flexibilidad y economicidad del arbitraje parecen perderse en la práctica y así lo testimonian los procesos de los arbitrajes de inversión y de algunos arbitrajes comerciales que tardan años en ventilarse son objeto de toda clase de demoras por las partes, usando mañas adquiridas y perfeccionadas durante siglos en los procesos judiciales, generan importantes costos para las partes equivalentes a las que se incurren en litigios judiciales y finalmente y para colmo arrojan dudas sobre la transparencia de los procedimientos arbitrales y las incompatibilidades de los árbitros. Este proceso denominado "judicialización" del arbitraje es sólo de formas, el proceso se rigidiza por la participación de las partes en detrimento de la rapidez del arbitraje.

En este contexto, la paradoja de la República Argentina es que mientras la doctrina en nuestros días está conteste en sostener al arbitraje como un medio eficaz y alternativo de solución de controversias, la jurisprudencia o el mismo Estado ha contribuido a través de sus pronunciamientos judiciales y políticos a demerituarlo creando para el profesor de derecho, que debe enseñar el arbitraje, como método de solución de conflictos, un arbitraje posible y razonable pero, al mismo tiempo, la obligación académica de explicar basado en la realidad de la jurisprudencia un arbitraje distinto, impredecible por momentos y en donde el límite es la imaginación. Los capítulos que siguen desarrollarán con ejemplos esa dicotomía conceptual de la que, ciertamente, es difícil sentirse complacido, pero de la que es necesario dejar testimonio.

**II. La cuestión de la autonomía del convenio arbitral**

II.1. La autonomía y la cuestión de la arbitrabilidad

A diferencia de muchas de las legislaciones citadas, el Derecho argentino aplicable, es decir en el orden interno, carece de una norma que declare la autonomía del arbitraje. La autonomía del acuerdo arbitral, que consiste en la independencia del convenio arbitral frente al convenio o contrato en el que se encuentra inserto o, si se quiere, su separabilidad como lo prevé el acuerdo del MERCOSUR, al establecer "que la convención arbitral es autónoma respecto del contrato base".

Sin embargo, creemos como la mayoría de la doctrina que la inexistencia del compromiso arbitral o la invalidez del contrato no implica la nulidad de la cláusula compromisoria. [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3)

En nuestra opinión, ese vacío ha sido llenado en el arbitraje internacional por la Convención de Nueva York que claramente dice que el arbitraje se rige por la ley a la que las partes lo han sometido o, si nada se hubiere indicado, a la ley del país en que se haya dictado la sentencia. Por lo tanto, en la medida que la ratificación del Acuerdo del Mercosur por Argentina y Brasil lo hizo entrar en vigencia y al mismo tiempo creó una norma que posibilita aplicar internacionalmente, en ese ámbito, la autonomía del arbitraje puede válidamente sostenerse, por analogía, en ese ámbito y en cualquier otro como que refleja la posición internacional argentina en la materia, así como durante años, al suprimirse el art. 738 del Código de Comercio y no contener igual prescripción sobre la ley aplicable a los actos cambiarios el Decreto/Ley 5339/63, se aplicaron por analogía lo preceptuado en los Tratados de Montevideo para suplir el vacío legal.

Admito, no obstante, que en el ámbito de la Convención de Nueva York o de Panamá se debe estar a la remisión de ley que las partes lo han sometido o la ley del lugar donde se ha dictado la sentencia, mientras que en el orden interno su vigencia reside —como veremos— en la jurisprudencia que ha acogido la existencia de la autonomía en el orden interno.

Una segunda mirada más provocativa sobre el alcance de la autonomía es aquella que sostiene que se está llegando a una concepción autónoma del arbitraje como un cuerpo cerrado de normas sin referencias o al menos en forma muy escasa a las jurisdicciones nacionales o los jueces nacionales, sólo para dar apoyo al arbitraje, basando esa afirmación en la existencia indudable de múltiples leyes especiales sobre arbitraje de las que América Latina no es excepción salvo en el caso de México, la Argentina y el Uruguay, que lo mantienen en sus respectivos códigos.

Esa autonomía se manifiesta en centrar el planteo en la autonomía del arbitraje en sí mismo y no en la discusión de si la cláusula arbitral es separable del contrato base y por lo tanto la nulidad, aunque fuera absoluta de éste no impide ni hace caer la cláusula arbitral, salvo que ésta fuera nula. La autonomía de la regulación del arbitraje se manifiesta en dos aspectos: i) la existencia de leyes autónomas, ii) dotadas de un contenido exclusivo y excluyente. [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4)

El trabajo y la inquietud del Dr. Mantilla Serrano son encomiables y se inscriben en la tendencia que he descripto relativa a la homogeneización de instrumentos internacionales en el orden contractual, materia que enseño en la actualidad. De lege lata es una proposición fundada y viable, pero que aún no consigue afianzarse, aunque distinguidos autores como Bernardo Cremades creen en un arbitraje transnacional [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5), porque todos los instrumentos que abonan por la autonomía del derecho de arbitraje en esta concepción amplia son exactos, pero no son idénticos. Muchas jurisdicciones nacionales no sostienen con esa amplitud la autonomía y mucho menos avalan que esa autonomía sea exclusiva y excluyente.

De lege ferenda, cuando a la autonomía se la limita por la referencia obligada a derechos nacionales que priman con soluciones a veces diversas, también se la niega como proposición científica. Ello es dable observar en temas tales como la capacidad de las partes para arbitrar que dependen de los derechos nacionales o en la arbitrabilidad de la materia que depende también de las normas nacionales a las que se debe recurrir por vía de remisión a esas jurisdicciones nacionales y que también se conoce como arbitrabilidad subjetiva u objetiva. [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6)

Pero además de la limitación de la arbitrabilidad, se encuentra y lo enfocaremos más adelante, la limitación debida al alcance o incidencia del orden público sea interno o internacional, temas que hoy siguen siendo materia de debate, incluyendo la jurisdicción argentina. Esa limitación es doble: por un lado, que las cuestiones de orden público no son arbitrables y por el otro que un laudo puede ser inejecutable por violar el orden público de una jurisdicción nacional determinada. Cuando en estos temas se llegue a soluciones materiales comunes, se podrá hablar de lege ferenda, de una autonomía del arbitraje, como sostiene el autor colombiano mencionado que comentamos (ver nota 37).

Por ese motivo, creo que la autonomía del derecho del arbitraje internacional constituye una aspiración o asignatura pendiente que existe de lege lata pero no existe en la realidad a pesar de que no niego la existencia de una tendencia a su universalidad y homogeneización que requerirá para su concreción un orden político internacional diferente del que hoy conocemos.

En cuanto a la autonomía de la cláusula arbitral o del compromiso arbitral frente al contrato base con el que se relacionan, considero que esa autonomía ya no se discute más doctrinariamente [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7) y existe múltiple jurisprudencia y legislación nacional e internacional que avala que la nulidad o anulación del contrato base no afecta a la cláusula compromisoria o al acuerdo arbitral, tal como está definido en la Convención de Nueva York, en la ley Modelo de UNCITRAL y en todas las legislaciones especiales que abrevan en aguas de dichas normas internacionales. Me remito a los excelentes trabajos de Julio Rivera, Horacio Grigera Naón y al excelente trabajo de Juan Pablo Cárdenas Mejía, [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8) quien condensa su concepto afirmando que el principio de autonomía busca asegurar la eficacia del pacto arbitral, evitando que se vea perturbado por la invocación de la nulidad o inexistencia del contrato en relación con el cual surge el litigio; en materia de arbitraje internacional, busca evitar que el arbitraje se vea afectado por reglas limitativas del arbitraje particulares de legislaciones nacionales, a cuyo efecto recuerda el reglamento de arbitraje de la ICC y el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9)

Cabe destacar que existe un precedente de la sala E en lo Comercial que mereció un comentario laudatorio de Antonio Boggiano en virtud del cual la Cámara sostuvo la autonomía de la cláusula arbitral incorporada a un contrato de compraventa internacional de mercaderías con entrega FOB puerto de Hamburgo previendo la actuación de un tribunal de arbitraje de acuerdo con las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Argentino-Alemana de Buenos Aires y la aplicación en ese supuesto del derecho argentino para laudar. Planteados los problemas surgidos en la entrega de la carga en Hamburgo, lo que motivaba la apertura de la jurisdicción alemana, por remisión a la ley del cumplimiento, la Cámara hizo valer la autonomía de la cláusula con base en que se aplicaban las normas de procedimiento del lugar de arbitraje que era Buenos Aires y en subsidio "obiter" según este autor aplicó las jurisdicciones concurrentes en materia contractual que se abrirían según las normas argentinas de jurisdicción internacional. [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10)

La arbitrabilidad se diferencia entre arbitrabilidad subjetiva, en virtud de la cual ciertas personas no pueden someterse al arbitraje, tal como ocurre en Colombia para entidades estatales y en otros Estados. [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11) En cambio, la arbitrabilidad objetiva o ratione materia se refiere a la facultad de los árbitros de decidir una diferencia en razón de la materia. En cuanto a la arbitrabilidad objetiva, todos los derechos nacionales consagran limitaciones a las materias que pueden arbitrarse pero los Estados difieren en el concepto de lo que puede ser arbitrable de acuerdo con sus políticas económicas y sociales, su orden público o su consideración sobre el arbitraje, que incluso varían en el tiempo. Así, cada Estado reserva temas sensitivos a su ordenamiento para los jueces, por lo que no puede formularse una regla, excepto que en general casi todo diferendo comercial o patrimonial puede ser diferido a la instancia arbitral. En nuestro país, toda cuestión que puede transarse es susceptible de ser arbitrada. [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12)

Por otra parte, el tema de la arbitrabilidad objetiva está condicionado por una polémica sobre la incidencia del orden público interno o internacional de un país en su tratamiento que desarrollaremos más adelante.

Finalmente, comparto las apreciaciones de Julio C. Rivera, en su trabajo e informe a la Academia de Derecho de la República Argentina sobre la consecuencia de la autonomía del contrato arbitral en cuanto se manifiesta que los tribunales deben abstenerse de intervenir cuando existe una cláusula arbitral. El citado autor señala que la labor judicial debe ceñirse a colaborar con el arbitraje supliendo la falta de imperium, en la ejecución de medidas compulsorias, adoptadas por los árbitros o limitando el control del arbitraje a la posible revisión del laudo arbitral a los recursos que puedan interponerse legítimamente, concluyendo que toda interferencia durante el proceso debido a una anomalía de procedimiento debe resolverse dentro del sistema mismo, evitando la justicia interferir durante su tramitación. [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13)

Oportunamente veremos que estas consecuencias doctrinarias no se han cumplido, existiendo diferentes pronunciamientos que dificultan el progreso del arbitraje en la República Argentina y que han impedido que los cuatro proyectos de legislación sobre una ley moderna arbitraje prosperasen terminando archivadas, como lo señalo más adelante (nota 52 infra).

II.2. El arbitraje y la cuestión de la competencia-competencia

La segunda cuestión que se relaciona estrechamente con la autonomía del arbitraje es la llamada competencia-competencia, tomada del Kompetenz-Kompetenz de la doctrina alemana, que simplemente dispone que el árbitro tiene facultades para decidir sobre su propia competencia. Este principio se encuentra consagrado por todas aquellas legislaciones que siguen la ley Modelo de UNCITRAL, previsto en el reglamento de la CIAC (comisión interamericana de arbitraje y en el reciente acuerdo del Mercosur).

Este es un principio procesal, ya que se limita a consagrar quién es el que debe decidir sobre la competencia de un Tribunal Arbitral: la justicia o el propio tribunal, mientras que el principio de la autonomía se relaciona con la separabilidad de la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral del convenio que prevé el acuerdo arbitral o que da lugar a la aplicación del acuerdo arbitral. Puede sostenerse la incompetencia del tribunal sin controvertir la autonomía del arbitraje. Empero, cuando se cuestiona la cláusula misma es el árbitro quien debe decidir sobre su validez.

En rigor, es la ley la que decide quién debe declarar la competencia de un tribunal. Un conocido principio procesal es que el mismo juez debe pronunciarse sobre su competencia antes de tomar jurisdicción sobre cualquier asunto que se le presenta, lo mismo sucede con el árbitro y es lógico y parece razonable que, si se admite la existencia de la justicia privada elegida por las partes, sea el árbitro designado para conocer y decidir la controversia quien sea juez de su propia competencia. No obstante, el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la República Argentina guarda silencio sobre ese punto, lo que ha motivado sentencias contradictorias y una falta clara de pronunciamientos contundentes al respecto.

El pronunciamiento adverso de mayor jerarquía hasta la fecha es el caso Nidera, resuelto por la Corte Suprema Argentina el 10/11/1998, que determinó que producido un conflicto entre un Tribunal Arbitral, en el caso el Tribunal de la Bolsa de la Cámara de Cereales, y un tribunal judicial, que se atribuyó competencia en un caso de simulación sobre el documento que era objeto del arbitraje, determinó que corresponde a la Corte resolver el conflicto. Es decir que la Corte privilegió a la justicia y a ella misma como último resorte de la competencia entre tribunales judiciales para atribuirse igual facultad en un caso involucrando a un Tribunal Arbitral y un tribunal judicial, a pesar de que el compromiso arbitral disponía que toda cuestión que surja con motivo de la celebración, cumplimiento o incumplimiento, prórroga o rescisión del boleto de compraventa de cereales es competencia del Tribunal Arbitral, como es lo habitual en los reglamentos de dichas organizaciones.

La Corte prescindió de esa cláusula y privilegió al tribunal judicial que se apoyaba en el art. 752 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14) y suspendió el procedimiento arbitral hasta que la justicia ordinaria se pronunciase sobre la acción de simulación rechazándola, ya que la materia litigiosa excede la competencia del Tribunal Arbitral y por consiguiente incumbe al Poder Judicial. Este fallo es jurisprudencia vigente de la Corte y sólo ella podría revocarlo. [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15) Resulta claro que, en cuanto al derecho interno se refiere, no existe el principio de Competencia-Competencia, ya que el pronunciamiento se asienta indirectamente en una norma habilitante como lo señalé en su oportunidad en mi obra Derecho de los negocios [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16) pero debe destacarse que la norma del 752 privilegia la arbitrabilidad pero termina afectando la competencia del árbitro para ser juez de su competencia. La Corte no negó el principio de competencia, guardó silencio sobre el punto pero se atribuyó la facultad de ser el tribunal competente para dilucidar un conflicto de competencias, como lo es en última instancia en el orden federal, por delegación del Congreso. En otras palabras, la Corte usó esa facultad para dirimir un conflicto entre un Tribunal Arbitral y uno judicial. El único corolario útil es que equiparó sin decirlo al Tribunal Arbitral a uno judicial para ejercer su potestad y que este caso evidencia una interferencia de la justicia durante el proceso arbitral.

Resta que la Corte se pronuncie sobre si en un arbitraje internacional que tenga sede en la Argentina prevalece la disposición del art. 752 en cuanto una de las partes cuestiona la arbitrabilidad para enervar el progreso del arbitraje, a pesar de que si fuera UNCITRAL, la existencia del proceso judicial no suspendería la actividad procesal de un Tribunal Arbitral que tiene la facultad de decidir sobre su jurisdicción sec. 21.1 y el reglamento de la ICC determina que, aceptado un caso como arbitrable por la Corte, el tribunal designado resuelve sobre su propia jurisdicción (reg. secc. 8 (3 y 4)). La existencia de un litigio concurrente no suspende el procedimiento arbitral una vez comenzado y declarada la competencia del Tribunal de la ICC. Ya veremos que la Corte no se volvió a pronunciar pero sí lo hizo un tribunal federal, privilegiando normas locales sobre normas procesales en un arbitraje internacional.

No faltan argumentos para sostener que el principio Kompetenz-Kompetenz en materia de arbitraje internacional puede ser declarado válido en la República Argentina y así lo debieran declarar los jueces nacionales basados en las disposiciones de la Convención de Panamá y la del Acuerdo del Mercosur, aplicables por analogía para llenar una laguna en esa área.

En efecto, desde la reforma de la Constitución Nacional Argentina en 1994, los tratados prevalecen sobre las leyes internas.

Como ya vimos, las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, por otra parte la Convención de Panamá, ratificada por la Argentina y de la que rara vez existe un pronunciamiento, dispone la aplicación subsidiaria de las normas de la CIAC, que establecen el principio de la competencia de la competencia y atribuyen al Tribunal Arbitral la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia. Pero los tratados no establecen claramente que en caso de conflicto entre la jurisdicción judicial y la arbitral se aplicará la arbitral, por lo que una decisión en ese sentido aun hoy no resulta clara, pero el principio podría ratificarse y aplicarse en la medida que no afecte una norma del orden público internacional argentino, si existiera voluntad judicial suficiente.

Por otra parte, el art. 8° del acuerdo del Mercosur dispone que las cuestiones sobre la validez del acuerdo y su existencia serán resueltas por el Tribunal Arbitral, lo que implica que debe resolverlos en función de declarar su propia competencia en primer término, pero nada dice ni otorga prioridad a la asunción de la competencia por parte del Tribunal Arbitral, prohibiendo como dice la ley peruana que un tribunal judicial suspenda un arbitraje una vez comenzado.

Ya hemos citado el caso Bear Service en el que la Cámara Comercial dispuso la incompetencia de los tribunales argentinos ante la cláusula compromisoria que estableció que tratándose de un arbitraje ICC con sede en México, correspondía la competencia del caso al tribunal mexicano. Pero esto no fue un caso en que hubo dos tribunales que se atribuían la competencia del caso, sino uno que entendió que era incompetente, por ende no existe fisura alguna jurisprudencial sobre el precedente Nidera.

Existe un tercer caso en el que, habiéndose declarado competente un tribunal americano bajo reglas de la AAA, se inició por la parte argentina un procedimiento para que la justicia comercial se declarase competente y así lo hizo la justicia comercial librando una orden de inhibitoria al Tribunal Arbitral, quien desconoció la orden judicial y dictó laudo condenatorio de la parte argentina. [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17) Al iniciarse el procedimiento de ejecución de sentencia, la justicia argentina resolvió que el pedido de inhibitoria era improcedente, ya que no había un Tribunal Superior común que pudiera resolver el conflicto de competencia planteado, con lo que validó el procedimiento arbitral, sin embargo dispuso notificar la suspensión de la ejecución a pesar del dictamen conforme del Fiscal de Cámara. Nuevamente tenemos otro pronunciamiento que suspende un arbitraje en el exterior durante el proceso arbitral y otro que suspende la ejecución, ex post laudo en el país, del laudo extranjero.

Este fallo más moderno de la justicia comercial no obstante no despeja la situación creada por Nidera, al menos en el orden interno, ya que se limita a sostener que existiendo un arbitraje internacional, no existe un tribunal que pueda dirimir un conflicto de competencia. Sin embargo, veremos más adelante cómo la justicia federal interfirió en un proceso arbitral disponiendo la suspensión de un procedimiento arbitral al mismo tiempo que penó a la parte actora en ese procedimiento con penas cuantiosas por proseguir el arbitraje.

En definitiva, la República Argentina tiene una situación ambigua con referencia al principio capital del Kompetenz-Kompetenz, al menos en el orden internacional, ya que no ha sentado jurisprudencia sobre el tema y ha rechazado el principio en un arbitraje interno. La incidencia del Acuerdo del Mercosur ha sido hasta hoy irrelevante, ya que por el momento además de funcionar irregularmente en el aspecto del comercio interregional entre sus dos socios mayores, no ha generado ningún caso arbitral, en nuestro conocimiento, digno de mención. Es válido decir que por el momento, así como en el caso de la autonomía del arbitraje [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18) existen precedentes favorables, aun no existen precedentes favorables y contundentes en el caso de un arbitraje internacional a favor del principio competencia-competencia y si existe un precedente claro y contrario de la Corte Suprema contra la aplicación de ese principio en el orden interno.

