

OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

TÍTULO IV: **Disposiciones de derecho internacional privado**

CAPÍTULO 2 : **Jurisdicción internacional**

AUTORA. CORINA ANDREA IUALE<sup>1</sup>

I.- Las normas que motivan esta observación son esencialmente las que llevan los números 2605, 2607.-

*ARTÍCULO 2605.- Acuerdo de elección de foro.*

*En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviere prohibida por ley.*

*ARTÍCULO 2607.- Prórroga expresa o tácita.*

*La prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden.*

*Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.*

I.- RESUMEN PONENCIA;

La norma debiera comprender lo atinente a la autonomía de la voluntad en los contratos en los que el Estado es parte concedente de servicios públicos. En este orden debe restringirse su aplicación en lo que se refiere a la prórroga de la jurisdicción; especialmente a la facultad de renunciar a interponer recursos contra un laudo arbitral, dado que dicho limite tiene su fundamento en el orden publico.

## II.- FUNDAMENTOS:

### 1.- ANTECEDENTES LOCALES QUE AGREGAN FUNDAMENTACIÓN A LAS OBSERVACIONES:

a.- La concesión de agua y cloacas en distintas localidades de la Provincia de Buenos Aires, entre ellas la ciudad de Bahía Blanca, generó diversos momentos de inquietud, y no solo en la población.

Diversos medios de la prensa escrita de esos días, dan cuenta de la inquietud de la población, por las dificultades en el servicio; y del gobierno por la forma en que se dirimiría la contienda, ya que un punto clave, resultaba ser el de la jurisdicción. La Provincia sostenía que la incumbencia sobre este conflicto era de exclusiva Justicia local, apoyado en la cláusula del contrato de concesión que establece en su artículo 16.7 que en el caso de cualquier controversia relativa a la interpretación y ejecución del contrato, el concedente y el concesionario se someten al fuero contencioso administrativo que resulte competente de la ciudad de La Plata, renunciando expresamente a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponder por cualquier causa. Por su parte, la concesionaria pretendía recurrir a la jurisdicción arbitral internacional.

b.- Pero aún cuando el nombre Azurix pareciera haber quedado en el recuerdo de un contrato celebrado por el Estado provincial en el año 1999; lo cierto es que, la concesionaria ha presentado una demanda ante el CIADI, contra la Argentina en reclamo de una compensación por los 3.800 millones de dólares que, asegura, le costó el congelamiento de tarifas y la devaluación del peso.

### 2.-

a.- Los acuerdos firmados por la Argentina en materia de inversiones extranjeras, prevén dos sistemas de solución de controversias. Uno de los sistemas es el que se refiere a lo que es materia de aplicación o interpretación del tratado entre los Estados que lo firman. El otro sistema es el que determina cual va a ser el foro para dirimir la controversia que pueda presentarse entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión. En relación al segundo sistema, en algunos de los acuerdos suscriptos por Argentina se establece que en el supuesto de no arribarse a un entendimiento entre las partes de la controversia, el inversor debe acudir a los tribunales del Estado y en caso de no obtenerse un pronunciamiento, dentro de los dieciocho meses el inversor puede optar por el arbitraje internacional. Pero es a partir del acuerdo que se firma con Francia

que el paso por los tribunales locales deja de ser una instancia obligatoria para que el inversor pueda recurrir al arbitraje internacional.

En ese acuerdo firmado con Francia el 3 de julio de 1991, es donde se advierte el camino allanado para que el inversor extranjero pueda recurrir al arbitraje sin necesidad de agotar los procedimientos locales; esto equivale a decir que el inversor puede optar por: someterse a los tribunales locales o recurrir directamente a la jurisdicción arbitral.

