

Título: **Desnaturalización del arbitraje administrativo**

Autor: **González Campaña, Germán**

Publicado en: **Sup. Adm 2004 (agosto), 8 - LA LEY2004-E, 493**

Cita: **TR LALEY AR/DOC/1962/2004**

Sumario: SUMARIO: I. Texto, contexto y mensaje. - II. Matices del control judicial. - III. El arbitraje (nacional e internacional) es siempre voluntario para el Estado. - IV. El orden público y el interés general en los arbitrajes administrativos. - V. La renuncia del derecho de apelación y los propios actos del Estado. - VI. Control de constitucionalidad de los tratados bilaterales de inversión. - VII. Revisión de laudos arbitrales internacionales. - VIII. Conclusiones

I. Texto, contexto y mensaje

La Corte Suprema, en su nueva composición, ha dejado de lado el criterio por el cual reputaba, en principio, irrecurribles los laudos arbitrales a los cuales las partes les hayan acordado carácter de definitivos e inapelables -salvo el supuesto de nulidad- abriendo ahora la instancia extraordinaria cuando la decisión sea tachada de inconstitucional, ilegal o irrazonable y contraria al orden público.

Si bien la nueva doctrina persigue un noble propósito -como es el de asegurar el control judicial de arbitrajes cuestionados por su falta de transparencia o de equidad- encierra algunos peligros mayores por el temor al empleo abusivo de conceptos indeterminados, como el bien común o el interés general, que pueda amparar la falta de sujeción a derecho del propio Estado.

La postura abandonada por la Corte había reinado -con altibajos- hasta el sonado caso "Meller", [\(1\)](#) cuyo dictado motivó, entre otras cosas, el sometimiento a juicio político a varios de sus ministros [\(2\)](#) y la destitución de uno de ellos "por haber legitimado un proceso administrativo fraudulento y negado la revisión judicial de una resolución administrativa", al rechazar un recurso extraordinario impetrado contra un laudo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación en que se condenó al Estado a indemnizar una cuantiosa suma a su cocontratista privado [\(3\)](#).

El fallo llega en momentos en que el Estado nacional enfrenta un sinnúmero de demandas ante tribunales arbitrales a los que previamente acordó someterse con carácter de inapelable, por el incumplimiento de contratos administrativos ocasionado por el default en el 2001 y el cambio de la política cambiaria en el 2002/03.

En este contexto, no se puede perder de vista el hecho de ser Argentina el país más denunciado del mundo por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, con veintisiete demandas en su contra en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial, y otras tantas en etapa de negociación previa, por reclamos presentados por las empresas extranjeras que suscribieron contratos al amparo de los tratados bilaterales de protección recíproca de las inversiones (TBI), por una suma que se calcula superior a los 16 mil millones de dólares [\(4\)](#).

De la lectura del fallo comentado pareciera que nada se dice en cuanto a los procesos arbitrales internacionales, ciñéndose lo resuelto a la órbita nacional.

Ello, sin embargo, no es así. Por el contrario, lo que decide la Corte puede ser trasladado, sin ningún esfuerzo, a futuros planteamientos de inconstitucionalidad de las cláusulas compromisorias en las cuales el Estado haya prorrogado la competencia a los tribunales arbitrales del CIADI, renunciando a ocurrir a sus órganos judiciales nacionales. Ello, toda vez que en "Cartellone" se establece que no son válidas las renunciaciones de derechos concedidos en miras del interés general, como sería el derecho a la revisión judicial.

Así lo reflejaron los medios de comunicación, que se hicieron eco inmediatamente de esta sentencia y señalaron que constituía un claro mensaje al Gobierno, que lo posiciona en mejores condiciones a la hora de negociar los reajustes tarifarios con las empresas privatizadas, quienes verían con disfavor continuar costosas y prolongadas demandas en Washington, cuyas sentencias pudieran ser revisadas en Buenos Aires [\(5\)](#).

En el Gobierno se emitieron opiniones encontradas. Así, mientras que desde la Procuración del Tesoro de la Nación se señaló que el fallo constituía una forma de recobrar la jurisdicción argentina y asegurar la vigencia de la Constitución Nacional, desde el Ministerio de Economía se pretendió minimizar sus consecuencias, y se negó que lo resuelto encubriera cierto oportunismo judicial dirigido a abarcar otras situaciones que atraviesa la Nación por demandas planteadas ante árbitros internacionales, o que se estuviera ante un trascendental cambio de doctrina con el propósito de favorecer los intereses del Estado nacional sobre el de inversores privados [\(6\)](#).

El objeto de la presente nota se limitará a los alcances del fallo en el orden nacional, sin perjuicio de lo cual, antes de finalizar, haremos un breve comentario sobre la posibilidad de que la Corte nacional declare la

inconstitucionalidad de los tratados de protección recíproca de inversiones y revise laudos arbitrales dictados por tribunales internacionales, que si bien traería cierto desahogo a las arcas públicas, podría generar la responsabilidad internacional del Estado y dejar a nuestro país al margen de la comunidad de naciones civilizadas.

II. Matices del control judicial

Si analizamos con detenimiento la sentencia dictada en "Cartellone", podemos observar dos partes bien diferenciadas: en una primera, la Corte confronta lo fallado por los árbitros con la cláusula compromisoria que les otorgara competencia, lo que la lleva a declarar la nulidad del laudo por exceder el compromiso arbitral al haber actualizado la deuda desde el mes de enero de 1985, en lugar de hacerlo desde febrero de ese año (considerandos 5 a 12) y; en una segunda etapa, se ocupa del mecanismo empleado para calcular los intereses adicionados a la suma reclamada, llegando a la conclusión de que el mismo resultaba desproporcionado, irrazonable y lesivo al derecho de propiedad del Estado por prescindir de la realidad económica, de modo contrario a las reglas de la lógica y la experiencia, de forma tal que trasciende los límites de la moral y las buenas costumbres (considerandos 13 a 19).

De manera que si bien el resultado al que arriba es el mismo -revocación del laudo-, los caminos por los que transita son distintos. El primero es el del control extrínseco, propio del recurso de nulidad, que no puede ser suprimido por voluntad de las partes (art. 760, CPCN); el segundo, en cambio, importa un juicio intrínseco de la equidad y razonabilidad de lo decidido por los árbitros, pese a que las partes habían convenido su inapelabilidad, conforme lo autoriza la legislación procesal (arts. 758 y 760, CPCN). Para así resolver, la Corte se valió del art. 872 del Código Civil, que prohíbe la renuncia de derechos concedidos en miras del interés general, como sería el de apelar una decisión arbitral que contraría el orden público.

De lo primero se encuentran no pocos antecedentes en lo repertorios de la Corte Suprema; lo último, en cambio, sienta una novedosa doctrina, aunque, para fundarla, el cívico Tribunal desempolvó algún olvidado precedente.

Para obtener una visión más clara de los distintos alcances que puede tener la revisión judicial de los laudos arbitrales, distinguiremos, según la profundidad de su análisis, en tres niveles: el primero, superficial, que hace al chequeo del cumplimiento de las formalidades convenidas en el compromiso arbitral; el segundo, el del control de constitucionalidad del laudo, que confronta si lo decidido se encuentra en oposición con alguna norma de la Constitución y; por último, el tercer nivel, que se introduce de lleno en la justicia y equidad del laudo, revocándolo en caso de juzgar que es producto de una interpretación arbitraria o irrazonable de la ley, aunque este último nivel, en puridad, constituye una forma de control de constitucionalidad (art. 28, CN).

1. Nulidad de laudos arbitrales

A lo largo de la historia, la Corte ha sentado como principio general que si las partes pactaron libremente el arbitraje para la resolución de las divergencias -incluso tratándose de la rescisión y nulidad de contratos administrativos- no cabe acudir a la justicia para rever una decisión adversa a sus intereses, [\(7\)](#) y que no basta la invocación de la garantía de defensa en juicio ni las normas relativas a la competencia de los jueces nacionales [\(8\)](#). Por ello, en numerosas ocasiones resolvió que las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales son insusceptibles de recursos judiciales y ajenas, por lo tanto, a la apelación del art. 14 de la ley 48 (Adla. 1852-1880, 364) [\(9\)](#). Siguiendo dicho razonamiento, ha descalificado por arbitraria la sentencia que prescindió de lo resuelto en laudos arbitrales, sin que se haya desconocido su existencia, ni se los haya impugnado por los mecanismos previstos en la ley [\(10\)](#).

Desde temprano, al resolver recursos de nulidad, el Tribunal revocó los laudos que abarcaron puntos no comprometidos; [\(11\)](#) o que fijaron una cantidad inferior al término menor de la discordia; [\(12\)](#) o que lo hicieron con violación de las condiciones o formas impuestas por la partes, como es el fallo pronunciado únicamente por dos árbitros, cuando se había designado un tercero; [\(13\)](#) o en el que los árbitros han decidido con apartamiento de lo alegado por las partes; [\(14\)](#) u omitieron pronunciarse sobre puntos oportunamente propuestos, siempre que se afecte de manera sustancial el derecho del apelante y lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa; [\(15\)](#) etc.

Esta postura se consolidó durante el período 1973-76, cuando la Corte -en aquella composición- descalificó como actos jurisdiccionales válidos los laudos que extienden su competencia a reclamos que implican la transformación de pretensiones de una de las partes, introduciéndolos como integrantes de la litis y variando así los términos del compromiso [\(16\)](#).

Una mención especial merece el leading case "YPF c. Sargo" (1974), citado en "Cartellone", pues si bien su holding no se aparta del principio anterior, en cuanto declara la nulidad del laudo que permitió ampliar los

reclamos de la partes -modificación de las sumas de dinero argentino a dólares estadounidenses- por importar la transformación del objeto mismo del litigio, dice obiter dictum que ello hace innecesario expedirse sobre el planteo de inconstitucionalidad, pues "si se trata de un supuesto de jurisdicción arbitral interna en que no se cuestionan poderes públicos del Estado y promedia expresa autorización específica del Congreso, no cabe discutir la existencia del proceso arbitral como actuación cumplida de las partes y del árbitro, ni es necesario resolver el punto atinente a si el art. 100 (actual 116) de la Constitución Nacional impediría someter a árbitros las causas en que la Nación es parte"[\(17\)](#).

De esa forma, a contrario sensu, el Tribunal dejó abierta la posibilidad de revisar laudos arbitrales dictados por tribunales extranjeros en los que se cuestionen poderes públicos del Estado nacional. Hoy, treinta años más tarde, la Corte podría citar lo resuelto en Fallos, 290:458 para revisar laudos de tribunales del CIADI, lo cual no es menos que preocupante.

2. Inconstitucionalidad

Fuera del control eminentemente formal del recurso de nulidad, en un grupo reducido de casos, la Corte confrontó la adecuación de lo fallado con el texto constitucional, lo que la condujo a revocar los laudos dictados en materias que no consideraba susceptibles de arbitraje, o donde la decisión adoptada o el procedimiento seguido lesionaban derechos y garantías fundamentales.

Así, ha entendido que se violaba el derecho de defensa si no resultaba de las constancias de la causa que el recurrente haya tenido conocimiento del proceso arbitral [\(18\)](#). En otro precedente, afirmó que la falta de consideración de una prueba esencial para la resolución de la causa conducía a la nulidad del laudo, por "sería afectación a los derechos de defensa y propiedad"[\(19\)](#). También resolvió que podría entender en un recurso de queja por retardo de justicia de un tribunal arbitral, si tuviere el alcance de una efectiva privación de justicia que configure un real agravio constitucional [\(20\)](#).

En un aislado pronunciamiento de 1953, la Corte juzgó que el thema decidendum del laudo en sí mismo era inconstitucional, por tratarse de materias indisponibles, como serían los efectos de la desvalorización de la moneda nacional y sus por cientos compensatorios, "por afectar a uno de los más significativos atributos de la soberanía nacional"[\(21\)](#). Este precedente, que denota un fuerte componente ideológico, resulta de suma actualidad ante los numerosos tribunales arbitrales que deben resolver planteos de inconstitucionalidad de la pesificación operada en el 2002.

Respecto del arbitraje obligatorio, la Corte ha tenido opiniones dispares a lo largo de los años, pues mientras que en alguna oportunidad reputó inconstitucional la imposición legal del arbitraje, -sólo susceptible del recurso de nulidad limitado a haberse laudado fuera del término o sobre puntos no comprometidos- por considerarlo violatorio del derecho de defensa en juicio, [\(22\)](#) en otro caso lo ha admitido con carácter excepcional, declarando nulo el laudo dictado en un arbitraje obligatorio no contemplado en los supuestos legales [\(23\)](#). En esta misma línea de razonamiento, declaró constitucional el arbitraje obligatorio, si proceden contra los laudos los mismos recursos que contra las sentencias dictadas por los jueces ordinarios [\(24\)](#).

En cambio, no ha dudado en rechazar todo planteo de constitucionalidad contra las sentencias emanadas de la jurisdicción arbitral libremente convenida por los interesados, dado que "ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los consagrados por las leyes procesales, en las cuales ha de buscarse remedio a los agravios que el laudo hubiese podido ocasionar"[\(25\)](#).

3. Arbitrariedad e irrazonabilidad de los laudos

Excepcionalmente, la Corte ha descalificado laudos fuera del reducido ámbito del recurso de nulidad, expidiéndose sobre la equidad y razonabilidad de la solución arribada por los árbitros respecto de la cuestión de fondo debatida. Se trata de una zona gris, que ofrece diversos matices y grados de profundidad y que, bajo la apariencia de un examen formal, permite ingresar en la justicia del caso concreto, aunque las partes hayan pactado su inapelabilidad.

Sin duda, el fallo más importante de este grupo lo constituye "Cooperativa Eléctrica de General Acha", de 1975, también citado en "Cartellone", donde el Tribunal afirmó que "dígalo o no la respectiva 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; y si bien la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho es función del árbitro, no excluye que pueda ser impugnada judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que hubiese incurrido al laudar"[\(26\)](#).

Consecuentemente, como se desprende de "Alba c. Chevy", una interpretación irrazonable de los términos del conflicto quedaría equiparada a los supuestos de exceso u omisión en los puntos comprometidos en la cláusula arbitral, cuando se produce una lesión del derecho de defensa [\(27\)](#).

Lo mismo parecerían indicar los citados casos "Aion" (2000) y "Meller" (2002), donde al criterio estricto de inapelabilidad de los laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas de la Nación -mantenido hasta "Cables Pirelli" (1999)- (28), se agregó a continuación "si no se advierte arbitrariedad que justifique la intervención de la Corte Suprema", frase que algunos ministros calificaron de flagrante contradicción, pues no se puede afirmar que las resoluciones son recurribles por arbitrariedad e irrecurribles al mismo tiempo (29).

El caso "Meller" abrió una fuerte polémica en la doctrina procesalista, entre quienes -como Colerio- sostienen que toda decisión de un conflicto en sede no judicial, sea administrativa o arbitral, debe respetar el principio de congruencia y ser epílogo del debido proceso, dejando abierta la posibilidad de revisión judicial por arbitrariedad en caso de configurarse una lesión constitucional fundada, máxime ante la gravedad de los intereses públicos comprometidos; (30) y quienes -como Palacio- parten de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, y llegan a la conclusión de que no es admisible el recurso extraordinario frente a la hipótesis de producirse graves errores o arbitrariedades en el pronunciamiento o un supuesto de gravedad institucional, por cuanto cabe otorgar primacía a la voluntad de las partes que dispusieron, libremente, la renuncia de intervención de un órgano judicial, salvo el supuesto de la revisión limitada del recurso de nulidad (31).

Creemos que en el fondo de esta discusión se encuentra el lugar en que cada uno ubique a la justicia y a la seguridad en su escala de valores. Si privilegiamos la justicia, nos resistiremos a reconocerle fuerza de cosa juzgada a un laudo que califiquemos (intrínsecamente) de injusto o inequitativo, aun cuando las partes hayan acordado voluntariamente adjudicarle naturaleza definitiva y renunciado a apelar. Por el contrario, si priorizamos la seguridad jurídica, los acuerdos serán como la ley misma para las partes, quienes deberán cumplirlos de buena fe, bajo el principio *pacta sunt servanda* (arts. 1197 y 1198 del Código Civil). Por nuestra parte, no dudamos en volcarnos por esto último, que nos permite conocer con certeza la realidad de los derechos de las partes, con primacía de la palabra empeñada, la buena fe y los propios actos anteriores, válidos y vinculantes; lo contrario, por más loables que puedan ser los fines buscados, puede dejar librado cuestiones inequívocas a la apreciación subjetiva de los magistrados.

En conclusión, nos parece acertado, como sostuvo el doctor Boggiano hace una década, que "si las partes libremente y en materias disponibles se sustrajeron a la autoridad decisoria de los jueces estatales, no es competencia de la Corte suplir mediante la vía indirecta de la revisión amplia de la sentencia del a quo -comprensiva en definitiva del laudo mismo- las deficiencias de juicio o de criterio de los árbitros, la mayor o menor equidad de su pronunciamiento o su acierto o error" (32).

III. El arbitraje (nacional e internacional) es siempre voluntario para el Estado

A esta altura del análisis cabe hacer una aclaración, no siempre advertida por la doctrina, sobre la naturaleza voluntaria u obligatoria del arbitraje administrativo. Es común encontrar en la jurisprudencia de la Corte la distinción según que el sometimiento al arbitraje haya sido por propia y libre decisión de las partes, o por imposición legal, mirándose con recelo este último supuesto.

1. Esta distinción, en rigor, es acertada respecto del particular, que no sólo puede optar libremente por la jurisdicción arbitral, sino también puede verse compelido a someterse a este mecanismo de solución de controversias por una ley que debe acatar, por lo que al negar la revisión judicial amplia en este último supuesto, entran a jugar otros elementos de talla constitucional, como son las garantías de defensa en juicio, juez natural y protección judicial.

En efecto, en casos como los de las cámaras de conciliación y arbitraje obligatorio, respecto de aparcerías y arrendamientos rurales o de conflictos laborales, resulta difícil compatibilizar la imposición legal del arbitraje y la negación de revisión judicial suficiente de los laudos, con los arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, bajo los títulos de "Garantías Judiciales" y "Protección Judicial", establecen el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías, y a presentar recursos ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, en defensa de sus derechos consagrados legal, constitucional o internacionalmente.

2. El panorama es distinto respecto del Estado. No sólo porque ni éste, ni sus representantes, en cuanto a las funciones materiales que desempeñan, son titulares de derechos humanos (art. 1.2, CADH), como correctamente lo ha reconocido nuestra Corte Suprema, (33) sino porque nadie, ni en el plano interno ni en el internacional, puede obligarlo a adoptar decisión alguna contra su voluntad.

En nuestro ordenamiento interno, la decisión del Estado de someterse a arbitraje puede provenir de la voluntad del legislador al sancionar la ley, como ocurre respecto del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, (34) o de la Administración al suscribir un compromiso arbitral o al elaborar los pliegos de licitaciones y concursos de obras y servicios públicos, que pueden establecer entre las bases y condiciones la exigencia de someter los diferendos que se susciten a árbitros, así como la renuncia a apelar el laudo desfavorable, conforme autoriza el Código Procesal. Tanto una como otra son elecciones adoptadas libremente por el Estado, cualquiera sea la

rama que lo disponga, atento la unidad del Gobierno federal (Parte Segunda, Título Primero, de la Constitución Nacional).

Se presenta una cuestión interesante respecto de cuál debe ser la conducta que debe asumir la Administración frente a una ley que somete una cuestión a arbitraje inapelable. La Corte Suprema ha descartado tanto la posibilidad de declarar por sí mismo la inconstitucionalidad de las leyes, (35) como la de plantear judicialmente la invalidez constitucional de las normas que el mismo Estado dicta (36). Por lo tanto, la única alternativa posible -dentro del marco del Estado de Derecho- que le queda al Ejecutivo es vetar la norma, total o parcialmente (art. 80, CN), en caso que se la someta a promulgación; o, de tratarse de una ley vigente, sólo le cabe presentar proyectos de reforma que no contemplen el sometimiento a arbitraje o la renuncia de apelar los laudos. En uno u otro caso, con efectos y aplicación para el futuro, para no afectar derechos adquiridos (arts. 17, CN; 3°, Cód. Civil).

3. En el ámbito transnacional el razonamiento es similar, pues la jurisdicción internacional nace siempre de la libre voluntad de los Estados. Precisamente, uno de los supuestos de nulidad de los tratados que contempla la Convención de Viena de 1969, son los vicios en el consentimiento (arts. 46-52), (37) que no se configuran por un mero arrepentimiento de los negocios concluidos ni, mucho menos, por el cambio de las autoridades de gobierno, pues rige el principio de continuidad del Estado, que impide desconocer los compromisos asumidos por los mandatarios anteriores (38).

El arbitraje internacional es siempre libre y voluntario, (39) como lo viene destacando la Corte Internacional de Justicia desde hace medio siglo, que ha establecido como principio que "un Estado no puede ser obligado, sin su consentimiento, a someter a arbitraje sus controversias" (40). Este consentimiento -que no está sujeto a formalidad alguna- puede manifestarse tanto en un compromiso arbitral por el cual las partes determinan el objeto del litigio, designan el tribunal y estipulan las reglas principales del procedimiento; o mediante la inclusión de una cláusula compromisoria en un tratado, que establece que cualquier controversia que surja acerca del mismo será sometida a la decisión de un tribunal arbitral; o, también, puede ser manifestado en un tratado general de arbitraje que someta a este medio de solución todas las controversias o cierta categoría de ellas que pudieran plantearse entre las partes (41).