**III. La cuestión de la autonomía y el orden público**

Esta cuestión implica dos temas: si un Tribunal Arbitral puede juzgar normas de orden público, tema a nuestro juicio ya superado por cuanto los tribunales arbitrales son jueces y como tales conocen en causas en las que siempre existen normas de orden público, que pueden o deben aplicar o no según las circunstancias del caso, el tipo de arbitraje, y la incidencia de la declaración de orden público sobre derechos disponibles. Al respecto, cabe mencionar que un Tribunal Arbitral puede incurrir en su sentencia en infracciones al orden público de un país cuya ley de fondo regía el proceso, y en tal caso su decisión puede devenir contrario a éste. [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19) Pero es en la ejecución del laudo arbitral donde adquiere mayor relevancia la incidencia y priorización del orden público sobre la aplicación de un laudo dictado en el extranjero. Por ende concentraremos la atención sobre este último supuesto.

Asimismo, la cuestión de la autonomía implica la aplicación de una ley al procedimiento arbitral distinta de la ley que rija el contrato. En efecto, si un principio capital de la autonomía del arbitraje es la separación del contrato base de la cláusula arbitral y que la invalidez del primero no afecta a la validez de la segunda. Por el mismo argumento, el contrato base puede regirse por una ley o por varias leyes distintas de la ley que rija el procedimiento arbitral.

En efecto, según la moderna teoría francesa del depeçage, una relación jurídica puede regirse por distintas leyes, una regirá la capacidad de los contrayentes, una segunda la forma de los actos jurídicos, otra la validez de las convenciones que se pacten. Aun más, las tres primeras pueden regirse por normas diferentes de conflicto como la ley del domicilio para la capacidad, la ley del otorgamiento para la forma del acto jurídico, y la ley del lugar de cumplimiento o la de la celebración para la validez del acto o como en el caso de la compraventa comercial de mercaderías de Viena, una sola ley material rige la formación del contrato de compraventa comercial y la de los derechos y obligaciones de las partes, salvo pacto en contrario, como lo he sostenido al comentar la ratificación de la Convención de Viena sobre compraventa comercial por la República Argentina. [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20)

La Convención de Nueva York sobre arbitraje comercial remite la capacidad a la ley personal y la validez del contrato objeto del arbitraje a la lex causae, o ley elegida por las partes, pero la validez del laudo arbitral se puede discutir conforme a la ley del lugar en que se dictó el laudo, lo que permite aplicar la ley del lugar donde el laudo aparece firmado y fechado, es decir la sede del arbitraje.

Por otra parte, la Convención de Nueva York dispone que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral pueda ser ejecutado en cualquier jurisdicción que haya ratificado la Convención, a menos que la parte contra quien se invoque el laudo pruebe y el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de ese país (Art. V 2, inciso b).

Esto implica una norma de remisión al derecho de ese país en materia de orden público. La misma disposición está consagrada en el art. 34 2 b de la ley modelo en cuanto dispone que el laudo puede ser anulado "... si el laudo está en conflicto con el public policy de ese Estado". Public policy se asimila según el distinguido árbitro y profesor Bockstiegel a ordre public. [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21)

En esta materia, tanto el código de procedimientos argentino como la convención de Nueva York hablan del orden público del país. Por ende, en su concepción se trataba del orden público que impide a las partes dejar sin efecto normas imperativas, pero ese concepto fue largamente superado por la doctrina mediante la creación de la categoría o entelequia denominada orden público internacional que a los efectos de la doctrina nacional predominante significa que un juez puede dejar sin efecto un laudo basado en una ley extranjera por ser ésta contraria a los principios inspiradores de la organización del Estado, que actúan como cláusulas de reserva frente a soluciones del derecho extranjero, y así lo prevé el art. 14 del Código Civil argentino. Esta normativa constituye un remedio excepcional a la extraterritorialidad del derecho privado, [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22) y la doctrina argentina la denomina orden público internacional argentino a los diferentes principios que conforman los presupuestos del Art. 14 del Código Civil que actuarían como cláusula de reserva. [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23)

Es pertinente recordar otro autor que en el mismo Congreso de la ICCA sobre Public Policy y Arbitrability ICCA, New York 1986, en el que participó Bockstiegel y dirigió Pieter Sanders, además de recordar la distinción entre orden público interno y orden público internacional señaló que este último, el orden público internacional de un Estado, es usado antes que nada en un sentido negativo, como reserva o excepción para justificar el rechazo de la ley aplicable según las normas de conflicto de las leyes de ese Foro. Así definido, el orden público internacional o public policy contenido en la legislación interna, constituye un principio general de derecho internacional privado, que existe en todos los sistemas legales, aun en ausencia de precedentes específicos. [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24)

Por otra parte, éste ha sido el sentido de los tratados de Montevideo de 1989 y 1940 en cuanto al disponer que las leyes de los demás estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, el orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso. Incluso el tratado de Montevideo de 1979 permite que un Estado parte no aplique la ley aplicable en el territorio del Estado parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público. [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25) Es interesante destacar que, aparte del aspecto negativo o principio de reserva el orden público internacional, tiene un aspecto positivo, según el mismo Kossuth: asegurar la aplicación de ciertas reglas que tienen prioridad de la lex fori. Esta es la cara positiva del public policy, una función que apunta a imponer la aplicación de la ley del foro, por medio de leyes de aplicación inmediata, según la terminología en boga de un autor alemán citado por Kossuth.

Horacio Grigera Naón presentó en ese Congreso, un relato de la situación del tema en nuestro país, en el que sostuvo que las leyes de aplicación inmediata, definidas como leyes sustantivas que ab initio tienen como principal propósito aplicarse a transacciones internacionales de acuerdo con políticas especiales establecidas por el legislador, distinguiéndolas de las lois de police en que no están originadas en disposiciones municipales o locales que con relación a una cuestión determinada en juego requieren aplicación extraterritorial, señalando que normalmente, las leyes de aplicación inmediata comparten el carácter imperativo de la lois de police y su aplicación no puede ser evitada por la utilización contraria de la ley elegida por las partes.

En cambio, las leyes de policía —según Grigera— no se basan en consideraciones de moralidad o justicia de una jurisdicción sino en normas municipales que se aplican a esas cuestiones pero que no están pensadas para evitar la aplicación de una ley extranjera pero que impiden la aplicación de ésta o la aplicación de normas indirectas del ordenamiento extranjero y simultáneamente dejan sin efecto la aplicación de la ley pactada por las partes. [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26)

La práctica argentina en materia de exclusión de la ley extranjera por aplicación del orden público internacional argentino se manifestó claramente en materia de divorcios en el extranjero de casamientos en el extranjero de argentinos que en el acto de celebración tenían al menos uno de ellos su domicilio en el país. Los matrimonios denominados "chihuahua" en México fueron descartados por violar normas del orden público argentino, sin referencia al mentado orden público internacional argentino. En el orden comercial, las disposiciones del art. 14 no han bastado por sí solas para evitar la aplicación de una ley extranjera, salvo en los casos en que una disposición contraria así lo habilitara, por ejemplo, aquella que dispone que los contratos celebrados en la Argentina para infringir las leyes de un país extranjero son de ningún valor o viceversa. Las leyes de un país extranjero destinadas a violar las leyes argentinas gozan de la misma presunción, en tanto y en cuanto las leyes violadas son claramente imperativas, conociéndose ambos supuestos como fraude a la ley extranjera o fraude a la ley propia.

El Prof. Boggiano, reconocido internacionalista y iusprivatista argentino, da una definición diferente de leyes de policía, señalando que las leyes de policía son normas cuya observancia es necesaria para la salvaguardia de la organización política, social y económica del país, afirmando que con un criterio funcional constituyen normas exclusivas que exceptúan a los principios y reglas de derecho en el interés del Estado, de una clase o de ciertas creencias o ideas. Boggiano señala asimismo, que para las leyes de aplicación inmediata, el gran iusprivatista Goldschmitt adoptó la terminología de leyes exclusivas tomadas de KEGEL, [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27) desvalorizando la categorización de leyes de aplicación inmediata, ya que si la exclusividad es propia de ambas, la categorización diferenciada deviene innecesaria.

A juicio del autor, las normas internacionales de orden público argentino están contenidas en el art. 14 en sus diversos incisos que comprenden las leyes de policía. En realidad, tanto las normas internacionales de orden público como las normas de policía o las normas materiales son exclusivas y excluyen las normas de conflicto, es decir aquéllas pactadas por las partes de un contracto para resolver el fondo de las controversias que su celebración, interpretación y cumplimiento pueda originar durante el curso del contrato.

En mi opinión, considero que toda norma exclusiva debe ser interpretada restrictivamente, si no habilitaría una desmesurada revisión judicial sin sustento valedero, pero concuerdo que las normas de policía son parte del orden público internacional argentino y han sido utilizadas para evitar la aplicación de la ley extranjera, quedando la cuestión de si un árbitro debe aplicar normas de policías extranjeras a un caso que está sometido a esa ley pero que deba considerar que su aplicación estaría en colisión con una norma de policía de otro Estado, por ejemplo, el del lugar posible de ejecución. Esta cuestión está aún abierta y para los partidarios de la deslocalización del arbitraje como Jan Paulsson, citado por Parodi, no tendría importancia.

**IV. El acuerdo arbitral y el derecho argentino**

IV.1. La declaración de inconstitucionalidad y el tribunal arbitral

Un caso interesante de la jurisprudencia argentina citado por el Dr. Rivera se refiere a la posibilidad de los miembros de un Tribunal Arbitral de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

El tema se ha planteado en doctrina y debo señalar que la Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el mismo. Para comprender la importancia del tema, es útil recordar que en el sistema argentino la Corte Suprema es un poder del Estado al que se la ha confiado la interpretación final de la Constitución Nacional. Así, el art. 108 de la Constitución Argentina vigente dispone que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

Por otra parte, el art. 116 dispone que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación... los tratados con las naciones extranjeras, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de las causas de Almirantazgo y Jurisdicción Marítima y de los asuntos en que la Nación sea parte, o se susciten entre dos o más Provincias, entre una provincia y vecinos de otra o entre vecinos de diferentes provincias y entre una provincia y sus vecinos contra un estado extranjero o ciudadano extranjero.

El tema se instaló en relación con la legislación de emergencia dictada en enero de 2002 y el Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de la ciudad de Buenos Aires resolvió que la jurisdicción arbitral no se halla excluida de la declaración de invalidez constitucional de las normas emanadas de los poderes públicos.

Con posterioridad, como lo recuerda el Dr. Rivera, el Tribunal de la Bolsa insistió sobre el punto.

En esa misma nota, el Dr. Rivera recuerda que el distinguido jurista Dr. Morello señaló en apoyo de esa jurisprudencia que el punto de partida es que el Tribunal Arbitral es un tribunal de justicia, aunque no forme parte del Poder Judicial, la función que cumple es propia de los órganos que prestan ese servicio, aunque puede no tener todos sus atributos.

Por ello, si un juez de paz lego tiene legitimidad para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el modelo argentino lo extiende por su control difuso al Tribunal Arbitral, no lesiona los actos del Poder Legislativo que tienen una presunción de legitimidad meramente provisional y tampoco al concepto del orden público, ya que la decisión sólo rige para el caso, sin pretensión de generalidad, tal como sucede con la declarada por los jueces. En la República Argentina, salvo los casos de jurisprudencia plenaria, las decisiones de la misma Corte Suprema solo valen para el caso en que han sido dictadas, y la Corte misma revisa sus precedentes y las cambia cuando las circunstancias del precedente anterior han cambiado.

En el caso CIERP [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28), un tribunal judicial avaló esa postura desestimando in limine una acción declarativa que postulaba la falta de arbitrabilidad de un eventual planteo de inconstitucionalidad de normas de emergencia, que han sido declaradas inconstitucionales a posteriori por decenas de magistrados argentinos e incluso objeto de pronunciamientos parciales de la Corte Suprema de Justicia en el mismo sentido con valor como lo dispone la legislación argentina simplemente para el caso en que se ha dictado, como lo explicamos anteriormente, a diferencia de los precedentes de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuyas decisiones sobre interpretación de normas federales y la declaración de inconstitucionalidad de una ley la hacen aplicable a todos los casos semejantes.

Tan así es esto que existen pendientes de resolución más de 50.000 casos en que los particulares damnificados han solicitado la inconstitucionalidad de normas de emergencia, a pesar de su carácter de orden público, por violar normas constitucionales superiores. Es decir que no basta que el legislador declare ligeramente una norma como de orden público, la justicia en casos de inconstitucionalidad, la puede anular con efectos para el caso que se decide, por ende si la Corte dispusiera la inconstitucionalidad de normas de orden público en esos casos citándose a sí misma, los tribunales inferiores seguramente la acatarán, aunque legalmente pueden disentir, pero normalmente cierran los casos citando el precedente de la Corte.

Por ende, no existe en esta materia que ha causado agravio constitucional a miles de argentinos ningún óbice para que un Tribunal Arbitral ejerza igual facultad. Tiene tal tribunal todos los antecedentes de todas las provincias y de la justicia federal para sustentar el fondo del asunto, sin necesidad de mayor estudio, con el aval de la casi totalidad de la doctrina argentina.

IV.2. La extensión del control arbitral sobre el arbitraje en la jurisprudencia argentina

Hemos visto que la nulidad del acuerdo arbitral se puede declarar en la República Argentina por razones de orden público o por carecer de competencia un árbitro para decidir exclusivamente sobre su propia competencia.

Si bien los tribunales han declarado la autonomía de la cláusula arbitral del contrato que le dio origen y planteado y resuelto que siendo separables se pueden regir por disposiciones internacionales diferentes, existen numerosos casos en los que la interferencia del Poder Judicial ha generado lo que el Dr. Rivera llama generosamente claroscuros en la doctrina y práctica del derecho arbitral argentino. Ello no sólo alcanza al acuerdo arbitral sino a laudos resueltos en jurisdicción extranjera o incluso al procedimiento arbitral en los que la Justicia Argentina se ha arrogado la facultad de intervenir disponiendo la suspensión del procedimiento, cuyos casos que han tenido lugar ex ante, durante y ex post arbitraje hemos citado en capítulos anteriores, reservando los más recientes y ciertamente sonados para este capítulo.

En efecto, mientras que en otras jurisdicciones la autonomía de la cláusula arbitral permite tratar normas de orden público pero sujetas al control judicial, como lo ha permitido la jurisprudencia norteamericana ampliando sus propias normas internas en el caso Rhône Mediterranée Compagnia Francese d'Assicurazioni contra Áchille Lauro, cuando al analizar el art. 2° de la Convención de Nueva York resolvió que "El significado del Art. II secc. 3 de la Convención más consistente con el propósito de la misma es que un acuerdo para arbitrar es nulo si a) está sujeto a una defensa reconocida internacionalmente: como violencia, error, fraude o renuncia, o b) cuando contraviene políticas fundamentales del Estado del Foro. El término nulo debe ser leído de manera restrictiva, pues los estados signatarios han declarado una política general de cumplimiento de los acuerdos para arbitrar.

Así también el derecho suizo para reconocer validez al pacto arbitral confiere validez a la ley del contrato o al derecho que rige el objeto del litigio o la ley que rige el contrato principal o aun al derecho suizo si el mismo es más favorable.

Frente a estos ejemplos que cita el Dr. Cárdenas Mejía y que se han transcripto se hace necesario confrontar algunos de los casos argentinos.

Previamente, resulta interesante recordar que la jurisprudencia francesa ha ido más allá de la separabilidad de la cláusula arbitral del contrato o relación sustantiva. Es interesante destacar que la práctica francesa basada en los precedentes de su Tribunal de Casación se apartan de todo lo conocido en materia de orden público, incluyendo el propio derecho francés, por ejemplo, soslayando —en un caso internacional— la prohibición interna de pactar en un contrato de agencia el compromiso arbitral, lo que no fue óbice para que el tribunal dispusiera la validez de la cláusula citada. Esto fue fundado al aplicar un sistema distinto y determinar la validez del acuerdo arbitral, independientemente de la ley aplicable según el régimen conflictual normal, es decir, remitiendo a la ley competente.

Así, los tribunales franceses ignoraron en un contrato de agencia con una cláusula compromisoria su propia ley francesa que no autorizaba dicha cláusula. En el año 1993, en el caso Dalico, la Corte de Casación Francesa dispuso que en virtud de una regla material del derecho internacional del arbitraje, la validez, existencia y eficacia de la cláusula compromisoria se aprecia bajo reserva de las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional.

Un fallo de la Corte de París (bec frères) expresó que la prohibición de comprometer al Estado en un acuerdo arbitral está limitada a los contratos de orden interno; esta prohibición no es consecuencia del orden público internacional. En el fallo Worms de 1999 y en el fallo Banque de Commerce del mismo año, la Corte de Casación dispuso que la cláusula de arbitraje internacional es válida por el solo efecto de la voluntad de los contrayentes, lo que conduce a sostener que sólo está limitada por el orden público internacional, como lo indica y cita para ambos casos Cárdenas Mejía. [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29)

Los tribunales americanos son reacios a declarar la nulidad de los laudos extranjeros y sólo pueden ser anulados en muy limitadas circunstancias. Así, en el caso Chromalloy, en el que un tribunal arbitral condenó a la República de Egipto a indemnizar a Chromalloy Services, lo que no impidió que el tribunal de la ejecución que ignoró la anulación del país de la sede, le diese curso en Estados Unidos autorizando su ejecución a pesar de que previamente la Corte de Apelaciones de El Cairo había anulado el fallo nada menos que por error de Derecho en su fundamentación. [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30)

Otro precedente de la justicia comercial que hemos citado, el caso Bear Service, que hemos mencionado, se basó en el reglamento de arbitraje de la ICC —art. 6°—, Efectos del acuerdo de Arbitraje, que dispone "... el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato y la conservará para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones o alegaciones para rechazar la pretensión de que la cláusula arbitral se debía regir por la ley argentina, por haberse previamente rescindido el contrato cuando la cláusula compromisoria había pactado un arbitraje ICC para determinar el derecho de daños basado en el incumplimiento y esa cláusula era ley para las partes (art. 1197 del Código Civil)".

Es interesante destacar que a pesar de que una de las partes se encontraba en concurso, la Corte validó la cláusula arbitral, por considerar que debía prevalecer la cláusula arbitral, pero sosteniendo nuevamente que la competencia arbitral podía ser revisada por los jueces argentinos.

Estos fallos avalan la autonomía del acuerdo arbitral. A pesar de ello, existen fallos que han provocado cortocircuitos en esta línea jurisprudencial porque en lugar de auxiliar al arbitraje lo interfirieron durante el procedimiento bajo razones inatendibles.

Así, una Cámara Federal, recuerda Rivera [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31), dispuso la suspensión de un procedimiento arbitral dictando una medida por existir un proceso judicial anterior al arbitraje sobre la misma materia (en realidad el proceso era un pedido de medida precautoria solicitando su otorgamiento que resultó rechazado en primera instancia), y a pesar de ello la Cámara dispuso la suspensión, que para mérito del Tribunal no fue acatado por entender que se encontraban en ejercicio de la jurisdicción y que sin un sólido planteo de inhibitoria, si fuera procedente, se podía paralizar un proceso arbitral con una medida cautelar, recordando que es jurisprudencia de la Corte que veda a los órganos judiciales interferir en las causas en trámite en otras jurisdicciones, siguiendo por lo tanto el procedimiento arbitral y dictando sentencia arbitral. Esta suspensión del procedimiento arbitral con una medida cautelar implica una nueva interferencia durante el proceso de la justicia argentina, extendiendo su control más allá de lo que la ley contempla.

El caso no terminó allí; la sociedad uruguaya promovió una acción declarativa solicitando que se declarase que el tribunal no tenía competencia para decidir la inconstitucionalidad de un decreto del PEN. El Fiscal de Cámara se pronunció por la negativa porque ya se había rechazado la incompetencia ante el Tribunal Arbitral y dictado el laudo, con lo que había concluido su misión por lo que el caso era abstracto, pero la Cámara, por si queda alguna duda de que no existe la Kompetenz-Kompetenz en el derecho interno argentino desde Nidera, dispuso que habiéndose planteado un conflicto de competencia ordena a los ejecutantes del laudo abstenerse de continuar los trámites de ejecución, es decir que bloqueó la posibilidad de que la parte victoriosa en el laudo pudiese ejecutarlo luego de haber analizado el fondo del asunto, fincando la paralización en dos temas procesales: (i) una medida precautoria rechazada y (ii) una acción declarativa tendiente a paralizar el arbitraje por el art. 752 del Código de Procedimientos ya citado en donde se planteaba que un tribunal arbitral no tenía competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley de emergencia, lo que ha sido ya resuelto. [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32)

Otro caso en que no se respetó la autonomía del procedimiento arbitral citado por Rivera, resultó que la Cámara Comercial dispuso en el marco de un amparo, la suspensión de un procedimiento arbitral, a pesar del rechazo de la medida por el Fiscal de Cámara, que señaló que los temas en danza involucraban la postergación de ciertos planteos hasta que se constituyese el Tribunal Arbitral y la designación de árbitros por el Presidente del Tribunal. Basó el Fiscal su dictamen en que esas cuestiones pueden y deben ser dirimidas por dicha entidad en el marco del proceso arbitral y que el recurrente tenía la acción de nulidad del art. 760, para hacer valer sus derechos ante la Justicia. La Cámara dispuso que estaban acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora y entendió que el recurso de nulidad no era una vía eficaz en la especie... al no haberse acordado los términos del compromiso arbitral, vulnerando el principio de autonomía y dejando mal parada a la Cámara de Comercio. [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33) Aquí la justicia intervino descolocando al tribunal arbitral permanente, interfiriendo otra vez en el procedimiento.

El caso Cartellone fallado en el orden interno ha sido motivo de muchos comentarios y opiniones doctrinarias relacionados con la posibilidad de que el arbitraje al menos contra el Estado devenga imposible en la República Argentina, ya que en el mismo la Corte Suprema estableció la posibilidad de revisar un fallo arbitral, respecto del cual no existía recurso alguno, renunciado por tratarse de un arbitraje obligatorio ante el Tribunal de Obras Públicas de la Nación Argentina, disponiendo la nulidad del mismo y sentando la doctrina de que el laudo puede ser anulado en caso de que sea inconstitucional, ilegal o irrazonable. [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34)

La Corte se basó en que en el laudo se había cambiado el alcance de los puntos comprometidos en los términos del compromiso por considerar el cálculo de intereses desde el mes de febrero mientras que en la demanda se lo adelantó al mes de enero. Aunque, como sagazmente observa Rivera, Julio, en Arbitraje Comercial, Lexis Nexis, p. 670, la Corte no dice que el reglamento del tribunal arbitral de obras públicas permitía ciertos ajustes al compromiso al deducir la demanda. En segundo lugar, la Corte revocó el interés determinado por la Cámara por ser la tasa de interés una cuestión de orden público y ser irrenunciable en virtud de lo dispuesto por el art. 872 del Código Civil, por tratarse de una renuncia de derechos concedidos con mira al interés público y no al interés particular, soslayando la aplicación de la tasa pactada y favoreciendo al Estado con la aplicación de tasas oficiales menos gravosas.

Pero aunque no se explicitó claramente por qué es inconstitucional la irrevisibilidad de un fallo de un tribunal creado por el propio Estado y de jurisdicción obligatoria, es decir que se trataba de un arbitraje legal, debe entenderse que es inconstitucional que no pueda deducirse ningún recurso incluso de nulidad para permitir el control judicial en un tema constitucional, por estar el interés público comprometido, por lo que lo revocó, no lo anuló, es decir conoció como un tribunal de apelación. El tema más delicado es que un laudo pueda ser atacado por irrazonable, dado que abre una puerta para revisar por su mérito a cualquier laudo por el fondo del asunto según la decisión del Tribunal Arbitral de Obras Públicas y no por ninguna de las causales de nulidad [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35) contenidas en la legislación argentina.

Es decir que la Corte, al menos cuando existen intereses estatales que tutelar, se ha convertido en una suerte de instancia ordinaria, de continuar con esta jurisprudencia, sobre el mérito de los pronunciamientos arbitrales. Esa es la mala señal que se ha enviado desde el más alto tribunal a los juristas, ya que en forma clara o consciente ha señalado que la Corte se reserva el control de los laudos arbitrales, al menos en causas en que entes estatales estén involucrados en casos de irrazonabilidad. En otras palabras la Corte ha extendido desmesuradamente la facultad de control que admite aun la más ortodoxa de las doctrinas pro-arbitraje, a supuestos de arbitrariedad o de irrazonabilidad en la interpretación del derecho hechas por jueces arbitrales y al asumirlos revoca el fallo conociéndolo en virtud de una causal de nulidad.

Esta jurisprudencia expresa un regreso al control estatal, dando la vuelta a los casos Mac Factor y Meller donde se había sentado la exclusión de los tribunales en los procesos arbitrales, pero no el control último [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36) o, dicho de otro modo, una extensión del control judicial sobre los pronunciamientos contenidos en un laudo extendiendo dicho control a aspectos que exceden la mera nulidad del laudo y que se encuentran pautados en nuestra legislación. El tiempo dirá si esta Corte pre-anunció con Cartellone su eventual aplicación a casos internacionales o simplemente salvaguardo al Estado de las consecuencias de un procedimiento arbitral del que las partes del contrato de obra pública no se podían apartar, a cuyo efecto debieran precisar sus alcances cuando tengan la oportunidad de conocer por recurso extraordinario en un caso privado. [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37)

En cualquier caso todos los que deseamos el progreso y modernización de las normas que gobiernan el procedimiento arbitral tenemos la esperanza que sus alcances sean limitados en el futuro en lo que se refiere a la consideración del mérito de la decisión o su pretendida o aparente irrazonabilidad, ya que por su amplitud crea una incertidumbre importante en el orden nacional, sin contar su eventual aplicación al orden internacional. Debe destacarse que la Corte, como lo recuerda Rivera, volvió a pronunciarse sobre la procedencia del recurso extraordinario en las decisiones del Tribunal Arbitral de Obras Públicas. [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38) En definitiva, hoy tenemos ex post un fallo que anula un laudo por una causal de irrazonabilidad que es un paso más allá, pero cercano de la causal de arbitrariedad, que habilita el recurso extraordinario en casos judiciales ante la misma Corte. La Corte no lo dijo, pero así como revisa cuestiones judiciales por arbitrariedad, se reserva la facultad de controlar un laudo por irrazonabilidad. Con los precedentes detallados se hace más necesario que nunca la consideración de dictar una ley de Arbitraje nacional e internacional teniendo en cuenta los cuatro proyectos que hasta ahora no han tenido eco en el Estado, que los ha archivado. Esos proyectos se basaron a partir del primero en la ley modelo. El primero de Sergio Lepera, el segundo por una comisión especial que sólo reguló el derecho interno, el tercero por una comisión de 7 miembros y su relevancia es que dio igual tratamiento al arbitraje interno y el internacional. El cuarto fue presentado por el Dr. Vanossi como diputado y reiterado en dos ocasiones, con el mismo resultado, incorporando a nuestra legislación la Ley Modelo de UNCITRAL para reglar el arbitraje internacional. [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39)

Finalmente, la piedra del escándalo en materia arbitral es sin duda el caso Yacyretá. En este caso, se trataba de un arbitraje iniciado ante la ICC que tenía como parte al ente binacional conformado por la Argentina y Paraguay, y por el otro a una sociedad constructora, Eriday, una unión transitoria de empresas.

Se suscribió un compromiso arbitral por ambas partes en el que se definieron múltiples cuestiones luego de un fallido intento de mediación por parte del mismo Kissinger, que fracasó. Así se pactó la sede en Buenos Aires y se convino el procedimiento para la designación del tercer árbitro, el derecho aplicable y las renuncias a todos los recursos menos el de nulidad, así como ciertas reglas procesales como lo permite el Reglamento de la ICC, correspondiendo la elaboración del Acta de Misión.

En dicha oportunidad el ente bilateral EBY argentino-paraguayo pretendió que se incorporaran cuestiones inconsistentes con el compromiso arbitral tales como que el laudo fuera susceptible de recurso extraordinario ante la Corte Suprema Argentina, en los términos del art. 14 de la Ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), se redefiniera la ley aplicable, a favor de la ley argentina que era de aplicación supletoria y también la aplicación supletoria del mentado Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial al procedimiento arbitral de la ICC, más otras cuestiones no previstas en el compromiso arbitral.

El tribunal unánimemente no aceptó la inclusión y ante la no aceptación dispuso enviarla a la Corte de Arbitraje para su aprobación conforme lo prevé el reglamento de la ICC, sección 18.3.

Así las cosas, EBY inicia una acción judicial en sede argentina solicitando una acción con fundamento en el art. 742 del Código para que Eriday concurra a firmar el Acta de Misión de conformidad con lo pedido y además de acuerdo con el art. 747 para que los árbitros intervinientes se aparten del proceso arbitral, a pesar de que la recusación de los mismos había sido rechazada por la propia Corte de la ICC.

La justicia argentina hizo lugar a la medida cautelar de no innovar solicitada por la EBY respecto de la aprobación del Acta de Misión y de los actos posteriores y suspendió la tramitación hasta tanto no se dicte sentencia en la causa deducida por EBY.

La fundamentación de la sentencia es pobre dado que ignoró que el compromiso fue firmado por unanimidad, pactando lo que era objeto del arbitraje detalladamente y la pretensión de introducir temas no pactados era inviable para el Tribunal y debe referir el caso a la ICC que puede aprobar el Acta de Misión sin la conformidad de la otra, como lo prevé el reglamento de la ICC, a la que ambos se habían sometido a posteriori de la adjudicación del contrato, ya que se trató de un acto político, demuestra ignorancia del procedimiento de la ICC, al que EBY se había sometido y consentido, en virtud de la que si una de las partes no desea firmar el Acta de Misión, la Corte la aprueba y se vuelve obligatoria sin el concurso de la parte renuente.

Del mismo modo considera que la decisión de la ICC de no dar razones para rechazar la recusación por prejuzgamiento la persuaden de la verosimilitud del derecho y citando a Cartellone y entendiendo que a partir de ese fallo, la Corte admite un control amplio de los laudos arbitrales, da por acreditado el peligro en la demora por la violación del derecho de defensa. Del compromiso arbitral pactado, que unilateralmente se pretende cambiar en el Acta de Misión, ni una palabra.

Los árbitros argentinos fueron apartados del procedimiento y presionados para que renunciasen con sanciones personales y pecuniarias en caso de no obedecer y en atención a esa renuncia forzada, cuyos detalles los árbitros lo han contado en todos los foros, Eriday eligió un árbitro brasileño al que postuló al cargo, lo que motivó una presentación denunciando el incumplimiento de la cautelar, lo que dio origen a una segunda decisión del juez federal en el año 2005 que resolvió intimar a Eriday para que en el término de tres días deje sin efecto la designación de un nuevo árbitro en reemplazo del Dr. Cárdenas bajo apercibimiento de una sanción de U$S7.000.000 más una multa diaria de un millón de dólares por cada día de demora.

Gustavo Parodi señaló, en su crítico artículo sobre el fallo: "ambas pretensiones de EBY, en base a las cuales solicitó la intervención judicial, no sólo no tienen entidad alguna para justificar la interferencia judicial que ha tenido lugar en este arbitraje —ya que han sido resueltas por el Tribunal Arbitral con competencia para ello— sino que ni siquiera podrían fundamentar la eventual invocación de alguna causal de nulidad del laudo... Decisiones judiciales como la comentada en este caso no sólo ignoran los principios esenciales inherentes a los arbitrajes comerciales internacionales, sino que adoptan posturas anacrónicas que demuestran un desconocimiento de la realidad de los negocios internacionales. Este tratamiento desfavorable dado por ciertos tribunales judiciales argentinos —a diferencia de la emulable perspectiva judicial del arbitraje sostenida en los últimos años en Uruguay— tiene como clara e inevitable consecuencia un fuerte impacto negativo sobre cualquier posible inversión en el país, ante la falta de seguridad jurídica que ello implica...". [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40)

Resulta patente para quien se especializa en arbitraje que las resoluciones comentadas disponiendo la suspensión sine die del procedimiento arbitral hasta que se firme un Acta no aprobada por ambas partes ni por la Corte carecen de fundamento en el procedimiento de la ICC, quien dispuso continuar con el procedimiento e integrar el tribunal, quien está estudiando la sentencia arbitral mientras esto se escribe.

La doctrina repudió esta decisión. [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41) Desde nuestro punto de vista y teniendo en cuenta las posiciones concurrentes mencionadas en la nota 33, resulta claro que el tribunal argentino ignoró la autonomía del compromiso arbitral que fue otorgado por unanimidad por los tres árbitros, incluyendo el árbitro de parte de EBY, mucho tiempo después de firmado el contrato de construcción, luego de que la controversia no pudo ser zanjada por negociaciones directas ni por la mediación del Dr. Kissinger y finalmente debió ser sometida a un arbitraje internacional, que las partes convinieron fuera de la ICC, firmando el respectivo compromiso arbitral por separado del contrato base. [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42) Todo lo demás que sigue hasta el presente motivará un laudo, cuyos términos se desconocen, y que en caso de prosperar a favor de Eriday no podrá percibir en la República Argentina, ya que difícilmente se vislumbra un Gobierno arriesgando su capital político, y preferirá por ello que la Justicia decida la nulidad del laudo, si Eriday pretende su cobro en el país, tema improbable, ya que Eriday, de prosperar aunque fuera parcialmente su reclamo, es más probable que intente buscar su ejecución en una jurisdicción más proclive a dar respaldo jurídico real a la autonomía arbitral.

**V. Conclusión**

En el ínterin, la conclusión que tal vez el jurista Víctor Parodi tuvo en cuenta al decir que el arbitraje en Argentina retrocedió 80 años después de Cartellone como se vio en Yacyretá, pueda ser profética y explica lo que llamó la paradoja argentina, en la que distinguidos publicistas, constitucionalistas y expertos en arbitraje coinciden con todos los progresos del arbitraje en este siglo en el que en el término de diez años ha dado un salto cuántico, pero el país como tal, no tiene política alguna en materia arbitral, mantiene un vetusto Código de Procedimientos, ignora todos los movimientos de reforma, que no he comentado por exceder el marco de este trabajo y elaborados por distinguidos expertos argentinos, y deja a la justicia que decida los temas difíciles, complejos, difícilmente populares, sentando criterios coyunturales, tal vez útiles para un caso, que quedan luego como jurisprudencia a contramano de los precedentes, y que amplían permanentemente el control judicial sobre el arbitraje.

La reseña de los casos que he puesto de manifiesto implica que en el arbitraje privado los tribunales han, claramente en algunos casos, acompañado a la doctrina, en otros, han tenido actitudes contradictorias, basadas en una concepción del arbitraje como un hermano menor de la justicia, encarnada en los tribunales judiciales, que cuentan con herramientas aptas que les permite suspender el procedimiento arbitral en cuestiones de competencia con la simple promoción de una demanda judicial. Los casos Cartellone y Yacyretá han vertido sobre el arbitraje internacional argentino un cono de sombra, del cual los abogados internacionales sacan como conclusión que en la República Argentina no es un buen lugar para arbitrar contra el Estado o para ejecutar sentencias contra el Estado. Curiosamente, un autor venezolano, Alfredo De Jesús, al comentar el fallo de la sentencia 4650 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo in re Inmunolab C.A. c. Becton Dickinson Venezuela C.A., que confirmó que el acuerdo de arbitraje trae como efecto la declaratoria de la falta de jurisdicción del Poder Judicial.

El autor se emociona señalando que desde 1998, fecha de entrada en vigencia de la ley de Arbitraje Comercial, es la segunda vez que la Sala declaró que el Poder Judicial no tiene jurisdicción, cuando el magistrado de primera instancia manda su sentencia en consulta, procedimiento ilegal e inconstitucional según el autor, quien también se lamenta de que, teniendo Venezuela un marco regulatorio magnífico en cuanto a la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, la voluntad de constituyentes y legisladores se ha visto opacada por la falta de respuestas coherentes del Poder Judicial con el marco regulatorio. [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43)

Por otra parte, debe destacarse que el Estado, en la actualidad, prefiere esta situación en vista de la suerte que ha corrido en los arbitrajes internacionales de inversión, hasta ahora, más adversa que favorable, que son parte de una asignatura pendiente que debiera haber sido resuelta con una política de Estado frente a las empresas en la sala de negociaciones y no en litigios, o en una toma de posición para el futuro sobre la conveniencia de renegociar la mayor parte de los BITS que se encuentran vencidos por vencimiento del plazo original, posición que sostengo desde 1998. En este contexto la posibilidad de que aliente una ley moderna de arbitraje carece de prioridad, mucho menos como he señalado cuando la facultad de dictar tal ley, desde el punto de vista constitucional, requiere de la adhesión de las Provincias argentinas, ya que todo lo que es procedimiento es materia reservada a ellas, que incluso pueden celebrar de acuerdo con el art. 124 de la Constitución vigente, convenciones internacionales en la materia, lo que hasta ahora no han intentado. [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44) Por esa misma razón he sostenido anteriormente que la mejor manera de ordenar el tema es dictar una ley federal de arbitraje invitando a las provincias argentinas a su adhesión, que trate el arbitraje internacional y el nacional, o uno de ambos, pero que supere los arcaicos principios de los códigos provinciales de arbitraje y el mismo Código de Procedimientos utilizado en el orden nacional. [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45)

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN1v) El acuerdo arbitral ha sido llamado también el palo mayor de la nave que constituye el arbitraje por un autor uruguayo. SANTOS BALANDRO, Rubén, "La formalidad del acuerdo arbitral en los derechos latinoamericanos". En: Rev. Vasca de Arbitraje N° 3, XV, sep. 2003. Rev. Mexicana de Derecho Internacional Privado, N° 15, abril 2004, p. 81.

Asimismo, un conocido autor alemán del KLEINHEISTERKAMPF, Jan, señala que el alcance de la jurisdicción arbitral sólo puede determinarse sobre la base del acuerdo arbitral y, por ende, ésta es la FUENTE FUNDAMENTAL de la jurisdicción arbitral. International Commercial Arbitration in Latin America. Océana, 2005, p. 226.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN2v) LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo, "Interferencia judicial en los arbitrajes". En: Revista Peruana de Arbitraje N° 1, p. 267 y ss.: "Las justicias estatales, diseñadas y concebidas con carácter esencialmente limitado a su territorio termina, como todo en la vida, defendiendo lo suyo, es decir sus fueros y competencias locales, padecimiento contra el que el arbitraje nació inmunizado, pues tiene el don de la ubicuidad y carece de asiento fijo y si el refrán dice 'van las leyes do quieren leyes', en el arbitraje va do quieren partes o árbitros".