b.- El tratado suscripto con los Estado Unidos sobre promoción y protección recíproca de Inversiones, firmado en Washington el 14 de noviembre de 1991, y ratificado por ley 24.124 B.O. 25-9-92, es el que tiene relevancia en el caso Azurix, ya que prevé que en las controversias que en materia de inversión puedan surgir entre una de las Partes del tratado, y un nacional o sociedad de la otra Parte, las partes de la controversia procurarán solucionarlas primero por la vía de consultas y negociaciones. Y si no pudiera ser solucionada por esa vía, la sociedad o el nacional podrán elegir someter la controversia: a) a los tribunales locales judiciales o administrativos de la Parte del tratado que sea parte en la controversia; b) o a los procedimientos de solución de controversias previamente acordados. Si no se hubiere optado por las dos alternativas antes mencionadas, y habiendo transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional del Estado Parte podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia a arbitraje obligatorio: I) del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones, (CIADI); II) del mecanismo complementario del CIADI, de no ser posible recurrir a él; III) de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.); IV) de cualquier otra instancia arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia.

Una vez que el nacional o la sociedad hubiera expresado su voluntad, cualquiera de las partes en la controversia puede iniciar el arbitraje de acuerdo con la elección especificada en la manifestación de voluntad. En este Tratado, cada una de las Partes expresa su voluntad de someter la solución de cualquier controversia en materia de inversión al arbitraje obligatorio, de acuerdo con la elección especificada en la manifestación escrita de voluntad del nacional o de la sociedad. De ello se deduce, que en el tratado ya se está consintiendo la elección que haga la parte de la controversia en su manifestación escrita de voluntad.

El tratado califica como “inversión” (entre otros) a los contratos de servicios expresando que las inversiones no pueden ser expropiadas ni nacionalizadas, salvo por razones de utilidad pública, y mediante el pago de una compensación pronta. Si las inversiones sufrieren pérdidas con motivo (entre otros) de un estado de emergencia nacional la otra parte les otorgará un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o a los nacionales o sociedades de terceros países respecto a las medidas que adopte en relación con esas pérdidas

La incorporación de “trato no menos favorable que el trato otorgado a terceros países respecto a las medidas que adopte en relación con esas pérdidas”, tiene su implicancia, ya que el acuerdo celebrado entre la República Argentina y la República de Panamá.<sup>2</sup> considera como supuesto de expropiación la modificación o derogación de leyes. Por lo que esta cláusula podría ser invocada por un nacional o sociedad de Estados Unidos entrando dentro de la jurisdicción del CIADI las demandas de las concesionarias por la pesificación de las tarifas de los servicios públicos.

c.- Las demandas presentadas ante el CIADI (El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones), organismo dependiente del Banco Mundial, alegan que Argentina no ha cumplido los compromisos asumidos frente a los inversores, y les ha causado perjuicio adoptando medidas equivalentes a la expropiación, al devaluar y pesificar las tarifas, a lo que Argentina responde que las medidas fueron tomadas en medio de una crisis nacional, y que tenían como objetivo defender el interés general. En el informe anual 2003 del CIADI, se expresa que en la denuncia Azurix Corp. contra la República Argentina, (Caso No. ARB/01/12) el 15 de octubre de 2002 la parte demandante presenta su memorial sobre el fondo. Y que el 7 de marzo de 2003 la parte demandada opone sus excepciones a la jurisdicción.

La ley de inversiones extranjeras 21.382,<sup>3</sup> establece que los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción, art. 1<sup>4</sup>. Esta ley elimina la prohibición de la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros o de árbitros que estén fuera de la República Argentina, en concordancia con la modificación del Código Procesal Civil y comercial de la Nación.<sup>5</sup>

Por su parte, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (EE.UU.) el 18.3.65, ratificado por ley N° 24.353<sup>6</sup>, invocando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado; expresa que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado, art. 25<sup>7</sup>

En este Convenio se expresa sobre la renuncia de cualquier otro recurso, salvo estipulación en contrario, art. 26.<sup>8</sup> Si las partes alegaran sobre la falta de competencia del Tribunal, será resuelta por el mismo Tribunal.<sup>9</sup> Una vez dictado el laudo, el mismo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.<sup>10</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, el sometimiento a la jurisdicción arbitral encontraba su reparo en la cláusula Calvo, que en su concepción sobre la igualdad de los Estados negaba el otorgamiento de privilegios especiales, destacando que las controversias relativas a reclamos de extranjeros contra los Estados receptores debían dirimirse de conformidad a las leyes de estos últimos y ante sus tribunales.

