

Capítulo XVIII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL¹

1. Antecedentes del arbitraje administrativo internacional

1.1. Los albores del derecho internacional

1.1.1. Los internacionalistas

Para los optimistas y los internacionalistas, la época moderna en materia de arbitraje comercial internacional tiene en verdad larga data, tanto que habría comenzado y se habría desarrollado en la secuencia que sigue:²

1º) El tratado de derecho procesal internacional de Montevideo en 1889.

2º) La convención sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Ginebra en 1927.

3º) El llamado “Código Bustamante.”

4º) La séptima conferencia internacional americana de 1933.

¹ Ver también GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, “Acuerdos para la promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias,” en *Los convenios colectivos para la promoción y protección recíproca de inversiones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires/Instituto del Derecho Internacional y la Navegación, 1993, pp. 7-19; “Un interesante caso en el que se planteó la aplicación del acuerdo de garantía de inversiones concluido con el Reino de España,” *LL*, 2001-F, 507; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional,” *LL*, 2002-D, 1106; YMAZ VIDELA, ESTEBAN M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Buenos Aires, La Ley, 1999; TAWIL, GUIDO SANTIAGO – MINORINI LIMA, IGNACIO J., “El Estado y el arbitraje: primera aproximación,” *RAP* 337: 9, Buenos Aires, 2006.

² MONROY CABRA, MARCO G., *Arbitraje comercial*, Bogotá, Temis, 1982, pp. 52-72, 76-7, notas; AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO, *El juicio arbitral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958; BRICENO SIERRA, HUMBERTO, *El arbitraje en derecho privado*, México, Cremades, 1963; BERNARDO, MARÍA, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1975; TORNO MAS, JOAQUÍN, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos,” *RAP*, Madrid, 1995, 136: 149; ROBERT, JEAN, *L'Arbitrage, droit interne, droit international privé*, Dalloz, 1993, p. 225 y ss. En el Mercosur, se ha puesto en vigencia la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros y la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional: DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, “El derecho internacional privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea,” *LL*, 1997-F, 1302, 1310.

5º) El tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1940.

6º) La convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958.

7º) La convención europea sobre arbitraje comercial internacional de Ginebra en 1961.

8º) El convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de Washington, 1965.

9º) La convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Panamá de 1975, etc.

1.1.2. *La visión de un abogado litigante*

Para los escépticos, este es el viejo derecho internacional público o privado que vimos hace décadas en la Facultad.

Pero incluso entre los internacionalistas clásicos y contemporáneos no puede dejar de advertirse algunos rasgos no precisamente alentadores para un abogado litigante, como p. ej. la reflexión de un abogado español refiriéndose a la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitraje de París. Según este letrado su reglamento, en vigor desde 1975, “no posee respaldo ni sanción jurídica de Estado alguno, radicando su valor jurídico única y exclusivamente en la remisión contractual que las partes realizan en la cláusula arbitral; siendo así, la principal función de la Corte es la de administrar el reglamento, por lo cual puede decirse que como organismo administrativo y mientras se constituye el respectivo tribunal de arbitramento, sirve de intermediario entre las partes y entre éstas y las personas que se han designado como árbitros, recibiendo la demanda, enviándola a la parte demandada para su información y recibiendo de ésta la contestación de la demanda o la reconvencción si fuere el caso.”³ También hay, desde luego, visiones optimistas,⁴ pero son visiones del problema desde la óptica de cada derecho local, antes que de una construcción universalizada de derecho internacional.

1.1.3. *El arbitraje internacional como “excepción”*

En el ámbito interno la renuencia es la regla, en todos los frentes, aunque existan avances normativos importantes. El primer progreso normativo que parece de significación está todavía teñido de excepción. Es el propio CPCCN, cuyo art. 1º dispone que “La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inc. 4º, 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

³Transcripción efectuada en MONROY CABRA, *op. cit.*, pp. 76-7.

⁴ROBERT, *L'Arbitrage, droit interne, droit international privé*, *op. cit.*, p. 225 y ss.

aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la república,⁵ salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley.” El CPCCN reconoce expresamente la preeminencia de las normas puntuales de los tratados bilaterales de inversión por las cuales el Estado presta consentimiento por anticipado a someter cualquier controversia con un inversor extranjero (que califique como tal de conformidad con las disposiciones del tratado aplicable) relativa a una inversión protegida.

1.2. *Algunas primeras señales de cambio*

De todas maneras, algunas luces positivas existen más recientemente, p. ej. la ley 24.488 sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, que por el principio de reciprocidad, resulta aplicable al propio Estado argentino. El art. 2º, inc. h), dispone que no se puede invocar dicha supuesta inmunidad de jurisdicción “Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.”

En una misma tónica optimista puede recordarse la ley 23.619, de 1988, aprobando la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras; la ley 24.322, de aprobación de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional; el decreto-ley 22.921/83, aprobatorio de la “Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales:” la ley 24.353 aprobatoria del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. De todas maneras, es esa continuada actividad legislante del Estado en su actuación bilateral internacional lo que está sentando las bases para que se produzca finalmente, tal vez, un cambio empírico cierto.⁶

⁵ La excepcionalidad del arbitraje está reconocida antes de esta reforma legislativa que admite el arbitraje: CNCom., Sala A, *Jatar*, 1965, LL, 120: 68.

⁶ Para colmo, en algunos casos, nuestro comportamiento en la materia ha sido negligente. En el juicio arbitral abierto en Washington por más de 200 millones de dólares, con motivo de la concesión de Tucumán a *Agua del Aconquija*, cuyo laudo fue dictado en el año 2000 y luego anulado por un Comité de Anulación del CIADI ni siquiera designamos árbitro de parte y nos fue desinsaculado. Tuvimos suerte: nos tocó un jurista de altísima reputación internacional, absolutamente probo y responsable, como es THOMAS BUERGENTHAL. Luego de la anulación y la relitigación del caso, se dictó un segundo laudo sobre el fondo que actualmente se encuentra sujeto a una nueva (y segunda) solicitud de anulación. El caso lleva casi doce años ante los estrados arbitrales y ya han intervenido sucesivamente cuatro paneles diferentes. Ver: www.worldbank.org/icsid. Aún así, es dable destacar que la defensa argentina ha ido evolucionando y mejorando con el tiempo. Prueba de ello son las recientes decisiones arbitrales favorables para el país en los casos *Metalpar v. Argentina*, *Continental Casualty v. Argentina*, *Wintershall v. Argentina*, *TSA Spectrum v. Argentina*. Todos estos laudos se encuentran publicados en www.worldbank.org/icsid.

Dicho en otras palabras, hay renovados fundamentos normativos, pero falta la inclinación y la voluntad de los funcionarios. Hasta ahora no parece que las nuevas normas hayan podido modificar la vieja situación. CROISSET decía de la administración que “no se cambia la realidad por decreto.” A lo cual cabría agregar “y tampoco por tratado internacional.”

1.3. *La Argentina en el proceso de globalización*

Por un lado, existe lo que parece ser una tendencia crecientemente favorable a la sumisión del Estado argentino, por voluntad propia, a mecanismos internacionales de resolución de controversias. En efecto, el camino que recorre el derecho argentino es la progresiva sumisión a los tribunales tanto internacionales como extranjeros, sean ellos judiciales, administrativos o arbitrales.

Pero donde se presenta más débil en la práctica es en lo arbitral, a pesar de existir muchos tratados que autorizan claramente esta vía. Durante esta década se ha manifestado un fuerte discurso en torno al arbitraje por parte un sector de la doctrina argentina y de la Procuración del Tesoro de la Nación actuando como abogado del Estado en tales juicios.

Todo ello se ha visto reflejado de alguna manera en un fallo contemporáneo de la actual Corte Suprema, *in re Cartellone*,⁷ que si bien referido al derecho interno parece sentar “doctrina” eventualmente aplicable a arbitrajes internacionales. Con posterioridad a *Cartellone*, la Corte Suprema ha ratificado en el caso *Techint*⁸ el carácter excepcional del arbitraje y la interpretación restrictiva de la jurisdicción arbitral en aquellos casos que el Estado sea parte —solamente admitida en la medida en que exista una ley formal que la establezca. Asimismo, en el caso *Eaca* la CSJN reiteró su doctrina sobre la posibilidad de revisar judicialmente los laudos arbitrales locales bajo la causal de arbitrariedad.⁹ Pero esa es la visión de la jurisdicción interna, no la de la jurisdicción internacional, que no somete a los tribunales locales del país condenado la revisión de lo resuelto por los tribunales arbitrales internacionales sino que permite su ejecución por otros países signatarios de los convenios bilaterales de protección de inversiones extranjeras.

Tal reacción encuentra su origen aparente en las innumerables demandas por violación de los tratados bilaterales de inversión que la Argentina tuvo que afrontar en los inicios del siglo XXI ante tribunales arbitrales internacionales, a raíz principalmente de las medidas adoptadas en el marco de la emergencia declarada en el año 2002. Sin embargo, ello no ha revertido la tendencia arriba indicada. Pese a las voces contestatarias oficiales y privadas, el Estado no ha denunciado ninguno de los tratados bilaterales de inversión suscriptos con naciones

⁷ LL, 2004-E, 266. Ver *supra*, cap. XVII, 4.

⁸ *Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A.*, LL, 2007-D, 262.

⁹ *Eaca S.A. -Sideco Americana*, LL, 2008-C, 260.

extranjeras. Pero la contradicción es aún más profunda, como lo adelantamos en el capítulo anterior. El tema del arbitraje administrativo internacional presenta así especiales dificultades de análisis, pues no se trata tan sólo de relatar las normas de los tratados sino también de comprender el contexto evolutivo en el cual se insertan, con más las razones de esa debilidad empírica, antecedentes normativos y las posibilidades de una eventual superación. No se explicaría la cuestión con una mera referencia normativa. No existen tampoco experiencias concretas que tengan generalidad suficiente como para mostrar un procedimiento en la práctica, como en cambio, puede hacerse con otros temas (audiencia pública, justicia administrativa internacional.)¹⁰ Deberemos pues recorrer un camino circular, de aproximaciones sucesivas: reseñar primero la tendencia internacionalista en que se insertan esos numerosos tratados de arbitraje administrativo internacional. Luego, mostrar cómo se ha dado en nuestro país la tendencia histórica específicamente contraria al arbitraje en todas sus formas, para mejor entender las dificultades del tema.

1.4. *El contexto internacionalista argentino*

Si nos atenemos primero tan sólo a la tendencia general jurídicamente internacionalista en cuanto a suscripción de tratados, que parece atravesar actualmente el país, resulta difícil pero no imposible entender que en este aspecto la realidad no haya acompañado, ni mucho menos, a los tratados: todo lo que hacemos parece contradecir lo que hemos firmado.

En efecto, es posible que en algunos de los demás campos del derecho hayan operado fuerzas sociales y políticas más fuertes que las que han actuado aquí, pero ellas mismas han sido disímiles en cada campo y disímiles han sido por ende las consecuencias en cada tema.¹¹

Empecemos por los principios del *jus gentium*, reconocidos desde el siglo pasado por el art. 118 de la Constitución nacional, conforme a los cuales la jurisdicción nacional no excluye otras jurisdicciones extranjeras o internacionales.¹² Aquellos principios constitucionales comienzan a ser derecho viviente, con su reconocimiento adicional en algunos tratados internacionales con expresa inclusión constitucional. (Tortura, genocidio.)¹³

¹⁰Temas que desarrollamos en este t. 2, *supra*, caps. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” y XVI, “La justicia administrativa internacional” y sus referencias, a los que ahora nos remitimos para su análisis.

¹¹La convicción extranjera por el arbitraje internacional no es tampoco todo lo fuerte que uno podría ingenuamente imaginar; muy al contrario, nos resistimos continuamente, en los escritos y en los discursos, a los tribunales arbitrales internacionales que hemos prometido respetar y cuyos tratados en momento alguno denunciamos. Es, como se advierte, una conducta como mínimo contradictoria y por ende contraria a derecho.