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN3v) Acuerdo del Mercosur del 2377/88 ratificado por la República Argentina. Ley 24.353. También: PARODI, Víctor G., El acuerdo arbitral: Ventajas y elementos. Una exigencia de la globalización. Lexis N° 003/013654, SJA 16/1/2008, donde cita jurisprudencia aplicable, y Nota de GRIGERA NAÓN, ver infra 23.

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN4v) Conf. Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales publicación del Comité Colombiano de Arbitraje ed. 2007 Legis Editores. Capítulo por MANTILLA SERRANO, Fernando, La autonomía del derecho del arbitraje internacional, p. 206 y ss. El autor mantiene la posición que las disposiciones arbitrales deben aplicarse siempre teniendo en cuenta la especificidad del arbitraje y con un criterio de favor (o favorabilidad) para lograr la mayor eficacia del arbitraje, lo que resulta de la compulsa de las normas nacionales e internacionales la existencia de un mínimo común denominador de normas y principios fundamentales que impregnan toda regulación nacional e internacional que se concreta en textos someros dejando a los reglamentos y a la voluntad de las partes la responsabilidad de establecer disposiciones más detalladas, lo que permite afirmar que el arbitraje tiene vida propia independiente del sistema en el cual nace y de las decisiones judiciales cuya incidencia parecen limitarse al sistema en el cual han sido adoptadas.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN5v) CREMADES, Bernardo. Cap. Arbitraje internacional. En: L'Arbitrage en France et Amerique Latine à l'aube du XXI Siècle. Institut Brésilienne de Droit Comparé. Arnold Wald Directeur, p. 95 y ss., donde señala: "El arbitraje internacional es la verdadera respuesta del Derecho a la globalización de la Economía". Las facultades incluyen programas más extensos y detallados y los Centros de Arbitraje florecen a lo largo y ancho de la geografía mundial. Las cláusulas arbitrales involucran al Estado y el arbitraje para la protección de las inversiones ha dado lugar a la gran industria del arbitraje. La participación de los Estados ha cambiado las reglas de confidencialidad. Señala que Lord Welbeforce dice: "once a trader always a trader". Si el Estado se somete a arbitraje, no puede tener privilegios. Por otro lado, los Estados han sido críticos en el arbitraje de inversión de la evolución del arbitraje, intentando incluso revivir la doctrina Calvo, cuestionando el arbitraje internacional. Algunos países comienzan a hacer transitar el Arbitraje a la luz de la doctrina y jurisprudencia constitucional y ello ha generado una fuerte corriente en el mundo del arbitraje abogando por un orden jurídico transnacional diferente del orden público internacional, lo que ha levantado la polémica.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN6v) Véase al respecto GRIGERA NAON, Horacio. La autonomía del acuerdo arbitral. LA LEY, 1989-D, 1107, o RIVERA, Julio César. "El principio de autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino". En: Pub. Academia Nacional de Derecho, noviembre 2005.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN7v) Ver FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, "Traité de l'arbitrage international", Litec, 1996, p. 395, que afirman que "La convención de arbitraje internacional se define como el contrato por el cual las partes se comprometen a transar sus litigios, nacidos o a nacer por árbitros y no por jurisdicciones estatales, expresado positivamente en la obligación de arbitrar privadamente y negativamente a la obligación de no acudir a la instancia judicial".

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN8v) CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral en el Contrato de Arbitraje. Publicación de la Universidad del Rosario. Legis, 2008, p. 79 y ss.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN9v) Art. 4°, numeral 6 ICC. Salvo estipulación en contrario y siempre que se haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. Conservando, aun así la competencia en caso de inexistencia o nulidad para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones o alegaciones.

Art. 21, numeral 2 del Reglam. de UNCITRAL. La cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje de conformidad con este reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal del que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la invalidez de la cláusula compromisoria. Iguales o similares preceptos prevén los Reglamentos de la London Court of International Final Arbitration, LCIA y de la American Arbitration Association, el de la OMPI y el de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional. CIAC, si como muchas leyes especiales europeas y latinoamericanas, la jurisprudencia americana por vía de la Suprema Corte Prima Paint v. Flood vs Conklin de 1967 y la jurisprudencia francesa, fallo Gosset de 1963. Separando el acuerdo arbitral del contrato que le dio origen, lo cual excluye que pueda ser afectado por una eventual invalidez del acto. Fallo confirmado por la Corte de Casación en fallos del 4 y 9 de abril de 2002. También la ley de arbitraje inglesa de 1996. Debe destacarse que la Convención de Nueva York o la de Panamá no prevén el principio de autonomía. Naturalmente que el Código de Procedimientos Civiles argentino no lo prevé, pero como señala Rivera está aceptado en la jurisprudencia argentina en lo comercial en caso de rescisión anterior del contrato, optando por la validez de la cláusula y en sendas decisiones de la Corte Suprema que admitieron en caso de quiebra, no obstante el fuero de atracción de la quiebra, que el Tribunal Arbitral sigue entendiendo si estaba constituido antes de la declaración de quiebra y aun en caso de concurso preventivo, aunque la normativa concursal no lo prevé, ratificando un precedente anterior publicado en LA LEY, 1997-A, 7, con nota de Roque Caivano, ensalzando el fallo "Un nuevo respaldo de la Corte al Arbitraje".

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN10v) BOGGIANO, Antonio. "Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional de las privatizaciones". Señalando que el pronunciamiento era un fuerte espaldarazo para el arbitraje internacional mencionado por O'Farrell, en LA LEY, 1989-B, 476 y destacando su fundamento, que el arbitraje se rige por la ley del lugar en el que deba tener lugar. Contra GRIGERA NAON, op. cit. que llega a la misma solución pero por otros fundamentos apoyándose en las normas de distribución de competencias del art. 5° del Cód. de Procedimientos en lo Civil y Comercial.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN11v) Ver una descripción en el derecho comparado en el Cap. 1° de la obra El contrato de arbitraje, por CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, p. 117 y ss., punto 3, La práctica de la arbitrabilidad subjetiva en derecho comparado.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN12v) El art. 737 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales dispone: "No podrá comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción", y el art. 738: "Las personas que no pueden transigir no pueden comprometer en árbitros". Es interesante que, tanto en Francia como en Estados Unidos, se ha ampliado la esfera de la arbitrabilidad objetiva por decisiones jurisprudenciales. Así, temas anti-trust o de defensa de la competencia, diferencias relativas a títulos valores. En Francia, se evolucionó desde una negativa a arbitrar cuestiones en que el orden público estuviera involucrado a su aceptación. En Alemania, se considera arbitrable a toda disputa que involucre intereses económicos. Un detalle de la evolución concreta de fallos que excede este trabajo puede consultarse en: HERRERA BERNAL, Ximena. "Arbitrabilidad objetiva". En: El arbitraje comercial internacional. Buenos Aires, El Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 203 y ss. En Uruguay, el Dr. Olivera recuerda que el CGD dispone que toda contienda individual o colectiva podrá ser sometida a arbitraje salvo disposición legal en contrario, y no pueden someterse a arbitraje las cuestiones respecto de las cuales está prohibida la transacción. Op. cit., p. 7.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN13v) Contra: 1990. Causa "Cía. Naviera Pérez Companc c. Ecofisa", CNCom., sala B. Se dispuso la aplicación del art. 740 del Código Procesal argentino ante la falta de conformidad de partes sobre los temas a laudar, para viabilizar el control judicial del compromiso arbitral evitando futuras nulidades. Este es un caso de interferencia reglada, ex ante del arbitraje.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN14v) El art. 752, aun vigente, establece que los árbitros no pueden emitir laudo, si la arbitrabilidad del litigio ha sido cuestionada, mientras un tribunal estatal no se expida en forma definitiva.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN15v) Nidera Argentina c. Rodríguez Alvarez de Canale, Elena, CS, LA LEY, 1990-A, 419.

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN16v) MARZORATI, Osvaldo J. Derecho de los Negocios Internacionales. 2ª ed., Buenos Aires, 1997, pp. 763-5.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN17v) Reef Exploration c. Cía. General de Combustibles S.A. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. del 5/11/2002. Publicado en LA LEY, 2003-E, 937, citado también por RIVERA, op. cit.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN18v) Enrique Welbers S.A. c. Extraktions-technik Gesellschaft s/ordinario, sala E, Com. LA LEY, 1989-E, 302, que dispuso "que la forma en que se instrumenta la cláusula arbitral no altera su naturaleza de Convención Autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia".

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN19v) Al respecto ver fallo OGDEN Entertainment vs. Eijo Néstor y otro. 20/09/2004. Cám. Comercial, LA LEY, 2005-B, 21, en el que se anuló por abusiva y violatoria de la defensa en juicio la imposición de honorarios que excedían el monto de la condena. Asimismo, en el caso CIERP S.A., ED, 198-264 (2002) el Tribunal General de la Bolsa de Comercio rechazó una excepción de incompetencia reclamada con la declaración de emergencia del país, norma de orden público o lois de police sobre la base de cómo cualquier tribunal podía declarar incluso una norma como inconstitucional. En el caso afirmó su competencia porque las partes le habían otorgado competencia exclusiva. También, un tribunal provincial declaró la incompetencia de un tribunal arbitral para conocer una norma de orden público interno, la llamada "ley de emergencia". C1ª de San Isidro, sala II, 3/4/05. En: La Ley Buenos Aires, La Ley, junio 2005, 521.

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN20v) MARZORATI, Osvaldo J., El contrato de compraventa comercial y la Convención de Viena sobre compraventa internacional. Buenos Aires: Publicación de la Fundación de la Bolsa de Comercio, 1990.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN21v) BOCKSTIEGEL, Karl Heinz, Public Policy and arbitrability. En Public Policy and Arbitration Kluwer. General. Ed. Pieter Sanders. ICCA Congress Series No. 3. New York, 1986. p. 178 y ss. El prof. BOCKSTIEGEL sostiene que el concepto de orden público es mudable y depende de la valoración que una comunidad tiene en un momento dado, por lo que no es inmutable y cambia en el tiempo. Por esa razón al analizar el tópico a la luz de pronunciamientos nacionales, el autor concluye que un resumen del tema es al mismo tiempo frustrante y despierta esperanza, ya que el gran número de cuestiones, sub tonos, técnicas y soluciones en los diferentes países demuestran que el concepto de un orden público internacional propio tardará en llegar y el escenario estará dominado por las leyes nacionales, ello a pesar de la distinción del Presidente del Congreso de la ICCA Pieter Sanders que claramente distinguió al orden público nacional como aquel que limita la autonomía de la voluntad con normas imperativas que derogan dicha autonomía y el orden publico internacional de un mismo país, aquellas normas tan sacrosantas de un país que requieren su aplicación o en las palabras de la Suprema Corte de los EE.UU. constituyen una violación de de los principios de un Estado en lo atingente a las nociones más básicas de moralidad y justicia. O según la Suprema Corte suiza constituyen violaciones del orden público internacional suizo que hieren de manera intolerable el sentimiento del derecho.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN22v) Conf. CALANDRELLI, M. Cuestiones de derecho internacional privado. t. IV, p. 37 y ss.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN23v) Conf. PARDO, A. J. Derecho Internacional Privado. Buenos Aires, 1976, p. 332. La define como "conjunto de principios establecidos por nuestra legislación que autoriza al magistrado, antes de aplicar derecho foráneo, a declarar si es o no idóneo para regular la situación jurídica, sin conculcar los principios generales que surjan del ordenamiento local". Según el prof. BOGGIANO A., Der. Int. Privado, Abeledo, t. I 487, "si se ofende la cláusula de orden público, que sintetiza los principios del derecho argentino, la proyectada imitación del uso jurídico foráneo no se actualiza".

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN24v) KOSSUTH, Luis, Trasnational public policy, op. cit., p. 260 y ss. Citando en su apoyo a Cheshire & North Private International Law 131 y Wengler W- Internationales Privarecht 79.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN25v) Cidip II, Montevideo, art. 5°.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN26v) El autor publicó su artículo en la revista de la ICCA de 1986, p. 332, allí señala que en su opinión el art. 14, inciso 1 del CC está basado en la aplicación de las técnica de las leyes de policía, con sustento en el art. 1206 del mismo código en cuanto determina la aplicación de la ley sustantiva argentina a los contratos internacionales en el interés del Estado o de sus habitantes. En cambio sostiene que el art. 14 inciso 4 del Código Civil constituye un ejemplo de ley de aplicación inmediata en cuanto estatuye que se aplica la ley argentina cuando ésta sea más favorable a la validez del acto en un contrato internacional o el art. 855 (2) del Cód. de Comercio que establece un período de prescripción de dos años para los contratos de transporte de mercaderías con destino al extranjero. Pero admitiendo que el mismo inciso 1 y el 2 se refieren a principios de moralidad o justicia compartidos por el país y la comunidad internacional o por el país específicamente en cuanto afectan al basamento del orden legal argentino. Esta concepción amplia del orden público internacional argentino se ve morigerada según el mismo autor por las prudentes consideraciones que un tribunal argentino debe efectuar cuando existe cosa juzgada en el exterior morigerando la aplicación del orden público internacional por las consecuencias que arrastra invocar dicho orden público cuando las consideraciones y admitiendo que es muy difícil establecer antes del comienzo de un arbitraje si un acuerdo arbitral viola la ley argentina a menos que ésta prohíba llevar la materia a arbitraje o disponga la aplicación de la ley argentina en forma exclusiva.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN27v) BOGGIANO, Antonio, Derecho Internacional Privado, t. 1, p. 49 y notas 31 a.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN28v) Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio, 19/03/2002. CIERP S.A. c. Finanbank s/resolución contractual.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN29v) CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, "El principio de la autonomía del acto arbitral". Op. cit. p. 95 y ss. El autor recuerda que esa doctrina implica que la validez del pacto arbitral debe escapar en el arbitraje internacional a los particularismos locales y deben tomarse las concepciones materiales que el orden jurídico francés considera exigencias fundamentales de justicia aplicables a situaciones de carácter internacional.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN30v) RIVKIN, David. "The enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin" Congreso de la ICCA. París, 1997. En: Yearbook of Commercial Arbitration ICCA, vol. XXII, 1997, p. 1001.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN31v) RIVERA, Julio. Op. cit. en Civil y Comercial Federal, sala II, 15/5/03; 4/6/03 y 26/08/03. Administración de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c. Hidroeléctrica Piedra del Águila con nota de Jorge Rojas. Amparo al Arbitraje.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN32v) Caso CIERP, ver nota 45.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN33v) RIVERA, Julio, op. cit. fallo "Akzo Nobel Coating y otro c. Cámara Arg. de Comercio s/amparo". ED, 205-162.

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN34v) "José Cartellone Construcciones Civiles c. Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor S.A.", CS 1/06/04, Fallos 327: 1881. Concordante con la decisión de Cartellone, cabe mencionar a BIDART CAMPOS, "El control constitucional y el arbitraje", en: LA LEY, Suplemento 23/08/2004, p. 24, y en contra, criticando al fallo Cartellone, se pronunció la mayoría de la doctrina:

PALACIO, Lino E. Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario, ED, 208-988.

MORA, Roberto D. Aval judicial al incumplimiento internacional. En: LA LEY, Sup. Derecho Administrativo, 15/10/2004.

MONTALDO, Marcelo. El fallo Cartellone. Las implicancias económicas de una decisión inconveniente. En: LA LEY. Sup. Derecho Administrativo, 15/4/2004.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN35v) El artículo 760 del Código de Procedimientos dispone que el laudo se puede anular en los siguientes supuestos: a) falta esencial del procedimiento, b) haber fallado los árbitros fuera de plazo, c) haber fallado sobre puntos no comprometidos. "José Cartellone Construcciones Civiles c. Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor S.A.", CS 1/06/04, Fallos 327:1881.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN36v) CSJ, 17/11/1994, "Collor c. Max Factor Sucursal Argentina". Fallos 317:1527.

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN37v) CNCom., sala D, 08/08/07, "Mobil c. Gasnor", en donde se afirmó que la renuncia de recursos a un laudo no es de orden público porque la doble instancia no tiene garantía constitucional.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN38v) CS, 12/06/2007. "EACA S.A. - Sideco c. Saigue Argentina y DNV". LA LEY, 11/07/2007.

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN39v) PIAGGI, Ana y ESTOUP, L. Derecho mercantil contemporáneo. Capítulo "Arbitraje Comercial". Buenos Aires, 2001. "El proyecto fue dictaminado por una comisión de destacados juristas y especialistas". Ver el texto completo del proyecto en op. cit. en la que la Dra. Piaggi señala como obstáculos a superar entre otros, la no aceptación del poder de los árbitros para pronunciarse sobre su propia competencia, la permitida y propiciada inmisión de las cortes locales para intervenir el Arbitraje antes, durante y después del laudo, la autorización de una panoplia de situaciones para atacar la validez del laudo, la falta de autonomía declarada de la cláusula arbitral o la imposición de rígidas formas impuestas al proceso aunada a las maniobra dilatorias de plantear acciones similares ante la justicia para evitar cumplir el laudo arbitral, que hemos reseñado en las páginas anteriores. Todos esos supuestos se los intentó legislar para modernizar el arbitraje y desjudicializarlo.

Ver también NOODT TAQUELA, María Blanca. Avances del proyecto de ley argentina de arbitraje respecto de la ley modelo de UNCITRAL, donde se explican las características del arbitraje y aquellas soluciones innovativas sobre la ley modelo e incluso sobre el Acuerdo del Mercosur, que no resuelve la ley aplicable sino por remisión a las normas de derecho internacional privado, mientras que el proyecto del 2001 deja la decisión del derecho aplicable en manos de los árbitros (que estimen apropiado) y extiende la materia arbitrable a cuestiones civiles, siempre que se trate de derechos disponibles, sean contractuales, comerciales o litigiosas (art. 9°, LNA).

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN40v) PARODI, Gustavo. "El caso Yacyretá (o cómo retroceder 80 años)". En: Revista de Derecho Comparado N° 11. Buenos Aires, 2005, p. 187 y ss.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN41v) Ver BIANCHI, Alberto. Cuando los jueces vienen marchando (en contra del arbitraje). LA LEY, Suplemento de Derecho Constitucional cuya lectura recomiendo.

RIVERA, Julio, op. cit., señalando que las dos cuestiones que motivaron la suspensión del procedimiento arbitral hasta que se decidiera la causa judicial habían sido resueltas claramente en el marco del Reglamento de arbitraje de la CCI, al cual las partes se habían sujetado en el Compromiso Arbitral.

PARODI, Gustavo, nota citada, ver supra.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN42v) RIVERA, Julio, op. cit., p. 500, que el fallo sólo fue defendido por Héctor Masnatta, que fue abogado de EBY y luego árbitro de parte, y José O. Casas, que en el informe a la Academia hizo una patética defensa del pronunciamiento carente de fundamentación jurídica (nota 34).

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN43v) DE JESÚS, Alfredo. El Dial DC 11 D8, 25/09/09.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN44v) Nota del autor. "Ejecución de laudos en el Mercosur". Centro de Arbitraje de Lima, Perú, 2008. El artículo 121 de la Constitución argentina vigente dispone que las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

El art. 124 dispone que las Provincias ... podrán celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Gobierno Federal...

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&hitguid=i0D637F5FBA07CECAABDAAD8D4D7D0512&spos=50&epos=50&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=22&crumb-action=append#FN45v) Conf. NOODT TAQUELA, María Blanca. Proyecto de ley argentina de arbitraje. Montevideo: Liber Amicorum-Jurgen Samleben, 2002.

Los contratos administrativos y el arbitraje

**Guglielmino, Osvaldo C.**

**Publicado en:** Sup. Adm. 2010 (agosto), 115

**Sumario:** I. Introducción.- II. Contratos administrativos en el derecho argentino y control judicial.- III. Arbitraje y contratos administrativos.- IV. Arbitrajes CIADI y contratos administrativos de concesión y licencias.- V. A modo de conclusión

**I. Introducción**

Antes que un trabajo de investigación me propongo aquí reflexionar sobre algunos aspectos vinculados con mis concretas experiencias en el campo del derecho, luego de las responsabilidades asumidas como juez contencioso administrativo y como Procurador del Tesoro de la Nación. El contrato administrativo formó parte natural del desempeño del primer cargo. El arbitraje, sobre todo internacional, impactó de tal manera a la Procuración en aquellos momentos (año 2004), que no sólo cambió el tipo de trabajo del Procurador y del Subprocurador, sino que hizo necesaria la creación de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales dentro de la Procuración.

Por ello encuentro oportuno volcar algunas experiencias y reflexiones acerca de los contratos administrativos y el arbitraje.

Con ese objetivo, señalaré: 1) las características generales del régimen jurídico de los contratos administrativos en el derecho argentino y el control judicial que recae sobre ellos; 2) la figura del arbitraje como medio de solución de controversias en materia de contratos administrativos; 3) algunos interrogantes que plantean los arbitrajes CIADI referidos a contratos administrativos, fruto de mi experiencia como Procurador del Tesoro de la Nación; y 4) breves reflexiones finales a modo de conclusión.

Como se advierte, este trabajo no tiene más remedio que ser un poco esquemático dentro de un contexto algo más anárquico, donde varios temas exigirán, en su caso, un tratamiento autónomo.

**II. Contratos administrativos en el derecho argentino y control judicial**

En el derecho argentino, el contrato administrativo es un concepto jurídico que, más allá de las consideraciones doctrinarias, y de los regímenes normativos específicos, extendió sus raíces en la jurisprudencia de los tribunales y, en particular, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sin remontarme aquí a su evolución jurisprudencial, vale recordar el conocido voto del juez Fayt en el caso "Dulcamara" (Fallos, 313:376, 29/03/90), luego seguido por los tribunales, donde afirmó que "…los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídico estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del Derecho privado" [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN1). Dicha conceptualización del contrato administrativo se ha encontrado presente, expresa o implícitamente, en las decisiones judiciales de nuestros tribunales [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN2).

Asimismo, reconoce la jurisprudencia que dichos contratos se insertan en regímenes jurídicos de derecho público administrativo, integrados por preceptos legales y reglamentarios, pliegos generales y particulares de licitación, todos ellos ordenados, relacionados y precedidos, según su jerarquía, por la Constitución Nacional (complejo normativo que conforma el marco regulatorio de cada actividad) [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN3).

En el terreno normativo, no ha sido una novedad la existencia de regímenes jurídicos específicos de contratos típicamente reconocidos como administrativos (cabe recordar, por ejemplo, la Ley Nº 13.064, en relación con el contrato de obra pública, el Capítulo VI del Decreto Ley Nº 23.354, respecto del contrato de suministro, el Decreto Ley 17.520, referente al contrato de concesión de obra pública).

Sin embargo, recién con el dictado del Decreto Nº 1023/01, emitido en el marco de la delegación legislativa prevista en la Ley Nº 25.414 y el artículo 76 de la Constitución Nacional, se estableció un "Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional", aplicable a la generalidad de los contratos que celebra el sector público nacional [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN4).

Allí se prevén, entre otras, disposiciones vinculadas con principios jurídicos típicos de la contratación administrativa, al sistema de selección del cocontratante, a las facultades y obligaciones de los contratantes, a la subsanación de deficiencias insustanciales de las ofertas, a las transacciones electrónicas, al régimen jurídico exorbitante que el Estado tiene en la vida del contrato, todas ellas surgidas en el marco de la evolución doctrinaria y jurisprudencial en torno al régimen jurídico de los contratos administrativos [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN5).

Asimismo, en el artículo 36 del mencionado decreto se modificó el texto del párrafo final del artículo 7º de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo Nº 19.549, estableciendo que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación "directa" (y ya no "analógica" como rezaba el texto originario de esa disposición) de las normas del Título III de la Ley Nº 19.549, en cuanto fuere pertinente. De esta forma, con la nueva redacción del artículo 7º in fine se confirma que el contrato administrativo es una especie dentro del género acto administrativo.

Bajo esa fisonomía, o una semejante en el orden provincial en tanto materia propia de cada ámbito jurisdiccional no delegada al Estado Federal, el contrato administrativo y los derechos y obligaciones que surgen de él son sometidos a revisión judicial por los fueros contencioso administrativo federal o provincial, según el caso, en tanto se plantease controversia.

Dicha intervención judicial surge de las normas que atribuyen competencia a los diferentes tribunales [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN6), así como también de los marcos regulatorios aplicables en cada materia [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN7) y los contratos administrativos y/o los pliegos particulares de cada licitación, en los que llevan insertas cláusulas de jurisdicción exclusiva de los tribunales contenciosos administrativos llamados a intervenir en caso de controversia [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN8).

Tal como ocurre con el control judicial del resto de la actividad materialmente administrativa de la administración, el control por los tribunales sobre la celebración, ejecución o extinción del contrato administrativo se realiza con los alcances y límites propios de dicho poder del Estado, delineados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores.

**III. Arbitraje y contratos administrativos**

En sintonía con lo dicho hasta aquí, la doctrina ha señalado, al menos como regla, que en materia de contratos administrativos, atento al interés público comprometido, no se admite el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN9). A ello, un sector de la doctrina suma argumentos de índole constitucional, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 116 y 117, postulando la prohibición o, en su caso, limitación, de la prórroga de jurisdicción por parte del Estado Nacional para someter controversias a arbitraje [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN10).

Al respecto, la Corte Suprema, en fecha relativamente reciente, en Fallos 330:2115 ("Techint"), aunque sin referencia expresa a los contratos administrativos, ha sostenido que:

"…no existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca (Fallos 152:347; 160:133; 194:105 y 235:940)". La exigencia de esa previsión normativa expresa encuentra sustento en la Constitución Nacional, en la que se establece —en los casos de competencia federal por razón de la materia— que la Nación, en principio, sólo puede ser llevada ante sus propios tribunales (art. 116). Por ello, toda excepción a dicha regla debe hallarse claramente establecida ya que la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva en razón de la excepcional competencia que le es confiada y que le permite conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, les correspondería decidir a los jueces (arg. Fallos: 290:237). En virtud de este carácter extraordinario es que no cabe hacer extensiva la jurisdicción arbitral a aspectos que no se encuentren contemplados en las normas que habilitan su intervención (Fallos: 133:61) [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN11).

Y a continuación agregó:

…de lo expuesto se sigue que el sometimiento de la Nación a tribunales arbitrales —ya sean los previstos de modo permanente o los que se estipulen en particular— sin previsión expresa que lo autorice, vulnera la cláusula constitucional citada al afectar la facultad jurisdiccional para el conocimiento de una causa (Fallos: 151:324) e involucra una cuestión de orden público que, como tal, puede ser planteada en cualquier etapa del proceso y examinada, aun de oficio, por la autoridad judicial competente. En tales condiciones, no corresponde formular reparo alguno acerca de la oportunidad del planteo de incompetencia formulado en el recurso extraordinario" [(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN12).

Con prescindencia de ese dilema constitucional, en el pasado como en el presente han existido numerosas situaciones en las que controversias jurídicas vinculadas con contratos administrativos han sido sometidas a procedimientos de arbitrajes, con regímenes jurídicos de alcance diverso. Se registran, así: arbitrajes institucionales o ad hoc; de índole local o internacional; con recursos judiciales posteriores o sin ellos [(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN13).

Entre las previsiones normativas que dieron pie a que el Estado Nacional haya sido sometido a arbitraje, cabe mencionar aquí las siguientes:

a) En el Decreto Nº 11.511/47, reglamentario de la Ley Nº 12.910, de 1946, fue creada una "comisión arbitral" para intervenir en relación con contratos afectados por la situación de emergencia que la guerra mundial y actos del poder público habían generado en los costos de las obras públicas, y luego, en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 55 de la Ley de Obras Públicas Nº 13.064, su vigencia se extendió hasta la sanción de la ley que rigiese el trámite judicial en lo contencioso administrativo. Sin embargo, por vía reglamentaria su competencia se amplió y se mantuvo vigente aún con posterioridad a aquel límite, como Tribunal Arbitral de Obras Públicas (TAOP), hasta que fue disuelto por el Decreto Nº 1349/01.

Sobre los laudos emitidos por dicho tribunal, sólo excepcionalmente, y por vía de recurso extraordinario, se admitió el ejercicio de control judicial por razones de arbitrariedad [(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN14). Y, ante la disolución de dicho tribunal arbitral por decreto, y pese a las acciones judiciales planteadas por demandantes particulares impugnando el mencionado decreto, la Corte Suprema siguió el criterio adoptado por la Cámara y señaló que "al disponerse la disolución del TAOP, se ha restablecido el principio de legalidad, de acuerdo con las previsiones de la ley 13.064 y la distribución constitucional de competencias" [(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN15).

b) En 1981, se modificó el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Si bien se dispuso en el párrafo primero que "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable", en el párrafo segundo de dicho artículo se estableció que: "Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 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 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".

Sin embargo, cabe señalar que: i) dicha disposición está contenida en el código de rito civil y comercial y no se dirige, propiamente, al Estado Nacional; ii) la prórroga no es admitida en los casos en que los tribunales argentinos tienen "jurisdicción exclusiva" o dicha prórroga esté "prohibida por la ley"; y iii) las cuestiones patrimoniales del Estado no son de esa índole "exclusivamente" sino que también revisten interés público. Por lo demás, en el artículo 737 del mencionado código se establece que "No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción", y, en tal sentido, no podrían someterse a arbitraje controversias en la que se encuentre impugnados en su legitimidad actos o normas del Estado.

En cualquier caso, y planteado arbitraje, en relación con la revisión del laudo por los tribunales, la Corte Suprema ha sostenido, en Fallos 327:1881 ("Cartellone"), que "…la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos: 292:223)" [(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN16).

c) En la Ley Nº 11.672, Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2005), en el párrafo segundo del artículo 40 se establece que "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". Aquí sí hay una autorización legislativa expresa, dirigida al Poder Ejecutivo, que autoriza a someter controversias con personas extranjeras a arbitraje.

El Poder Ejecutivo nacional suele invocar con frecuencia dicha disposición en convenios de préstamos con organismos internacionales económico-financieros de los cuales nuestro país es parte (para lo cual se encuentra autorizado en los términos del primer párrafo del mencionado artículo 40), contrataciones que aparecen expresamente excluidas del régimen general previsto en el Decreto Nº 1023/01. En cambio, dicha modalidad no resulta frecuente en otro tipo de contratos administrativos.

d) En el párrafo segundo del artículo 18 de la Ley 23.982, se estableció 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 artículo 14 de la Ley N° 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".

Aquí también se advierte una directiva legal expresa, razonablemente comprensiva de controversias vinculadas con contratos administrativos, donde los arbitrajes quedan sujetos a límites expresamente reglados y al control judicial por vía de recurso extraordinario.

e) Finalmente, entre los años 1992 y 2002, la Argentina ha celebrado más de cincuenta tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI), en los que se previó la posibilidad de que nacionales del estado cocontratante sometan a arbitraje a nuestro país por la trasgresión de los estándares de protección estipulados [(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN17). Y, en 1994, la Argentina adhirió al Convenio de Washington, constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), ámbito en el cual inversores privados pueden someter a arbitraje controversias de esa índole mantenidas con Estados que formen parte de dicho centro, en los casos y con el alcance previsto en ese instrumento [(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN18).

Las disposiciones de estos tratados no están referidas a contratos administrativos en general, ni a contratos de concesión y licencias de servicios públicos en particular. Sin embargo, la Argentina ha sido demandada en más de cuarenta arbitrajes en los que, en más de veinte, se ventilan controversias referidas a contratos de concesión y licencias de servicios públicos, de jurisdicción nacional o provincial [(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN19). Por su relevancia, me ocupo de reflexionar sobre ellos en el punto siguiente.

**IV. Arbitrajes CIADI y contratos administrativos de concesión y licencias**

En relación con los arbitrajes CIADI tengo, ante todo, una experiencia de tipo vivencial, desde el primer día de mi designación como Procurador del Tesoro de la Nación [(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN20). Como anticipé, pronto advertí que en la mayoría de esos arbitrajes subyacían controversias que se vinculaban directamente con contratos administrativos.

Al respecto, la pregunta que me hice en su oportunidad, y que aún me hago, es la siguiente: los TBI y el Convenio CIADI están vigentes para la Argentina, pero ¿las controversias vinculadas con el alcance de los derechos y obligaciones surgidos de los contratos y licencias de servicios públicos por los que se demandó a la Argentina eran susceptibles de ser dirimidas en sede arbitral?

Entonces y ahora, el examen del régimen jurídico aplicable me conducen a una respuesta negativa terminante, al menos por dos razones: a) las cláusulas de jurisdicción (judicial) exclusiva previstas expresamente en los contratos y licencias de servicios públicos impedían someter la controversia a arbitraje respecto de los derechos y obligaciones que de ellos surgían; y b) quienes demandaron a la Argentina con base en dichos contratos y licencias carecían de legitimación activa para hacerlo toda vez que fueron accionistas, en muchos casos indirectos, de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos, únicos titulares de los supuestos derechos que se decían afectados [(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN21).

Estas objeciones, en materia de arbitrajes sobre contratos administrativos, constituyen obstáculos centrales a su procedencia.

Además, a través de la observación y la experiencia concreta del ejercicio de la defensa de cada uno de los casos, me fueron sugiriendo una serie de interrogantes de tipo sustancial y procedimental, vinculados con el peso y la trascendencia, en términos de interés público, de las cuestiones en debate.

IV.1. Hace ya más de cinco años

En efecto, a los pocos meses de asumir el cargo de Procurador del Tesoro, y luego de tomar contacto en los casos concretos con la defensa de los intereses de la República Argentina, publiqué algunas breves reflexiones vinculadas a la problemática que presentaban los arbitrajes CIADI [(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN22), que estimo oportuno reproducir en esta oportunidad:

"La Argentina se encuentra ante un escenario extraordinariamente adverso en el CIADI… Se la puso ante el riesgo de ser condenada a pagar laudos (sentencias) por cifras multimillonarias en dólares que de ninguna manera debe. Sucede lo siguiente.

"El sistema procesal de cualquier país del mundo tiene reglas muy precisas y demandar es caro, para desalentar a los aventureros. Un demandante puede iniciar reclamos audaces, pero si no tiene razón o la tiene por un monto muy inferior al que pretende, el sistema lo castiga con el rechazo de la demanda y con el pago equivalente a su aventura. Difícilmente alguien se arriesgaría a demandar por una cifra mil veces superior a la que cree que le corresponde, porque 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. Las empresas pueden pedir mil veces más de lo que en realidad piensan que pueden discutir, sin que por ello deban pagar tasa de justicia ni costas. Así, en un 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. ¿A quién se le puede ocurrir que se está ante la misma posibilidad de éxito si ya lo salomónico no es 10 sino 200 o 400? ¿Cómo demostrar que un laudo es escandalosamente injusto, si "apenas" ha hecho lugar a la demanda por el treinta por ciento, porque es el 30% de 700 y no de 20? Ese problema es apenas uno de muchos más.

"Veamos otros. También a diferencia de lo que sucede en cualquier sistema nacional, los árbitros (jueces) pueden ser también abogados. Si existiera un sistema seguro de impedir contradicción de intereses al cumplir ambos roles, ello podría tolerarse. Pero no lo hay y, de hecho, en estos días la Argentina se encuentra recusando al presidente del tribunal que la juzgará por las demandas de las empresas Azurix-Enron y Siemens por mil doscientos millones de dólares. Sucede que quien cumple semejante papel —un español con treinta años de carrera en el Banco Mundial, Andrés Rigo Sureda— 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! Ello ya es insólito, pero es probable que más lo sea que ante la obvia recusación de la Argentina, Rigo Sureda pretenda mantener ambos roles y el abogado argentino la entienda agraviante a su prestigio, cuando, naturalmente, el agravio lo padecen la Argentina y Perú.

"En la lista de esta carrera de obstáculos sigue la llamada ‘cláusula de la Nación más favorecida’. Significa que un inversor puede invocar una cláusula del tratado de un país diferente del suyo si le resulta más favorable a su postura. Algo así como pedir que se aplique la cláusula de un contrato que firmó otro. Siempre a favor de las empresas, claro.

"Los Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones, de los que la Argentina firmó cincuenta y nueve, surten la jurisdicción del CIADI sólo cuando se puede alegar una violación al Tratado. Es decir, las empresas se han comprometido siempre a acudir a la justicia Argentina ante una violación al contrato local que la autoriza a prestar determinado servicio. Sin embargo, esta exigencia es salteada prácticamente sin explicaciones, a pesar de lo cual el CIADI asume su jurisdicción de modo directo, como si el compromiso firmado por los inversores de recurrir primero a la justicia local no hubiera existido. También acepta registrar arbitrajes a pesar de que el demandante sea un socio extranjero ultraminoritario del total de la inversión (titular del 1%, por ejemplo).

"Podría mencionarse un universo de situaciones más o menos sutiles, pero esta nota terminará con la cita de la llamada "cláusula de confidencialidad". Supuestamente, se trataría de algo así como callar todo lo que sucede en un arbitraje: las pruebas de que se valió la empresa actora, los testigos que apoyaron sus reclamos, los "expertos" con que abonan sus pedidos, estudio jurídico que los patrocina, etcétera. Tal cláusula en realidad no existe, pero se exige su cumplimiento como si se tratara de una cuestión honorable. El autor de esta nota es abogado de un solo "cliente": el Estado, es decir, la ciudadanía, y no advierte qué tiene de honorable ocultarle esos datos.

"Conclusión: el sistema procesal internacional del CIADI es extraordinariamente más desfavorable que el de cualquier país del mundo: los jueces pueden ser abogados; se sobredimensionan ilimitadamente las demandas sin costo; los árbitros pueden aplicar normas de otros tratados cuando ello favorece a los inversores; no se tiene en cuenta el compromiso de las empresas de recurrir a la justicia local antes que a la eventual supranacional; se pide que todo esto sea ocultado a los ciudadanos bajo la aparentemente respetuosa "cláusula de confidencialidad", etcétera. La ciudadanía debe enterarse de que estamos en riesgo de que se nos condene por cifras varias veces mil millonarias en un escenario de grave indefensión [(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN23).

IV.2. Objeciones que se confirman

Por supuesto, la Argentina era la estrella mundial del arbitraje CIADI por la enorme cantidad de casos registrados a raíz de la emergencia económica que había explotado en nuestro país a fines del año 2001 (la Argentina tenía en el año 2003 el 50% de todos los casos CIADI del mundo y se lo trataba del "caso argentino").

A pesar de que mantengo las críticas que expresé en ese artículo periodístico, debo señalar que, de todos modos, la gestión de la defensa internacional arrojó resultados excelentes. Las cifras son elocuentes: de los U$S 49.000.000.000 demandados históricamente, hoy deben descontarse más de U$S 33.000.000.000, teniendo en cuenta los reclamos ganados, desistidos o discontinuados. Pero el problema sigue y no debe bajarse la guardia.

Al hacer una mirada retrospectiva de aquellas observaciones formuladas en 2005, vuelvo a reflexionar y confirmo, entre otras, las problemáticas señaladas en dicha oportunidad [(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN24).

Es evidentemente grave que en materia de arbitrajes vinculados con contratos administrativos no se haya respetado la jurisdicción expresa y exclusiva prevista en ellos para dilucidar controversias sobre el alcance de los derechos y obligaciones surgidos de esos regímenes y marcos regulatorios. Ello ocurrió, hasta ahora, con todos los arbitrajes de esa índole.

El ejemplo más notorio se produjo en el caso "Azurix". En el pliego de bases y condiciones del contrato expresamente se preveía la aplicación excluyente del derecho argentino y el sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativo de la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, "con renuncia a cualquier otro fuero, jurisdicción o inmunidad que pudiera corresponderles por cualquier causa". Durante el procedimiento de licitación, y ante un pedido de aclaración vinculado con la existencia de TBIs que preveían cláusulas de arbitraje, se ratificó la jurisdicción prevista en el pliego y la "renuncia a cualquier otro fuero o jurisdicción". Todo ello fue firmado por el Concesionario (Azurix Buenos Aires SA) y por su controlante (Azurix Corp.) mediante una carta de compromiso y garantía. Sin embargo, algo más de un año después, Azurix Corp. inició el reclamo arbitral ante el CIADI, el tribunal rechazó la defensa de falta de jurisdicción opuesta por la Argentina [(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN25) y, posteriormente, condenó a nuestro país por más de 165 millones de dólares [(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN26).

Otra anomalía que persiste es la admisión de "reclamos indirectos", sobre todo en arbitrajes sobre contratos de concesión o licencias de servicios públicos. Según los contratos y marcos regulatorios, quienes tienen derecho a cobrar las tarifas allí previstas son los concesionarios o licenciatarios. Son ellos quienes, en su caso, tienen derecho a reclamar la recomposición de las tarifas luego de la crisis de fines de 2001 y las medidas adoptadas por la Ley Nº 25.561. Sin embargo, la Argentina es demandada por accionistas, muchas veces mediatos o remotos, condenándosela luego a pagar millonarias indemnizaciones que no tienen por objeto restablecer la ecuación financiera del contrato [(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN27).

La creación artificial de legitimados activos trae aparejado muchas consecuencias que lastiman el sentido de justicia. Una de ellas es la de posibilitar, por ejemplo, una suerte de "doble reparación". Así, en los casos vinculados a la emergencia y las tarifas de servicios públicos, la Argentina deberá, además de recomponer la ecuación del contrato, afrontar el pago de una indemnización a un accionista que nunca fue titular de derecho tarifario alguno [(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN28).

Subyace en todo esto una objeción más grave. Según el artículo 42 del Convenio CIADI, en caso de falta de acuerdo de partes, debe aplicarse el derecho receptor de la inversión, es decir, en este caso, el derecho argentino [(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN29). Sin embargo, las decisiones arbitrales que han condenado a la Argentina en estos últimos años, sobre todo en las vinculadas con contratos de concesión y licencias de servicios públicos, se han apartado en forma grosera del derecho argentino [(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN30).

Ejemplo de ello es, como ya dije, el desconocimiento de las cláusulas de jurisdicción judicial prevista en los contratos y licencias y la admisibilidad de reclamos indirectos en contradicción con la Ley 19.550. Menciono otros, también vinculados al derecho público. En todos los arbitrajes vinculados con el transporte y la distribución de gas natural en los que se ha condenado a la Argentina se hizo mérito de una medida cautelar judicial que, el 18 de agosto de 2000, luego de varios años de recesión y deflación en la Argentina, hizo lugar a un pedido de suspensión de aumento de tarifas por aplicación de los índices PPI previstos en el artículo 9.4. de las licencias. Según estos laudos, dicha medida cautelar violó la licencia y los TBI [(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN31). Sin embargo, ninguna consideración se realizó sobre el artículo 18.3. de esas mismas licencias en el que se reconoce que el Poder Judicial puede invalidar o hacer inaplicable algunas de sus cláusulas, con prescindencia de la vigencia de todas las demás [(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN32).

Otro tanto ocurrió en esos mismos arbitrajes con la conversión a pesos del cálculo de las tarifas ordenado en la Ley 25.561 en el marco del abandono de la ley de convertibilidad. Los tribunales CIADI constataron una trasgresión al artículo 9.2. de las licencias, sin consideración alguna de que el ya mencionado artículo 18.3. establecía que "Cada estipulación de la Licencia será válida y exigible en la mayor medida permitida por la ley aplicable", es decir, según lo dispuesto en el 16.1. de la misma licencia, de acuerdo a la mayor medida permitida por "las leyes de la República" [(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN33).

Tampoco puedo dejar de señalar la absoluta indiferencia de los tribunales CIADI ante la presencia de fuertes indicios de irregularidades en algunos contratos que subyacen a los reclamos. Por ejemplo, en el caso "Siemens" se demandó a la Argentina por más de 550 millones de dólares en relación con la rescisión del contrato administrativo de provisión de documentos nacionales de identidad. La Argentina dedujo todas las defensas de jurisdicción y de fondo que correspondían, señalando la existencia de procesos judiciales pendientes por presuntas irregularidades que alcanzaban al contrato. El tribunal CIADI rechazó la defensa de falta de jurisdicción, se opuso sistemáticamente a considerar las objeciones argentinas y luego condenó a nuestro país al pago de más de 217 millones de dólares [(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN34). Sin embargo, y sólo con posterioridad a conocerse los escándalos de corrupción investigados por la justicia alemana protagonizados por la empresa en relación con el contrato, se desistieron de todos los reclamos y derechos surgidos del laudo [(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN35).

También se advierte una indiferencia desconcertante en materia de objeciones presentadas por la Argentina en casos de falta de plena confianza en la imparcialidad de juicio respecto de algunos árbitros. Ya en las reflexiones que hice en 2005 me referí al caso de Rigo Sureda, presidente del tribunal en tres arbitrajes contra la Argentina ("Azurix", "Siemens" y "National Grid"). En los tres casos se presentó la recusación y en los tres se rechazó. Rigo Sureda, por las dudas, dijo abandonar el estudio que lo vinculaba con Azurix y su abogado, y la Argentina fue condenada por más de 217 millones de dólares, 165 millones de dólares y 53 millones de dólares, respectivamente. Sin palabras…

Luego vino el caso de una señora árbitro en cinco arbitrajes contra la República Argentina: "Aguas Argentinas", "Aguas de Santa Fe", "Anglian Water Limited", "EDF I" y "EDF II" [(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN36). Durante el procedimiento arbitral de Aguas Argentinas se tomó conocimiento que dicha abogada era miembro del directorio del UBS Group, antiguamente conocido como "Unión de Bancos Suizos". UBS es, a su vez, accionista de las compañías Suez y Vivendi Universal y tiene intereses en EDF, compañías que, a su turno, son demandantes en los arbitrajes citados. En ese momento, recusé a la señora árbitro por existir un grave y manifiesto conflicto de interés subyacente y no inspirar "plena confianza" en su imparcialidad de juicio [(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN37). Sin embargo, ella alegó desconocer los clientes individuales del Banco donde era miembro del Directorio y el CIADI rechazó la recusación. Luego, en 2009, no se presentó a la reelección de su cargo en el UBS. Sin embargo, ello no puede remediar, en absoluto, la falta de plena confianza en su imparcialidad de juicio.

El sistema de tribunales arbitrajes ad hoc que prevé el Convenio CIADI conlleva problemas adicionales. Al no ser tribunales permanentes, sus árbitros son, por lo general, abogados de grandes estudios jurídicos que, al mismo tiempo, intervienen en otros reclamos arbitrales y en la defensa de intereses de diferentes corporaciones, así como también, prestan declaraciones como expertos en derecho, etc.

Otro problema ha sido que, en ocasiones, un mismo árbitro ha resuelto de modo diferente controversias jurídicas idénticas, sin dar razones para ello. Por ejemplo, el profesor Albert Jan van den Berg integró los tribunales arbitrales en los casos "LG&E" [(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN38) y "Enron" [(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN39), donde se debatía la misma cuestión fáctica y normativa respecto de licencias de transporte y distribución de gas natural. En el laudo del caso "LG&E", el tribunal sostuvo que entre el 1º de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003 la Argentina había adoptado decisiones bajo un estado de necesidad en los términos del artículo XI del TBI con los Estados Unidos y, por ende, durante ese período quedaba exenta de responsabilidad [(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN40). Sin embargo, en el laudo del caso "Enron", ese mismo árbitro, como integrante de otro tribunal, sostuvo que Argentina era responsable por ese período, desestimando la defensa de estado de necesidad en los términos del mencionado artículo XI del TBI citado [(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN41).

La fría lectura del Convenio CIADI y sus reglas de arbitraje, pueden dar una impresión favorable a la más amplia posibilidad de debate y prueba y, en ese sentido, al ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, la práctica concreta de estos arbitrajes, las dificultades propias de la distancia y lejanía de los árbitros, su falta de conocimiento acerca del régimen jurídico argentino y de la realidad nacional, y la falta de aplicación adecuada del derecho argentino que rige el caso, advierten acerca de serias dificultades para el ejercicio de una adecuada defensa [(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN42).

Por último, se advierte que no siempre la vía arbitral conlleva un método de solución de controversias más ágil y rápido. Por ejemplo, en el caso "El Paso", el registro de la solicitud de arbitraje por parte de El Paso Energy International data del 6 de junio de 2003. La audiencia sobre la cuestión de fondo fue realizada en junio de 2007. Hasta la fecha no hubo laudo. A esto debe sumársele la demora de un proceso de solicitud de anulación que eventualmente presente alguna de las partes.

IV.3. El caso "Sempra" y la anulación del laudo

Una breve referencia separada merece el arbitraje CIADI iniciado por "Sempra", cuyo laudo de condena fue recientemente anulado.

En ese caso, la Argentina fue demandada por un accionista de las licenciatarias de servicio público de distribución de gas natural, Camuzzi Gas del Sur SA y Camuzzi Gas Pampeana SA, particularmente en relación con la medida cautelar que dispuso la suspensión del PPI el 18 de agosto de 2000 y la posterior conversión a pesos de las tarifas calculadas en dólares según la ley de convertibilidad, ordenada en el artículo 8º de la Ley 25.561 con motivo del abandono de ese régimen de convertibilidad según lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de esa misma ley.

El tribunal arbitral, primero, rechazó la defensa de falta de jurisdicción oportunamente opuesta por la Argentina [(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN43); y luego, condenó a la Argentina por violación del estándar de trato justo y equitativo y la cláusula paraguas del TBI con EEUU, fijando una indemnización a favor de la demandante de dólares 128.250.462 [(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN44).

El 25 de enero de 2008, la Procuración solicitó la anulación de dicho laudo, tanto por la falta de jurisdicción que tenía el tribunal como por la decisión de fondo emitida. Y, luego de transitar dicho procedimiento, el 29 de junio de 2010, el comité resolvió la anulación total del referido laudo por considerar que el tribunal arbitral había incurrido en una "extralimitación manifiesta de facultades debido a la no aplicación del artículo XI del TBI entre los Estados Unidos y la República Argentina", ordenando al demandante reembolsar a la República Argentina todos los gastos erogados por el Centro con relación al procedimiento de anulación, incluidos los honorarios y gastos de los árbitros [(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN45).

Como se advierte, el comité no anuló el laudo por falta de jurisdicción del tribunal, primer argumento por el cual fue impugnado por la Argentina. Sin embargo, dejó sin efecto la condena por falta de aplicación de lo dispuesto en el artículo XI del TBI con los Estados Unidos, según el cual: "El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad".

Pese a no ser atendido el argumento de falta de jurisdicción, esta anulación resulta trascendente, sobre todo si se tiene en cuenta que condenas semejantes a la de ese arbitraje, vinculadas con licencias de transporte y distribución de gas natural, fueron decididas en los arbitrajes iniciados por CMS, Enron, LG&E, entre otros.

**V. A modo de conclusión**

Todo proceso es, en sí, una derrota. Una contienda, judicial o arbitral, es el producto del fracaso de la consumación espontánea del derecho. Todo proceso, entonces, es la administración de una derrota, y aun alcanzando la máxima justicia humana en un caso, el actor se encontrará con su derecho mucho después de que se lo privara de él o el demandado habrá debido esperar mucho tiempo con su derecho inestable. Nada le devolverá a ambos la incertidumbre padecida durante el tiempo que lleve el proceso.

Uno de los problemas del derecho lo constituye la tensión entre la celeridad y la seguridad. Podría decirse que la celeridad es la justicia del actor y la seguridad es la justicia del demandado. Esa tensión persistirá por siempre, porque es imposible el perfecto equilibrio entre los dos valores.

El sistema arbitral, en tanto alternativo del judicial, pretende ofrecer otra vía para la búsqueda de ese equilibrio. El arbitraje proviene de un sistema ajeno a la formación jurídica argentina, nacida del derecho continental europeo. Por eso, seguramente, nuestra relación con él, se produce, en general, en un contexto de desconfianza [(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN46). En gran medida, en el orden internacional, se mantiene la clásica disputa entre la codificación napoleónica y el derecho anglosajón [(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN47).

Ciertamente, ambos sistemas pretenden estar lo más cerca posible de aquel equilibrio; el arbitraje desde la celeridad y el judicialista desde la seguridad.

Una vez aceptado el arbitraje, ambas partes saben que, en aras de la celeridad, se resigna la seguridad que provee una indagación y debate exhaustivos. El problema parece constituirlo la dimensión de esa resignación. En una audiencia de nulidad CIADI, que no corresponde que revele, uno de los integrantes del comité ad hoc de nulidad le preguntó a uno de los abogados del inversor que defendía el laudo contra el pedido de nulidad de la Argentina, si consideraba que aun el máximo de los errores del laudo no justificaba su anulación. Respondió afirmativamente. Es decir, prefirió esa respuesta extrema antes que la de remediar la presencia del máximo error.

Por ello, me parece, la pregunta que se impone es ¿qué grado de arbitrariedad debe tolerarse en un laudo?

El arbitraje en el orden local. Desde su origen comercial, ha corrido mucha agua bajo el puente en materia de arbitraje y hoy se aplica en todo el mundo con suerte diversa, tal como pasa con las justicias nacionales. Dentro de la Argentina son muchos los temas que pueden ser resueltos a través del sistema arbitral [(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN48).

El núcleo duro en la polémica entre los partidarios del arbitraje y sus detractores se encuentra en los límites de la revisión de los laudos arbitrales locales por parte del Poder Judicial [(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN49).

Los partidarios del arbitraje protestan con energía contra la revisión por cuanto la consideran desnaturalizadora de la institución y parecen percibirla como un arma que impacta en su línea de flotación. Quienes no simpatizan con él, ven a las revisiones de laudos un método natural de reencauzamiento de la juridicidad en supuestos de injusticia bastante extremos.

En los casos que he citado, en verdad, la Corte encontró que se producían "despojos" económicos a una de las partes o detectó que no existía cláusula arbitral ni existía compromiso arbitral que explicara la competencia del Tribunal Arbitral. Es decir, no parece que el Máximo Tribunal haya tenido otra intención que la de asumir su jurisdicción cuando le resultó evidente la violación del orden público o cuando, simplemente, advirtió que el tribunal arbitral había asumido su competencia de modo irrazonable.

El dictado del caso "Cartellone" por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN50) es tomado como el quiebre de la doctrina de la Corte de considerar no revisables judicialmente los laudos arbitrales locales.

La Corte consideró que "es nulo el laudo que transforma las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso" (arbitral) y que "no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio"

El fallo fue criticado con distintos argumentos y desde distintas perspectivas [(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN51). Pero ¿por qué caerle con dureza si se limitó a impedir una iniquidad?

El arbitraje internacional. Se comprenderá que en este artículo no se puede tener la pretensión de abarcar ni remotamente el fenómeno que sugiere. Simplemente, me he limitado a describir algunas de las muchas experiencias personales que protagonicé junto con el equipo que, dentro de la Procuración del Tesoro de la Nación, defiende la posición de la República Argentina ante organizaciones arbitrales supranacionales (mayoritariamente, el CIADI).

En cualquier caso, los contratos administrativos son un instituto jurídico para la consecución de cometidos típicos de la gestión pública, y el arbitraje, en tanto método alternativo de solución de controversias, no puede concebirse sino como una herramienta adjetiva que debe estar al servicio de aquélla. Por ello, una adecuada formulación del régimen jurídico de los contratos administrativos, así como del arbitraje en relación con esa específica material, no pueden quedar al margen de un verdadero sistema de derecho.

El principal problema que tiene el vínculo contratos administrativos - arbitraje internacional lo constituye el completo desconocimiento que tienen los árbitros extranjeros de nuestro derecho doméstico. Y ello va en desmedro, naturalmente, de la aplicación del derecho local argentino como principalísima fuente del derecho internacional, como está previsto en el artículo 42 del Convenio CIADI. No puede quedar fuera de este reparo la cuestión idiosincrática (¿qué cosa será la teoría de la imprevisión para un suizo, por ejemplo?).

A pesar de todas las críticas hechas aquí, tenemos que dejar un voto de optimismo a cuenta de los muchos bien intencionados árbitros que hemos conocido en estos seis años y a apostar a que impidan que algunos inversores usen al CIADI para reclamar por el resarcimiento de cualquier riesgo empresarial, como si toda empresa y un cierto riesgo no fueran implícitos [(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN52).

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN1v) En relación con la evolución jurisprudencial del concepto de contrato administrativo ver Coviello, Pedro José J.; "La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN", en obra colectiva, La contratación pública 1, Cassagne, Juan Carlos - Rivero Ysern, Enrique (dirección), p. 90, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN2v) Conf. Fallos, 316: 212 ("Cinplast IAPSA c/ENTel s/Ordinario"), 02/03/1993

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN3v) Al respecto, tiene dicho la Corte Suprema que "Adjudicada la licitación y celebrado el contrato, el pliego de condiciones forma parte integrante del mismo, y asume, por consiguiente, una importancia incuestionable en la interpretación de aquél. Es por ello que los derechos y obligaciones contractuales entre las partes, deben ser examinados con sujeción a los actos que contribuyeron a su formación" (Fallos, 241:321); y que "La ley de la licitación o la ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario" (Fallos, 316:382). Asimismo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "Las normas contenidas en los pliegos permiten a los oferentes efectuar las necesarias previsiones, debiéndose entender que al no haber formulado el proponente —ahora cocontratante— oportunamente, ni observaciones, ni impugnaciones a alguna de sus normas, debe entenderse que las conoce en todos sus términos, las aceptó y consintió" (Dictámenes, 233:94; 234:452; 259:415). Y, ello así, por cuanto "El mero hecho de presentarse a un procedimiento de selección, cualquiera sea su modalidad, engendra un vínculo entre el oferente y la administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación, lo que presupone una diligencia del postulante que excede la común y su silencio hace presumir lisa y llanamente la aceptación de los términos fijados por la Administración en los pliegos respectivos" (Dictámenes, 167:447; 211:370; 259:415).El pliego de bases y condiciones, genéricamente, es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate. El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución (Dictámenes, 253:167). El pliego es la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes. Es la ley del contrato y sus cláusulas son obligatorias para todos, incluso para la Administración (Dictámenes, 230:67; 232:27).

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN4v) Conf. B.O. 16-8-01 (modificado por decs. 486/02, 666/03 y 204/04). En el artículo 4º se establecen los contratos alcanzados por el régimen del decreto (en particular, "a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente; y b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias").Y en el artículo 5º se establece que "Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público. b) Las compras por caja chica. c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley Nº 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. (Inciso sustituido por art. 2° del Decreto N° 666/2003 B.O. 25/3/2003), d) Los comprendidos en operaciones de crédito público".

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN5v) Conf. Decreto cit.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN6v) Conf., por ejemplo, a nivel federal, la Ley Nº 13.998.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN7v) Como ocurre, por ejemplo, con el artículo 55 de la Ley Nº 13.064.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN8v) En materia de servicios públicos, como ejemplo, puede mencionarse las licencias de transporte y distribución de gas, punto 16.2; contratos de concesión de distribución de energía eléctrica, Artículo 44; contratos de concesión de Transener S.A. y demás transportistas de energía, Artículo 38; contrato de concesión de Aguas Argentinas S.A., Artículo 15.4; contrato de concesión de Azurix Buenos Aires S.A., Artículo 16.7; entre muchos otros. Además, dichas disposiciones estaban en los modelos de concesión y licencias previstos en los pliegos de licitación respectivos.

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN9v) Ver Marienhoff, Miguel S.,; "Tratado de derecho administrativo", T. III-A, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, 1978, pp. 595-610; en sentido análogo, ver Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, T. IX, Abeledo Perrot, 1988, p. 43.

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN10v) Un repaso de los argumentos y precedentes jurisprudenciales en torno a la constitucionalidad de la prórroga de jurisdicción respecto de pleitos contra el Estado puede consultarse en Alberto B. Bianchi, "El Estado Nacional frente al arbitraje", LA LEY, 2005-B, 1405.

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN11v) Fallos cit., considerando 4º.

[(12)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN12v) Fallos cit., considerando 5º.

[(13)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN13v) Conf. Bianchi, Alberto B., "El Estado Nacional frente al arbitraje", LA LEY, 2005-B, 1405, cit.

[(14)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN14v) La Corte Suprema rechazó la procedencia del recurso extraordinario, por ejemplo, en Fallos 322:298 ("Pirelli Cables"); en autos "Aion", del 29 de agosto de 2000, sostuvo que dicha revisión judicial podía ser admisible en casos de arbitrariedad, criterio este último que es reiterado en "Meller", el 5 de noviembre de 2002.

[(15)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN15v) Conf. Fallos 330:3565, "Gardebled Hermanos SA", 14/8/07, dictamen de la Procuración General de la Nación, al que se remitió el Máximo Tribunal. De ese modo, se confirmó el criterio sostenido por la jurisprudencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal (Ver, "Radeljak", Sala IV, 19/12/02; "Gardebled", Sala III, confirmado por la CSJN).

[(16)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN16v) Antes de este precedente, puede examinarse, por ejemplo, la disidencia del juez Boggiano en "Color SA", 17/11/94. Luego de "Cartellone", puede consultarse "Cacchione c/Urbaser Argentina SA", 11/3/08.

[(17)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN17v) Sólo a título enunciativo cabe mencionar el Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre promoción y protección recíproca de inversiones (Ley 24.098 - B.O. 13-07-92); el Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la promoción y la protección recíproca de las inversiones (Ley 24.100 - B.O. 14-07-92); el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones (Ley 24.124 - B.O. 25-09-92); el Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre la República Argentina y el Reino de España (Ley 24.118 - B.O. 15-09-92); entre muchos otros.

[(18)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN18v) Conf. Convenio CIADI, aprobado por Ley Nº 24.353 (B.O. 02-09-94). En relación con el arbitraje, dicho Convenio se complementa con "Reglas de Arbitraje" dictadas por el mencionado Centro. Entre sus disposiciones, se destacan, entre otras, las previstas en el artículo 42 (sobre el derecho aplicable), 52 (causales de anulación del laudo), 53 (carácter irrecurrible del laudo), etc.

[(19)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN19v) Menciono, por ejemplo, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c/República Argentina (Caso CIADI ARB/97/3); Azurix Corp. c/República Argentina (Caso CIADI ARB/01/12); CMS Gas Transmission Company c/República Argentina (Caso CIADI ARB/01/8); LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E Internacional Inc. c. la República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/02/1); AES Corporation (EDEN, EDES y EDELAP; AES Paraná S.C.A., AES Paraná Gas S.A., AES Paraná Propiedades S.A., AES Paraná Operations S.R.L., Shazia S.R.L., Central Térmica San Nicolás S.A., Hidroeléctrica Alicurá S.A., Hidroeléctrica Río Juramento S.A., Central Dique S.A., Hidrotérmica San Juan S.A., Termoandes S.A. y AES Caracoles S.R.L.) c/República Argentina (Caso CIADI ARB/02/17); Camuzzi InternationaL S.A. (Gas) c/República Argentina (Caso CIADI ARB/03/2); BG Group plc c/República Argentina (Arbitraje CNUDMI UNC 54 KGA); El Paso Energy Internacional Company c. La República Argentina (Caso CIADI ARB/03/15); Total S.A. c/República Argentina (Caso CIADI ARB/04/01); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/17); Aguas Argentinas S.A., Suez, Vivendi Universal S.A. y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/19); Anglian Water Limited (AWL) c. República Argentina (Arbitraje CNUDMI); Electricidad Argentina S.A. y EDF Internacional S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/22); EDF Internacional S.A., SAUR Internacional S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/3); Telefónica S.A. c/República Argentina (Caso CIADI ARB/03/20); France Telecom c/República Argentina (Caso CIADI ARB/04/18); Mobil Argentina Sociedad Anónima (MASA), Mobil Exploration and Development Argentina Inc. Suc. Argentina (MEDA) c/República Argentina (Caso CIADI ARB/04/16); Impregilo S.p.A. c. República Argentina (Caso CIADI ARB/07/17).

[(20)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN20v) Ello no es un simple modo de decirlo. El mismo día de mi jura en el cargo, hasta altas horas de la madrugada, debí interiorizarme acerca de la defensa de la República Argentina en el caso "Azurix Corp.", en el que se demandaba al país por más de seiscientos cincuenta millones de dólares en relación con el contrato de concesión de servicio público de agua potable de gran parte de la Provincia de Buenos Aires.

[(21)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN21v) Como se advierte, las razones aquí expresadas están enunciadas con gran sencillez y grado de abstracción, cuyo exhaustivo examen y explicitación, y cuya determinación concreta, se encuentra particularizada en cada arbitraje según el régimen jurídico aplicable de cada contrato y TBI aplicable.

[(22)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN22v) Conf. Guglielmino, Osvaldo; "Demandas inverosímiles", en Diario LA NACION del 17 de enero de 2005.

[(23)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN23v) Observaciones semejantes tuve oportunidad de expresar más adelante en "La defensa en juicio del Estado Argentino. El rol actual de la Procuración del Tesoro de la Nación", en coautoría con María Leticia Sierra Lobos, publicado en Tratado de Derecho Procesal Administrativo, Director Juan Carlos Cassagne, Tomo II, La Ley, 2007.

[(24)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN24v) Muchas de las observaciones que señalo fueron anticipadas, entre otras, en charlas y conferencias en las que tuve oportunidad de expresarme. Conf., asimismo, "La defensa en juicio del Estado Argentino…", cit. También puede consultarse Galeano, Juan José, "Contratos administrativos y jurisdicción internacional. Algunas observaciones críticas a la práctica de los arbitrajes CIADI", en Cuestiones de Contratos Administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ed. RAP, 2007, pp. 417-137.

[(25)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN25v) Decisión de jurisdicción, del 8 de diciembre de 2003.

[(26)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN26v) Laudo arbitral, del 14 de julio de 2006.

[(27)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN27v) Ut supra mencioné los reclamos realizados contra la Argentina. Salvo el caso de Aguas Argentinas SA y Aguas de Santa Fe SA, que luego desistieron de sus reclamos, ninguno de los reclamantes han sido los titulares del derecho al cobro de las tarifas.

[(28)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN28v) Esto se advirtió ya en los primeros arbitrajes vinculados al transporte y distribución de gas natural y electricidad, donde accionistas de los licenciatarios y concesionarios, respectivamente, demandaron a la Argentina por la pesificación de las tarifas. En consecuencia, y de algún modo para neutralizar ese doble recupero, la Argentina ha exigido cláusulas de indemnidad en los acuerdos de renegociación de los contratos.

[(29)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN29v) En particular, la norma establece que "A falta de acuerdo [sobre la ley aplicable], el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables". Los contratos y licencias de servicios públicos, claro está, no contienen, como regla, normas de derecho internacional privado, sino que remiten al propio marco regulatorio de la actividad y al derecho nacional.

[(30)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN30v) Se agrega a esto las serias dificultades que ha tenido la Argentina para revertir una condena sobre la base de graves deficiencias en la aplicación del derecho argentino. Así, por ejemplo, frente al señalamiento de graves errores en el derecho aplicable, comités de anulación con el del caso Azurix han dicho que "…la función del Comité se limita a determinar si el Tribunal aplicó el derecho aplicable correcto, y no si el Tribunal aplicó correctamente el derecho aplicable" (v. Decisión sobre la solicitud de Anulación de la República Argentina del 1º de septiembre de 2009, párr. 176).En relación con la posibilidad de revisar judicialmente, por arbitrariedad, laudos de arbitrajes CIADI, puede verse Jeanneret de Pérez Cortés, María; "Los contratos administrativos, los tratados internacionales y la jurisdicción nacional", en Cuestiones de Contratos Administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ed. RAP, 2007, pp. 941-955.

[(31)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN31v) Ver, por ejemplo, los laudos de condena en los casos CMS, LG&E, Enron, Sempra, etc.

[(32)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN32v) A ello se agrega que la disposición prevista en el mencionado artículo 18.3. de las licencias no hacía más que reconocer una potestad propia de los tribunales judiciales en la Argentina. En su momento, el profesor Julio Rodolfo Comadira argumentó acerca de los requisitos excepcionales que en nuestro derecho se exigían para reconocer responsabilidad del Estado por actividad judicial. Ver, también, Galeano, Juan José; "Contratos administrativos…, cit.

[(33)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN33v) Asimismo, en relación con el tema específico del cálculo de las tarifas en dólares y su vinculación con la ley de convertibilidad, ver Pérez Cortés, Ignacio; "El laudo del CIADI en CMS, el cálculo de las tarifas en dólares y la convertibilidad" (LL, 2005-C, 1355).

[(34)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN34v) Laudo arbitral, del 6 de febrero de 2007.

[(35)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN35v) Declaración de agosto de 2009.

[(36)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN36v) La denominación de cada caso es (i) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/17); (ii) Aguas Argentinas S.A., Suez, Vivendi Universal S.A. y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/19); (iii) Anglian Water Limited (AWL) c. República Argentina (Arbitraje CNUDMI); (iv) Electricidad Argentina S.A. y EDF Internacional S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/22) y (v) EDF Internacional S.A., SAUR Internacional S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/03/3).

[(37)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN37v) v. Artículo 14 (I) del Convenio CIADI y artículo 9 de la reglas de arbitraje de la UNCITRAL.

[(38)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN38v) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E Internacional Inc. c. la República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/02/1).

[(39)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN39v) Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. La República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/01/3)

[(40)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN40v) Decisión sobre Responsabilidad del 23/10/2006.

[(41)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN41v) Laudo arbitral del 22/05/07.

[(42)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN42v) Así, por ejemplo, en casos en que el reclamante estaba asesorado por el mismo estudio jurídico se han puesto en evidencia la reproducción de declaraciones testimoniales idénticas en distintos casos, por distintas personas, sobre cuestiones fácticas y concretas, sin posibilidad de sanción alguna. Ha sido frecuente el rechazo sistemático de solicitudes de prueba por parte del tribunal, por ejemplo, en el caso Azurix (circunstancia que constituía un supuesto de nulidad del procedimiento y que, como hice saber al tribunal, conducía a su presidente por un camino de "invisible cordura").

[(43)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN43v) Decisión de jurisdicción, del 11 de mayo de 2005.

[(44)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN44v) Laudo arbitral, del 28 de septiembre de 2007.

[(45)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN45v) Conf. Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por la República Argentina, 29 de junio de 2010.

[(46)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN46v) Recientemente, países como por ejemplo Perú han adoptado el arbitraje en materia de contratos administrativos (Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.L. Nº 1017 y su reglamento, aprobado por D.S. 184-2008-EF), lo que constituye un cambio radical de sistema y un desafío cuyos resultados sólo podrá evaluarse a la luz de su implementación y desarrollo.

[(47)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN47v) Conf. Hamilton, Jonathan; "¿Se acabó el arbitraje en América Latina? La evolución del arbitraje en el Perú y en América Latina", Libro I, Ed. 2008, pág. 649, publicado por el Instituto Peruano de Arbitraje.

[(48)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN48v) Bianchi, Alberto; "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY, 13/5/05, donde se hace un minucioso análisis de la jurisprudencia argentina desde los inicios.

[(49)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN49v) Rivera, Julio César; "Arbitraje Internacional. Criterios opuestos reflejados en dos sentencias relevantes", LA LEY, 17/3/08.

[(50)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN50v) Fallos 327:1881, "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A o Hidronor S.A. s/proceso de conocimiento", del 1/6/04. Debe citarse también "Techint", del 8/5/07 porque fue suscripta por la composición actual de la Corte.

[(51)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN51v) Méndez, Héctor; "Impugnación Judicial de Laudos Arbitrales. El caso "Cartellone" - Un lamentable retroceso", Libro I, Ed. 2008, pág. 539, Publicado por el Instituto Peruano de Arbitraje.

[(52)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&hitguid=i0038507E6316075C2D55186CFDB267DF&spos=52&epos=52&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN52v) Conf. Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo 2, Capítulo XVI.



**Bienvenido a La Ley Online**
JOSE LUIS CORREA
19-10-2011

* [Descargas](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/downloads?crumb-label=Descargas&crumb-action=reset)
* [Ayuda](http://support.rg.thomsonreuters.com/laley/default.asp)
* [Ir a Checkpoint](http://www.checkpoint.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/signon?sso-token=-i0ad8121c000001331da8eb99ef65b2b1)
* [Cerrar Sesion](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/authentication/signoffVM)
* [Historial](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/trail/trails?crumb-label=Historial&context=59&action=retrieve&crumb-action=reset&trailguid=i0ad8121c000001331da8ebb1ef65b2b2)
* [Preferencias](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/preferences/changeVM?crumb-label=Preferencias&crumb-action=reset)
* [Mis Carpetas](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/favourites/retrieve/allVM?crumb-label=Mis+Carpetas&crumb-action=reset)

[Home](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/homepage) > [Búsqueda avanzada](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/tocectoryVM?ndd=3&context=59&tocguid=i0ADFAB87AF31C98881AF32A55E6DF680&stnew=true) > [Doctrina: Toda la doctrina](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/search/template?tocguid=i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&ndd=2&stnew=true&context=5) > [Lista de resultados](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/search/navigateVM?srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&snippets=true&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&savedSearch=false&originates-from-link=false&searchFrom=&context=22&crumb-label=Lista+de+resultados&crumb-action=replace&page=2) > Documento

* [Documento](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#document)





* 

Principio del formulario



Final del formulario



* + - Achicar Texto
		- Agrandar Texto

*
*
* resultado 55 de 55
*
*





* 

Principio del formulario



Final del formulario

Cargando...



* + - Achicar Texto
		- Agrandar Texto

El principio Kompetenz - Kompetenz y su aplicación a un reciente caso de arbitraje comercial internacional

**Rothenberg, Mónica**

**Fallo Comentado:**  [Suprema Corte de Justicia del Reino Unido (SCReinoUnido) ~ 2010-11-03 ~ Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=i9A2136D39276AA69C28C6403FCDF0560&spos=&epos=1&td=&openLocator=)

**Sumario:** I. Introducción. II. Breve relato de los hechos. III. Principales argumentos del fallo. IV. Conclusiones. La relevancia de la doctrina del fallo.

Voces

**Voces:** JURISPRUDENCIA - GRAN BRETAÑA - LAUDO ARBITRAL - ARBITRAJE - **ARBITRAJE** **INTERNACIONAL** - TRIBUNAL ARBITRAL - DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - COMERCIO - COMPETENCIA - COMPETENCIA INTERNACIONAL - CLAUSULA COMPROMISORIA - FIDEICOMISO - FIDEICOMISO DE GARANTIA - CONTRATO - CONTRATO INTERNACIONAL - CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - ESTADO NACIONAL

[**Cerrar**](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append)

**I. Introducción**

La Suprema Corte de Justicia del Reino Unido ha dictado recientemente un fallo de gran trascendencia en materia del control judicial de laudos arbitrales, a partir de la aplicación del principio Kompetenz - Kompetenz.

El fallo también analiza las cuestiones referidas a la viabilidad de involucrar en un procedimiento de arbitraje a un tercero que no suscribió, ni fue parte, de un acuerdo arbitral.

**II. Breve relato de los hechos**

En el año 1995 la empresa Dallah Real Estate and Tourism Holding Company ("Dallah") remitió una propuesta al Gobierno de Pakistán, referida a la construcción de viviendas para ser dadas posteriormente en locación a los peregrinos a La Meca (Arabia Saudita), que comprendía también un plan de financiamiento para el pago de dichos alquileres. El Gobierno de Pakistán aceptó la propuesta.

Dallah se obligó a adquirir los terrenos y a construir las viviendas. Por su parte, el Gobierno de Pakistán se obligó a tomar en locación esas viviendas por un plazo de 99 años, ello sujeto a la condición de que Dallah gestionara y obtuviera para dicho Gobierno el financiamiento necesario. La deuda sería asumida por un tercero a ser designado por el Gobierno de Pakistán, y sería garantizada por éste último.

Mediante el dictado de una Ordenanza, el Gobierno de Pakistán constituyó el fideicomiso Awami Haj Trust, a fin de que este último suscribiera y ejecutara todos los acuerdos mediante los cuales se instrumentaría la transacción antes descripta.

Los contratos suscriptos entre el fideicomiso y Dallah contenían una cláusula que sometía toda controversia derivada de los mismos a un arbitraje conforme las reglas de la ICC. Se pactó como sede del Tribunal Arbitral a constituirse la ciudad de París.

Como se señaló anteriormente, el fideicomiso fue creado por una Ordenanza, que conforme la Constitución de Pakistán, tenía una vigencia limitada, a menos que fuera ratificada por una ley dictada por el Parlamento. Si bien el Parlamento paquistaní nunca tomo intervención en este tema, el trust mantuvo su vigencia en virtud de nuevas Ordenanzas sucesivas que fueron dictadas por el Poder Ejecutivo. En 1996 la Primera Ministro gobernante fue destituida de su cargo, y ninguna otra Ordenanza fue dictada en relación con el fideicomiso. En consecuencia, el fideicomiso se extinguió, en forma automática, al operar el vencimiento del plazo de vigencia de la última Ordenanza dictada a este respecto.

Ante incumplimientos recíprocos, tanto el fideicomiso como Dallah iniciaron sendos reclamos. En ese contexto, Dallah inició un procedimiento arbitral contra el Gobierno de Pakistán, a fin de que este último fuera condenado a pagar la indemnización correspondiente por los incumplimientos denunciados. Dallah fundó su petición en que el Gobierno de Pakistán era el sucesor del fideicomiso, y por ende, era parte del acuerdo arbitral.

El Gobierno de Pakistán negó ser parte del acuerdo arbitral y se rehusó a someterse a la jurisdicción del tribunal arbitral constituido. Con fundamento en lo dispuesto en la Convención de New York, argumentó que el acuerdo arbitral era inválido en virtud de la ley del país en el cual el laudo sería dictado (en este caso, la ley francesa). [(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN1) Ante la actitud renuente del Gobierno de Pakistán, la Corte de la ICC designó al árbitro que esa parte se negó a designar, como así también al presidente del Tribunal. El tercer árbitro fue designado por Dallah.

El Tribunal Arbitral dictó un primer laudo parcial, mediante el cual resolvió que el Gobierno de Pakistán era parte del acuerdo arbitral y que, en consecuencia, ese Tribunal tenía competencia para dirimir la controversia planteada. Luego de ello, el Tribunal Arbitral dictó un segundo laudo parcial referido a ciertos aspectos de la cuestión de fondo debatida, y finalmente dictó el laudo definitivo haciendo lugar a las pretensiones de Dallah.

Dallah procuró entonces ejecutar el laudo contra el Gobierno de Pakistán en la jurisdicción de Londres. Por su parte, el Gobierno de Pakistán efectuó una presentación ante los tribunales franceses para dejar sin efecto los tres laudos dictados.

El juez inglés de primera instancia rechazó la ejecución del laudo. Dallah apeló dicha resolución denegatoria. El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de primera instancia. Dallah apeló ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema del Reino Unido, en sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 2010, ratificó lo resuelto en las instancias anteriores, y sostuvo que correspondía rechazar la ejecución del laudo dictado a favor de Dallah contra el Gobierno de Pakistán. [(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN2)

**III. Principales argumentos del fallo**

La Suprema Corte interviniente se centró principalmente en el análisis de dos aspectos: (a) los efectos del principio Kompetenz - Kompetenz; y (b) la aplicación de acuerdos arbitrales a terceros que no fueron parte de dichos acuerdos.

A. El principio Kompetenz - Kompetenz y su aplicación al caso en análisis

Resultan de aplicación al arbitraje internacional dos principios de especial importancia, que a su vez están estrechamente relacionados entre sí: (i) el principio de la autonomía del acuerdo arbitral; y (ii) la regla kompetenz - kompetenz. Estos principios se encuentran receptados en las principales leyes y reglamentos arbitrales. [(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN3)

La autonomía del acuerdo arbitral supone que en caso de que la cláusula compromisoria se encuentre inserta en un contrato o acuerdo general, esa cláusula es considerada como autónoma y separable del acuerdo principal. De este modo, si los árbitros resuelven que el contrato en el cual se encuentra inserta dicha cláusula es nulo, ello no implicará la nulidad del acuerdo arbitral. Lo contrario importaría necesariamente la pérdida automática de competencia de ese mismo tribunal arbitral interviniente y la consecuente imposibilidad de continuar con el procedimiento de arbitraje en curso.

La doctrina kompetenz - kompetenz resuelve el interrogante referido a quién es competente para resolver un cuestionamiento sobre la competencia de un tribunal arbitral. Según este principio, generalmente aceptado, es el tribunal arbitral que debe resolver sobre su propia competencia.

Sin embargo, este principio no resuelve otro aspecto de especial relevancia, esto es: si el control de competencia por el propio tribunal arbitral está sujeto a control judicial posterior, y en caso de estar sujeto a control judicial posterior, cuál debería ser el grado o extensión de ese control judicial.

A este respecto se ha sostenido que si un tribunal judicial fuera instado por una de las partes a intervenir en una cuestión de competencia de un tribunal arbitral, el tribunal judicial debería abstenerse de intervenir hasta tanto exista un pronunciamiento del tribunal arbitral sobre su propia competencia. Dicho de otro modo, la regla consistiría en atribuirle al tribunal arbitral prioridad, pero no exclusividad, para decidir sobre su propia competencia. El reconocimiento de este criterio dependerá, en cada caso, de las leyes locales estatales y de la jurisprudencia. [(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN4)

El fallo en análisis se refiere concretamente a estos aspectos. Así, se ha dicho que el principio kompetenz - kompetenz se aplica internacionalmente, y que, si bien nada dice acerca del control judicial, puede afirmarse que cada país que adhiere a dicho principio admite algún tipo de control judicial sobre la decisión de competencia adoptada por el propio tribunal arbitral.

En tal sentido, la Suprema Corte interviniente en este caso ha resuelto que los árbitros no pueden ser los únicos jueces de su propia competencia. Eso no sería lógico ni aceptable. De hecho, la finalidad real de la regla kompetenz - kompetenz consiste en no dejar solamente en manos de los árbitros la cuestión de la determinación de su propia competencia. Por el contrario, su competencia debe ser revisada por los tribunales judiciales si se inicia un proceso judicial, ya sea para ejecutar o para rechazar la ejecución de un laudo arbitral. [(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN5)

Por ende, este fallo ha sentado el criterio de que es un principio general universalmente aceptado que, en un arbitraje comercial internacional, el tribunal arbitral es el que tiene el poder, y la facultad, de considerar su propia competencia. Pero, de ello no puede inferirse que ese tribunal arbitral tenga el poder exclusivo de determinar su propia competencia, ni puede inferirse que los tribunales judiciales de la sede del arbitraje carezcan de facultades para determinar si el tribunal arbitral tenía competencia. Tampoco puede inferirse que la cuestión de competencia no puede ser re-examinada por un tribunal judicial en caso de que una de las partes rechace o se oponga a la ejecución de un laudo con fundamento en la incompetencia del tribunal arbitral.

A este respecto, en el fallo en análisis se ha dicho que quien niega ser parte de un acuerdo arbitral no está obligado a participar en el arbitraje, ni a realizar ningún acto en el país de la sede del arbitraje, por tratarse de un procedimiento que ese tercero considera inválido, y que dará lugar al dictado de un laudo también inválido, a su criterio. La parte que inicia el arbitraje deberá procurar ejecutar el laudo en la jurisdicción que estime corresponda. Sólo en esa oportunidad la parte que niega la existencia de un laudo válido tendrá que defenderse y rehusarse a su ejecución.

En consecuencia, conforme la doctrina del fallo en análisis, en un arbitraje comercial internacional, la parte que objeta la competencia de un tribunal arbitral tiene dos opciones: puede cuestionar la competencia del tribunal arbitral ante los tribunales judiciales de la sede del arbitraje, o bien puede oponerse a la ejecución del laudo ante los tribunales judiciales a los cuales se acuda para su reconocimiento y ejecución. Estas dos opciones no son mutuamente excluyentes.

A lo anterior, la Corte Suprema interviniente agregó que, si bien el Artículo V (1) (a) de la Convención de New York se refiere a la posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un lado en caso de tratarse de un laudo arbitral inválido, la práctica internacional concordante demuestra que no hay dudas de que dicha norma también se aplica al caso en el que una de las partes alega que el acuerdo arbitral no la obliga, con fundamento en que nunca suscribió, ni fue parte, del referido acuerdo arbitral.

Establecida la procedencia del control judicial del laudo, la Corte interviniente en este caso se abocó a la consideración y determinación de la extensión y de los límites de ese control judicial.

Dallah sostuvo que la revisión judicial de un laudo dictado por un tribunal que ya se pronunció sobre su propia competencia debe ser limitada. En sustento de su posición, Dallah argumentó que la Convención de New York no contempla una revisión de novo en la etapa de ejecución de laudo, y que lo contrario importaría agregar una nueva etapa procesal de análisis y revisión de los hechos que no fue contemplada en dicha Convención, todo lo cual afectaría la finalidad y la eficiencia del sistema.

La Suprema Corte interviniente en el caso analizado sostuvo que no existía razón alguna para apartarse del lenguaje llano del artículo V (1) (a) de la Convención de New York. Al respecto, se dijo que es cierto que la tendencia, tanto local como internacional, es acotar la revisión de los argumentos de los laudos arbitrales, tanto en lo atinente a los hechos como al derecho. A ello se agregó que es igualmente cierto que la Convención de New York introduce una política "pro - cumplimiento y ejecución" de los laudos arbitrales. Dicho de otro modo, la Convención de New York contempla una serie de pasos significativos destinados a promover la ejecutabilidad de los laudos arbitrales. La carga de probar los fundamentos de la no ejecución de un laudo recae sobre la parte que pretenda resistirse o negar su ejecución.

Sin embargo, dicha Corte entendió que el Artículo V de la Convención de New York resguarda derechos fundamentales, incluyendo el derecho de la parte que no aceptó, o que no fue parte del acuerdo arbitral, a cuestionar la competencia del tribunal arbitral.

En el mismo sentido, se ha dicho que nada respalda la afirmación de Dallah, quien pretendió sostener que la Convención de New York otorga primacía a los tribunales de la sede del arbitraje, esto es, que serían solamente esos tribunales los facultados a realizar una revisión sobre el tema de la existencia de un acuerdo arbitral válido. Por el contrario, se ha afirmado que la Convención de New York no contiene norma alguna que imponga a la parte que pretende resistir la ejecución de un laudo con fundamento en la inexistencia de un acuerdo arbitral, la obligación de cuestionarlo en los tribunales de la sede del arbitraje.

En el caso concreto se resolvió que los tribunales del Reino Unido tenían facultades para revisar la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia, dado que una de las partes se opuso a su ejecución, y probó que no existió acuerdo arbitral vinculante conforme la ley del lugar de la sede del arbitraje.

B. La aplicación de acuerdos arbitrales a terceros que no fueron parte de dichos acuerdos

Uno de los aspectos más controvertidos en el ámbito del arbitraje comercial internacional es el referido a los efectos de un acuerdo arbitral respecto de terceros que no fueron parte de dicho acuerdo. El tema aparece frecuentemente en dos contextos.

El primero es el contexto de los grupos de sociedades, cuando las sociedades del grupo que no fueron parte del acuerdo arbitral procuran aprovecharse o tomar ventaja de ese acuerdo o, por el contrario, cuando la contraparte pretende involucrar y obligar a otras sociedades del grupo en ese acuerdo, y por ende, en un proceso arbitral.

El segundo es el contexto referido a las entidades con participación estatal, en el cual entidades con personalidad jurídica separada del Estado son las que toman parte de un acuerdo arbitral, y en el que posteriormente se pretende involucrar y obligar al propio Estado, y hacerlo parte del proceso arbitral.

Uno de los precedentes más destacados en materia de grupos de sociedades fue dictado en Francia. En ese caso, el tribunal arbitral interviniente resolvió que un grupo de sociedades constituye una "realidad económica única" que todo tribunal arbitral deberá tener en cuenta cuando resuelva sobre su propia competencia. A la luz de los hechos concretos de ese caso, el tribunal arbitral sostuvo que fue "intención común" de todas las partes que todas las sociedades del grupo fueran parte del acuerdo arbitral, aun cuando no todas ellas hubieran suscripto el referido acuerdo. [(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN6)

Con relación a los Estados, el caso más destacable también fue dictado por los tribunales franceses. Una sociedad constituida en Hong Kong celebró un contrato con una entidad del estado egipcio, encargada del turismo en ese país. El contrato tenía por objeto la construcción de dos centros turísticos, uno de los cuales se situaría cerca de las pirámides. El contrato contenía una cláusula de arbitraje ICC, siendo París la sede del mismo. La última página del contrato contenía una leyenda que textualmente decía: "aprobado, acordado y ratificado", y la misma estaba suscripta por el Ministro de Turismo egipcio. Por cuestiones políticas internas, las autoridades egipcias cancelaron el proyecto. La sociedad constituida en Hong Kong inició un proceso arbitral contra la entidad que fue su contraparte en el contrato, y contra el estado egipcio. El tribunal arbitral entendió que era clara y unívoca la voluntad del gobierno egipcio de ser parte de los acuerdos, y por ende, no había dudas de que el estado egipcio estaba obligado conforme la cláusula arbitral pactada.

Iniciado el proceso de ejecución del laudo definitivo por ante los tribunales franceses, el gobierno egipcio se opuso a esa ejecución, con el argumento de que no había sido parte del acuerdo arbitral. La Corte de Apelación de París hizo lugar a los argumentos del gobierno egipcio y rechazó la ejecución del laudo contra este último. La Corte de Casación confirmó el criterio, con el argumento de que la Corte de Apelación estaba facultada para evaluar las cuestiones de hecho y de derecho, como así también todas las restantes circunstancias concernientes a los vicios denunciados, en particular, era su facultad interpretar el contrato para determinar si el tribunal arbitral había emitido un laudo sin que existiera un acuerdo arbitral. [(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN7)

Volviendo al caso concreto bajo análisis, tal como se señaló anteriormente, el Gobierno de Pakistán fundó su rechazo a consentir la ejecución en Londres del laudo dictado en su contra, en lo dispuesto en el artículo V (1) (a) de la Convención de New York. Dicho artículo textualmente dice: "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (a) que las parte en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia". Esta norma plantea algunos interrogantes que fueron abordados en el fallo en análisis, conforme seguidamente se verá.

(a) ¿Qué significa "en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia"?

El laudo se dictó en Francia, por lo que la ley francesa resulta relevante. Pero, ello no significa que la ley francesa deba aplicarse como si se tratara de un arbitraje doméstico. Por el contrario, conforme la ley francesa, la existencia, validez y/o efectividad de un acuerdo arbitral en un arbitraje internacional pueden ser determinadas de acuerdo a las reglas de leyes supra-nacionales. Este criterio surge de varios precedentes jurisprudenciales franceses, que han coincidido en afirmar que "en virtud de una regla material del derecho internacional del arbitraje, la cláusula compromisoria es jurídicamente independiente del contrato principal que la contiene, directamente o por referencia, y su existencia y su eficacia se aprecian, bajo reserva de reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, a partir de la voluntad común de las partes, sin que resulte necesario referirse a una ley estatal …". [(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN8)

En el caso en análisis, ambas partes estuvieron contestes en aceptar que la ley francesa reconoce principios transnacionales como potencialmente aplicables para determinar la existencia, validez y eficacia de un acuerdo arbitral internacional, y que esos principios son parte misma de la ley francesa, ley aplicable al arbitraje en cuestión.

(b) ¿Cuáles son las previsiones de la ley del país en el que se dictó el laudo?

Para dirimir una cuestión de competencia, la jurisprudencia francesa coincide en utilizar el criterio de la "intención común de las partes". Así, se ha dicho que "conforme los usos del comercio internacional, la cláusula compromisoria contenida en un contrato internacional tiene su propia validez y eficacia, que requiere que su aplicación se efectúe a las partes directamente involucradas en el cumplimiento del contrato y en cualquier disputa que pudiera resultar del mismo, dado que está establecido que la situación contractual, las actividades y las relaciones comerciales habituales entre las partes hacen presumir que las mismas han aceptado la cláusula arbitral, de la cual las mismas conocían su existencia y alcance, aun cuando no hayan sido signatarias del contrato que la estipula". [(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN9)

En el caso en análisis, se sostuvo que la intención común de las partes significa su "intención subjetiva derivada de evidencia objetiva". A ello se agregó que la búsqueda de "la intención común" debe ser efectuada examinando la conducta de las partes, y utilizando el criterio de buena fe. Dicho de otro modo: solamente mediante el otorgamiento de un acto "consciente e intencionado" el Gobierno de Pakistán podría haber sido considerado parte del acuerdo arbitral, circunstancia que no se verificó en el caso concreto.

En efecto: la Suprema Corte interviniente entendió que el Gobierno de Pakistán logró probar que no había tenido "intención común" de verse obligado por la cláusula arbitral. Para así decidir, se tomaron en cuenta, entre otros, los siguientes datos:

(a) El fideicomiso había sido estructurado, deliberadamente, con el Gobierno de Pakistán como garante de la deuda a ser contraída por aquél.

(b) El Gobierno de Pakistán no suscribió acuerdo alguno que confirmara que el fideicomiso estaba bajo su control.

(c) El Gobierno de Pakistán pudo renunciar a su inmunidad soberana al tomar parte en un acuerdo comercial (lo que nunca ocurrió).

(d) Un acuerdo celebrado con una entidad estatal no obliga automáticamente al Estado.

(e) Fue el propio fideicomiso (y no el Gobierno de Pakistán) quien inició los primeros procesos contra Dallah en Pakistán.

En virtud de todo lo anterior, la Suprema Corte referida entendió que la Convención de New York parte de la premisa de que debe existir un acuerdo arbitral válido y vinculante detrás de un laudo que pretenda ser reconocido o ejecutado. En el caso concreto en análisis, no existió acuerdo arbitral que obligara al Gobierno de Pakistán, y el tribunal arbitral actuó sin tener competencia.

**IV. Conclusiones. La relevancia de la doctrina del fallo**

El fallo analizado en los capítulos precedentes reviste particular trascendencia, dado que se pronuncia acerca del alcance del principio kompetenz - kompetenz, principalmente, en lo atinente al control judicial de un laudo arbitral.

Así, la sentencia dictada por la Corte Suprema del Reino Unido determina y clarifica los límites dentro de los cuales un tribunal judicial puede reabrir el análisis sobre cuestiones de hecho y/o de derecho a fin de determinar la existencia de un acuerdo arbitral válido entre las partes de la controversia cuando se pretende ejecutar judicialmente un laudo arbitral.

En tal sentido, la Suprema Corte interviniente ratificó que la tendencia internacional en materia de arbitraje comercial es acotar la revisión de los laudos arbitrales, tanto en lo atinente a los hechos como al derecho. Es decir, el criterio predominante es el de "pro - cumplimiento y ejecución" de los laudos arbitrales. Sin embargo, por tratarse de un supuesto en el cual una de las partes se opuso a la ejecución de un laudo en su contra con fundamento en que no existió un acuerdo arbitral vinculante conforme a la ley del lugar de la sede del arbitraje, se admitió la procedencia de la revisión de la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia.

Si bien el grado de control judicial de un laudo arbitral dependerá, en definitiva, de la ley local, ello estará igualmente sujeto a la aplicación de los tratados y convenciones internacionales. Dado que el fallo en análisis hace un pormenorizado desarrollo del texto de la Convención de New York, [(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN10) como así también formula un análisis comparativo de otros ordenamientos jurídicos, podría presumirse que un criterio similar al sentado por este fallo sería adoptado universalmente, tal como lo sostuvo uno de los miembros de la Suprema Corte interviniente al emitir su voto. [(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN11)

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

[(1)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN1v) Conf. art. V (1) (a) de la Convención de New York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (1958).

[(2)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN2v) "Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistán", UKSC, November 3, 2010.

[(3)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN3v) A modo de ejemplo: la primera parte del Art. 16 de la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje internacional textualmente establece: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria".

Por su parte, el Artículo 6 (2) del Reglamento de Arbitraje de la ICC textualmente dispone: "Si la demandada no contesta la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance de un acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviera convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al Tribunal Arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviera convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue". El artículo 6 (4) de dicho Reglamento establece: "Salvo estipulación en contrario, y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal Arbitral conservará su competencia, aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones".

[(4)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN4v) Conf. Rivera, Julio César, Arbitraje Comercial, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 405 y ss.

[(5)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN5v) Conf. considerando 22 del fallo en análisis, con cita de Fouchard, Gaillard & Goldman, International Commercial Arbitration, 1999, Kluwer, parág. 658.

[(6)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN6v) Doctrina del fallo dictado en "Soc. Isover Saint Gobain v. Soc. Dow Chemical", France, 21 de octubre de 1983, 1984 Rev. Arb. 98.

[(7)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN7v) République Arabe d’Egypte v. Southern Pacific Properties Ltd. , Cours de Cassation française, janvier 1987.

[(8)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN8v) "Municipalité de Khoms El Mergeb v. Dialico"; Cour de Cassation (1re. Ch.Civ.; diciembre de 1993) (la traducción me pertenece).

[(9)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN9v) "Orri v. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine"; Cour D’Appel de Paris; 1992, (la traducción me pertenece).

[(10)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN10v) Ratificada por la República Argentina, ley 23.619 (Adla XLVIII-D, 4230).

[(11)](http://www.llo3.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?&src=laley&srguid=i0ad6007a000001331da9512e286e3fba&docguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&hitguid=i3C8FB4A18551095A4006AC65235319A2&spos=55&epos=55&td=55&ao=o.i0ADFAB87AF31C98881AF32BE7421AC4E&searchFrom=&savedSearch=false&context=54&crumb-action=append#FN11v) Voto de Lord Collins en el caso citado (Parag. 71 y ss.).