En relación a la facultad del Poder Ejecutivo para someter diferentes cuestiones al arbitraje internacional, en el año 1973 por ley modificatoria del presupuesto, ley 20.548, se autoriza en su art. 7 al Poder Ejecutivo Nacional a someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones y a tribunales arbitrales, utilizando dicha autorización en numerosos convenios. Esta posición de sometimiento a jurisdicción arbitral se vio fortalecida con el acuerdo con Francia en que como se dijo, por primera vez se admite la posibilidad de que el

inversor pueda optar directamente por: someterse a los tribunales locales o recurrir directamente a la jurisdicción arbitral internacional.

III.- La Corte Suprema cambia la doctrina admitiendo la revisabilidad de los laudos arbitrales aún cuando las partes hayan acordado la renuncia a recurrir a la Justicia para saldar diferencias, pudiendo los jueces intervenir si los árbitros fallan contra normas constitucionales o el orden público.<sup>11</sup>

En los autos José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/proceso de conocimiento, del 1 de junio de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>12</sup> expresó que si bien la renuncia a apelar la decisión de un tribunal arbitral es en principio, una cuestión disponible conforme al principio general enunciado en los arts. 1197 y 19 del Código Civil, corresponde considerar las normas que, también con categoría de principios, establece el mismo código en relación a la renuncia de derechos. En ese sentido, el art. 872 del mismo cuerpo legal prohíbe que sean objeto de renuncia los derechos concedidos en mira del interés público. No es lógico prever, al formular la renuncia que también se renuncia a apelar una decisión arbitral en la que los términos del laudo contraríen el orden público. Por ello es que el laudo dejará de ser inapelable y podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos: 292:223).

IV.- CONCLUSIONES: La celebración por parte del Estado de un Tratado internacional hace nacer el deber de cumplirlo, lo que tiene su respaldo jurídico en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. La exclusión del uso de la fuerza y la politización en un conflicto presentado entre un nacional o sociedad inversora en el país receptor es beneficioso, pero es innegable que el inversor extranjero, pretenderá contar con las máximas garantías para que sea un negocio seguro, ya que se trata de un acuerdo económico y no de solidaridad.

Si bien dentro del ámbito de las relaciones económicas internacionales, la inversión de capitales extranjeros puede ser uno de los pilares en que se asienta el desarrollo, la jurisdicción y la facultad de prorrogarla deben tener como límite el resguardo del debido proceso y el derecho de defensa. Y es aquí donde el Derecho Internacional Privado, asume un papel relevante. La restricción de la autonomía de la voluntad en el orden interno no tiene correlato con lo que sucede en el orden internacional, en donde la tendencia que sostiene dicha autonomía es mayoritaria; y las legislaciones de diferentes países se han ido orientado en ese sentido, otorgando además, los instrumentos internacionales respaldo normativo a dicha tendencia. A pesar de ello, y por lo

expuesto, conviene ratificar que la voluntad del Estado para pactar la jurisdicción arbitral tiene como límite el aseguramiento del bienestar general.

---

1- CORINA ANDREA IUALE es Profesora Adjunta de la cátedra de Derecho Internacional Privado de la UNS.-

2- Aprobado por la ley 24.971

3- Ley de Inversiones extranjeras, Ley 21.382 T.O. aprobado como Anexo I del Decreto N° 1853/1993 (B.O. 8/9/1993)

4- Ley 21.382, art 1 - Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las formas establecidas en el Artículo 3 destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplan en regímenes especiales o de promoción.

5- Biocca, Stella Maris, *Sociedades Multinacionales y Extranacionales*. Ed. Victor de Zavalia, Buenos Aires, 1985.

6- Sancionada: Julio 28 de 1994. Promulgada: Agosto 22 de 1994.