¹²COLAUTTI, CARLOS E., “El artículo 118 de la Constitución y la jurisdicción extraterritorial,” *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, 11: 31, Buenos Aires, 1998.

¹³GORDILLO y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed. Ver la ley 23.338, convención sobre la tortura.

En el mismo nivel cabe ubicar la convención interamericana contra la corrupción¹⁴ y el tratado internacional contra la corrupción,¹⁵ cuyo art. 7° señala que el delito de lavado de dinero será tipificado como tal por las partes independientemente del lugar en que el acto de corrupción haya ocurrido.¹⁶ Los Estados admiten así, una vez más, la jurisdicción extranjera para el juzgamiento de hechos ocurridos en su territorio. Nuestro país ha adherido a este criterio en el art. 258 *bis* del C.P. para el soborno transnacional.¹⁷

Está claro que, en esta materia, al igual que en las anteriores nosotros no estamos haciendo mucho para que las normas sean operativas nacional o internacionalmente, pero al menos hemos habilitado normativamente la vía internacional y ella ha comenzado a funcionar. Ha ocurrido lo mismo en materias muy dispares, como el transporte marítimo o aéreo.¹⁸ ¿cómo es entonces posible que una cuestión que pudiera parecer más sencilla, como el arbitraje administrativo internacional, tenga tanta dificultad de concretarse, siendo las normas de los tratados abundantes y sencillas, a más de tener mayor jerarquía normativa?

1.5. *Los múltiples tratados de arbitraje*

Aquel progreso tiene una connotación propia en materia de arbitraje. Allí se presenta otra variante de la lucha entre dos concepciones: Una, antigua, adversa al arbitraje incluso nacional y otra, más reciente, favorable —pero de lento y casi imperceptible avance empírico— al arbitraje internacional.

No es un paso fácil de acelerar ni una armonización sencilla de lograr, habida cuenta que es unánime la observación de que el tribunal arbitral carece de *imperium*, precondition de la *executio*.¹⁹ La *executio* del laudo arbitral internacional habrá de ser efectuada por los tribunales locales herederos de la concepción adversa;²⁰ pero ellos pueden ser tribunales externos que no tengan preconcepto.

¹⁴ Ver en nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

¹⁵ *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 20-XI-97, www.oecd.org.

¹⁶ “Without regard to the place where the bribery occurred.”

¹⁷ En efecto, según la reforma al Código Penal efectuada por la ley de ética pública, penamos aquí el soborno transnacional que nuestros agentes realicen en el exterior, como ya lo hacía el derecho norteamericano; ver también “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

¹⁸ El decreto-ley 22.718/83 admite la jurisdicción extranjera para el “Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar.”

¹⁹ Ver CAIVANO, ROQUE J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993. El problema no es sólo argentino: ver CAIVANO, “Bolivia sancionó una nueva ley de arbitraje,” *LL*, 1998-A, 999; CANTUARIAS S., FERNANDO, “Nueva ley de arbitraje peruana, Ley 26.572,” *JA*, 1996-III, 673.

²⁰ AGUILAR VALDEZ, GUILLERMO, “Le régime juridique de l'exécution des sentences arbitrales étrangères en Amérique Latine,” en CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *L'exécution des sentences arbitrales*, París, 1989, p. 105 y ss.; MORELLO, AUGUSTO MARIO, “Arbitraje internacional. Superar puntos críticos y contribuir a su difusión,” *ED*, 185: 1171, punto I b), segundo párrafo.

El inversor extranjero que ganó un arbitraje internacional, por su parte, si no obtiene éxito local en la ejecución del laudo, lo único que puede hacer es blandir el fallo incumplido ante los foros políticos y financieros internacionales, arrimar la gestión diplomática de sus embajadores, etc., todo lo cual no es despreciable pero resulta siempre un sucedáneo del cumplimiento liso y llano de la sentencia. A través de estos medios alternativos, no siempre eficaces, el inversor puede finalmente obtener el cumplimiento de la sentencia, pero llegado a ese punto la reticencia del Estado incumplidor ha afectado gravemente la seguridad y previsibilidad jurídicas, que debiera incluir el acatamiento y cumplimiento a las sentencias de tribunales arbitrales internacionales.

1.6. *El arbitraje internacional entre Estados*

En los conflictos entre Estados u organismos internacionales²¹ la regla ha sido la constitución puntual de árbitros para el caso,²² o la creación de tribunales permanentes; la Corte Internacional de Justicia de la Haya en cuanto tribunal judicial y no arbitral no se percibe tampoco como satisfactoria.

Cuando se trata de casos en que el Estado es parte, hay una sensación básica de inseguridad para el funcionario público nacional que debe llevar adelante esta parte del procedimiento. Si el tratado prevé la aplicación del reglamento de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, encontrará que en la versión de 1977, la elección del árbitro tercero es de resultado no previsible. Según la resolución 31/98, en ese caso, es el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya quien designa una “autoridad nominadora,” salvo que las partes hayan resuelto elegirla ellas mismas. Esta llamada “autoridad nominadora” designa a su vez sea *a*) el árbitro *tercero* si no hay acuerdo de partes a su respecto, sea *b*) el árbitro *único* si así se ha convenido. Es, como se advierte, un procedimiento de etapas múltiples, quizás un poco complicado y/o confuso. La autoridad nominadora puede designar directamente el árbitro tercero, o someter a las partes una lista de por lo menos tres árbitros posibles. Esta lista es devuelta por las partes suprimiendo el nombre de las personas que objeta y enumerando los restantes en el orden de su preferencia. Si existe acuerdo en la selección de las partes, el árbitro tercero es designado de tal modo por la autoridad nominadora; si no existe acuerdo, la autoridad nominadora ejercerá su criterio discrecional para nombrar al árbitro tercero (arts. 6° a 8°). El árbitro así designado puede ser recusado y en tal caso la autoridad nominadora resolverá sobre la procedencia de la recusación (arts. 9° a 12); también se pueden sustituir los árbitros en caso de muerte o renuncia, por

²¹ En los conflictos limítrofes, su resolución ha sido sometida a árbitros y el Estado no ha escatimado recursos para ejercer su defensa ante el tribunal arbitral internacional. Ver decreto 2456/91, para el diferendo con Chile, ley 23.172, de aprobación del tratado de paz y amistad con Chile, de 1864.

²² La lista es inagotable; leyes 23.782, 24.216, 24.615, 24.936, 24.420, 24.869, 24.848, 24.722, 24.701, 24.295, 24.370, 24.375, 24.649, 24.072, 24.646, 24.860, etc.

el mismo procedimiento. (Art. 13.) Este mecanismo hace recordar al codificador cuando en una misma frase equipara la decisión “*por la suerte o por árbitros.*” (CC, art. 2706.) Parecidos problemas aquejan al Régimen Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, previsto en los arts. 57 a 77 del Estatuto de la Bolsa. De acuerdo al reglamento, los gobiernos extranjeros pueden ser partes (art. 6°) y el tribunal está integrado por tres árbitros permanentes y cada año el Consejo de la Bolsa confecciona tres listas de quince árbitros suplentes cada una, para sustituir por sorteo a algún árbitro recusado, excusado, impedido o ausente. No hay muchos casos en el tribunal.

Son frecuentes los juicios derivados de cuestiones previas, como el compromiso arbitral. También por la constitución del tribunal arbitral, cuando no se ha recurrido a la Bolsa y desde luego por la ejecución, los honorarios, etc.

Pareciera que nunca el sometimiento al arbitraje evita tener que tramitar juicios *stricto sensu* de todas maneras, por uno u otro motivo. Éste es el talón de Aquiles del sistema arbitral: Terminar de todas maneras en una justicia que no verá con buenos ojos lo allí actuado. No obstante las salvedades expuestas, las partes que se someten a su decisión arbitral suelen estar satisfechas con los resultados del procedimiento y de la decisión arbitral.

1.7. La “internacionalidad” del arbitraje

Como ocurre en toda materia de derecho, hay precedentes para todos los gustos: Desde quienes han considerado que el arbitraje era internacional cuando resultaba aplicable la ley internacional y no local, siguiendo por el criterio de que el contrato se ejecutara en el extranjero, o que pusiera en juego los intereses del comercio internacional, etc.²³

1.7.1. ¿El lugar del arbitraje, las partes y el procedimiento?

“Internacional,” en cualquier caso, es una palabra ambigua por excelencia, tanto como lo es la palabra “arbitraje”. Con lo cual tenemos dos ambigüedades sumadas en esta materia. No hay dudas de la internacionalidad de un arbitraje²⁴ cuyo

²³ ROBERT, *L' Arbitrage, droit interne, droit international privé, op. cit.*, pp. 226-7 y p. 228, nota 14 *in fine*. Desde el punto de vista de este autor, que refleja la jurisprudencia interna francesa, es intrascendente para calificar de internacional el arbitraje tanto la nacionalidad de las partes, como la ley aplicable al contrato o al arbitraje, o el lugar en que se celebra el arbitraje. En nuestros tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras el carácter internacional lo dan dos elementos: la nacionalidad extranjera de una de las partes frente al Estado y la sede del arbitraje.

²⁴ Para SANTOS BELANDRO, RUBÉN B., *Seis lecciones sobre arbitraje privado e internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, p. 33 citado por AGUILAR, FERNANDO, “¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?,” *LL*, 19-I-2005 y 20-I-2005: “el arbitraje es internacional cuando contenga algún elemento objetivo de extranjería, ya sea la nacionalidad de las partes, o la sede del arbitraje, o la naturaleza internacional del contrato o negocio que da origen a la controversia, a lo que agrega el autor que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional (Ley de Arbitraje de España.)”

tribunal está constituido en el exterior,²⁵ con árbitros terceros extranjeros,²⁶ en el cual el Estado argentino no participa como órgano decisorio sino como parte, siendo parte actora un inversor extranjero que no es residente de la Argentina y en que la decisión se pronuncia en el exterior, sin aplicar normas nacionales de procedimiento arbitral. Tampoco la hay, si el lugar de celebración y ejecución del contrato al cual el arbitraje se aplica se encuentra en el exterior.²⁷

1.7.2. *¿El inversor extranjero?*

Pero caben variantes considerables, comenzando por la naturaleza extranjera del inversor, ya que puede ser que sean capitales extranjeros que hayan constituido en el país una filial conforme a la legislación local, lo cual la tornaría en principio y formalmente como una inversora local.

En estos casos, el inversor extranjero protegido por un tratado bilateral de inversión mantiene la legitimación para accionar por violación de sus derechos bajo el tratado como consecuencia de los perjuicios sufridos directamente por la sociedad local e indirectamente por él.²⁸ Asimismo, por aplicación de ciertas cláusulas dispuestas en algunos tratados, se le otorga también a la sociedad local controlada por un inversor extranjero, legitimación para recurrir al arbitraje internacional mediante la ficción de considerarla inversora extranjera a esos efectos. El tratado con Francia,²⁹ art. 1º, inc. 2º), ap. c), señala que quedan comprendidas en la calidad de inversor extranjero “las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las partes contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las partes contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma.” Tal posibilidad se encuentra expresamente prevista en el art. 25 (2) del Convenio CIADI.

1.7.3. *¿La residencia de las partes?*

El criterio de la residencia de las partes como fundante del carácter internacional de un arbitraje ha sido criticado por la jurisprudencia francesa, que prefiere en su lugar utilizar el criterio del comercio internacional;³⁰ ello es adecuado para

²⁵ Es la regla desde el convenio de Nueva York de 1958, como señala MORELLO, *op. cit.*, punto I, c). A veces ellos es suficiente, como en el acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur, ley 25.223, art. 2º inc. h). Ver también DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, *Estudios jurídicos a propósito del Mercosur*, Montevideo, Ingranusi, 1999, p. 17 y ss., p. 96 y ss.

²⁶ Ha perdido relevancia la nacionalidad o domicilio de los árbitros: MORELLO, *op. loc. cit.*

²⁷ Es, invirtiéndolo, prácticamente el mismo criterio de que el país sede del tribunal sea otro que aquél donde se pedirá la ejecución del fallo. Ver la enumeración de criterios alternativos en la ley modelo de 1985, UNCITRAL, que enuncia MORELLO, *op. loc. cit.*

²⁸ La legitimación del accionista, aún minoritario, ha sido reconocida en numerosos casos: *LANCO v. Argentina*, *CMS v. Argentina*, *Enron v. Argentina*, *LG&E v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, *Camuzzi v. Argentina*, etc. La Argentina cuestiona duramente estos precedentes.

²⁹ Ley 24.100.

³⁰ ROBERT, *op. cit.*, p. 228, nota 12, adonde nos remitimos al efecto.

el caso del inversor extranjero en el país, tal como los tratados lo señalan, pues sería contradecir la letra del tratado concluir que entonces el arbitraje *no* es internacional.

Dicho en otras palabras, por el hecho de que ambas partes residan en el país no puede considerarse excluida la jurisdicción arbitral administrativa internacional que éstos tratados contemplan a título expreso.

1.7.4. *¿El lugar del arbitraje es determinante?*

También se señala críticamente que se tome el lugar del arbitraje como determinante,³¹ lo cual dejaría abierta la puerta para que en el contexto de estos tratados se utilice el arbitraje *internacional* pero *con sede en el país*, lo que tiene tanto aspectos positivos como negativos. Esta es una variante de interés que merece una cuidadosa ponderación de todos los intereses en juego.

1.7.5. *¿La sola nacionalidad del árbitro tercero es determinante?*

Los tratados de inversiones extranjeras garantizan acudir al arbitraje y, generalmente, se concede al inversor el derecho de optar entre un tribunal constituido bajo las reglas de CIADI o CNUDMI, o bien, un tribunal ad-hoc conforme a las reglas que las partes establezcan.³² Sea el tribunal unipersonal o sea colegiado, los árbitros no pueden tener la nacionalidad ni del inversor extranjero ni del Estado parte.

Ello parece dirigirse más a asegurar la imparcialidad del procedimiento que a conferirle carácter internacional al arbitraje, y requieren que el árbitro tercero no sea de la nacionalidad de ninguna de las partes en el conflicto, pero no es obligatorio que el tribunal se reúna en el exterior, ni es categórico que deba tratarse de una sola persona física en lugar de un órgano colegiado, ni está dicho cuál es la característica que debe reunir el inversor extranjero para estar comprendido en el marco del tratado.

1.7.6. *Algunas primeras reflexiones*

a) ¿Debe un tribunal internacional trabajar solamente en idioma inglés, o puede hacerlo en castellano? Es obvio, al menos en esta pregunta, que la internacionalidad no puede estar dada por la lengua.

b) ¿Tiene sentido un tribunal internacional de lengua hispana, o hispano lusitana, o de integración pluricultural? Adelantamos una opinión favorable siempre que sea materialmente posible encontrar un mecanismo operativo a

³¹ ROBERT, *op. loc. cit.*

³² Sin embargo, cabe notar que si bien las cláusulas de resolución de disputas de los tratados bilaterales de inversión permiten efectuar generalizaciones, debe estarse siempre a las previsiones específicas que cada uno de ellos establezca.

satisfacción de ambas partes; si no se lo encuentra, deben tomarse algunos recaudos empíricos adicionales para no tener problemas ulteriores en la ejecución del laudo arbitral, según explicaremos. Cabe así explorar la constitución de un tribunal permanente de arbitraje que se reúna en el propio país u otro donde pueda utilizarse la misma lengua, por la notoria restricción que le impone a la defensa del Estado el no contar con suficientes letrados expertos en cada materia y además fluidos en el idioma del tribunal, como para ejercer una defensa útil; sin embargo, sería autoderrotista sugerir que no sepamos el idioma inglés para el tráfico internacional.

Al menos cabe imaginar un tribunal con traducción simultánea que incluya la posibilidad de actuar una o ambas partes en castellano y la otra y el árbitro tercero en inglés, como efectivamente ocurre en el caso de los arbitrajes regidos bajo las reglas del CIADI, donde ello es prácticamente extendido y cada parte puede optar entre dirigirse al tribunal en castellano, inglés o francés, los tres idiomas oficiales para el Centro.

Y nada impide agregar más lenguas, p. ej. la lengua nativa del árbitro tercero. Caro, sin duda, pero cuando se van agotando las alternativas sencillas y baratas *que funcionen*, no hay más remedio que pensar también en otras variantes para ver si ellas resultan operativas. Ello puede ser una causa que lleve a los funcionarios administrativos a actuar con extrema reticencia en toda propuesta de acudir a un arbitraje internacional.

c) Tomando algunas de las críticas efectuadas al arbitraje internacional expresadas por la Procuración del Tesoro de la Nación (fundamentalmente ante el CIADI), pensamos que la integración del tribunal con árbitros permanentes (no eternos ni inamovibles) no sólo despejaría los nubarrones que sobrevuelan a la viabilidad del arbitraje como solución de controversias, al tener la posibilidad de conocer —previo al conflicto— quiénes son lo que fallarán en el laudo, pudiendo además importar la no despreciable generación de líneas doctrinarias propias que irían sentando criterios.³³

Al no alterarse la composición personal del tribunal arbitral, brindarían cierta seguridad jurídica respecto de los planteos más generales o cruciales, así por ejemplo y como luego veremos, qué sería razonable entender por cuestiones de “orden público local” en un contexto determinado, para saber de antemano los contornos de tan sinuoso concepto. Esa es una de las ventajas que los tribu-

³³ La ausencia de una línea jurisprudencial uniforme es una de las críticas que ha generado el CIADI. Prueba de ello son las decisiones contradictorias en los casos *Siemens v. Argentina* y *Wintershall v. Argentina* con respecto a la interpretación de la cláusula de la Nación más favorecida para evitar la cláusula del tratado entre Argentina y Alemania que establece que, previo a acudir al arbitraje, corresponde agotar la vía judicial local por el término de 18 meses. Lo mismo surge de la comparación de otros laudos. Por ejemplo, en *LG&E v. Argentina*, el Tribunal CIADI admitió la defensa del “estado de necesidad” planteada por Argentina respecto de las medidas de emergencia adoptadas para conjurar la crisis acaecida en el año 2002, mientras que en *Enron v. Argentina*, otro Tribunal CIADI las declaró ilegítimas.

nales administrativos internacionales ofrecen en comparación a los tribunales arbitrales internacionales.

2. *La materia arbitral en algunos tratados recientes*

2.1. *Introducción*

En ese contexto adverso los sucesivos tratados no han sido suficientes para hacer del arbitraje un modo normal de resolver conflictos entre administración y administrados, o inversores extranjeros. Primero se fueron dictando leyes aisladas, luego se modificó —como ya vimos— el CPCCN. Ahora se ha intensificado la permisión a través de tratados internacionales, que contemplan a su vez el arbitraje internacional para los conflictos de los inversores externos con el Estado argentino. No hay dificultades jurídicas para impedir concretar tales arbitrajes internacionales, pero sería ingenuo suponer que será fácil transformar el conjunto de nuevas normas en una realidad dotada de un mínimo de previsibilidad y permanencia, que revierta toda la tradición adversa que acabamos de comentar. Analizaremos aquí algunos de los tratados bajo estudio, sin olvidar que a partir de la Constitución de 1994 todos tienen rango supralegal como mínimo. En cualquier caso, no puede desconocerse que se trata de una reversión de la corriente histórica de las décadas precedentes, por lo cual no está exenta de dificultades para su concreción empírica; no es fácil pasar de *normas* nuevas a una nueva *realidad*. Dado que los distintos tratados son bilaterales, sus soluciones no son siempre susceptibles de ser organizadas institucionalmente de manera uniforme, ni tampoco reorganizadas. Ahí está su primera gran debilidad. Una reflexión inicial que esto sugiere, unida a los comentarios que más adelante agregaremos, es la de intentar crear un tratado general de inversiones extranjeras al cual los países vayan adhiriendo y que prevea un sistema uniforme y estable de arbitraje internacional y un tribunal permanente de arbitraje. Bajando las aspiraciones, sería al menos deseable crear al menos un tribunal estable al cual las partes puedan ocurrir confiablemente, en el sentido de tribunal conocido y cercano, sin necesidad de tener que enfrentar soluciones y dificultades prácticas de diversa índole, que luego mencionaremos, en tribunales donde existe menos familiaridad con su *modus operandi*. Dentro de esa línea se encuentra el tratado celebrado con los países del Mercosur³⁴ que puede ser ejecutado internamente por cada país dictando una ley en materia de arbitraje internacional. Brasil lo ha hecho con la ley 9.307/96.³⁵

³⁴ Ver BRITO, MARIANO, “Solución de controversias en el Mercosur,” en GROS ESPIEL, HÉCTOR y otros, *El derecho de la integración del Mercosur*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 161 y ss., p. 166.

³⁵ Ver FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA LIDIA, “El arbitraje en Brasil. Un paso hacia adelante,” en *Plenario, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires*, 40: 5-10 (mayo de 1998). Ver también nuestra ley 24.102, “protocolo para solución de controversias en el marco del Mercosur.”

2.2. La protección a los inversores de Estados no partes del Mercosur

Podemos mencionar muchos casos y lo haremos, pero el que merece destacarse por sus particularidades y alcances es el de la ley 24.554, que se refiere a la promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del Mercosur. El tratado, si bien suscripto con los miembros del Mercosur, establece en su art. 1° que “Los Estados Partes se comprometen a otorgar a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un tratamiento no más favorable que el que se establece en el presente Protocolo.” En el art. 2° establece a su vez que “A los efectos indicados precedentemente, el tratamiento general a convenir por cada Estados Partes con Terceros Estados no reconocerá a estos beneficios y derechos mayores que los reconocidos al inversor en las siguientes bases normativas.”

Dado que en lo que nos interesa éste es más amplio que los tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras mediante el sistema de arbitraje internacional, se torna crucial la interpretación que se asigne a sus arts. 1° y 2°: ¿constituyen una mera relación interna entre los Estados contratantes, cuyas cláusulas no pueden ser invocadas por inversores de terceros Estados? ¿Son, entonces, para repetir la historia argentina, “programáticos”? ¿Incurrirán nuestros tribunales en el mismo error que cometieron inicialmente con el Pacto de San José de Costa Rica en *E., F. E.*,³⁶ para corregirlo tardíamente en *Ekmekdjian*, mantenido en *Petric*?³⁷ ¿Mantendrán la línea “internacionalista” de otros pronunciamientos, apoyando la permisión de ocurrir a un tribunal permanente antes que a tribunales *ad hoc* caso por caso? Si tomamos una interpretación que proteja la solución justa del caso, que tutele la buena fe internacional y que asegure el flujo de inversiones extranjeras, pareciera jurídico y conveniente interpretar que el tratado garantiza a *todos* los inversores de terceros Estados, específicamente no partes del Mercosur, el derecho que enseguida comentamos. Si prevalece en cambio la interpretación exegética o dogmática de la ley, privilegiando la letra pequeña de una parte del texto por sobre los principios del sistema jurídico, entonces no se puede invocar este tratado sino que será necesario invocar los tratados bilaterales existentes. En todo caso, no estará demás recordar que tales estos deben leerse en el contexto del resto del sistema internacional, como ha resuelto la CSJN en *Arce*, del año 1997,³⁸ con lo cual no debería tal vez olvidarse del todo lo aquí contemplado.

Concretamente, el tratado reconoce al particular el derecho de ocurrir ante la jurisdicción nacional u optar por el arbitraje internacional (art. 2°, inc. H),

³⁶ Ampliar en nuestro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2005, 5ª ed., cap. IV, “Filosofías y técnicas de interpretación,” sección I, “Caso *E., F. E.*,” pp. 1-15.

³⁷ CSJN, *Petric*, *Fallos*, 321: 885, *LL*, 1998-C, 284, con nota de BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO, “El derecho de rectificación o respuesta, la Constitución nacional y la libertad de prensa en un fallo de la Corte Suprema,” *LL*, 1998-D, 330; *Ekmekdjian*, 1992, *Fallos*, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 134: 354.

³⁸ *LL*, 1997-F, 697 y *LL*, 1998-A, 326.

pero con la particularidad prevista en su apartado 3.) Se trata del derecho del inversor a que “En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser sometida, a elección del inversor, a un tribunal de arbitraje «ad hoc» o a una institución internacional de arbitraje.”

Creemos que esta es la línea que debe seguirse y debe procurarse enfatizar el sistema de una institución internacional de arbitraje, no necesariamente una de las existentes por los motivos que luego veremos, para de este modo también dar cumplimiento fiel a un tratado de integración, como ya lo adelantó la CSJN en *Cafés La Virginia S.A.*,³⁹ especialmente en el voto de BOGGIANO y luego en *Dotti*,⁴⁰ amparado especialmente por la Constitución en su art. 75, cuando autoriza o al menos prevé *urbis et orbis* un mecanismo más apto, *prima facie*, para la constitución de un tribunal internacional.

2.3. *Tratados bilaterales con elección excluyente de vías*

En el grupo más numeroso de tratados, la jurisdicción nacional y el arbitraje internacional son alternativos y mutuamente excluyentes: *electa una via non datur recursus ad alteram*. En los pliegos de licitaciones que convoca el Estado nacional se incluye la cláusula de jurisdicción nacional exclusiva, lo cual es práctica constante y persistente. Analizaremos posteriormente la validez y eficacia de esta renuncia a la jurisdicción arbitral internacional. Sin perjuicio de ello, es conveniente realizar dos aclaraciones preliminares. Una línea prácticamente pacífica de precedentes internacionales tiene dicho que las cláusulas contractuales contenidas en pliegos que supuestamente obliguen a la jurisdicción nacional *exclusiva*, no obstan a que el inversor extranjero recurra al arbitraje internacional invocando los derechos atribuidos en el tratado bilateral de inversión, pues tales cláusulas debe entenderse que rigen únicamente para reclamos por incumplimientos contractuales.⁴¹ En segundo lugar, para tener por precluida la vía arbitral por haberse interpuesto una demanda ante los tribunales locales, o viceversa, la interpretación mayoritaria de los laudos internacionales sostiene que la controversia sometida en sede local, para excluir la internacional debe ser idéntica a aquella que pretende interponerse ante el tribunal arbitral: identidad de partes, objeto y pretensión.⁴² La mera coincidencia del sustrato fáctico no alcanza.⁴³

³⁹ *LL*, 1995-D, 277, con nuestra nota “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 1, p. 31.

⁴⁰ *Fallos*, 321-1: 1226, *DJ*, 1998-3, 233.

⁴¹ *CMS v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, *Siemens v. Argentina*, *Enron v. Argentina*, entre otros. Es la forma elegante de no declarar *nula* sino *inaplicable* la cláusula local que pretende excluir la jurisdicción arbitral internacional.

⁴² *CMS v. Argentina*, *Genix v. Estonia*, *Enron v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, entre muchos otros.

⁴³ Nuevamente, es una forma elegante de dejar sin efecto por *inaplicable*, en lugar de *inválida*, la cláusula local que pretende excluir la jurisdicción arbitral internacional.

Existen tratados que prevén el arbitraje internacional como alternativa *excluyente* de la jurisdicción nacional: Se trata de una multiplicidad de tratados suscritos y aprobados en poco tiempo, aunque no siempre ratificados con el depósito internacional del instrumento, que tienen además cláusulas similares. Es obvio que no hemos estado imponiendo un patrón al resto del mundo, sino que se trata de una corriente internacional que goza de general aceptación entre los Estados.

En este grupo encontramos los tratados con *Armenia*, ley 24.395, art. 9° inc. 2); *Australia*, ley 24.728, art. XIII, párr. 3); *Bolivia*, ley 24.458, art. 9° incs. 2) y 4); *Bulgaria*, ley 24.946, art. 10 inc. 2); *Colombia*, ley 24.891, art. 9° inc. 4); *Costa Rica*, ley 25.139, art. 12 inc. 4); *Cuba*, ley 24.770, art. 9° incs. 2) y 3); *Croacia*, ley 24.563, art. 9° inc. 2); *Chile*, art. 9° inc. 2) de la ley 24.342; *China*, art. 8° de la ley 24.325; *Dinamarca*, ley 24.397, art. 9° inc. 2); *Ecuador*, ley 24.459, art. IX inc. 2); *Egipto*, art. X inc. 2) de la ley 24.248; *El Salvador*, ley 25.023, art. 10 inc. 2); *Estados Unidos de Norteamérica*, ley 24.124; *Filipinas*, ley 25.481, art. 11 inc. 2); *Finlandia*, ley 24.614, art. 9° inc. 2); *Francia*, leyes 24.100 y 24.107; *Guatemala*, ley 25.350, art. 9° inc. 3); *Hungría*, ley 24.335, art. 10 inc. 2); *India*, ley 25.540, art. 9° inc. 3); *Indonesia*, ley 24.814; *Israel*, ley 24.771, art. 8° incs. 2) y 4); *Jamaica*, art. 9° inc. 2) de la ley 24.549; *Lituania*, ley 24.984, art. 9° incs. 2) y 3); *Malasia*, ley 24.613, art. 7 inc. 2); *Marruecos*, ley 24.890, art. 9° inc. b); *México*, ley 24.972, art. 10 inc. 3); *Nicaragua*, ley 25.531, art. 11 inc. 2); *Nueva Zelandia*, ley 25.539, art. 12 inc. 2); *Panamá*, ley 24.971, art. 9° inc. 2, b); *Perú*, ley 24.680, art. 10 inc. 2); *Polonia*, ley 24.101, art. 10 inc. 2); *Portugal*, art. 8° inc. 2) de la ley 24.593; *Argelia*, ley 25.538, art. 8° inc. 2); *República Checa*, ley 24.983, art. 8° incs. 2) y 3); *Rumania*, ley 24.456, art. 10 inc. 2); *Rusia*, ley 25.353, art. 10 inc. 3); *Senegal*, ley 24.396, art. 9° inc. 2); *Sudáfrica*, ley 25.352, art. 9° inc. 2); *Suecia*, art. 8° inc. 2) de la ley 24.117; *Tailandia*, ley 25.532, art. 9° inc. 4); *Túnez*, ley 24.394, art. 8° inc. 2); *Turquía*, ley 24.340, art. 8° inc. 2); *Ucrania*, ley 24.681, art. 8° inc. 2); *Venezuela*, ley 24.457, art. 11 inc. 2); *Vietnam*, ley 24.778, art. 8° incs. 2) y 3).

2.4. *Tratados que exigen el sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales por un plazo limitado*

Según este grupo de tratados, pasados generalmente 18 meses de iniciada la vía judicial, o en caso de disconformidad con el pronunciamiento judicial, se puede acudir al arbitraje internacional. En algún caso la parte actora ha sostenido que este pretendido agotamiento de la vía interna es un ritualismo inútil, pues es manifiestamente imposible que los tribunales locales resuelvan en dicho plazo la controversia *con carácter definitivo* en las tres instancias nacionales, e incluso si se ha pactado o corresponde una única instancia, lo cual acarrea un dispendio jurisdiccional y económico en tasa de justicia, y costas de la contraparte que se

deben oblar. Más que un virtualismo inútil es un verdadero valladar carente de la más mínima racionalidad práctica.⁴⁴

Tal es el caso del tratado con *Alemania*, ley 24.098; *Austria*, art. 8° inc. 3) de la ley 24.328; *Bélgica* y *Luxemburgo*, ley 24.123, art. 12, inc. 3); *Canadá*, ley 24.125, art. 10 inc. 2); *Corea*, ley 24.682, art. 8°, inc. 3); *España*, ley 24.118, art. 10, inc. 3); *Italia*, ley 24.122, art. 8°, inc. 3); *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, ley 24.184; *Suiza*, ley 24.099, art. 9°, inc. 3); *Países Bajos*, ley 24.352, art. 10, inc. 3).

2.5. *La experiencia en el derecho comparado*

El recelo hacia el arbitraje no es sólo un mal argentino. Muchos países requieren una ley del Congreso para que el Estado pueda someterse al arbitraje. Bélgica tiene, en palabras del Consejo de Estado de Francia, “la posición más radical:” requiere un tratado al efecto, no una simple ley.⁴⁵ La observación no es para nosotros trivial. Muestra tanto el esfuerzo que el país formalmente realiza a nivel de acuerdos internacionales para introducir el arbitraje como modo de resolución de sus controversias, como también el extraordinario nivel de resistencias y objeciones que dentro de su propio seno debe salvar y superar. No es una cuestión exclusivamente local o de países emergentes. Similares reservas y resistencias se advierten en países desarrollados de Europa y su práctica se la describe como casi inexistente o directamente inexistente,⁴⁶ con la particularidad, otra vez para *Bélgica* —dicho por el Consejo de Estado de Francia— que pueden recurrir a un “arbitraje clandestino.” Dan ese nombre a pedir dictamen a un jurisconsulto independiente, cuyas conclusiones se toman como base para una transacción.⁴⁷ De todos modos, parecía bastante frecuente en el pasado reciente que se considerara que no podía someterse al arbitraje cualquier cuestión administrativa. Según el análisis concluido en 1993 por el Consejo de Estado de Francia estarían en esa categoría entre otros *Alemania*, *Canadá*, *Gran Bretaña*, *Italia*, *Japón*, los *Países*

⁴⁴ Así lo entendió el Tribunal CIADI en el caso *Siemens v. Argentina*, por aplicación de la cláusula de la Nación más favorecida del tratado entre Argentina y Alemania, por reenvío a otros tratados celebrados por nuestro país que no prevén la exigencia de los 18 meses en sede judicial. Ver: Decisión sobre Jurisdicción del 3-VIII-04, disponible en www.worldbank.org/icsid. Sin embargo, en un caso más reciente y frente a la misma cuestión, otro Tribunal CIADI consideró aplicable el requisito de acudir previamente a la vía local. Ver: *Wintershall v. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción del 8-XII-08, disponible en www.worldbank.org/icsid.

⁴⁵ Ver CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit., pp. 108-9. Mendoza en su art. 295 del CPC dispone que “el Estado provincial y sus dependencias no pueden someter sus cuestiones al arbitraje voluntario.”

⁴⁶ CONSEIL D'ÉTAT, op. cit., p. 113. Se dan como ejemplo de ello, en 1993, *Alemania* y *Japón*. Tenemos tratado bilateral de arbitraje con *Alemania* pero no con *Japón*. En España tampoco parece haberse utilizado la ley para permitir el arbitraje (op. cit., p. 111), aunque tenemos tratado bilateral con dicho país; en *Grecia* una ley que autoriza el arbitraje en materia administrativa ha sido declarada inconstitucional en 1991, esperándose la modificación de dicho criterio. *Grecia* es uno de los países con los cuales no tenemos convenio internacional de arbitraje para inversiones extranjeras.

⁴⁷ CONSEIL D'ÉTAT, op. loc. cit.

Bajos, Portugal, Suecia y demás países nórdicos, etc.⁴⁸ Algunos *obiter dicta* en nuestra jurisprudencia no admitiendo el arbitraje cuando el Estado actúa como “poder público” (noción anticuada si las hay)⁴⁹ o carece de ley previa que lo autorice, parecen en esto superados por la marejada de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras (2.3 y 2.4), que en forma análoga y sistemática limitan o regulan incluso el poder de expropiación, nacionalización, etc., además de admitir de manera expresa, especial e inequívoca, el sometimiento al arbitraje internacional, sin condicionamiento ni limitación alguna.

Los tratados bilaterales que hemos celebrado con ellos son aproximadamente de igual fecha o posteriores, lo cual indica que se trata en todo caso de una mutación tan reciente entre ellos como entre nosotros mismos. Seguramente será necesario explorar todavía mucho más la cuestión para determinar en los diversos países involucrados, el nuestro inclusive, cuál es el origen del aluvión⁵⁰ de tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras que se celebraron con tantos países, en un contexto internacional como el expuesto.

Quizás se lo ha hecho como algo que pareció natural dentro del proceso de globalización de la economía y el derecho. Ciertamente apuntan en esa dirección, pues nada se ha hecho con posterioridad para cambiar la tendencia.

3. *Los problemas pendientes*

3.1. *La paradójica comparación al viejo “contencioso administrativo”*

En los casos regidos por los tratados mencionados, en que la inversión fue realizada en el país la jurisdicción será pues arbitral internacional, de optar el inversor por ella. Existe una intrigante similitud, para los abogados gubernamentales locales, con el centenario problema del viejo contencioso administrativo: La ejecución de la sentencia.⁵¹

Supongamos que el inversor extranjero triunfa y regresa al menos a las tratativas extra judiciales con el fallo favorable que quiere ejecutar en sede administrativa, como en principio y en derecho corresponde.

Partamos de la base que la administración no cumplirá voluntariamente el fallo, y entonces razonemos cómo puede en los hechos actuar un abogado de la administración al que le encomiendan objetar la ejecución judicial de un laudo internacional en materia administrativa, aunque más no sea para demorar su cumplimiento. Las costas de perder el debate, por de pronto, sabe que no serán su problema. Un primer interrogante que puede así resolver introducir en esta

⁴⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 109 y ss. Ver las notas precedentes.

⁴⁹ CSJN, *Fallos*, 178: 293, *Cía. Italo Argentina de Electricidad c. Nación Argentina*, 1937; la salvedad es *obiter dictum*, pues en el caso se admitió el arbitraje.

⁵⁰ Imitamos a CAZZOLA, FRANCO y MORISI, MASSIMO, *L'alluvione dei decreti*, Milán, Giuffrè, 1980: nos ha sorprendido la cantidad simultánea de tratados que no han logrado cambiar la realidad.

⁵¹ En la posición argentina, el tribunal de ejecución de los laudos CIADI en la Argentina es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

hora tardía es si hizo falta cumplir con la norma local del compromiso arbitral, cuyo incumplimiento tiene pena de nulidad: CPCC, art. 740.⁵² Ya sabemos que el contexto del tratado para nada exige el compromiso arbitral, pero la introducción local del tema difícilmente reciba un rechazo *in limine litis* en nuestros tribunales. Las fundadas críticas formuladas a la institución del compromiso arbitral han quedado por ahora de *lege ferenda*.⁵³

O supongamos, más simplemente, que tan sólo se atiene al texto del art. 519 *bis*, con total desconocimiento de las previsiones específicas contenidas en tratados internacionales como el convenio CIADI según el cual “Los laudos pronunciados por tribunales arbitrales extranjeros podrán ser ejecutados por el procedimiento establecido en los artículos anteriores, siempre que: 1) se cumplieren los recaudos del artículo 517, en lo pertinente y, en su caso, la prórroga de jurisdicción hubiese sido admisible en los términos del artículo 1; 2) las cuestiones que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido por el artículo 737.” Es pues, nuevamente, una *executio sub conditione*.

No tenemos duda que esta norma resulta inaplicable a un compromiso arbitral internacional amparado por un tratado como los que estamos viendo, pero también pensamos que un abogado local que deba oponerse a la ejecución de una sentencia arbitral difícilmente resistirá a la tentación de alegar la nulidad que postula el art. 740. Hasta es posible que considere estar actuando correctamente, por esa no muerta tradición que “obliga” a agotar los recursos y defensas. Lo mismo en cuanto al lugar de celebración del laudo, que conforme al art. 741 es el del lugar de celebración del compromiso arbitral si no se fija uno distinto. Es cierto que el argumento se puede replicar con cierta facilidad, pero no lo es menos que difícilmente un juez local rechazará *in limine litis* el planteo. Y queda además por discutir lo referente al cumplimiento de las normas sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.⁵⁴ Aquí es donde aparece un aspecto bien poco “internacional” del laudo “internacional:” su ejecución depende del derecho

⁵² “El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad: 1) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes; 2) fecha, nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del art. 743; 3) las cuestiones que se sometan 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.”

⁵³ Ver CAIVANO, “El compromiso arbitral: una institución inconveniente,” *LL*, 1997-F, 1177; GRIGERA NAÓN, HORACIO A., “La autonomía del acuerdo arbitral,” *LL*, 1989-D, 1107, etc. En los pliegos de la privatización de YPF se incluyó el compromiso arbitral mismo, cumpliendo ambas partes con los recaudos de la norma procesal. Pero a decir verdad resulta una norma cuanto menos engorrosa para satisfacer *ex ante*. El legislador claramente no ha favorecido ni favorece el arbitraje, por más que diga en infinitas normas lo contrario.

⁵⁴ La ley 23.619, sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, permite excluir cuestiones que no sean de derecho comercial, o en que no haya reciprocidad suficiente, etc. De acuerdo al art. 1º 2. “La expresión «sentencia arbitral» no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.”

y los tribunales nacionales, los cuales pueden sentirse tentados de revisar la juridicidad intrínseca del laudo arbitral, p. ej. para determinar si cumple con los recaudos nacionales e internacionales del debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo,⁵⁵ u otros del derecho interno aún cuando su reconocimiento como sentencia definitiva y ejecutable sin más esté dado por un tratado internacional, como expresamente dispone el Convenio CIADI.

Esto implica que habrá que seguir litigando, luego de ganado el juicio arbitral, para defender la validez del laudo frente a los más diversos argumentos que la creatividad de la parte perdedora pueda imaginar, sin correr el riesgo, por ser la administración, de que sus abogados sean condenados por temeridad o malicia procesal.

El gran problema es que ese análisis se hará en este país, con la cultura jurídica que hemos heredado, adversa a los tribunales arbitrales. La Corte ya ha abierto la puerta de doctrina a la revisión de los laudos internacionales, aún aquellos que resultan irrevisables, en un *obiter* del caso *Cartellone*.⁵⁶ Surge, a nuestro juicio, la necesidad de tener presente al menos las objeciones de nuestro sistema interno a fin de cuidar que tan poco de ello como sea posible se transvase con efecto dilatorio a una impugnación al laudo internacional. Por ello, para entender bien la cuestión del arbitraje internacional, hablemos otra vez —paradójicamente— del arbitraje nacional. *Da capo*.⁵⁷

Recuerda MORELLO⁵⁸ “La reciente vivencia argentina del arbitraje enseña que, recurrida (ante los jueces del Estado) una acta de misión (compromiso) de un arbitraje administrado por la CCI de París en el que se habían determinado los puntos que a tenor de lo propuesto por las partes, quedaban sometidas al laudo, la disconformidad de una de las partes abrió la vía judicial *interna* (Argentina) de control con la consecuencia de que el consumo de la doble instancia ordinaria con más el ulterior recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y luego de más de *cuatro* años de trámite, el contenido y la delimitación del objeto *arbitral* en controversia no fue el que originariamente fijaron los árbitros, *si no el que terminaron de fijar los jueces del Estado*. Que suplantaron con su *interpretación la de aquellos* de forma tal que las ventajas que a los interesados directos los llevaron a optar por el arbitraje privado comercial (que administra un Tribunal arbitral internacional) quedaron severamente menoscabadas habida cuenta de que las proclamadas ventajas comparativas (tiempo, confiabilidad, costo y comprensión funcional

⁵⁵ Sobre ese doble carácter nos remitimos al t. 1, *op. cit.*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” § 8, “El principio de razonabilidad. Introducción” y ss.

⁵⁶ CSJN, *Cartellone c. Hidronor S.A.* LL, 2004-E, 266, con notas de GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “El control constitucional y el arbitraje,” LL, 2004-E, 392; MORA, ROBERTO, “¿Aval judicial al incumplimiento internacional?,” LL, 2004-F, 433, entre muchas otras. Ya lo advertimos en nuestro art. “¿Puede la Corte Suprema de Justicia restituir la seguridad jurídica al país?,” LL, 2005-A, 905.

⁵⁷ Como en la cita del film felliniano que utilizamos como cabezal de conclusión en la edición italiana de *L'amministrazione parallela. Il "parasistema giuridico-amministrativo"*, Milán, Giuffrè, 1987.

⁵⁸ MORELLO, *op. cit.*, punto V, f); “Arbitrajes: Ideologías, dificultades, realidades del arbitraje interno e internacional,” en *Contrato y proceso*, Platense y Abeledo-Perrot, 1990, pp. 203-24 y “Tres puntos claves sobre el arbitraje,” en *Estudios de Derecho Procesal*, Platense y Abeledo-Perrot, 1998, t. 2, pp. 871-81.

acorde con las particularidades del negocio en debate y una mayor *especialización* de los operadores arbitrales) se vieron totalmente desvirtuadas en lo real de la fenomenología de esa alternativa jurisprudencial.”

3.2. *¿El arbitraje internacional es cuestión de derecho nacional?*

En base a lo expuesto se comprende una conclusión que puede parecer más que sorprendente, una verdadera autocontradicción.

Es el hecho que se verifica en todo el derecho comparado, que el arbitraje internacional es en definitiva una cuestión que se rige en muchos casos por el derecho nacional.⁵⁹ Y no se trata de que las normas procesales nacionales le sean aplicables —que no lo son, salvo en la garantía nacional y universal del debido proceso en sentido adjetivo y sustantivo—; tampoco es que la constitución del tribunal deba hacerse conforme a normas internas. No debe.

Se trata, pura y simplemente, de que al carecer el laudo arbitral de *imperium*, para nuestra interperetación del derecho, todo regresaría al punto de partida. Es que el proceso ante un tribunal internacional probablemente se desarrolle quizás con un ahorro importante de tiempo, con un análisis más detallado y pormenorizado que se debe a la dedicación integral de un grupo de personas a la resolución de una sola causa, con recursos humanos y materiales suficientes y adecuados para ello. Por ende con una mejor sentencia arbitral, en menor tiempo procesal que el sistema judicial local.

Pensamos que es una alternativa valiosa a la cual recurrir para salvar del colapso un poder judicial interno superado por la cantidad de causas, un Poder Judicial no siempre creíble por las partes por estar sometido a las presiones de un Consejo de la Magistratura dominado por el poder político, la carencia de equipamiento y recursos adecuados para el funcionamiento eficaz del proceso, etc.

Si el Poder Judicial funcionara como debiera, ninguna parte recurriría entonces “innecesariamente” al arbitraje internacional.⁶⁰ Y tal vez ninguna parte lo haría con la frecuencia que cabría esperar de las demandas de justicia de la sociedad, porque en el fondo sabe que es un sucedáneo parcial, no una solución integral del problema. Pero dada la virtual falencia del sistema judicial, no puede menospreciarse ningún sistema alternativo de resolución de controversias que pueda demostrarse como eficaz. Este, a nuestro juicio, lo es; con las precauciones del caso, que aquí tratamos.⁶¹

⁵⁹ Esta conclusión resulta con total claridad de una de las mejores exposiciones sobre el arbitraje internacional, en ROBERT, *op. cit.*, p. 230 y ss.

⁶⁰ Varias de las causas por las cuales los inversores extranjeros escapan a los tribunales locales (criterios jurisprudenciales, costos, duración de los procesos, etc.) fueron convincentemente explicadas por MAIRAL, HECTOR A., “El silencio de los tribunales argentinos,” *RPA*, 2007-3: 7. En igual sentido, ver *infra*, cap. XXI y su inevitable corolario en el cap. XXII.

⁶¹ Es uno de los precios que pagamos, como país, por carecer tribunales en un número razonablemente vinculado a la cantidad de causas, que permita entonces obtener justicia en un plazo igualmente razonable: *infra*, cap. XIV.

3.3. *La renuncia forzada a la jurisdicción arbitral*

Un problema especial lo constituye el hecho de que se pueda tratar de una inversión realizada a resultas de una licitación pública entre cuyas bases haya figurado el sometimiento exclusivo a la jurisdicción judicial nacional, con exclusión de cualquier otra. Hasta el momento, ello no ha significado escollo para el acceso al arbitraje por el inversor extranjero, conforme lo expuesto más arriba en el § 2.3. Sin embargo, no extrañaría que a causa de las demandas ante tribunales del CIADI que enfrenta actualmente, la Argentina disponga en futuras licitaciones la renuncia expresa por parte del inversor extranjero a tal jurisdicción arbitral que pretenda invocar como base los tratados bilaterales de inversión. No creemos que sea una salida elegante ni mucho menos válida al problema.

Al respecto podría intentar aplicarse, es cierto, la vieja teoría según la cual el voluntario sometimiento a un régimen general excluye la posibilidad de cuestionarlo después; o sea, se habría renunciado válidamente a la jurisdicción arbitral internacional,⁶² con la salvedad del caso *Video Club Dreams*, en el sentido que *no* hay voluntario acatamiento cuando la única posibilidad de no perder el negocio es someterse —*ergo*, involuntariamente— a la regla.⁶³ En ese precedente, la interesada se había inscripto en el registro creado por la norma impugnada y había oblado el tributo ilegal, pero la CSJN en el cons. 6° de su sentencia reconoce el hecho manifiesto de que actos tales como la inscripción de la interesada no “traducen una clara voluntad de someterse a las normas impugnadas en el *sub lite*. Por el contrario, dichos actos revelan —más bien— la intención de no quedar marginada del circuito de comercialización.” Con lo cual subsiste la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral internacional inclusive habiendo “admitido” la exclusiva jurisdicción nacional a todos los efectos.

No es prudente, desde luego, renunciar *ex ante* y jugarse a que ésta habrá de ser necesariamente la interpretación que se imponga de manera estable en nuestro derecho. Pero claro está que si el caso se presenta ante nuestros tribunales, los árbitros internacionales deberán tener en cuenta el hecho cierto de que en licitaciones públicas internacionales en que se incluya la forzada renuncia a un derecho que acuerdan los tratados que el país celebra, el ente licitante no se encuentra obrando conforme a los requerimientos milenarios del principio de la buena fe.⁶⁴ No es el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales que el tratado de Viena requiere. A nuestro juicio, una cláusula de esa natura-

⁶² Pues el derecho a acudir a la jurisdicción arbitral es renunciable, tanto expresa como implícitamente, CNCiv, Sala C, 1966, *Garde*, LL, 122: 370; C1ª CC Córdoba, 1967, *Perin Quiroga*, LL, 129: 112; ST Entre Ríos, Sala Civ. y Com., 1968, *Rowici*, LL, XXX, 1031-31, sum. 1°.

⁶³ *Video Club Dreams*, año 1995, *Fallos*, 318-2: 1154, LL, 1995-D, 247, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Amparo, legalidad tributaria y derechos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»),” LL, 1995-D, 243; *Colegio de Escribanos de la Capital*, 1998, *Fallos*, 311-2: 1132, LL, 1999-E, 22, cons. 4°.

⁶⁴ Conf. GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER, *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004, p. 157, nota 425.

leza, privando a un inversor extranjero de un expreso derecho que un sistema armónico y múltiple de tratados le confieren, es absolutamente nula y la renuncia debe tenerse por no hecha.⁶⁵

Dado que la tendencia de la Corte Suprema es “universalista,” en palabras de OYHANARTE,⁶⁶ se justifica intentar de todos modos el procedimiento y el sistema arbitral, aun en esa hipótesis *prima facie* difícil de una forzada renuncia expresa *ex ante* a la jurisdicción arbitral internacional.

3.4. *La oportuna introducción de la cuestión arbitral*

Dadas las múltiples restricciones que existen a la admisión del arbitraje, habrá que prestar atención no solamente a que en caso de elección de vías, *electa una via non datur recursus ad alteram*, sino también que puede ser necesario adoptar algunos recaudos adicionales.

No se trata solamente de que a pesar de existir compromiso arbitral, si una de las partes inicia el proceso ante la justicia y la parte contraria no opone la excepción, la jurisdicción del juez ordinario “queda inalterable y perpetuada.”⁶⁷ La cuestión es, en cambio, que puede ser conveniente hacer preventivamente una mímica del recurso extraordinario y su recaudo de la oportuna introducción de la cuestión —en tal caso— federal. En otras palabras, proponemos, como mera cuestión de salvaguarda profesional, que se introduzca oportunamente la voluntad de someter el diferendo al arbitraje internacional en la medida que ello sea ciertamente así.

Existe jurisprudencia internacional que, *mutatis mutandis*, requiere en determinados supuestos una oportuna advertencia a la parte contraria del curso de acción que se propone seguir. En los pliegos de obras públicas de la FIDIC se exige que ciertos reclamos se efectúen *en la primera oportunidad posible*: en la versión inglesa de la FIDIC, *as soon [...] as it is practicable*.

⁶⁵ En relación con el tema de la renuncia a la jurisdicción arbitral, el caso más relevante es *Azurix Corp. v. La República Argentina*, caso CIADI N° ARB/01/12, decisión sobre jurisdicción, 8-XII-2003. La doctrina que del caso es que para que la cláusula de renuncia pueda tener efecto, de modo tal que impida al inversor extranjero someter reclamos por violación de un BIT, debe hallarse suscripto por el inversor extranjero frente al Estado Nacional y debe haber sido redactada en términos que abarquen no sólo reclamos por violación de contrato sino también reclamos por violación de tratado. De lo contrario, tal tipo de cláusulas no impide que el inversor extranjero interponga su reclamo bajo el tratado ante un tribunal arbitral internacional. En otras palabras, no es normalmente admisible.

⁶⁶ OYHANARTE, JULIO, “La visión universalista de la Corte Suprema,” *La Nación*, 25 de junio de 1995, secc. 7, p. 3. En igual sentido “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” nuestra nota al fallo de la CSJN, *Cafés La Virginia S.A., LL*, 1995-D-277; en esa tendencia se encuentran *Ekmekdjian, LL*, 1992-C, 543, y su complementario *Petric, Fallos*, 321-1: 885, *LL*, 1998-C, 284 y 1998-D, 335, con nota de BARRANCOS Y VEDIA, *Fibra, Fallos*, 316: 1668, *Hagelin, LL*, 1995-A, 68, *Giroldi, LL*, 1995-D, 462; *Arce, LL*, 1997-F, 697.

⁶⁷ GAMBOA SERRANO, RAFAEL H., *El proceso arbitral en Colombia*, Santafé de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 79: “pues la no oposición de la excepción ha de entenderse como una renuncia del mismo, que habilita para pensar que hubo un mutuo acuerdo tácito para modificar el pacto.”

Ello significa que si bien no es necesario formular efectivamente el reclamo cuando todavía se carece de la totalidad de los elementos de juicio necesarios para interponerlo en debida forma y resolverlo satisfactoriamente, sí en cambio es necesario advertir respecto a la intención de reclamar.

De ese modo ambas partes habrán de prestar diligencia a la producción de todos los elementos de juicio necesarios al efecto, con intersección de la contraparte.⁶⁸ No tendría sentido alguno que se “inundara” a la administración con reclamos cuando todavía es necesario que transcurra más tiempo para resolver una demanda y por ende también para plantearla.⁶⁹

Se trata de evitar contramarchas (voltefoces) por las cuales una de las partes sorprenda a la otra con reclamos que antes no tenía.⁷⁰ Creemos que la idea de aviso oportuno es procedente y por ello incluiríamos en toda oportunidad necesaria la reserva de acudir a la instancia arbitral internacional. Es una reflexión que debiera hacerse en los escritos presentados en sede administrativa o en su caso judicial. Además de hacer y mantener la reserva del caso federal, cabe considerar reservar también expresamente el derecho de acudir a la instancia arbitral prevista en el tratado respectivo, una vez transcurridos los términos en cada caso aplicables. Mejor repetirse que arrepentirse.

3.5. *La ulterior intervención forzosa del tribunal nacional*

Todavía existe siempre un valladar al final del camino, aun

- a) tratándose de arbitraje internacional,
- b) no sosteniéndose una dependencia del árbitro respecto de los órganos jurisdiccionales estatales,
- c) reconociéndose la naturaleza jurisdiccional del arbitraje,⁷¹
- d) aceptándose el ejercicio de “*imperium*” del órgano arbitral dotado de facultades jurisdiccionales.⁷²

Es que los tribunales judiciales locales también retienen la *executio*. Terminado el juicio arbitral internacional, volvemos al tribunal nacional. Y cabe imaginar, ¡ay de aquellos que deban ocurrir al efecto ante el mismo tribunal nacional que antes denegó la pretensión, o cuyos estrados se abandonaron por la mora con respecto a los plazos del tratado: Alemania, Gran Bretaña, Irlanda del Norte.

⁶⁸ *In re Tersons Ltd, Stevenage Dev. Corp.*, 1965, citado en JONES, GLYN P., *A New Approach to the International Civil Engineering Contracts*, Londres, 1979, cap. 4, *Claims*, p. 184; M.W. ABRAHAMSON, *Engineering Law and the ICE Contract*, Londres, 1975; I. N. DUNCAN WALLACE, *The International Civil, Engineering Contracts*, Londres, Sweet and Maxwell Ltd., 1974.

⁶⁹ JONES, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁰ JONES, *op. cit.*, p. 185.

⁷¹ Art. 5º, *Tratados de Der. Proc. Int. de Montevideo*, ADLA, 1889-1919, 303; XVI-A, 340. Según MONROY CABRA, *op. cit.*, p. 53, “El tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1889 puede considerarse el origen del arbitraje comercial internacional,” *LL*, 1989-E, 302.

⁷² CNCom., Sala E, *Welbers S.A.*, *LL*, 1989-E, 304 (1988), con nota de BOGGIANO, ANTONIO, “Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional de las privatizaciones.”

Casi está mejor el que tuvo que optar de entrada por la vía arbitral. Nuestro país a veces no reconoce y por ende incumple sentencias extranjeras,⁷³ pedidos de captura, etc. Pero demasiados incumplimientos pueden implicar un cambio de la calificación de “riesgo-país” que hacen los evaluadores internacionales, lo que aumenta las tasas de interés que el país debe pagar.⁷⁴ Y por ende el monto anual del servicio de la deuda.⁷⁵

4. Aspectos comunes a resolver

4.1. Cuidar que la administración tenga una Fair Chance

Hay que darle tiempo a la administración a organizar sus recursos y sus métodos para poder asumir con algún grado de normalidad su defensa en un juicio arbitral, o de lo contrario su indefensión material, aunque producto de su propia negligencia, será su fortaleza, no su debilidad. Esa es la historia del Estado argentino en juicio, desde sus albores.

Por eso decimos que es en el propio interés de los posibles litigantes colaborar a la actuación objetiva y eficiente del Estado. Que los juicios, si se ganan, no se deban a la imposibilidad fáctica de defenderse bien la administración (caso en el cual la victoria será pírrica), sino a que el tribunal arbitral ha visto mejores razones o mejor derecho en la posición de la parte actora, luego de un juicio justo en que haya tenido amplia oportunidad de defensa y prueba. Este es un costo que, en un país emergente, deben contribuir a soportar los actores; si fuera un país desarrollado no habría necesidad de recurrir al arbitraje porque sería suficiente con los tribunales. En un país emergente pensamos que los actores en los tribunales arbitrales internacionales debieran extremar los esfuerzos para dar la mejor colaboración procesal posible a la parte procesalmente más débil en el litigio (para evitar pedidos de nulidades futuros).⁷⁶ Ello no será magnanimidad dispendiosa, sino iluminado cuidado y protección del propio interés que se lleva

⁷³ *Weltover S.A., LL*, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública,” *LL*, 1992-D, 1118; *supra*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 1.4.2.2, nota 58 y cap. XI, § 8.3; nuestro trabajo “El contrato de crédito externo,” en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. IV.

⁷⁴ REBOSSIO, ALEJANDRO, “La Argentina, riesgosa para la inversión,” *Suplemento Política La Nación On Line*, 3-IV-2005.

⁷⁵ FERRERES, ORLANDO J., Director, *Dos siglos de economía argentina (1810-2001). Historia argentina en cifras*, El Ateneo/Fundación Norte y Sur, Buenos Aires, 2005, pp. 13-14, gráfico 14 y tabla 3.

⁷⁶ El art. 52 inc. d) del Convenio CIADI establece que podrá solicitarse la anulación de un laudo cuando exista “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.” El derecho de defensa, el principio de igualdad de partes y el derecho a un juicio justo son reglas fundamentales de cualquier procedimiento (judicial o arbitral) aun cuando no se encuentren positivamente establecidas. Ver CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (C.I.J.), *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Opinión Consultiva, 1973, 16. En el mismo sentido, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. EE.UU.)*, 1986 C.I.J., 14. KOLB, ROBERT, “General Principles of Procedural Law,” en *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2006, p. 793.

a juicio. Las bases y puntos de partida son pues sumamente diversos y hay que tomar nota de ellos y actuar en consecuencia.

Se debe asegurar la materialidad de una buena defensa sistemática de los derechos e intereses del Estado en estos juicios,⁷⁷ o éste será un mal perdedor, con el poder de obstaculizar la ejecución de la sentencia adversa. Puede ser un mal perdedor de todas maneras; pero si tiene causa creíble para ser mal perdedor, peor.

4.2. *El temor al proceso desconocido*

Además es necesario que las partes, especialmente los funcionarios de la administración que habrán de defenderla en el juicio arbitral, hayan tenido oportunidad de concurrir y ver el proceso desde cerca. El que ha concurrido alguna vez a un tribunal arbitral o administrativo internacional o extranjero aprende con su experiencia que es una labor profesional más grata que el litigar en tribunales locales, pues ya que está en el exterior puede dedicar todo su tiempo a la cuestión, atenderla bien, de paso distenderse algo de las excesivas preocupaciones cotidianas locales, todo ello en el cumplimiento del deber. Litigar en un ámbito físico digno, con instrumentos y equipamientos dignos, con tribunales igualmente dignos, serios, imparciales, independientes. Esa experiencia no puede sino ser agradable si no se le agrega el estigma de estar jugándose demasiado de los intereses del país o sin que amenacen dificultades para atender materialmente bien la defensa del Estado. Que la defensa del Estado sea eficaz es una precondition de que haya luego menos óbices internos al resultado del laudo arbitral; que haya una sentencia arbitral ejecutable interesa también al inversor extranjero. Ha existido asimismo una tendencia en la administración nacional a aceptar la jurisdicción de tribunales y árbitros extranjeros, designando abogados o estudios jurídicos *in situ* para la defensa del Estado y también enviando abogados locales para hacer de nexo y colaborar con el estudio extranjero en la sede del tribunal arbitral y

⁷⁷ Hace falta que intervengan en la defensa del Estado no solamente la Procuración del Tesoro de la Nación, notoriamente insuficiente en cantidad de recursos humanos y materiales, sino también la cancillería, que tiene una embajada ante la OEA en Washington. La CSJN debiera también contribuir con una decena o veintena de los 200 profesionales que ha seleccionado y que puede destacar en misión oficial al exterior para esta tarea. En aproximación a esta sugerencia se ha dictado el decreto 965/03, por el cual se crea la unidad de asistencia para la defensa arbitral (UN. A.D.AR) que “tendrá por misión elaborar estrategias y lineamientos a instrumentar en la etapa de negociación amistosa como en los procesos arbitrales que se planteen, con fundamento en los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones,” art. 1°. Se dispone que la misma funcionará en el ámbito de la Procuración del Tesoro de la Nación y se conformará con su titular, con el responsable del área de Asuntos Internacionales de dicho organismo con representantes del Ministerio de Economía y con representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, pudiendo intervenir en la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación con más funcionarios provinciales o municipales designados por sus propias jurisdicciones en los casos de interés de los mismos. Nuestro conocido escepticismo nos siembra dudas acerca de su eficaz funcionamiento, pues se nos genera el juicio -ya incorporado en la cultura nacional- de la constitución de “comisiones” que naufragan desde el inicio en sus objetivos.

asimismo supervisar el proceso, etc.⁷⁸ Antiguamente la posición del Estado era no presentarse, no aceptar la jurisdicción, cuestionarla por vía diplomática, etc. No parece una conducta viable en el actual contexto internacional: incide sobre el riesgo país y la tasa de interés por la deuda externa.

Puede ser necesario un paso por diversos procedimientos, desde las sesiones públicas del Tribunal Administrativo del BID, donde encontrará castellano como lengua dominante, pero el uso simultáneo del inglés, o la *American Arbitration Association*, www.adr.org, que si bien inapta para dirimir conflictos entre un inversor extranjero y el Estado argentino, en todo caso muestra modos alternativos de resolución de conflictos. Hemos encontrado utilidad también en las normas y en la actuación del tribunal arbitral de la *Sugar, Cocoa and Coffee Exchange* de Nueva York. Hay a su vez tribunales administrativos internacionales cuyos estatutos contemplan la posibilidad de que su jurisdicción se extienda a otras materias y partes litigantes. No es una variante despreciable considerando que tales tribunales se encuentran bajo el control social de los demás tribunales de igual rango. Hay frecuentes intercambios y en mayo del año 2000 se realizó una reunión mundial de tales magistrados. En rigor todo contacto con experiencias diversas a la argentina serán útiles para abrir la mente hacia otros mecanismos semejantes al arbitraje y a la justicia, en el doble aspecto de permitir una resolución justa o razonable, un procedimiento que tutela la defensa de las partes, pero un trámite que dista mucho del proceso judicial normal y sus tiempos en nuestro país.

En cualquier caso y como conclusión parcial, no podemos partir de la posible ingenuidad de suponer que la administración ignora que una de sus principales ventajas son las artimañas de un proceso lento y largo. Que a veces gana con artilugios procesales lo que no hubiera ganado con el fondo de la cuestión. Y que, por lo tanto, puesta a ganar el pleito, prefiera siempre la jurisdicción local. Es así una cuestión que debe resolverse *ex ante* a niveles de gobierno que supuestamente compartan los criterios de los tratados bilaterales y estimen que ellos son beneficiosos al país en cuanto otorgan garantías para la llegada de capitales.

4.3. *La sede del tribunal*

Según las habilidades lingüísticas de las partes, tal vez deban evitarse los destinos de Nueva York o París (tienen el prerrequisito del manejo fluido del idioma,

⁷⁸ *Susana Siderman de Blake, et al., v. la República de Argentina et al*, transado en virtud del decreto 996/96, cons. 2, 7 y 8, tramitado ante los tribunales de California; *Weltover*, perdido ante la CS de EEUU en 1992, *LL*, 1992-D, 1124 y ss, con nota de ZUPPI, *op. cit.* No mejor suerte hemos tenido en materia de derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque allí la sumisión jurisdiccional es expresa por el Pacto de San José y el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Ver, entre otros casos, CURIEL, ALICIA, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso «Guillermo José Maqueda c. República Argentina»," *LL*, 1997-E, 515, CIDH, 17-I-1995; CURIEL y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino," *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36, Buenos Aires, 1996.

no muy frecuente entre nuestros profesionales) y buscar por el lado de Florida, Puerto Rico, España, Costa Rica, Santo Domingo, Uruguay. En cada caso será necesario que se pueda organizar, o contar con una organización, de medios humanos y materiales, equipamiento, apoyo secretarial, secretaría ejecutiva del tribunal, etc., para asegurar un funcionamiento que se pueda percibir fácilmente como digno y serio, público y transparente, interesante para participar, confiable. Evitar desde lo formal la posibilidad de que un tribunal arbitral internacional pueda ser visto como un tribunal arbitral nacional, en el sentido de los que conocemos y vemos funcionar aquí.

4.4. Conclusiones tentativas

En el juicio arbitral internacional confluyen a su favor una plétora de tratados recientes y una rémora de múltiples normas internas que conforman una cultura interna adversa. Para llevar los tratados a una realidad operativa, puede explorarse distintas vías, no necesariamente excluyentes: *a)* aumentar el número de casos que se llevan a tales estrados, *b)* ayudar a la preparación de los cuadros del Estado al efecto, *c)* pensar en árbitros terceros de cultura latina que puedan comprender el doble rol que culturalmente tendrá su pronunciamiento, *d)* darle una ubicación geográfica también latina y no las clásicas de París, Londres, Nueva York; *e)* proveerle de suficientes medios humanos y materiales para un óptimo funcionamiento, incluyendo un secretario ejecutivo que maneje tanto la experiencia anglosajona o preferentemente con experiencia en tribunales arbitrales internacionales, como la visión del derecho dominante en los países de América Latina; *f)* *last but not least*, cabe organizar un óptimo cuerpo de letrados argentinos en el exterior para defender estas causas, en un esfuerzo compartido de la Cancillería, la CSJN con parte de su cuerpo de 200 letrados de altísimo rango profesional, y la Procuración del Tesoro de la Nación, que ha de ser el líder natural de la defensa.

5. Los caminos del arbitraje

Todo lo antes expuesto es lo que un observador externo sugeriría para que este arbitraje administrativo internacional funcione.

5.1. Una organización internacional de arbitraje

Existen pronunciamientos favorables a los tribunales arbitrales que dan una pista adicional y distinta, p. ej. cuando se resolvió que al no impugnarse constitucionalmente el tratado constitutivo ni el Acuerdo Sede, la inmunidad de jurisdicción de que goza la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande impide la revisión del laudo arbitral por la Corte Suprema.⁷⁹ En ese fallo se resolvió también que

⁷⁹ CSJN, *Fibraca Constructora S.C.A., ED*, 154: 164 (1993.)

no correspondía aplicar la doctrina de la Corte en *Fallos*, 305: 2150, en que se declaró la inconstitucionalidad de la ley 21.756 por considerar que vulneraba el derecho a la jurisdicción amparado por nuestra Constitución; ello, en razón de que, según se argumentó, la organización internacional no contaba con *procedimientos apropiados* para dirimir los conflictos.

Esa condición se consideró cumplida con la creación del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande.⁸⁰ Como se dijo en el mismo caso, no puede en el caso alegarse válidamente privación de justicia ya que existe una jurisdicción internacional aceptada por nuestro país y a la que las partes voluntariamente se sometieron; ni pretender que la Corte Suprema revise la decisión de un tribunal arbitral, pues ello entra en contradicción con el espíritu de la norma internacional que ambas partes acordaron.⁸¹

Si damos algo de crédito a la veracidad de esta afirmación se trata pues de asegurarse que exista una *organización o tribunal arbitral internacional preconstituido*, uniforme, que objetivamente asegure el debido proceso legal aunque su estilo no sea el de los tribunales nacionales. Que tenga su propio estilo siempre, pero congruente a través del tiempo, pues ello también será elemento computable en el análisis de su cumplimiento de la garantía supranacional⁸² de razonabilidad.

Tenemos así dos primeras sugerencias que pensamos vale la pena indagar:

I) a) un árbitro tercero o grupo de árbitros terceros internacionales, hispano-parlantes y con versación en ambos sistemas jurídicos,

b) un órgano colegiado, tribunal permanente de arbitraje, constituido del modo estable y con vencimientos escalonados de los nombramientos de sus integrantes, al estilo de los tribunales administrativos de algunos organismos internacionales.

II) En ambos supuestos, queda la cuestión de la radicación del tribunal: en el país o en el exterior y en tal caso dónde, cómo, en qué lengua, etc. Por ello, sin perjuicio de que en cada caso la parte interesada intente hacer valer sus derechos en los plazos que el respectivo tratado determine, nos parece altamente conveniente y positivo buscar una acción concertada que establezca, más que un mecanismo *puntual* de resolución de controversias, un verdadero *sistema*, permanente, orgánico, de fácil e inmediato acceso. El estado actual de desarrollo del derecho público internacional y argentino está maduro para ese paso siguiente.

⁸⁰ En el caso *Cabrera*, 1983, la CSJN señalaba la inexistencia de un procedimiento apropiado para la dilucidación de controversias, lo cual se resolvió con la constitución posterior del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande: *LL*, 1984-B, 206; *ED*, 107: 616.

⁸¹ CSJN, *Fibraca Constructora S.C.A.*, *ED*, 154: 164, año 1993.

⁸² Hemos desarrollado el carácter supranacional de la garantía de razonabilidad en el t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 8 y ss.

5.2. *Un tribunal permanente, no agónico ni de crisis*

Una mirada a largo plazo lleva pues a la conveniencia de intentar constituir, entre todos los países o al menos principales inversores involucrados y el Estado nacional, 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.

Puede ser para múltiples países de habla hispana; puede ser sólo para este país; puede ser de competencia genérica o de competencia específica para determinada materia o determinados inversores. Si es solamente para este país, hasta podría tener su sede en la misma jurisdicción, con lo cual no habría que ejecutar un arbitraje estrictamente extranjero, sino un arbitraje nacional cuyo tribunal no pertenece a la nacionalidad de las partes pero se ha reunido aquí. Es lo mismo que cuando concurre al país un conjunto de profesores extranjeros para actuar de jurado. Nadie ha sostenido hasta ahora que el dictamen sea por ello extranjero.

Debe ser colegiado y permanente, aunque se lo convoque solamente cuando existan cuestiones a resolver. Debe estar sometido a reglas claras en cuanto a la mayor o menor amplitud de la responsabilidad de los árbitros por mal desempeño, error, corrupción, etc. Por lo pronto debiera considerarse —con coherencia de criterio— la asimilación o no, total o parcial, al reconocimiento de la inmunidades propias de los jueces estatales. En cualquier caso, es obvio que son múltiples las posibilidades que se pueden explorar alrededor de estas ideas básicas y que ellas dependen de la voluntad e interés de las partes, de la receptividad del gobierno, de los costos, etc. No pueden postularse axiomas, sino solamente líneas de acción para contrastar con los detalles de la realidad que en cada caso correspondan.

5.3. *El camino colectivo del Mercosur*

Pareciera evidente que nuestra propuesta de organizar un tribunal arbitral estable y permanente es de muy difícil organización, no ya con todos los países con que tenemos tratados bilaterales, sino incluso con los principales.

Lo propio puede ocurrir con el Mercosur, al cual vamos a referirnos ahora, pues tiene la misma historia de fracaso de los mecanismos arbitrales contemplados en sus normas para dirimir conflictos entre los Estados y no tiene mecanismos arbitrales para los reclamos de las empresas privadas contra los Estados.⁸³ Sin embargo, pensamos que el camino del Mercosur puede ser recorrido no solamente por sus pares sino también por terceros países que acudan a sus tribunales arbitrales. Puede así apoyarse la creación en el Mercosur de un tribunal arbitral de los países miembros que sirva *a)* para la resolución voluntaria o forzosa de

⁸³ Ver HITTERS, JUAN CARLOS, "Solución de controversias en el ámbito del Mercosur (hacia un derecho comunitario)," *LL*, 1997-C, 1406.

los conflictos de derecho internacional privado entre empresas de los propios países y b) al que puedan también acudir voluntariamente, a su sola elección, los inversores en la región provenientes de países con tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras. c) Se advertirá que no incluimos aquí solucionar también los conflictos entre los Estados partes, pues ello es garantía segura de que el proyecto naufragará tempranamente.⁸⁴

El carácter pluricultural del tribunal —con más de una lengua oficial: castellano y portugués, en su caso también inglés— podría hacerse como parte del lento proceso de integración del Mercosur, que por supuesto carece de tribunales del mercado común. Un tribunal de arbitraje creado para las cuestiones comerciales de derecho internacional privado de las empresas de los países del Mercosur gozaría quizás de apoyo gubernamental, al no incluir a los gobiernos como sometidos al tribunal. Una de sus cláusulas fundacionales podría atribuirle también competencia para resolver como tribunal arbitral las cuestiones relativas a las inversiones extranjeras en los países que tengan tales tratados bilaterales, como una opción más que se confiere al inversor extranjero.

Hay ya tribunales internacionales creados con la posibilidad de expandir su competencia, de modo tal que ninguna objeción puede hacerse a que los países del área constituyan un tribunal internacional arbitral para sus empresas y para los inversores de fuera del área que quieran llevar allí sus conflictos con alguno de los Estados parte, al amparo de los tratados bilaterales existentes de inversiones extranjeras. Tales tratados se verían de este modo extendidos sin perjuicio alguno de los inversores a quienes se otorga a su elección una nueva vía para hacer valer sus derechos y serviría a los propios países en el problema tan agudo, para atraer inversiones, de proporcionar también medios rápidos y eficientes de resolver conflictos.

Si se hace un mecanismo sensato, en que no haya costas extravagantes, con procedimientos flexibles, con prohibición absoluta de contactos *ex parte*, con magistrados conocidos y respetados, de la región o de fuera de ella (no se olvide

⁸⁴ La competencia de los tribunales del CIADI, por ejemplo, fue deliberadamente circunscripta a “controversia de naturaleza jurídica,” dado que en los trabajos preparatorios del convenio se hizo hincapié en el hecho de que éste no podría incluir diferencias meramente políticas o comerciales, y que se entendía que esta expresión requería de la existencia de un derecho o una obligación jurídicos. Ver al respecto, el informe de los directores ejecutivos acerca del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados del 18 de marzo de 1965, disponible en www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partB.htm, en su párrafo 26 dice: “El Artículo 25 (1) exige que la diferencia sea una «diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión.» La expresión «diferencia de naturaleza jurídica» se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.” Ver también MARZORATI, OSVALDO J., “Arbitrajes ante el CIADI: algunas consideraciones sobre el alcance de la protección a las inversiones,” en *El Derecho Administrativo en Argentina: Situación y Tendencias Actuales (I)*, Documentación Administrativa 267-268 Set. 2003–Abril 2004, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 267-8.

que el Tribunal Europeo de Justicia puede estar integrado por nacionales que no sean de los países miembros de la Unión Europea), pensamos que se habrá dado un paso práctico hacia la efectiva solución de los problemas que presenta el arbitraje internacional para nuestros países.

Dicho tratado, a pesar de no haber sido suscripto por los países de los diferentes inversores de fuera de la región, podría dar a las empresas inversoras una posibilidad adicional de resolver sus conflictos y a los eventuales países demandados la relativa tranquilidad de que no se trata de un tribunal exótico en un país no familiar, con lengua que no se maneja fácilmente, etc. Puede sin duda parecer una propuesta no ortodoxa de encarar el problema que plantea la dificultad de hacer realidad los tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras, pero al menos nos parece la menos difícil de todas las que estamos analizando, en tanto no pone demasiado en tela de juicio la autoridad, las prevenciones y los prejuicios de cada Estado parte. Si ofrece o no garantías a los terceros, ello habrá de demostrarlo como el movimiento, a través de su accionar. Conocidos los nombres de los magistrados se podrá saber, desde el inicio y con buen grado de certeza, si se ha logrado el objetivo o no.

Pero seamos, por hipótesis popperiana, autocríticos y críticos de la autocrítica. Digamos que también parece pedirles mucho a las partes interesadas que se ocupen de que sus gobiernos gestionen ante los países del Mercosur la creación de un tribunal arbitral del Mercosur. Busquemos una hipótesis menor.

5.4. *El camino nacional solitario*

En esta forma de aproximarnos a las dificultades, también puede hacer un tribunal uno sólo de los países⁸⁵ —éste—, si le interesa adquirir frente a los demás la ventaja competitiva de conferir un mecanismo creíble de resolución de controversias. Pedirle que reforme y fortalezca su poder judicial independiente tal vez sea demasiado; a lo mejor es más potable pedirle que haga un tribunal arbitral internacional para que resuelva a opción de los inversores las cuestiones que él mismo ha suscripto en los tratados bilaterales y deje en todo caso abierta su integración a la participación de los demás países que se quieran adherir a él. Alguien tiene que comenzar. ¿Quizás nosotros mismos? Pero la conclusión se mantiene: el laudo caso por caso no parece funcionar, debe crearse un tribunal permanente más próximo para aproximarnos a la chance de que funcione eficazmente. Supongamos por fin, que tampoco esto es posible, que no se puede lograr que ni el conjunto de los países, ni una mayoría de ellos, ni los del Mercosur, ni uno sólo de ellos, tiene todavía vocación de crear un tribunal

⁸⁵ Brevemente se habló en círculos oficiales de un proyecto de ley de creación de un tribunal administrativo de los servicios públicos: res. 57/05 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del 20-I-2005, B.O. 27-I-05. Ver nuestro art. "La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos para los servicios públicos," *LL*, 2005-A, 818.

arbitral internacional, de someterse realmente a otra jurisdicción internacional. Vayamos, pues, a la hipótesis de mínima total, pero todavía en la búsqueda de soluciones duraderas y que sirvan. Pues lo que dicen los tratados basta leerlo, como también es fácil comprobar que ocurre con ellos lo mismo que con todos los decretos—leyes y leyes de arbitraje laboral en la historia del país: siempre sólo papel escrito, nunca realidad.

5.5. *La participación de todos los actores*

Por último, debería tenerse en cuenta en todo proceso, que la organización federal de nuestro país impone —necesariamente— considerar y dar participación a los sujetos potenciales que se verán beneficiados o involucrados en eventuales contiendas ante dichos tribunales, es decir, que debería darse activa participación a las provincias y a municipios, asumiendo a todo evento la calidad de parte en el procedimiento.

Si bien es cierto que el Estado Nacional representa internacionalmente al país como un todo y a sus componentes autónomos como son las provincias y sus municipios, no menos importante resulta que tanto las provincias como los municipios pueden comprometer al país todo, en litigios internacionales.

Asimismo, diversos tribunales arbitrales internacionales bajo las reglas del CIADI han comenzado a utilizar la figura del *amicus curie* para permitir la intervención de terceros en aquellos procesos que, en cierto modo, exceden el mero interés del Estado parte y del inversor, como en aquellos que se discuten servicios públicos esenciales.

En este sentido, el caso paradigmático es *Aguas Argentinas y Vivendi Universal v. Argentina*, que reguló por primera vez el modo y alcance de la intervención de cinco organizaciones no gubernamentales en el procedimiento, modificando el criterio anterior de *Aguas del Tunari v. Bolivia*, en el que el Tribunal CIADI declaró su falta de jurisdicción para permitir la intervención de *amicus curiae* a falta de acuerdo de las partes del proceso.⁸⁶

⁸⁶ CAMPOLIETI, FEDERICO, “The amicus curiae in ICSID arbitration proceedings,” en *Transnational Dispute Management (TDM)*, Volumen 2, issue #05, 2005.