En nuestro país, la decisión libre y voluntaria de someter los conflictos relativos a inversiones extranjeras a arbitraje ha sido plasmada -hasta la actualidad- en 56 tratados bilaterales de protección recíproca de las inversiones (TBI), que confieren el consentimiento anticipado de las partes a someter las conflictos suscitados a los tribunales del CIADI, o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en algunos casos previo agotamiento de los recursos judiciales nacionales y en otros no (42).

Debemos recordar que en el ordenamiento argentino, el tratado es un acto complejo federal, donde el Poder Ejecutivo los concluye y firma (art. 99, inc. 11, CN), previo dictamen, en caso que corresponda, de la Procuración del Tesoro de la Nación, (43) el Congreso nacional los aprueba o desecha mediante leyes federales (art. 75, inc. 22, CN) y, finalmente, el Ejecutivo los ratifica, emitiendo un acto de autorización federal (44).

Por ello, no nos parece adecuado aludir al arbitraje internacional obligatorio, como lo hace Horacio Rosatti, (45) sino a la jurisdicción contractual pactada, como se refiere Rubén Citara (46). Ello, pues, en rigor, estamos ante un consentimiento libre y vinculante en el orden internacional, cuyo desconocimiento, so color de violación de normas internas, se encuentra prohibido por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

IV. El orden público y el interés general en los arbitrajes administrativos

Volviendo a Cartellone, podemos observar que la Corte acude al interés general para interpretar que una renuncia de derechos no puede extenderse a la de apelar un laudo arbitral que contraría el orden público. Si tomamos las palabras utilizadas en los distintos considerandos, podemos ver que aquélla se refirió al interés público (cons. 13); al orden público (cons. 14 y 17); a la ponderación de la realidad económica (cons. 17 y 18); al menoscabo de la verdad jurídica objetiva (cons. 17); y a los límites de la moral y de las buenas costumbres (cons. 17). Todos ellos, como se sabe, son conceptos jurídicos indeterminados que sólo marcan standards abstractos o patrones de conductas, que entran en lo que Carrió denominaba la zona de penumbra del lenguaje jurídico, cuya ambigüedad deja lugar a un amplio margen interpretativo (47).

Ahora bien, sabido es que los poderes públicos tienen el deber de proveer al objetivo preambular de promover el bienestar general, mandato que se reitera en cuanto a las atribuciones del Congreso, en su obligación de proveer lo conducente a la prosperidad del país y al progreso económico con justicia social (art. 75, incs. 18 y 19, CN).

A nivel infraconstitucional, el art. 7°, inc. f) de la Ley de Procedimiento Administrativo, establece dentro de

los requisitos esenciales del acto administrativo a la finalidad, entendida ésta por la Procuración del Tesoro de la Nación como "ínsita en la propia índole de la actividad de la Administración Pública, cuya acción siempre debe tener en cuenta el interés público", y que es "el resultado previsto legalmente como el correspondiente al tipo de acto que dicta y tendiente a satisfacer directamente o inmediatamente el interés público"⁽⁴⁸⁾.

De lo anterior se colige que todo acto administrativo debe tener por finalidad satisfacer el interés público. Por ello, continuando la línea de Cartellone, todos los arbitrajes en que el Estado sea parte y su decisión sea contraria a sus pretensiones afectará el interés público y, en consecuencia, habilitará la revisión judicial, aún cuando aquél haya renunciado a ello.

Si seguimos un poco más allá, y tomamos la astronómica suma que se debate en los tribunales arbitrales de Washington -16.000.000.000 de dólares- no dudaremos en concluir que su resultado incidirá en el interés público, y hasta se podría decir que los montos exceden los límites de la moral y las buenas costumbres y la realidad económica de un país caído en default. De ahí a revisar un laudo de un tribunal internacional, sólo resta un paso...

V. La renuncia del derecho de apelación y los propios actos del Estado

Cartellone salió a la luz pocas semanas antes que en Cabrera la nueva Corte resolviera, respecto de los amparos contra la llamada pesificación voluntaria, que los derechos patrimoniales de los particulares pueden ser renunciados expresa o tácitamente, ocurriendo esto último cuando el interesado realiza actos que importen un acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviarlo, lo que impide su impugnación ulterior con base constitucional ⁽⁴⁹⁾.

Por el contrario, en el fallo comentado se establece que aunque el Estado se haya sometido voluntariamente -sea a través del Poder Legislativo al dictar la ley o de la Administración al confeccionar los pliegos de la licitaciones y concursos públicos o al suscribir un compromiso arbitral- a un régimen jurídico válido -el arbitraje- y haya renunciado a apelar el laudo ante sus órganos judiciales, tal obrar no le es vinculante cuando invoca el interés general o el orden público.

El contraste entre las dos sentencias es absoluto. Mientras en Cabrera el Tribunal sostiene, con todo el rigor de la ley, que las renunciaciones implícitas de derechos patrimoniales manifestadas a través de actos propios son plenamente vinculantes para los particulares, en Cartellone establece que ni siquiera las renunciaciones expresas de derechos son oponibles al Estado, cuya conducta se mide con otra vara, por entrar a jugar factores como el orden público, el interés general o el bien común, cuyo alcance y contenido no se precisan.

Las distancias se alargan aún más cuando se observa que, mientras en Cabrera la Corte pasó por alto el art. 874 del Código Civil -que establece que la intención de renunciar no se presume y que la interpretación que induzca a probarla debe ser restrictiva-, en Cartellone lo invocó expresamente, por más que se trataba de una renuncia plasmada en el propio texto de la ley, que se presume conocida y no requiere prueba alguna (art. 20 Cód. Civil y arg. art. 377 Cód. Procesal).

No obstante sus marcadas diferencias, ambos fallos presentan como nota común la utilización de institutos del derecho privado -en un caso, la doctrina de los propios actos; en el otro, la renuncia de derechos patrimoniales- para resolver cuestiones de derecho público, a favor de la Administración y en contra de las pretensiones de los particulares ⁽⁵⁰⁾.

Es preciso recordar que la doctrina de los actos propios no es una creación pretoriana destinada a cercenar los derechos de las personas privadas, sino que se dirige también -o, mejor dicho, primariamente- al Estado, que es quien debe dar el ejemplo que los ciudadanos deben tomar de modelo ⁽⁵¹⁾.

Así surge de la propia doctrina elaborada por la Corte Suprema que ha recalcado que la regla venire contra factum proprium no valet resulta de aplicación al obrar estatal, y que "cuanto más alta sea la función ejercida por los poderes del Estado, tanto más les será requerible que adecuen aquéllas a las pautas fundamentales sin cuyo respeto la tarea de gobierno quedará reducida a un puro acto de fuerza, carente de sentido y justificación"⁽⁵²⁾.

Este es el peligro que encierra Cartellone: el desconocimiento de obligaciones asumidas y de los derechos adquiridos por leyes o contratos, y la tolerancia de un actuar contradictorio del Estado, que primero se somete a arbitraje y renuncia a apelar el laudo, luego lo apela y la justicia, por último, le abre el recurso, y modifica a su criterio aquello que considera irrazonable.

No debe olvidarse que la seguridad jurídica hace al orden público y se encuentra equiparada a la garantía de la propiedad, ⁽⁵³⁾ por lo que debe privilegiarse el respeto a la palabra empeñada y en el actuar de buena fe ⁽⁵⁴⁾. De lo contrario, como ha dicho la Corte, "la seguridad jurídica, imperiosa exigencia concerniente a la propiedad quedaría gravemente resentida si fuera admisible que pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma y luego la desconoce, pretendiendo cancelar las consecuencias que de su aplicación se

derivaren en el campo de las relaciones patrimoniales"[\(55\)](#).

VI. Control de constitucionalidad de los tratados bilaterales de inversión

Emparentado con lo anterior se encuentra la posible extensión de la doctrina Cartellone a los arbitrajes internacionales a los que el Estado se sometió en virtud de los convenios bilaterales de inversión, firmados -en su mayoría- durante la década del '90. Para llegar a tal extremo resulta ineludible expedirse primero sobre la constitucionalidad de esos acuerdos, para lo cual corresponde antes examinar si es posible en nuestro ordenamiento controlar la constitucionalidad de tratados internacionales por vía del recurso extraordinario y, eventualmente, invalidarlos.

Cierto sector de la doctrina nacional se expresa en ese sentido, sobre la base del art. 27 de la Constitución, que establece como filtro el respeto de los principios de derecho público emanados de ella, entre los cuales figuraría la competencia indeclinable de los jueces argentinos.

Encabezando esa postura, Rosatti entiende que los acuerdos bilaterales que no exigen el previo agotamiento de los recursos judiciales nacionales, o que establecen un plazo exiguo para ello -generalmente 18 meses- subvierten el principio de supremacía constitucional (art. 31) y el procedimiento para su reforma (art. 30), pues un tratado supra-legal pero infra-constitucional podría violentar principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional sin que se pueda ejercer el control de constitucionalidad local [\(56\)](#).

En idéntica forma se pronuncia Masnatta, para quien "los medios alternativos parajurisdiccionales deben ajustarse a los principios de derecho público, como lo postula el art. 27 de la Constitución Nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema tutelar de la defensa del patrimonio del pueblo"[\(57\)](#).

Por nuestra parte, creemos que cabe hacer algunas aclaraciones previas. Si bien es posible en nuestro ordenamiento jurídico controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales previstos en el primer párrafo del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, consideramos que no existe principio de derecho público alguno consagrado en ella (art. 27, CN) que impida reconocer jurisdicción a tribunales internacionales, sean judiciales o arbitrales.

Si bien la prórroga de jurisdicción a organismos supranacionales, pudo haberse entendido contraria a los principios consagrados de la Constitución 1853-60, encuentra cabida a partir de la reforma de 1994, no sólo por el otorgamiento de jerarquía constitucional a tratados internacionales que prevén tribunales jurisdiccionales u órganos cuasi-jurisdiccionales (como la Corte Interamericana, cuyas sentencias son definitivas e inapelables en virtud del art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [\(58\)](#) o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, al que se le reconoce competencia por el art. 1º del Protocolo Adicional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), sino también por la posibilidad expresa de delegar competencias y jurisdicción a tribunales comunitarios de acuerdo al art. 75, inc. 24 de la Constitución Nacional.

De todas formas, aún si se entendiera que luego de la reforma de 1994 las condiciones de reciprocidad e igualdad y el respeto al orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inc. 24), constituyen principios de derecho público consagrados en la Constitución Nacional (art. 27), tales exigencias se encuentran cumplidas en los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones, que establecen estándares como el debido proceso, la cosa juzgada, el respeto por los derechos adquiridos, la buena fe, etc., de manera que no existe óbice alguno para reconocer la validez de la prórroga de jurisdicción a los tribunales arbitrales de la Convención de Washington.

VII. Revisión de laudos arbitrales internacionales

Como se dijo, los tratados internacionales comunes -entendidos éstos como aquellos que no sean los de derechos humanos del segundo párrafo de art. 75, inc. 22- tienen rango superior a las leyes. Por ello, de acuerdo a nuestra estructura jerárquica normativa, no se puede invocar una ley -como es el Código Civil- para descalificar un acuerdo bilateral de inversión. Por ello, el argumento dado por la Corte en Cartellone para revisar los laudos arbitrales, esto es, la irrenunciabilidad de los derechos concedidos en miras del interés general (art. 872, Cód. Civil), cae a la hora de pretender aplicarlo a los TBI.

La duda que se presenta, entonces, es saber si la irrenunciabilidad de los derechos concedidos en miras del interés público, se eleva a la categoría de principio de derecho público que menciona el art. 27 de la Constitución Nacional.

Por nuestra parte, no vacilamos en desechar tal tesis, que prescinde por completo de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje internacional y del carácter político de muchas de las cuestiones que se someten a su decisión [\(59\)](#). En el derecho internacional no se distingue entre cuestiones justiciables y no justiciables, pudiendo lo tribunales expedirse sobre cualquier punto litigioso, así sea sobre intervenciones armadas, ocupación de territorios, límites geográficos, etc. [\(60\)](#).

Tampoco el derecho internacional discierne entre conflictos que puedan plantearse ante tribunales jurisdiccionales y ante tribunales arbitrales, pudiéndose tratar las mismas controversias. Es por ello que la práctica internacional presenta numerosos casos de arbitrajes de las más variadas materias, que van desde lo estrictamente económico, a cuestiones de soberanía política, límites territoriales y recursos naturales. Así -en casos cercanos a nosotros- podemos recordar el sometimiento a arbitraje del conflicto con Chile sobre el "Canal del Beagle", o de las cuestiones limítrofes sobre el Monte Fitz Roy (caso de la "Laguna del Desierto"), etc.

Sostener que estos arbitrajes, a los que el Estado se sometió ante un tribunal internacional con carácter inapelable, puedan ser revisados por la justicia nacional por ser irrenunciable el derecho de apelación cuando es concedido en miras del interés general, conduciría al absurdo y llevaría una segura condena en sede internacional.

En la práctica internacional -como enseña Barberis- toda vez que un Estado ha planteado la inconstitucionalidad o la nulidad de un convenio cuasi-internacional, la jurisprudencia ha decidido esta cuestión aplicando la regla de derecho internacional consuetudinario (en concordancia con los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena) según la cual un Estado no puede prevalecer de su derecho interno para dejar de cumplir un tratado internacional, aún cuando alegare que éstos no están de acuerdo a prescripciones constitucionales [\(61\)](#).

La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina pareciera orientarse en el mismo sentido. En un principio, respecto de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, sostuvo que el derecho a la jurisdicción, consagrado en los art. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, exige que se garantice una suficiente y adecuada tutela de los derechos involucrados en controversias de derecho privado, por lo que la ausencia de un procedimiento legal importaba una privación de justicia, contraria a una norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*), en los términos del art. 53 de la Convención de Viena [\(62\)](#).

Luego, en *Fibraca*, entendió que esos impedimentos se encontraban superados por la creación del Tribunal Arbitral de Salto Grande, que brindaba adecuada satisfacción a la obligación de contar con procedimientos convenientes para la solución de las controversias. Sin embargo, a continuación, la Corte agregó una frase que hoy en día podría dar pie a la revisión de laudos del CIADI. Allí se dijo que "la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, impone a los órganos del Estado argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales, asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria" [\(63\)](#).

No hay duda que el derecho a la jurisdicción constituye uno de los principios de derecho público consagrados en la Constitución Nacional, pero cuando el Estado -lo mismo que un particular- se somete voluntariamente a un arbitraje internacional, este principio se encuentra plenamente resguardado por la intervención del tribunal arbitral, que impide la configuración de un supuesto de privación de justicia.

Así lo ha entendido correctamente la propia Corte argentina, que remarcó que "teniendo en cuenta que según el art. 5° del Estatuto del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande las sentencias de éste son definitivas e inapelables, la Corte Suprema no puede revisar lo que aquel tribunal internacional decida en los asuntos de su competencia," [\(64\)](#) y que no basta para que se configure un supuesto de privación de justicia las consideraciones genéricas sobre la eventual imparcialidad del tribunal arbitral y la onerosidad que significaría ocurrir ante él [\(65\)](#). De la misma forma, recientemente, ha dicho que el sometimiento sin reservas al órgano arbitral, obsta a la ulterior objeción del procedimiento que los recurrentes consideran lesivo de sus derechos, y que una escueta y genérica impugnación de inconstitucionalidad no resulta apta para justificar una declaración de semejante gravedad institucional [\(66\)](#).

VIII. Conclusiones

De las consideraciones expuestas, podemos colegir las siguientes conclusiones:

* En su larga trayectoria, la Corte Suprema -aunque vacilante- se ha mostrado reacia a revisar laudos arbitrales fuera del reducido margen del control extrínseco del recurso de nulidad.

* Dicha postura encuentra excepción durante el período 1973-76, donde el Tribunal fue partidario de juzgar la equidad intrínseca de los laudos y la razonabilidad de los criterios interpretativos utilizados por los árbitros, aunque se haya pactado su inapelabilidad.

* Dejada abierta -aunque no utilizada- la vía del recurso extraordinario por sentencia arbitraria en los citados casos "Aion" (2000) y "Meller" (2002), la Corte transita ese camino en *Cartellone* (2004), que la lleva a descalificar el laudo no sólo por exceso del compromiso arbitral, sino también por la arbitrariedad de los mecanismos empleados para calcular los intereses, a los que califica de desproporcionados, irrazonables y lesivos al derecho de propiedad del Estado.

* El sistema instaurado a partir de este fallo, por más nobles propósitos que persiga, puede generar un injustificado privilegio a favor del poder estatal, en contra de los derechos y garantías individuales, pues si el Estado resulta ganador del arbitraje, el laudo adquirirá valor de cosa juzgada y será insusceptible de recurso alguno; por el contrario, si resulta perdedor, tendrá la posibilidad de acudir a la justicia, aunque haya renunciado a ello, por la invocación del orden público y del interés general, cuya existencia -obviamente- no puede ser alegada por el particular. Ello puede conducir a la desnaturalización del arbitraje -extraordinario mecanismo para aliviar la sobrecarga de trabajo y congestión de los tribunales judiciales- el cual de ahora en más sólo constituirá una etapa previa cuya resolución final -si el Fisco resulta perdedor- estará en manos de la Justicia.

* El arbitraje, tanto en el orden interno como en el internacional, es siempre voluntario para el Estado. Si a éste no le resulta conveniente someter cuestiones de derecho público a jueces privados, simplemente, no debe hacerlo. Si lo hace, debe tolerar las consecuencias que le sean desfavorables.

* Si el Estado nacional es adverso a someterse a arbitraje internacional, no es el camino buscar en los jueces nacionales la declaración de inconstitucionalidad de las cláusulas compromisorias, sino cumplir de buena fe los tratados bilaterales de inversiones vigentes, no firmar nuevos convenios, o no renovarlos a su vencimiento, lo que sucederá próximamente, ya que en su mayoría han sido suscriptos a partir de 1993 y tienen una duración de diez años, renovables expresa o tácitamente, ocurriendo esto último ante el silencio de las partes.

* La doctrina sentada en *Cartellone* resulta inaplicable respecto de los arbitrajes a que se haya sometido el Estado nacional mediante tratados internacionales, pues éstos tienen jerarquía superior a las leyes, de manera que el fundamento jurídico invocado por la Corte para invalidar la renuncia al recurso de apelación (art. 872 del Código Civil) deviene insuficiente en virtud de la supremacía de los convenios internacionales (art. 75 inc. 22, 1er. párr., CN).

* Si bien es posible en nuestro ordenamiento jurídico controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales previstos en el primer párrafo del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, no existe principio de derecho público alguno consagrado en ella (art. 27, CN) que impida reconocer jurisdicción a tribunales internacionales, sean judiciales o arbitrales

* La prórroga de jurisdicción a organismos supranacionales, si bien pudo haberse entendido contraria a los principios consagrados de la Constitución 1853-60, encuentra cabida a partir de la reforma de 1994, no sólo por el otorgamiento de jerarquía constitucional a tratados internacionales que prevén tribunales jurisdiccionales u órganos cuasi-jurisdiccionales (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Naciones Unidas), sino también por la posibilidad expresa de delegar competencias y jurisdicción a tribunales comunitarios de acuerdo al art. 75, inc. 24 de la Constitución Nacional.

* La interpretación contraria podría llevar al absurdo de un juez nacional que revise los laudos de un tribunal arbitral comunitario, como puede ser el proyectado Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, o de un tribunal arbitral del Banco Mundial, lo que podría generar la responsabilidad internacional del Estado, que, por su gravedad institucional, debe ser evitada por la Corte, (67) a riesgo de dejar a nuestro país al margen de la comunidad de naciones civilizadas, entendidas éstas, como aquellas que se encuentran sujetas al orden jurídico y no fuera de él.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) CSJN, "Meller Comunicaciones S.A. U.T.E. c. E.N.Tel.", 2002/11/05, Fallos, 325:2893 (LA LEY, 2003-B, 905), que remite a los fundamentos dados en "Aion S.A. y Natelco S.A.I.C. c. E.N.Tel.", A.269 XXXV, 2000/08/29.

(2) De los ministros que formaron la mayoría de opiniones en el caso "Meller", sólo permanecen en el Tribunal Boggiano y Vázquez, sin votar en esta ocasión el primero, y cambiando su criterio el segundo.

(3) Véase nuestro comentario: "Juicio político a los jueces de la Corte Suprema por el contenido de sus sentencias: ¿hacia una casación política de los criterios jurídicos?", LA LEY, Supl. de Derecho Constitucional, del 20 de febrero de 2004.

(4) Ampliar en nuestro artículo: "La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI", en GORDILLO, Agustín (dir.), "El contrato administrativo en la actualidad", LA LEY, Suplemento Especial de mayo de 2004, p. 159 y sigtes.

(5) Así lo resaltaron: "Un fallo de la Corte tiene impacto sobre las privatizadas", La Nación del 22/6/04; "La Corte podrá rever fallos de un tribunal arbitral", Clarín del 20/6/04; "Más armas para la defensa ante los juicios del CIADI", Página 12 del 24/6/04, entre otros.

(6) Cfr. SISELES, Osvaldo, "Ratifican una añeja doctrina sobre laudos", La Nación, Secc. Economía, del 7/7/04, p. 3.

(7) CSJN, "Empresa Constructora F.H. Schmidt SA c. Provincia de San Juan", Fallos, 181:306 (1938).

- (8) CSJN, "Cía. de Electricidad de los Andes S.A. c. Municipalidad de Godoy Cruz", Fallos, 220:249 (1951).
- (9) CSJN, "Amelcom American Electrical C° Sociedad Com. e Ind. J. Wlewis & Cía", Fallos, 239:357 (1957); "Servente y Magoglia", Fallos, 252:109 (1962); "Pedraza, Fausto R. c. Pedraza de Molina, Fanny E. y otros", Fallos, 255:13 (1963); "Kinbaum Ferrobeton S.A. c. Administración General de Obras Sanitarias de la Nación", Fallos, 261:27 (1965); "Pirelli Cables c. ENTel", Fallos, 322:298 (1999); "Aion S.A. y Natelco S.A.I.C. c. E.N.Tel.", A.269 XXXV (2000); "Meller Comunicaciones SA c. ENTel" (2002), Fallos, 325:2893, entre otros.
- (10) CSJN, "Pérez, Alberto Antonio y otros c. Empresa de Transportes La Cabaña S.R.L", Fallos, 300:380 (1978).
- (11) CSJN, "Provincia de Buenos Aires c. Los herederos de Juan José Basavilbaso", Fallos, 107:126 (1907).
- (12) CSJN, "Basavilbaso, Juan José (su suc.) c. Provincia de Buenos Aires", Fallos, 110:185 (1908).
- (13) CSJN, "Provincia de Buenos Aires c. Otto Frank y Compañía", Fallos, 137:33 (1922).
- (14) CSJN, "Aerolíneas Argentinas", Fallos, 298:101 (1977).
- (15) CSJN, "Carrocerías San Miguel SRL. c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", Fallos, 319:1416 (1996).
- (16) CSJN, "E.N.Tel", Fallos, 288:205 (1974) y "Tomasow, Mario c. González Parente" (1974), LA LEY, 155:47.
- (17) CSJN, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo Argentina SA", Fallos, 290:458 (1974), cons. 25.
- (18) CSJN, "Genaro García Ltda. SA c. Silvia C. Johansen de Armenteros", Fallos, 284:372 (1972).
- (19) CSJN, "Quiroga, Sergio O. c. Quiroga, Luis Alberto", Fallos, 306:2172 (1984).
- (20) CSJN, "Marino, Humberto V.", Fallos, 220:116 (1951).
- (21) CSJN, "Pacheco Santamarina de Bustillo, Susana Carlota c. Café Paulista", Fallos, 225:135 (1953).
- (22) CSJN, "Empresa de Navegación y Astilleros Bussio Hnos. c. Capitán, Armador, Propietario y/o Agente del Buque "Del Oro" y Flota Argentina de Navegación Fluvial", Fallos, 267:199 (1967); "Cossio, Pedro y otros c. Cossio, Rufino Patricio", Fallos, 275:489 (1969). De la misma forma se ha expresado, en disidencia, el Dr. Adolfo Vázquez, en "Baterías Sil-Dar SRL c. Barbeito, Walter s/ sumario", Fallos, 324:3184 (2001).
- (23) CSJN, "Unión Obrera Metalúrgica c. S.A. Zunsa Zuntini Hnos.", Fallos, 298:161 (1977).
- (24) CSJN, "Marchisio, Raúl O. y otros c. del Federico, Dante", Fallos, 301:111 (1979).
- (25) CSJN, "Muzlera de Machado, Carlota c. La sucesión de Juan Bernardo Yturraspe", Fallos, 118:247 (1913); "Gutiérrez, Rafael, y otra c. Editorial Kapeluz S.R.L.", Fallos, 237:392 (1957); "Genisetto de Giacomone, Dominga, y otras c. Giacomone, Aldo Juan", Fallos, 250:408 (1961); "De Caro, Antonio c. Caputo S.A.", Fallos, 274:323 (1969); "Icer S.A. c. Molinos Florencia S.A.", Fallos, 296:230 (1976); "Echenique y Sánchez Galarce S.A. c. Tietar S.A.", Fallos, 306:455 (1984); "De Nitto, Juan", Fallos, 308:116 (1986), entre otros.
- (26) CSJN, "Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Limitada", Fallos, 292:223 (1975).
- (27) CSJN, "Alba, Carmen c. Chevy, Adriana y otros", Fallos, 295:597 (1976).
- (28) CSJN, "Pirelli Cables c. ENTel", Fallos, 322:298 (1999), LA LEY, 2000-C, 119, con nota de VEGA, Susana E., "El Tribunal Arbitral de Obras Públicas y la irreversibilidad judicial de sus laudos. El paso del tiempo y la permanencia del criterio".
- (29) Por nuestra parte, no coincidimos con los votos mayoritario y minoritario recaídos en "Meller". La mayoría dejó abierta la revisión judicial en caso de arbitrariedad, que no advirtió configurada, cuando en primer lugar, no tenía por qué abrir esa puerta de contornos tan dilatados y poco precisos en la actualidad, pero, en caso de hacerlo, no pudo dejar de analizar los planteos formulados por el Procurador del Tesoro de la Nación. Por su parte, la disidencia incurrió en el error de considerar al tribunal arbitral como un tribunal administrativo y de carácter obligatorio, cuando bastaba la invocación de omisión de pronunciarse sobre el punto central sometido a su jurisdicción, esto es, la procedencia del reclamo, para poder revocar el laudo sin salirse del ámbito del recurso de nulidad y sin afectar la seguridad jurídica.
- (30) COLERIO, Juan, "La revisión del laudo arbitral por el recurso extraordinario", LA LEY, 2003-B, 906. En cierta medida también es la postura del maestro MORELLO, Augusto M., "¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?", ED del 13/08/02, quien deja a salvo "la sombrilla protectora de la Corte Suprema en supuestos excepcionales, que requieren preservar la seguridad jurídica".
- (31) PALACIO, Lino, "Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario", LA LEY, 2003-F, 1184; ANAYA, Jaime L., "Control judicial del arbitraje", LA LEY, 2004-B, 312.
- (32) CSJN, "Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina s/ nulidad laudo arbitral", Fallos, 317:1527 (1994).
- (33) CSJN, "Arce, Jorge Daniel", Fallos 322:2488 (1997), LA LEY, 1997-F, 696, con nota de GORDILLO, Agustín: "Los derechos humanos no son para sino contra el Estado", reproducido en Cien notas de Agustín, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, § 76, p. 165.
- (34) Arts. 7° de la ley 12.910; arts. 6°, 7° y 8°, decretos 11.511/47; 4517/66 y 1098/56 (Adla, VII-40; 660; XXVII-A, 394; XVI-A, 129).
- (35) CSJN, "Ingenio y Refinería San Martín de Tabacal c. Salta", Fallos, 269:243 (1969); "Mendoza c.

Gobierno de la Nación", Fallos, 298:511 (1977); "Raúl O. Bruno", Fallos, 311:469 (1988); "Sindicato de Trabajadores de la Industria de Alimentación c. Ministerio de Trabajo", Fallos, 319:140 (1996).

(36) CSJN, Fallos, 12:73; 132:101; 134:37; 284:218; 296:723; 303:1039; 307:630; 311:1237; 322:298, entre otros.

(37) Ver: REMIRO BRETONS, Antonio, "Derecho internacional público", t. 2, p. 431, Derecho de los tratados, Ed. Tecnos, Madrid, 1987; DE LA GUARDIA, Ernesto, "Derecho de los tratados internacionales", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997

(38) Ampliar en: PASTOR RIDRUEJO, José A., "Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales", p. 291, Ed. Tecnos, 7ª ed., reimp. 2000, Madrid.

(39) Dicho principio encontraba excepción en el proyecto de 1996 sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, que preveía una jerarquía de procedimientos de solución de controversias, debiendo los Estados partes someter sus diferendos a la negociación primero, luego a la conciliación y, por último, al arbitraje, que se tornaba obligatorio en caso de que uno de los Estados haya adoptado contramedidas. Dicha obligación, que generó fuertes reparos por parte de los gobiernos, fue eliminada en el proyecto elaborado por Crawford en el 2001, que sólo contempla la obligación de los Estados que adoptan contramedidas de someter las disputas a cualquier procedimiento de solución de controversias a que se hayan comprometido (art. 50.2.a). Véase: CRAWFORD, James, "The International Law Commission Articles on State Responsibility", p. 9, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

(40) CIJ, "Ambatielos", Recueil 1953, p. 19; dicha doctrina había sido sentada por su predecesora, la Corte Permanente de Justicia, Serie A, N° 2, p. 6; Serie B, N° 5, p. 27; Serie A, N° 9, p. 32; Serie A, N° 15, p. 22; Serie A, N° 17, p. 37 y 38.

(41) BARBERIS, Julio A., "Formación del derecho internacional", p. 178, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1994.

(42) Recientemente, los tribunales arbitrales del CIADI se han declarado competentes para entender en un reclamo originado en el TBI Argentina - Estados Unidos, sobre la base del consentimiento a someterse a dicha jurisdicción manifestado por los Estados partes en dicho acuerdo. CIADI, "Azurix Corp. c. Rep. Argentina", LA LEY, 31/03/04, con nota de SISELES, Osvaldo E., "La competencia para resolver disputas de un contrato administrativo". Puede verse: BENADAVA, Santiago, "La base de la competencia de un tribunal arbitral", en AA.VV., Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 221.

(43) Ver: LOPEZ OLACIREGUI, Martín y RODRIGUEZ GALAN, Alejandra, "El rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los convenios económico-financieros internacionales", en: 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-1993, ps. 176-197, Buenos Aires, 1994.

(44) CSJN, "Méndez Valles, Fernando c. A. M. Pescio SCA. s/ ejecución de alquileres", Fallos, 318:2639 (1995).

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

(46) CITARA, Rubén M., "El marco normativo de los tratados bilaterales de inversión (T.B.I.) frente a la existencia de la jurisdicción contractual pactada", LA LEY, 2004-B, 1400.

(47) CARRIO, Genaro R., "Notas sobre derecho y lenguaje", p. 24, Ed. Abeledo Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 1994.

(48) PTN, Dictámenes, 209:248 del 30/5/94 y 214:068 del 25/7/95, citados por: GORDILLO, Agustín (dir.), Procedimiento Administrativo. Decreto Ley 19.549/1972 y normas reglamentarias - Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentados y concordados, Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2003, p. 119.

(49) CSJN, "Cabrera, Gerónimo R. y otro c. P.E.N". (2004), cons. 4º y 5º, LA LEY, Supl. Esp. del 13 de julio de 2004.

(50) Como correctamente observó, respecto de Cabrera, LEIVA FERNANDEZ, Luis F., "La doctrina sobre los actos propios y la pesificación", LA LEY, Supl. Esp. del 13 de julio de 2004. También puede leerse la aguda crítica de WETZLER MALBRAN, Ricardo A., "La doctrina de los actos propios aplicada a la pesificación de los ahorros y una reflexión importante para los casos futuros de corralito", ED del 21 de julio de 2004.

(51) Sobre la aplicación de esta doctrina en el derecho público puede leerse: MAIRAL, Héctor A., "La doctrina de los propios actos y la Administración Pública", p. 180 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, reimp. de la 1ª ed., También: LOPEZ MESA, Marcelo J., "La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia", ps. 93-101, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.

(52) CSJN, "Cía. Azucarera Tucumana SA c. Estado Nacional s/ expropiación indirecta", Fallos, 312:1725 (1989).

(53) Fallos, 242:501, recordado frecuentemente por MORELLO, Augusto M., "La justicia, de frente a la realidad", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002; "Dificultades de la prueba en procesos complejos", p. 9, Ed.

Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

(54) Ha dicho la Corte que la doctrina de los actos propios-construida sobre una base primordialmente ética- es una derivación necesaria e inmediata del principio general de la buena fe, y reposa en la confianza que suscita la conducta propia en la parte contraria. CSJN, "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo", Fallos, 325:1787 (2002); "García Badaracco, Carlos Eduardo c. Maggi, Ida María s/ medidas precautorias", (2003), LA LEY, 24/02/04.

(55) CSJN, "Miolato de Krebs c. Krebs", Fallos, 294:220 (1976).

(56) Cfr. ROSATTI, Horacio D., "Los tratados bilaterales de inversión. El arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", LA LEY, 2003-F, 1283, en esp. ps. 1293-94. Para este autor, la conjunción TBI - CIADI vulneran la forma representativa y republicana de gobierno, el principio de juridicidad y de reserva, la garantía de igualdad, el carácter no absoluto de los derechos y el debido proceso.

(57) MASNATTA, Héctor, "La era de las crisis: instrumentos normativos, jurisdiccionales y parajurisdiccionales", en GELLI, María A. (dir.), Emergencia económica y recurso extraordinario, LA LEY, Supl. Especial, dic. 2003, p. 3.

(58) Las sentencias de la Corte Interamericana no pueden ser recurridas ante nuestros tribunales, como, correctamente, lo resolvió la Corte Suprema, por resolución 1404/03, donde rechazó la solicitud presentada por la Procuración del Tesoro de la Nación para que instrumentara el cumplimiento de la sentencia del caso Cantos, José María c. Argentina, del 28/11/02. Sobre este fallo, puede verse nuestro comentario: "Juicio internacional a la justicia argentina (tasas, honorarios y costas en la mira de la Corte Interamericana)", LA LEY, 2003-C, 1.

(59) ORREGO VICUÑA, Francisco, "A New System of International Dispute Settlement for the Twenty-First Century", en AA.VV., Liber Amicorum 'In Memoriam' of Judge José María Ruda, op. cit., p. 235. Véase también: COLLIER, John y LOWE, Vaughan, The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 19; CHINKIN, Christine, "Alternative Dispute Resolution under International Law", en EVANS, Malcom, Remedies in International Law: The Institutional Dilemma, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 123.

(60) CONFORTI, Benedetto, "Diritto Internazionale", p. 397, Editoriale Scientifica, terza edizione, ristampa, Napoli, 1988.

(61) BARBERIS, Julio A., "Los sujetos del derecho internacional actual", p. 170, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

(62) CSJN, "Cabrera, Washington Julio Efraín c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", Fallos, 305:2150 (1983).

(63) CSJN, Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, Fallos, 316:1669 (1993).

(64) CSJN, "Ghiorzo, Juan José c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", Fallos, 320:435 (1997); en idéntico sentido: "Duhalde, Mario Alfredo c. Organización Panamericana de la Salud Oficina Sanitaria Panamericana s/ accidente - ley 9688", Fallos, 322:1905 (1999).

(65) CSJN, "Alimento de los Andes S.A. c. Banco de la Provincia del Neuquén y otros s/ cumplimiento de contrato", Fallos, 323:2418 (2000).

(66) CSJN, G. 17. XXXVIII, "Galinger, Carlos Alberto y otro c. Estado Nacional y otro", 15/07/2003, ED, 07-11-03.

(67) CSJN, "Méndez Valles, Fernando c. A. M. Pescio SCA. s/ ejecución de alquileres", Fallos, 318:2639 (1995).