7- Artículo 25 (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado

8- Artículo 26 Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

9- Artículo 41 (1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia. (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otra razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

10 -Artículo 53 (1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio. (2) A los fines previstos en esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 ó 52. Artículo 54 (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

11- [www.clarin.com](http://www.clarin.com) - 20-06-2004 "Con este razonamiento, la Corte anuló parte de un laudo que saldaba una disputa entre la ex hidroeléctrica estatal Hidronor y la constructora José Cartellone S.A. El fallo podría servir como antecedente para otras resoluciones arbitrales, incluso —según algunos especialistas— para los que debe dictar en relación al Estado argentino el CIADI, tribunal arbitral del Banco Mundial. Hasta acá, la Corte venía diciendo que si las partes de un contrato se sujetaban a estos tribunales particulares, luego no podían pedirles a los jueces ordinarios una solución distinta. La nueva composición del máximo tribunal modificó esta postura; la sentencia dictada el 1° de junio fue firmada por Enrique Petracchi, Carlos Fayt, Augusto Belluscio, Adolfo Vázquez, Juan Carlos Maqueda y Raúl Zaffaroni. Los ministros señalaron que "no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los térmi-

nos del laudo que se dicte contraríen el orden público". También dijeron: "La apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros, pero su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable". En la práctica, la solución que la Corte aplicó en este caso le permitirá a Hidronor pagarle a Cartellone intereses más bajos que los fijados por los árbitros. Para el constitucionalista Andrés Gil Domínguez, profesor de la UBA, la sentencia es —además— un buen síntoma: "Reivindica el rol constitucional de la Corte y ratifica que el derecho a la jurisdicción es irrenunciable". Según el ex juez Héctor Masnatta, el fallo abre la posibilidad de revisar decisiones arbitrales. La semana pasada, en la reunión de la comisión de Diputados que sigue las obras de Yacyretá, Masnatta puso como ejemplo el laudo que tiene pendiente la entidad binacional que construye la represa —que él representa— con un grupo constructor.

En un artículo reciente, el procurador del Tesoro, Horacio Rosatti, sostuvo algo similar en relación a los laudos del CIADI a los que se obligó la Argentina. En "Cartellone c/Hidronor", la Corte entendió que el modo en que los árbitros pretendían que se pagaran los intereses era "un despojo del deudor". Y que, como esto viola "límites de la moral y el orden público", debía corregirse por más que las partes hubieran aceptado el laudo.

12- José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/proceso de conocimiento Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, 1° de junio de 2004.- Vistos los autos: "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento". Considerando:... 13) Que en lo que se refiere a los intereses adicionados a las sumas reclamadas hasta el 1° de abril de 1991, también debe revocarse lo dispuesto por el tribunal arbitral. Al respecto es menester examinar los alcances de la renuncia de las partes a apelar la decisión de ese tribunal. Si bien ello implicaba, en principio, una cuestión disponible conforme al principio general enunciado en los arts. 1197 y 19 del Código Civil, corresponde considerar las normas que, también con categoría de principios, establece el mismo código en relación a la renuncia de derechos. En ese sentido, el art. 872 del mismo cuerpo legal prohíbe que sean objeto de renuncia los derechos concedidos en mira del interés público, a lo que se agrega la interpretación restrictiva que corresponde aplicar en el ámbito de esta institución jurídica (arg. art. 874 del código citado). 14) Que en atención a lo expuesto, no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos: 292:223)... 19) Que, en consecuencia, debe dejarse también sin efecto el laudo en cuanto aplicó los intereses señalados para fijar la suma adeudada al 1° de abril de 1991 y, con el fin de adoptar una pauta razonable de actualización e intereses a adicionar a las sumas reclamadas, que deberán ser determinadas a febrero de 1985 conforme a lo expuesto en los considerandos 10 a 13, cabe aplicar las previsiones originarias del contrato celebrado entre las partes, es decir, un ajuste sobre la base del índice de precios al por mayor no agropecuarios total, más un 5% anual en concepto de intereses (cláusula 58.6, fs. 442). Habida cuenta de que conforme a las pautas de esta sentencia, en la etapa de ejecución deberá practicarse nueva liquidación de los montos adeudados, podrá plantearse, en su caso, la aplicación de la ley 24.283. Por ello, se declara parcialmente procedente el recurso ordinario y la nulidad del laudo arbitral en los términos de los considerandos 9 a 19. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI.