

§49. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Jorge Luis Salomoni

Presidente de la Asociación Argentina de
Derecho Administrativo

I. INTRODUCCIÓN

Como sostuve en otra oportunidad¹, resulta innegable que los juristas argentinos y latinoamericanos de estos tiempos vivimos en estado de perplejidad. Partíamos de algunos principios innegables que constituían nuestra base de sustentación, como por ejemplo, el sistema de producción normativa y de resolución de las controversias o conflictos que se suscitaban en la aplicación del derecho. El Estado, a través de sus poderes, monopolizaba tal sistema. Ello sumado a un determinado principio de jerarquía normativa, que en nuestro sistema constitucional, se reflejaba en el artículo 31 de la Carta Magna. Una de las columnas vertebrales del sistema predicaba que el casi único productor y aplicador del derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, era el Estado a través de sus órganos constitucionalmente habilitados para ello, que implicaba, a su vez, una sujeción de los sujetos de la relación jurídica a ese ordenamiento, cuya prelación normativa estaba predefinida.²

La transformación de tales principios pueden observarse por la manifestación de distintos fenómenos³, pero en lo que aquí importa, sin darnos cuenta, sin que mediara un verdadero debate jurídico y, por qué no, social, se produjo un nuevo y extraordinario proceso, que podemos denominar de internacionalización del orden jurídico argentino, que trastocó, en un breve lapso de apenas diez o doce años, nuestro sistema.

1 SALOMONI, Jorge Luis, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, en diario El Derecho -Administrativo- del 28 de octubre de 2003.

2 Para una ampliación de la descripción de los tradicionales paradigmas del Estado en contraposición a los emergentes de la nueva realidad jurídica mundial, ver el excepcional estudio del Maestro Italiano CASSESE, Sabino *La crisis del Estado*, Estudio Preliminar de Jorge Luis SALOMONI, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, especialmente pp. 151 y ss.

3 Para una ampliación de los fenómenos que provocaron la crisis del Estado decimonónico, v., SALOMONI, Jorge Luis, “Sistema Jurídico, Emergencia, Conflicto de Derechos y Revisión de las Tarifas de los servicios Públicos”, en *VVAA. Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario*, LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 93 y ss. Esa crisis extraordinaria en la creación y en la aplicación del derecho en nuestros Estados nacionales, según CASSESE, pone en tela de juicio los paradigmas tradicionales del derecho tales como: i.- Los sujetos formaban parte de un ordenamiento jurídico que presentaba carácter de exclusividad. Los sujetos no podían elegir. El ordenamiento era un dato. ii.- El Estado se encontraba en el centro, y en posición de superioridad institucional. Podía equipararse con los particulares, pero puede retomar su superioridad. iii.- La ley asegura la medida y el control del poder público, y entonces, circunscribe exactamente sus competencias. Los particulares por el contrario reaccionan según sus propios intereses y fines, en tanto, la ley define solo aquello que a ellos es prohibido. iv.- Las relaciones entre el derecho público y el privado son determinadas y permanecen estables. (Conf., CASSESE, Sabino, en *ob., cit., La crisis...*).

Este proceso ha transformado los paradigmas sobre los cuales se asentaban nuestros ordenamientos jurídicos, nuestras instituciones, nuestra forma de observar y resolver los problemas de nuestra ciencia.

Podría sostener que la reforma Constitucional de 1994 constituye el punto de partida y de apoyo de ese proceso de internacionalización de nuestro sistema jurídico, con consecuencias aún imprevisibles.⁴

El primer eslabón de ese proceso lo constituye el establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno, como surge del artículo 75 inciso 22 primer párrafo de la Constitución reformada. Ello implicó establecer un principio que trascendió al artículo 31 de la Norma Fundamental, o de supremacía de la Constitución o jerarquía normativa. Y ello así porque se fijó definitivamente esa prelación normativa de los tratados, que complementada con los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, configura, además, una responsabilidad internacional del Estado argentino ante cualquier incumplimiento de los mismos fundado en una posible contradicción con el ordenamiento interno nacional.⁵

A su vez, la incorporación, con jerarquía constitucional, de diversos Tratados de Derechos Humanos, de acuerdo a lo prescripto por el art. 75 inciso 22, segundo párrafo, concluyó un proceso de profunda internacionalización, desplazando el monopolio de la creación y aplicación del derecho del Estado argentino, en sus diversas jurisdicciones, hacia otros organismos supraestatales, supranacionales e internacionales. Obsérvese, como un mero ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es más el último tribunal que decide sobre el sistema de derechos fundamentales en la República Argentina, sino que se ha desplazado principalmente en uno de los subsistemas posibles, como lo es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Luego el art. 75 inciso 24 del Congreso Nacional facultó a delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, como por ejemplo en el MERCOSUR. Como colorario de tal delegación, se otorgó a las normas dictadas en su consecuencia, jerarquía superior a las leyes.

Y finalmente, resta mencionar a los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, y los conflictos suscitados y a suscitarse entre el Estado argentino -considerado *latu sensu*- y las prestadoras privadas de servicios públicos alcanzadas por esos tratados ante el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).⁶ Este constituye el tercer ámbito de internacionalización que provocó un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico argentino. Esto es así porque el legislador y el juez nacionales han perdido la soberanía, el poder de decisión en diversos aspectos.

4 Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo modélicamente la República Argentina. Por ello considero que los efectos de tal proceso son realmente imprevisibles, y espero equivocarme, probablemente negativos para el conjunto de la sociedad argentina.

5 Para una ampliación sobre el sistema de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, v., DE LA GUARDA, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 195 y ss.

6 La Argentina otorgó su consentimiento anticipado a la jurisdicción arbitral del CIADI. La Ley 24.353 aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington (USA) el 18-3-65 CIADI.

Ello ocurre en el ámbito de los derechos humanos, en el ámbito de la integración y en el ámbito de las inversiones. Hay una profunda delegación o desplazamiento de esa soberanía en organismos extraconstitucionales.

Y estos tres ámbitos de internacionalización -derechos humanos, integración e inversiones- tienen en común la cesión del constituyente, del legislador y del juez nacionales de su poder de decisión en diversos aspectos. Se produjo una profunda delegación o desplazamiento de la jurisdicción argentina en organismos internacionales -considerados *latu sensu*-, que aplican a su vez, para la resolución de los conflictos que allí se discuten, como ocurre en el caso de los tratados de inversiones, otros ordenamientos jurídicos distintos al que fue la base de la relación jurídica originaria.

Restaría determinar si esta internacionalización del ordenamiento fue racionalizada en la Argentina, de manera tal de incorporarla culturalmente en nuestro discurso jurídico. Puedo afirmar que, salvo raras y parciales excepciones producidas en algunas ramas del ordenamiento no existe una racionalización o incorporación integral de esa internacionalización y su impacto en la totalidad del sistema de derecho argentino. Es más, una parte importante de la enseñanza del derecho en la República Argentina, que se realiza a través de artículos y libros de doctrina, sigue tematizando el ordenamiento argentino sin vinculación con el derecho emergente de los tratados internacionales y de la jurisprudencia dictada por los órganos supranacionales e internacionales aplicadores de esas normas, que prevalecen, por otra parte, sobre las aplicaciones realizadas por nuestros tribunales internos.

Pero cuando sostengo que no existió una racionalización del fenómeno, estoy expresando la percepción que todavía no tenemos una idea acabada del sistema jurídico positivo que se ha conformado en nuestro país. Este es, en mi opinión, uno de los problemas más serios que afrontamos los juristas. Al cual se agrega la fragmentación de la hermenéutica particular de cada rama del ordenamiento, que intenta racionalizar desde su ámbito la novedad del impacto de este ordenamiento jurídico nuevo, sin poder referenciarse a la totalidad, o sea al nuevo sistema en su conjunto.

Me propongo en este trabajo, mostrar brevemente el impacto sobre nuestros ordenamientos jurídicos de dos sistemas de resolución de conflictos internacionales que, aunque diferentes en la naturaleza de los ordenamientos jurídicos a los que se referencian, a través de tribunales arbitrales, impactan en nuestro ordenamiento jurídico interno, fundamentalmente el administrativo, a través, esta vez, de la fuerza expansiva de los principios y hermenéuticas desarrollados por esos tribunales para los casos que resuelven.

Me refiero, por un lado, al sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, establecido tanto en el Protocolo de Brasilia de 1992 y en su derogatorio el Protocolo de Olivos de 2002, como en el Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, Decisión del Consejo del Mercado Común N° 17/98, de fecha 10 de diciembre de 1998⁷. Y por otro lado, al sistema instaurado por los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, a través del ya mencionado Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

7 También derogado por el artículo 55.1 del Protocolo de Olivos (PO). Cabe mencionar que las causas iniciadas bajo el Protocolo de Brasilia y no concluidas se registrarán por este Protocolo, así como para el caso que no se completaran los procedimientos previstos en el artículo 49 del Protocolo de Olivos (artículo 55.2 del PO)

II. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Como es sabido, tanto el derogado Protocolo de Brasilia, como el actualmente vigente Protocolo de Olivos, establecen un similar sistema de resolución de conflictos en el MERCOSUR⁸, y que sintéticamente consiste en:

- i. Negociaciones directas;
- ii. Intervención del Grupo Mercado Común;
- iii. Procedimiento arbitral ante los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc*;
- iv. Recurso de revisión o acceso directo y en única instancia, ante el Tribunal Permanente de Revisión⁹.

Este último órgano, y su correlativa competencia, fue creado por el mencionado Protocolo de Olivos, y tiene función consultiva, a ser reglamentada por el Consejo Mercado Común, y función contenciosa, con competencia para juzgar mediante recurso de revisión del laudo emitido por el Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*¹⁰, además de competencia para juzgar, en única instancia las acciones que le fueran interpuestas directamente por las partes, mediante acuerdo entre ellas y después del agotamiento de las negociaciones directas. Es de resaltar el salto cualitativo que significa instituir un Tribunal permanente que institucionaliza una interpretación uniforme del sistema, más allá que como se verá, los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* bajo el Protocolo de Brasilia han realizado una función semejante, al basar sus Laudos en los precedentes anteriores y constituir, así, un cuerpo uniforme de doctrina judicial.

Ahora bien, lo que aquí interesa es mostrar los principios emergentes de las decisiones arbitrales y su incidencia en el derecho administrativo nacional y local.¹¹

Para el cometido propuesto será necesario describir primeramente, a través de la transcripción de los propios Laudos, algunos aspectos establecidos por los mencionados Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* con pretensión de precedentes acumulativos y obligatorios para las distintas integraciones de los mismos, para intentar comprender el sistema de construcción del derecho comunitario que se ha pretendido realizar a través de los nueve Laudos Arbitrales hasta ahora fallados, y su impacto en el ordenamiento interno.

8 Analizaré exclusivamente el sistema de resolución de conflictos entre Estados integrantes del MERCOSUR, y entre particulares y uno o más de esos Estados. Sobre el arbitraje internacional entre particulares en el MERCOSUR, v., NOODT TAQUELA, María Blanca, *Arbitraje internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Argentina, 1999, entre otros.

9 Es de destacar que el Artículo 26 del Protocolo de Olivos "Obligatoriedad de los laudos" establece que: "1. Los laudos de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si transcurrido el plazo previsto en el Artículo 17.1 para interponer el recurso de revisión, éste no fuere interpuesto. 2. Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada". Por su parte, el Artículo 27 "Obligación del cumplimiento de los laudos", establece que "Los laudos deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. La adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado parte de su obligación de cumplir el Laudo".

10 Artículos 17 y 23 del Protocolo de Olivos.

11 "La influencia del derecho público comunitario en los derechos administrativos es doble. Por un lado, es una influencia directa, que se desarrolla a través de relaciones verticales entre la Comunidad Europea y cada derecho administrativo nacional. Por otro lado, la influencia es horizontal: el derecho comunitario crea una plataforma, que constituye un vehículo para los trasplantes de institutos de un derecho nacional a otro". (CASSESE, Sabino, "L'influenza del diritto amministrativo sui diritti amministrativi nazionali", en *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* n° 3, Giuffrè editore, Milán, Italia, 1993, p. 329, la traducción me pertenece)

1. Construcción del sistema comunitario

A. Tipos de controversias, actividad jurisdiccional y reglas procesales

En primer lugar, resulta importante establecer el tipo de controversia y la naturaleza de la función ejercida por el Tribunal Arbitral, así como las reglas procesales aplicables emergentes de la mencionada función. Con respecto a ello se ha dicho que:

33. El Protocolo de Brasilia trata dos tipos de controversias: a) las que surgen entre los Estados Partes (Capítulo I, II, III, y IV) y b) las planteadas como consecuencia de reclamos de particulares (Capítulo V y IV).

34. En ambos casos, el texto prevé un procedimiento compuesto de tres etapas necesarias y sucesivas. La culminación de cualquiera de las dos primeras etapas no produce efectos jurídicos salvo el de habilitar la instancia siguiente. Y en ambos casos, la tercera etapa constituye un arbitraje, el que está regulado por las mismas disposiciones.

35. *Lo precedentemente expuesto merece ser destacado por cuanto evidencia que el ejercicio de la función jurisdiccional es propio y específico tan solo de la etapa arbitral.* En cambio, no se encuentra presente en las etapas previas.

36. En lo que refiere específicamente a los procedimientos para la solución de controversias promovidos a impulso de particulares -como ocurre en la especie- estos deberán aportar a la Sección Nacional correspondiente elementos de juicio que le permitan comprobar la verosimilitud de la violación del orden jurídico aplicable, así como la existencia o amenaza de perjuicio.

37. Al respecto, dispone el num. 1 del art. 26 del Protocolo de Brasilia que “Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado Parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios”. Agrega el num. 2 de la misma norma que “Los particulares deberán aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio”.

38. Del claro tenor de la disposición precedentemente transcrita se desprende que la Sección Nacional analiza lo que en el Derecho procesal se llama el “*fumus bonis juris*” es decir, en qué elementos se apoya la verosimilitud del derecho que pueda asistir al particular concretamente en el caso planteado y su perjuicio. Claramente, se está en una etapa en la cual todavía no ha entrado a funcionar el procedimiento arbitral; su único efecto es -en caso de que la valoración de la Sección Nacional sea positiva- habilitar el paso a la etapa siguiente. Superadas favorablemente las etapas previas, recién se ingresa al procedimiento arbitral, de naturaleza jurisdiccional.

39. De acuerdo con el art. 25 del Protocolo de Brasilia, el procedimiento previsto a impulso de los particulares, tiene lugar únicamente con motivo de la “sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común o de las Resoluciones del Grupo Mercado Común”. El Protocolo de Ouro Preto agrega a este artículo las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 43. párrafo único).

40. *En el marco del proceso arbitral propiamente dicho rigen las reglas y principios generales en materia jurisdiccional, razón por la cual deberán probarse las afirmaciones que las partes realizan.* Tal como ocurre en los Derechos Procesales Internos, la acreditación previa que pueda haberse realizado en procesos previos o cautelares, no exonera de la prueba debida a ser rendida en el proceso principal.

41. A juicio del Tribunal, en consecuencia, no basta que se alegue la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal contra el sistema normativo del MERCOSUR, sino que es necesario además que los Estados Partes prueben la existencia o amenaza de un perjuicio derivado de dicha violación.

42. A los efectos de la resolución de la controversia, el Tribunal habrá de considerar y valorar la prueba ofrecida por las partes en el presente procedimiento de acuerdo con las reglas de la sana crítica y con las Reglas de Procedimiento adoptadas por el mismo.¹²

Cabe destacar que los principios establecidos son aplicables *in totum* al Protocolo de Olivos de estructura semejante al analizado Protocolo de Brasilia.

B. Definición de Controversia a través de una interpretación integrativa del derecho internacional

En segundo lugar, el Tribunal ha establecido una definición de controversia a los efectos de incentivar su actuación. Pero es importante remarcar que tal definición no pudo ser hallada en el cuerpo normativo del MERCOSUR, razón por la cual se construyó a través de una integración, a ese cuerpo, del derecho internacional:

En orden a considerar la cuestión preliminar presentada por Argentina, el Tribunal entiende que en primer lugar deberá definir qué es una “controversia” dentro del ordenamiento jurídico del MERCOSUR. Sobre el particular el Tribunal evaluó tanto el contenido de los acuerdos primarios, como el de las decisiones y resoluciones del sistema MERCOSUR con el objeto de encontrar una definición adecuada de “controversia”. El Tribunal llegó a la conclusión de que tal definición no existe en el Tratado de Asunción, ni en el derecho derivado de ese Tratado. El Tribunal entonces se basó para lograr una definición apropiada de “controversia” en el Artículo 19 del Protocolo de Brasilia que establece que:

“El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, como así también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia.”

Así es que el Tribunal se ve compelido a buscar una definición de “controversia” fuera del marco regulatorio expreso del MERCOSUR pero dentro del contexto general de los principios y disposiciones aplicables del derecho internacional aplicables a toda controversia surgida en el ámbito del MERCOSUR.

En este sentido el Tribunal encuentra que la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”) en el caso *Mavrommatis* sostuvo que una controversia es “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes”. Esta noción de “controversia” fue reiterada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en los casos *Camerún Septentrional*, en el caso sobre la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo del 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la ONU, y en el caso del Timor Oriental. Asimismo la CIJ en el caso del Africa Sudoccidental también sostuvo que para determinar la existencia de una controversia hay que demostrar que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra. Por su parte, El Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento (“Banco Mundial”), siguiendo una clara práctica consuetudinaria en materia de arbitrajes internacionales, al referirse a qué es una controversia internacional expresó que es aquella concerniente a la existencia o no de un derecho o de una obligación.

12 Laudo nº II, constituido para entender en la reclamación de la Republica Argentina al Brasil, *sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo*, de fecha 27 de septiembre de 1999

En consecuencia de la aplicación de los principios del derecho internacional para determinar la existencia de una controversia, como fueran expresados en los precedentes antes citados, *el Tribunal entiende que, en el presente caso la reclamación de Brasil y la respuesta de Argentina se refieren a la existencia o no de un derecho o de una obligación; que el reclamo de una de las partes se opone positivamente al de la otra y que existe un desacuerdo sobre un punto de derecho, es decir un conflicto de opiniones legales o intereses entre las partes relativo a la licitud o no de la Resolución 861/99 del Ministerio de Economía de Argentina con relación a la normativa MERCOSUR.*¹³

C. Marco Jurídico aplicable

El Tribunal Arbitral ha establecido claramente el ordenamiento jurídico aplicable y remarcando un enfoque teleológico y reafirmando una hermenéutica integradora del derecho internacional, como se vio precedentemente. En esta ocasión sostuvo que:

53. El Protocolo de Brasilia enuncia las fuentes normativas del Mercosur, disponiendo en su artículo 19: “El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia”. Dicha enumeración consagra un Derecho originario constituido por las normas de los tratados y sus anexos y los acuerdos entre los Estados y un derecho derivado formado por las Decisiones del Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común.

54. El Protocolo de Ouro Preto agregó como fuente normativa del Mercosur las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (art. 41). Dicho Tratado esclarece que las normas emanadas de los órganos del Mercosur (Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común y Comisión de Comercio del Mercosur) “tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (art. 42).

55. La circunstancia de que determinadas normas requieran de implementación posterior no significa que las mismas carezcan de todo valor, sino que los Estados tienen la obligación de no frustrar su aplicación así como el cumplimiento de los fines del Tratado de Asunción y sus Protocolos complementarios. Cabe a este respecto recoger la perspectiva finalista del proceso de integración del MERCOSUR reafirmada en el Laudo del Tribunal Arbitral *ad-hoc* (de fecha 28 de abril de 1999, núm. 57), el cual destaca que: “El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido”; y núm. 65 que dice: “...De esta manera, la liberación comercial, escollo tradicional de los intentos anteriores de integración latinoamericana, se constituiría en la masa crítica necesaria para impulsar las demás acciones hacia el Mercado Común, quebrando la tradicional línea de resistencia a los esfuerzos anteriores de integración.

13 Laudo n° III, relativo a la controversia entre la República Federativa del Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre “*APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA SOBRE PRODUCTOS TEXTILES (RES. 861/99) DEL MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS*”, de fecha 10 de marzo de 2000

Esta es la convicción común de todos los Estados Miembros del Mercosur, como lo han manifestado las Partes durante el proceso.

56. La aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional. Conviene recordar que el Protocolo de Brasilia expresamente consagra como fuente normativa del MERCOSUR “los principios y disposiciones del derecho internacional aplicable en la materia” (art. 19). Dicha referencia cobra especial relevancia en un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional.

57. En un nivel más amplio que el regional, las relaciones comerciales internacionales se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En éste ámbito, las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). En el seno de la OMC se insertan las reglas de ALADI y en un círculo más interno, las normas del MERCOSUR. Todas estas normas pretenden asegurar condiciones de libre comercio que caracterizan y dan sustento a un proceso de integración.

58. En el ámbito regional, dentro del elenco de fuentes normativas aplicables al caso, adquiere especial relevancia el análisis de la Decisión del Consejo Mercado Común N° 10/94, sobre Armonización para la Aplicación y Utilización de Incentivos a las Exportaciones por parte de los Países Integrantes del MERCOSUR, en la medida que se trata de una Decisión emanada de un órgano con supremacía institucional y jerárquica dentro de la organización del MERCOSUR, que contiene disposiciones sobre restricciones a los incentivos a las exportaciones.¹⁴

D. Principios rectores de la integración

El Tribunal Arbitral ha establecido, también, tanto los principios generales de un sistema jurídico de integración como los principios generales del derecho, aplicables prioritariamente para la resolución de los conflictos que se suscitan. Entre los primeros incluyó a los principios de Proporcionalidad, de Limitación de la Reserva de Soberanía, de Razonabilidad y de Previsibilidad Comercial. Entre los principios generales del derecho invocó la teoría del Acto Propio o Estoppel. Dijo el Tribunal:

Respecto a la eliminación de restricciones según la normativa fundacional del MERCOSUR, el Artículo 1 del Tratado de Asunción expresa que, “...Este Mercado Común implica - La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente....”

De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 2, b) del Anexo I al Tratado de Asunción, se entenderá por “restricciones”, cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante la cual un Estado parte impida o dificulte, por decisión unilateral, el comercio recíproco....”

La prohibición de imposición de restricciones o “medidas de efecto equivalente” en el MERCOSUR posee un carácter absoluto, o sea, no puede ser empleada por un Estado miembro aunque la “medida” no se destine a la discriminación del producto extranjero. Ese tipo de norma es esencial en un sistema de integración regional

¹⁴ Laudo n° II, constituido para entender en la reclamación de la Republica Argentina al Brasil, *sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo*, de fecha 27 de septiembre de 1999.

Todas las restricciones y medidas de efecto equivalente constituyen barreras y obstrucciones al comercio y son incompatibles con el libre comercio y la formación de un mercado común.

c. Principios generales en materia de integración.

Una cuestión importante para los Estados es la compatibilidad entre el libre comercio y las normas internas de comercialización de productos. Frente a esta problemática los Estados deben siempre tener presente que las *razones invocadas por las autoridades nacionales, aunque relevantes, están sujetas al principio de la proporcionalidad, o sea, por la lógica del proceso de integración no se admiten trabas al comercio para la protección de bienes que podría ser obtenida por medios menos restrictivos*, como por ejemplo, informar al consumidor acerca del producto que está comprando, sus especificidades y cualidades.

Otro tema fundamental de la lógica integracionista es el que se refiere a la existencia de una reserva de soberanía que permite a los Estados Miembros del MERCOSUR la imposición de barreras por decisión unilateral. Sin embargo en el presente caso no está en juego la aplicación de una reserva de soberanía en razón de que el Tratado de Asunción limita las causales de reserva a las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo de 1980.¹⁵

Otro principio que debe tenerse en cuenta es el de la razonabilidad, vale decir que las acciones de las autoridades de los Estados Miembros no pueden exceder el margen de lo necesario para alcanzar los objetivos propuestos. En otras palabras, esas acciones no pueden ser arbitrarias y no pueden violentar los principios de la libre circulación. El principio de la razonabilidad debe orientar las acciones de los Estados pues en aquél están incorporados la seguridad jurídica del proceso de integración, la garantía de los valores protegidos por los Tratados fundacionales del MERCOSUR, así como la prudencia, la causalidad y la proporcionalidad ya referida.

El “principio de la previsibilidad comercial” también se impone en este caso. La certeza jurídica, claridad y objetividad son condiciones imprescindibles y reglas generales para las actividades comerciales de los Estados Miembros y son elementos esenciales para la confianza en el mercado común.

Para el Tribunal, los principios aquí referidos de la “proporcionalidad”, “limitación de la reserva de soberanía”, “razonabilidad” y de la “previsibilidad comercial” dan fundamento al Mercado Común del Sur. Son elementos esenciales de la cooperación entre los Estados Miembros, de la reciprocidad en condiciones de igualdad, del equilibrio entre las ventajas y obligaciones que derivan de la integración y de la formación gradual del mercado compartido...

c. Los principios Generales de Derecho: el estoppel.

La Portaria n° 8/00 contradice asimismo principios generales del derecho internacional, mentados en el Protocolo de Brasilia (artículo 19) como fuente de derecho aplicable por los Tribunales Arbitrales para la solución de controversias...

Para el Tribunal la definición generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia internacional expresa, de acuerdo al Segundo Informe sobre los Actos Unilaterales de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, que el estoppel y, por consiguiente, el carácter obligatorio de las declaraciones de un Estado que le obligan a respetar una conducta determinada, tiene como base actos secundarios de un tercer Estado y consecuencias

15 Artículo 50. Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: a) Protección de la moralidad pública; b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad; c) Regulación de las importaciones o exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares; d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales; e) Importación y exportación de oro y plata metálicos; f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

perjudiciales que resultarían de un cambio de actitud del Estado que creó la expectativa en el otro Estado. (Conf. “Deuxième rapport sur les actes unilatéraux des États” (www.un.org/law/ilc/sessions/51/french/500.pdf). Genève, 1999).

Aún en el marco de las opiniones doctrinarias citadas por la Reclamada, el Tribunal entiende que la señalada concurrencia de elementos contestes -tráfico comercial, declaraciones oficiales, a más de los concordantes actos concluyentes de órganos del Estado justifican la invocación del principio del estoppel que realiza la Parte Reclamada. Pero debe señalarse que, a su juicio, el hecho de que la cuestión en debate se plantee en el seno de un proceso de integración como el que el MERCOSUR se propone realizar, debe facilitar la aplicación de los principios jurídicos que protegen la confianza y por consiguiente vedan el *venire contra factum proprium*.

La aplicación de la teoría del acto propio a las relaciones entre Estados vinculados por tratados de integración económica como los que constituyen y desarrollan el MERCOSUR, no puede hacer abstracción de la especial relación que tales tratados crean entre sus signatarios. La existencia de esta relación básica, constituida por un tratado y desarrollada luego a través de los años por otros actos jurídicos así como por actividades comerciales y productivas, debe ser tenida en cuenta *al considerarse la posibilidad de aplicar a una situación particular, la teoría del acto propio o estoppel, a efectos de asegurar la subsistencia de un flujo comercial preexistente a normativas internas que pretenden restringir o frustrar ese flujo.*¹⁶

E. No aplicación de la excepción de incumplimiento

Resulta muy importante este Laudo con relación a la construcción del derecho comunitario, ya que establece la prohibición de la utilización de la excepción de incumplimiento, aún cuando no se haya alcanzado un derecho comunitario pleno. En palabras del propio Tribunal:

65. Así pues, el Protocolo de Brasilia se adoptó no sólo para dar, sin más, cumplimiento formal a lo dispuesto en el artículo 3 y en el Anexo III del Tratado de Asunción, sino en el convencimiento de que el mismo serviría para fortalecer las relaciones entre las Partes basadas en la justicia y la equidad, así como en la reciprocidad entendida desde la lealtad hacia el sistema de integración. No es preciso, en consecuencia, que estemos ante un “derecho comunitario pleno” para excluir el mecanismo de autotutela del ordenamiento jurídico del MERCOSUR (y no otra cosa es, en última instancia, la *exceptio non adimpleti contractus*). Antes al contrario, basta para su exclusión con que los Estados Partes hayan previsto, como es el caso del MERCOSUR, un marco específico para solucionar sus controversias, que supedita la adopción de medidas de represalia al incumplimiento del correspondiente laudo; marco específico que, junto con el sistema visto en su conjunto desde el mencionado prisma de la lealtad hacia la propia estructura regional y hacia todos los Estados Partes, se vería igualmente defraudado si se permitiera amparar incumplimientos propios en incumplimientos ajenos por la vía de la *exceptio non adimpleti contractus*.¹⁷

16 Laudo n° VI, relativo a la controversia entre la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamante) y la República Federativa de Brasil (Parte Reclamada) sobre “*Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay*”, de fecha 9 de enero de 2002.

17 Laudo n° IX relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República Oriental del Uruguay (Parte Reclamada), sobre “*Incompatibilidad del Régimen de Estímulo a la Industrialización de Lana otorgado por Uruguay establecido por la Ley 13.695/68 y Decretos complementarios con la Normativa MERCOSUR que regula la aplicación y utilización de incentivos en el comercio intrazona*”, de fecha 4 de marzo de 2003.

2. Impacto del sistema en el derecho administrativo nacional

A. La obligación de incorporación del derecho derivado. El concepto de obligatoriedad para los Estados. Responsabilidad Internacional

El primer caso de impacto pleno en el derecho administrativo de la normativa comunitaria y de las decisiones arbitrales lo constituye el establecimiento del principio de la obligatoriedad, por parte de los Estados miembros, de la incorporación del derecho derivado, esto es, el producido por los órganos comunitarios, y la consecuencia de tal incumplimiento. Surge evidente una limitación, en lo que aquí interesa, de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y su entramado orgánico. No obstante ello, este Laudo puede también formar parte del bloque anterior, ya que el mismo integra o constituye un eslabón más del proceso constructor del sistema comunitario. El Tribunal ha sostenido que:

7.1. El art. 40 del Protocolo de Ouro Preto (en adelante el POP), complementado por el art. 38 del mismo cuerpo normativo, establece claramente la obligación de los Estados Partes de incorporar la normativa MERCOSUR a sus respectivos derechos internos.

7.2. El art. 40 del POP dispone en su literal i) que “Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur”.

Por su parte, el art. 38 del POP dispone que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo”.

7.3. La obligación de incorporación establecida en los artículos 38 y 40 del POP surge como consecuencia de la no aplicación directa en los Estados Partes de la normativa MERCOSUR, distinguiendo el Protocolo de Ouro Preto entre las nociones de obligatoriedad y vigencia de las normas que componen el derecho derivado en el MERCOSUR.

7.4. En efecto, el art. 42 del POP establece que “Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos en la legislación de cada país”.

7.5. No obstante la obligatoriedad de la normativa Mercosur desde su perfeccionamiento por el consenso de los Estados Partes, la vigencia de las mismas es postergada hasta la efectiva incorporación de dicha normativa al derecho interno de cada uno de los Estados Partes, en los casos que esto es necesario.

7.6. Así lo ha entendido la Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* en el MERCOSUR expresando que “el régimen resultante, sin embargo no es incoherente ni contradictorio sino que responde al concepto llamado en doctrina “de vigencia simultánea” -por oposición a la aplicación inmediata- en el cual se conjugan y armonizan las diversas disposiciones del POP al respecto en un sistema en el cual las normas son obligatorias para los EPM desde su aprobación pero la vigencia sólo se produce simultáneamente para todos los EPM cuando todos ellos han dado cumplimiento al procedimiento del art. 40” (Laudo Arbitral en la controversia sobre “Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución N° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina”, Considerando 116).

7.7. En este sentido, mientras las normas son obligatorias para los Estados Partes, no obstante no haber entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, la de incorporar al derecho interno dicha normativa, y una obligación de no hacer, la de no adoptar medidas que por “su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada” (Laudo Arbitral *cit.*, Considerando 117).

7.8. *La obligación de incorporar la normativa MERCOSUR a los derechos internos de los Estados Partes constituye una obligación de hacer que compromete la responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento.* En este sentido la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales *ad hoc* del MERCOSUR ha establecido que “dada la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumpliendo aparece responsabilidad internacional del Estado que incumple hacia los Estados que sí han cumplido” (Laudo Arbitral *cit.*, Considerando 117).¹⁸

B. Naturaleza del Laudo Arbitral: Facultad revocatoria del Tribunal de actos administrativos nacionales ante determinados supuestos

Resulta indudable que el caso que analizaré seguidamente constituye una innovación tanto en el sistema jurisdiccional como administrativo, sobre la cual no puedo aventurar si se consolidará en el tiempo o será revisada por el nuevo sistema del Protocolo de Olivos, a través del Tribunal Permanente de Revisión.

En efecto, por el Laudo Arbitral N° V el Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* revocó la Resolución de la República Argentina comunicada con fecha 23 de enero de 2001, por la cual se aplicó el tratamiento extrazona a las mercaderías exportadas por la empresa MOTOCICLO S. A. por ser violatoria de la normativa del MERCOSUR. Ante el pedido de aclaratoria solicitado por la República Argentina que sostuvo que el declarar la revocatoria de una resolución argentina se ha arrogado el Tribunal una facultad que no le corresponde, éste dijo:

Ese insoslayable respeto a la capacidad soberana de los Estados para dictar sus propias normas en los términos delimitados por el Tratado de Asunción, *no obsta para que el Tribunal Arbitral haya considerado que el acto específico de la Administración Aduanera Argentina de 23 de enero de 2001 debía y debe ser revocado dejándolo sin valor ni efecto. En primer lugar porque no se trata de un acto normativo, como parece apuntar el escrito de aclaración de la REPÚBLICA ARGENTINA, sino de un mero acto aplicativo de unas normas concretas y específicas cuya validez queda respetada.*

El Tribunal Arbitral ha entendido y entiende que en la Resolución que se revoca se dan ingredientes de ilicitud que sólo pueden conducir a su referida revocación. *En primer lugar se trata de un acto administrativo sin valor generalizador ni rango normativo. En segundo lugar, es un acto individualizado que a juicio del Tribunal Arbitral ni pudo ni debió nacer a la vida jurídica.*¹⁹

18 Laudo n° VII, relativo a la controversia entre la República Argentina (Parte Reclamante) y la República federativa de Brasil (Parte Reclamada) sobre “*Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC n° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR*”, de fecha 19 de abril de 2002.

19 Laudo Arbitral n° V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “*Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo*”, de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

En la interpretación del Tribunal, entonces, si tratara de un acto normativo en la denominación empleada, esto es, un reglamento o una ley, habría una limitación jurisdiccional que impediría la revocación *per se* del acto. En ese caso obligaría, a la Administración Pública de que se trate, a la revocación en su sede del acto declarado contrario al ordenamiento comunitario. Ahora bien, si se tratara de un acto de aplicación para un caso concreto, es decir, un acto administrativo en sentido estricto, en nuestra terminología, el Tribunal tiene facultades derogatorias del mismo. Pero continua:

El órgano que lo adoptó lo hizo prescindiendo de cauces procesales específicamente aplicables; con extensión indebida de su materia respecto de aquella que permitió la iniciación del proceso revisorio del Certificado de origen; y con un resultado ciertamente contrario a lo establecido en el art. 1 del Tratado de Asunción cuando en él se establece que el MERCADO COMÚN DEL SUR implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente”. Esa contravención de tal principio se produce directamente en el acto que el Tribunal Arbitral revoca en una doble dirección, puesto que a la vez se declara que a la totalidad de “las mercaderías exportadas por Motociclo S.A. les corresponde el tratamiento arancelario de extrazona”; y al propio tiempo se desencadenan efectos punitivos para la firma exportadora y se propone su extensión para la entidad certificante.²⁰

Resulta claro también que el Tribunal detecta tres vicios en la resolución revocada: en el procedimiento, en el objeto y materia y en la legalidad. Por lo tanto realiza un juicio de legalidad del acto sin norma procedimental administrativa alguna que sustente ese juicio. Al igual que en los albores de nuestro derecho administrativo, la creación jurisprudencial determina el procedimiento y configura el acto y sus vicios. Ahora bien, estos vicios traen aparejada, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo y en la concepción del Tribunal, la nulidad del mismo. La revocación es la extinción del acto por la propia Administración Pública, a través del propio órgano emisor o del superior jerárquico. Pero el órgano jurisdiccional ¿puede revocar el acto o debe declarar la nulidad? En mi opinión debió haber declarado la nulidad del acto. Posteriormente fundamenta su posición en los siguientes términos:

Estos datos de antijuricidad conducen necesariamente a la revocación de un acto de tales características. Ha de atenderse a los parámetros básicos de cualquier sistema punitivo, y a la necesidad de preservar el ordenamiento jurídico MERCOSUR ante una decisión individualizada, un acto administrativo específico, que contraviene directa y palmariamente un principio básico del Tratado de Asunción como es la libre circulación de mercancías.

La creación del orden jurídico MERCOSUR, en los términos y con el alcance que se reflejan en el Fundamento 3.1 del Laudo requiere de un instrumento de protección que queda deferido a los Tribunales Arbitrales “ad hoc” cuando los conflictos toman estado litigioso. Ello requiere de la eficacia directa de las resoluciones como la adoptada en el párrafo 1º de la parte dispositiva del Laudo, única forma de hacer efectivo el pronunciamiento jurídico en el caso concreto preservando el valor de la seguridad jurídica ante una perturbación directa del ordenamiento derivada de una decisión individualizada.

²⁰ Laudo Arbitral n° V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”, de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

El Tribunal Arbitral ha dejado a salvo, y así se ha especificado en el Laudo, no sólo la capacidad normativa de los Estados, sino también la específica posibilidad de que la REPÚBLICA ARGENTINA pueda cuestionar futuros Certificados de origen por medio de los procedimientos de verificación establecidos en el Reglamento de origen MERCOSUR.²¹

Como dato importante cabe resaltar que el Tribunal se constituyó en creador del ordenamiento jurídico del MERCOSUR, a través de la utilización de diversas técnicas que puede elegir, no excluyendo, en principio ninguna. Caso palpable es la revocación de un acto administrativo emitido por una autoridad pública nacional:

En supuestos como el presente no resulta fácilmente extrapolable la sistemática de revisión jurisdiccional generada en el ámbito de la Unión Europea.

En primer lugar, en la Unión Europea se desarrolló desde su inicio un sistema jurisdiccional articulado sobre distintas estirpes de recursos, en un extenso abanico de mecanismos contenciosos que va desde los recursos por incumplimiento, a los de reenvío prejudicial, los de anulación, los de responsabilidad y los de consulta. *En el ámbito Mercosur la función jurisdiccional para los conflictos se atribuye a Tribunal Arbitrales "ad hoc" de manera muy genérica y sin especificar la naturaleza de los conflictos entre Estados, separando sólo en capítulo aparte los reclamos de particulares; y, desde luego, sin delimitar si los Laudos han de tener valor meramente declarativo o de plena jurisdicción.*

El Protocolo de Brasilia, que en virtud de su art. 33 forma parte integrante del Tratado de Asunción, establece como contenido de "los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo"...."la interpretación, aplicación o incumplimiento..." (art. 1 del Protocolo de Brasilia). El art. 8 consagra la obligatoriedad, "*ipso facto*" y sin necesidad de acuerdo especial de la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las Controversias. El art. 19.1 faculta al Tribunal para decidir la Controversia en base a los elementos normativos que allí se citan, pero, como se ha dicho, sin determinar el carácter declarativo o de plena jurisdicción que hayan de tener los laudos. Y es lógico que así sea dada la muy diversa naturaleza de los conflictos posibles. *Esa diferente configuración permite concebir la existencia de laudos declarativos para los supuestos en que las características de la infracción (por ejemplo, si se deriva de una norma o reglamento nacional) requiera de un nuevo acto normativo del Estado infractor para su corrección; lo que no obsta a que cuando se trate de un acto aplicativo individualizado pueda resolverse en plenitud de jurisdicción como en este caso ha hecho el Tribunal Arbitral dando así relevancia al efecto directo del derecho Mercosur pronunciado individualizadamente a través del Laudo.*

El precedente del caso Humblet que cita la representación Argentina tiene un valor histórico no trasladable al caso aquí contemplado. De un lado, porque su propia antigüedad (1960) y la materia de referencia (Tratado CECA) difícilmente le darían virtualidad al supuesto estudiado. Y sobre todo porque como señaló Pescatore ya en 1981, la doctrina del efecto directo de las Normas Comunitarias es posterior al año 1960 y el Tribunal de Justicia ha ido progresivamente confiando un alcance cada vez más amplio a ese principio, transformando, como escribió Plouvier en 1975, "vías inicialmente platónicas" en un medio cada vez más eficaz que permite obtener una aplicación máxima del derecho comunitario.

Esa trayectoria concerniente al ámbito europeo ha de recorrerse en Mercosur de la manera peculiar que sus características exigen; pues no existiendo sino una sola clase de litigios entre Estados, los laudos deben adoptar la forma, bien declarativa, bien de plena jurisdicción, según requiera cada supuesto controvertido. En el caso presente, el Tribunal Arbitral entendió y entiende que lo más coherente con el ordenamiento jurídico Mercosur es la revocación del acto concreto y

21 Laudo Arbitral nº V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo", de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

el mantenimiento de los bloques normativos concernidos. *Esa doble decisión mantiene a la vez la primacía y el efecto directo del ordenamiento Mercosur, y la soberanía -a efectos normativos- de los Estados parte.*²²

Según el Tribunal Arbitral entonces, la función jurisdiccional a él atribuida en forma muy genérica puede manifestarse en Laudos declarativos, o como los denomina, de plena jurisdicción. Y ello porque no se especifica, en las normas aplicables, la diferente naturaleza de los conflictos entre los Estados Partes. Es decir, al existir más de una clase de litigios, los Laudos pueden tener diversa naturaleza, según el caso.

C. Nuevos supuestos de la desviación de poder como vicio en la actuación administrativa. La incorporación del principio de moralidad en el procedimiento administrativo

El Laudo Arbitral en análisis, resulta muy importante para el derecho administrativo argentino, y por supuesto para todos los ordenamientos administrativos de los otros países integrantes del MERCOSUR.

En primer lugar, eleva a principio comunitario el vicio de desviación como causal de nulidad de los actos administrativos. En segundo lugar, establece como se verá, un nuevo supuesto de desviación de poder que no fue receptada jurisprudencialmente hasta estos días en nuestro país. Y finalmente, incorpora típicamente un nuevo principio en el procedimiento administrativo, denominado 'de Moralidad'. Obsérvese, pues, la novedad:

161). Consecuentemente, la utilización del régimen antidumping debe buscar la finalidad prevista por la norma, lo que descarta su utilización para disimular o encubrir la obtención de otros fines que atentan contra la facilitación del comercio. Lo contrario constituiría una "desviación de poder" que viciaría el acto (Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, parágrafo 280, Montevideo, 1963, pp. 449, 450; Junior, Cretella, *Direito Administrativo do Brasil*, Tomo 3, pp. 175/176; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abelardo Perrot. Buenos Aires, 1966, parágrafo 414, p 344).

162) La desviación de poder, es decir, la violación de la finalidad legal, trasunta un contenido subjetivo o psicológico, caracterizado por la voluntad generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin (Marienhof, Miguel S., en su *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II p. 537, con citas de: Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 217; Sarría, *Teoría del recurso contencioso administrativo*, p. 188; Waline, *Droit Administratif*, p. 480, París 1963; y Prat, *De la desviación de poder*, p. 371).

163) Ocurre desviación de poder cuando el agente estatal se vale de una competencia para alcanzar una finalidad no contemplada por la norma que la instituye. De esto resulta una incongruencia entre la norma y el acto, o sea, el agente se sirve de un acto para satisfacer una finalidad ajena a la naturaleza del acto utilizado (Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, Sao Paulo 1993, p. 186). En la desviación de poder, el comportamiento del agente, orientado por un móvil viciado, esta en desacuerdo con la finalidad normativa. Son modalidades de la desviación de poder:

a) no perseguir el interés público por la violación del principio de impersonalidad: el acto tiene en mira intereses personales, del agente o de terceros;

²² Laudo Arbitral n° V: controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo", de fecha 29-09-2001 y su Aclaratoria.

b) perseguir un fin de interés público, pero extraño a la categoría de intereses pertinentes a la competencia; pues el acto se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que deberían ser implementados por otra vía jurídica (Vedel, Georges, *Droit Administratif*, Tercera Edición, PUF, París, 1964, pp. 458 y 462).

c) violar un principio de razonabilidad:

- o porque la medida establecida era prevista, pero el motivo falso o inidóneo;

- o porque la medida establecida era prevista y necesaria, pero inadecuada a los objetivos jurídicos (vía impropia);

- o porque la medida establecida, aunque prevista, necesaria y adecuada, es desproporcionada de acuerdo al fin que se desea alcanzar (exceso).

164) En cuanto al motivo indicado precedentemente se señala que el mismo constituye el presupuesto material que autoriza y exige la práctica del acto administrativo; es pues, una situación empírica, externa y previa, pudiendo estar prevista en la norma o no. Si está prevista, se habla de previsión abstracta de una situación de hecho, la cual debería ser tomada en cuenta por el acto ante una situación material concreta. Esencial para la desviación de poder en todas sus modalidades es el móvil. Del motivo (situación objetiva y externa al agente) se distingue el móvil, esto es, la representación subjetiva e interna del agente, básica para el examen de la intención. El móvil es relevante para la apreciación de la desviación de la finalidad, sobre todo en los aspectos referidos al ámbito de discrecionalidad del acto, aspectos que, en virtud del modo en que la norma regula la materia, exigen que el agente pondere las circunstancias del caso en cuanto a la mejor manera de atender a la finalidad normativa.

165) En cuanto a la finalidad, se entiende por tal el tratamiento del bien jurídico objetivado por el acto. Si hay conformidad con la finalidad normativa, el acto es correcto; si estuviera en disconformidad ocurre la desviación. Así, no se puede buscar a través de un acto la protección del bien jurídico cuya satisfacción debería ser obtenida por otro acto o categoría de acto: cada acto tiene la finalidad señalada por la norma que la concibe. Como dice García de Enterría, Eduardo y Fernández, Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Octava Edición, tomo I, Civitas, Madrid, 1998, p. 458): “los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo, ciega la fuente de su legitimidad”.

166) Cuando se dice que la administración se obliga a la finalidad se está significando que ella se subordina al principio de la finalidad. No se trata de una consecuencia de la legalidad, pues es más, se trata de algo que es inherente a la legalidad: es la exigencia de cumplir la ley tal cual ella es. Por eso la desviación de la finalidad viola la ley de modo peculiar: aunque obedezca a su forma, la desviación de poder burla la ley so pretexto de cumplirla.

En este sentido, la actividad administrativa esta vinculada a un fin ajeno a la persona y a los intereses particulares del agente o del órgano que la ejerce. *Y la desviación de poder ocurre no solamente cuando la actuación administrativa es extraña a cualquier finalidad publica, sino también cuando “el fin perseguido, si bien es de interés público no es el fin que la ley señala para aquel acto”* (Rivero, Jean, *Droit Administratif*, Segunda Edición, Dalloz, Paris, 1962, pp. 225 a 260).

Resulta claro que agrega o positiviza un nuevo supuesto de desviación de poder, no utilizado, como se dijo, por la jurisprudencia nacional. Este supuesto transformado en principio comunitario podría ser invocado por cualquier particular argentino ante nuestros tribunales:

*Respecto de la desviación de poder debe tenerse en cuenta el principio de moralidad. Según los cánones de la lealtad y de la buena fe, la administración debe proceder en relación con los administrados con sinceridad y llaneza, siéndole prohibida cualquier conducta maliciosa tendiente a confundir o minimizar sus derechos.*²³

Esto es, se positiviza el principio de Moralidad en el procedimiento administrativo argentino.

Y continúa en la aclaratoria al Laudo:

III. La desviación de poder se refiere precisamente a ese criterio rector y lleva a cotejar el acto concreto cuestionado con la normativa originaria y derivada del Mercosur a fin de apreciar si un determinado instrumento, las medidas antidumping en el caso, ha sido utilizado para violar en forma indirecta o disimulada el principio de libre circulación contenido en la normativa del Mercosur. La desviación de poder no sustituye o reemplaza las fuentes jurídicas del Mercosur sino que procura asegurar el respeto de esa normativa.

Por lo demás, la desviación de poder es reconocida ampliamente incluso en la doctrina y jurisprudencia anglosajona (Griffith, J.A.G. and Street, H. *Principles of Law*, Pithman & Sons, London, 1952, pp. 214 ss.) y no se circunscribe al Derecho Administrativo local, aunque haya tenido particular desarrollo en ese ámbito, sino que el fundamento del mismo se encuentra en la Teoría General del Derecho que reclama la adecuación de los procedimientos y el ejercicio de los poderes jurídicos otorgados a las finalidades de las normas respectivas y en el orden internacional se relaciona con el principio de buena fe, universalmente aplicable, y que reconocido por la costumbre internacional ha sido recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Guardia, Ernesto de la y Delpech, Marcelo, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Editorial Fedye, Buenos Aires, 1970, p. 276 y notas 680 y 682). A su vez, el artículo 31.1 de la misma Convención, al reiterar la exigencia de la buena fe, la asocia con el objeto y la finalidad. En todo caso, la buena fe y el uso de los poderes jurídicos sin desvío y conforme a su finalidad son principios generales de derecho que como tales constituyen una fuente autónoma según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Correlativamente, esa apreciación no debe ser caprichosa sino que requiere una base en factores o indicadores objetivos que demuestren el desvío en la intención de quien cumple la actividad bajo examen. En el caso el Tribunal consideró elementos como los indicados en los párrafos 183 a 200 que, ponderados de acuerdo con las reglas de la sana crítica (párrafos 201 a 210), permiten llegar a la conclusión de que no hay elementos que mostraran objetivamente el uso distorsionado de las medidas antidumping con la finalidad de restringir el comercio intrazona (párrafos 212 a 215 y Conclusión 5).

IV. El examen del caso, o sea del procedimiento antidumping y las medidas antidumping, debe realizarse a la luz de las normas que establecen la libre circulación de bienes a fin de verificar si el procedimiento y las medidas constituyen una restricción prohibida a dicha libre circulación (párrafo 132 y Conclusiones 2 y 3).

Los procedimientos antidumping no son absolutamente reglados y contienen ámbitos importantes de discrecionalidad como se ve, por ejemplo, en el AD OMC (2.2.1.1; 2.3; 2.4; 3.2; 3.4; 3.5; 3.6; y 3.7). Por otro lado, ningún acto administrativo es totalmente reglado, siempre hay un espacio para la discrecionalidad. Pero aún en una actividad altamente reglada puede darse la desviación de poder: "la finalidad, elemento esencial del acto administrativo, no sólo debe concurrir respecto a los actos discrecionales, sino también a los reglados..." (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 541 y 542)

²³ Laudo n° IV, sobre la controversia entre la República Federativa de Brasil (Parte Reclamante) y la República Argentina (Parte Reclamada) identificada como controversia sobre "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución n° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina", de fecha 21 de mayo de 2001.

La apreciación de si ha ocurrido o no esa desviación de poder no está impedida, pues, por la condición de acto reglado o discrecional del procedimiento en examen. Aparte del carácter relativo de esos términos -en todos los actos jurídicos siempre habrá algo de reglamentación y algo de discrecionalidad aunque el quantum sea variable- de lo que se trata es de establecer si el procedimiento como tal, cualquiera que fuere su grado de discrecionalidad y dondequiera que estuviere establecido, ha sido usado con una finalidad desviada para restringir el comercio regional.

De ahí que el Tribunal no tiene la misión de verificar la exacta concordancia del procedimiento con la legislación nacional argentina sino de examinar si el procedimiento ha sido usado con una finalidad diferente a la propia. Es en este sentido que la referencia doctrinaria del párrafo 166 del laudo sobre el cumplimiento de la ley tal cual ella es, enfatiza y está ligada al concepto de subordinación de la administración al principio de finalidad de la norma que aplica y no sólo a su exterioridad. El escrupuloso cumplimiento de aspectos formales y aun sustanciales no asegura de por sí el ajuste del acto a la finalidad de la ley ni que ésta se cumpla tal cual ella es. En el caso de autos, el fin de la norma aplicada es contrarrestar prácticas desleales de comercio y su desvío sería la utilización del procedimiento establecido por esa norma como una forma de restringir de manera indebida el comercio regional regido por el principio de la libre circulación de bienes.

V. Es bajo ese misma perspectiva que han de considerarse los párrafos 203 y 214 del laudo. Las irregularidades graves en el procedimiento que priven a una parte de su derecho al debido proceso o la aplicación en lo sustancial de criterios manifiestamente irracionales pueden permitir inferir, a partir de elementos objetivos, la utilización del procedimiento con una finalidad desviada para limitar el comercio. En el caso de autos el Tribunal no ha comprobado la existencia de esos elementos, como lo consigna en los párrafos referidos.

VI. El criterio para la desviación de poder, en el caso, es apreciar si el procedimiento cuestionado ha sido utilizado para violar el principio de libre circulación de bienes establecido en la normativa del Mercosur. Ese es, pues, el interés a preservar, tanto en el caso de autos como en todos los demás en que los EPM continúan aplicando procedimientos antidumping por las razones expuestas en los párrafos 151 a 154.²⁴

III. LOS TRATADOS BILATERALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como dije en otro oportunidad²⁵, en nuestro país, desde 1990 hasta el presente, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico diversos Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones extranjeras -más de 50-, que ha significado una modificación extraordinaria en nuestro sistema de derecho, fundamentalmente el administrativo.

24 Aclaración del Laudo n° IV que decidió la controversia entre la República Federativa de Brasil y la República Argentina identificada como *Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil, Resolución n° 574/2000 del Ministerio de Economía de la República Argentina*, de fecha 18 de junio de 2001.

25 SALOMONI, Jorge Luis, "El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores", *Revista de Actualidad en el Derecho Público* n° 10, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, mayo-agosto de 1999, pp. 120/1.

Ello así porque:

1. La protección no solo abarca el ámbito de los contratos administrativos, sino de cualquier actuación administrativa extracontractual que implique autorizar una actividad que necesite o acredite una inversión o un inversor extranjero. Y esto así porque la Argentina no ha formulado reserva alguna sobre actos *iure imperii* para la proroga de jurisdicción.

2. Se asegura un tratamiento de la inversión foránea no menos favorable que el de los nacionales o el de otros inversores extranjeros, lo que torna a estos tratados bilaterales en su formación pero multilaterales en sus efectos.

3. Se establece un particular sistema de solución de conflictos: a) En primer lugar deben resolverse por negociaciones amistosas. En este caso expreso se puede modificar el procedimiento administrativo nacional o local, puesto que el cauce elegido por el inversor puede ser esa negociación amistosa y no el previsto en la ley administrativa. b) En segundo lugar, a opción del inversor, puede recurrir a la vía judicial o directamente arbitral, aunque existiera renuncia expresa del inversor a todo otro fuero o jurisdicción que no sea el del Tribunal argentino. Los tribunales arbitrales establecidos en los tratados son: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio entre Estados y Nacionales de Otros Estados; y un Tribunal *Ad-Hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El derecho aplicable por estos tribunales consiste en el acordado por las partes, y a falta de acuerdo la legislación del Estado que sea parte con las normas de derecho internacional privado y las de derecho internacional que le sean aplicables. El Laudo es obligatorio y definitivo. Si no se cumple se puede recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

Con la claridad y certeza que lo caracterizaba a Muñoz, describe esa novedad específica del sistema que, en los conflictos entre un Estado parte y los inversores extranjeros, constituye el mecanismo para la resolución de los mismos: “Se otorgan seis meses para las negociaciones amistosas. A partir de ese momento las partes pueden elegir entre presentarse a los jueces argentinos o a un tribunal arbitral extranjero. En realidad, esta alternativa, solo esta prevista en los tratados firmados en un primer período. Lo que se creó con esta posibilidad fue un espejismo, una caricatura de la doctrina Calvo. Les explico por que. En esos tratados se exigió al inversor someter su controversia a la decisión de los tribunales argentinos, pero ese sometimiento vino envuelto por dos condiciones que, en realidad le quitaban ese carácter: a) El sometimiento se efectúa por un período de 18 meses. Si a su vencimiento no se dictó sentencia, lo cual es bastante previsible, se puede recurrir al arbitraje internacional. b) Si en ese plazo se dicta sentencia pero las partes continúan en disputa, es decir si el fallo no los conforma se puede recurrir al arbitraje. ¿Qué tipo de sentencia será esa? ¿Qué habrá sido de la cosa juzgada? La verdad es que no lo sé. En realidad, la obligación a ese sometimiento previo, no deja de ser pasatiempo, una hipócrita mueca institucional que aniquila el valor de las sentencias judiciales. En los tratados posteriores la cuestión se sinceró, y se admite recurrir directamente al arbitraje”.²⁶

26 MUÑOZ, Guillermo Andrés, “El arbitraje en los contratos internacionales celebrados por el Estado”, *Revista de Actualidad en el Derecho Público* n° 10, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, mayo-agosto de 1999, p. 90.

Con anterioridad a estas afirmaciones, y con relación a las potestades de los denominados Entes Reguladores de los Servicios Públicos creados en la República Argentina, sostuve que quedaba por despejar una incógnita que se resolverá con el transcurso del tiempo. Y esta era el impacto que pueden sufrir las potestades de estos entes reguladores por la invocación, por parte de los concesionarios o licenciatarios de obras y servicios públicos, de los Tratados en cuestión. Y concluía con una advertencia que resultó premonitoria: “Resulta indudable que deberán establecerse restricciones a la posibilidad de esa invocación, porque de lo contrario, el sistema regulatorio y de control pasará a manos arbitrales, “independizados” de nuestro ordenamiento jurídico”.²⁷

Cabe agregar que todo el sistema normativo de las concesiones y licencias de servicios públicos en la Argentina -Marcos Regulatorios, Pliegos de Bases y Condiciones, Contratos, etc.- se dictaron sin tener en cuenta el impacto de esos tratados²⁸, que iban siendo sancionados por el Congreso de la Nación y que modificaban, como regla y en los aspectos normados por los tratados, los distintos sistemas normativos que se establecían en la República Argentina para realizar un aspecto de la denominada en aquel momento y sin mucho rigor técnico “Reforma del Estado de la ley N° 23.696”²⁹, como era la delegación de la prestación de servicios públicos en sujetos privados.

La muestra más acabada de lo afirmado más arriba la dio el propio legislador nacional, al sancionar las leyes aprobatorias de estos tratados sin debate parlamentario alguno y con la aceptación acrítica de todos los partidos políticos con representación parlamentaria. Es decir, que la incorporación de tal normativa a nuestro ordenamiento careció de una evaluación primaria de impacto sobre el sistema jurídico sobre el cual iba a surtir efectos.³⁰

27 SALOMONI, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos, Ah-Hoc*, Buenos Aires, 1999, p. 412. Debo aclarar, con cierto orgullo, que tanto mi querido y entrañable amigo Guillermo Muñoz, cuya presencia moral entre nosotros es el consuelo a su lamentable desaparición física, como el autor de estas líneas, fuimos los que primero alertamos críticamente sobre las consecuencias directas de estos Tratados sobre nuestro ordenamiento jurídico, y la falta de debate consecuente por parte de la doctrina jurídica argentina.

28 Prueba de ello lo constituye el caso “MAFFEZINI” por el cual se excepciona la vía judicial ordinaria del país donde se produce la inversión, pudiendo ocurrirse directamente ante el Tribunal Arbitral, cuando los pliegos de bases y condiciones y los contratos establecían expresamente el sometimiento de las partes a la jurisdicción de los tribunales judiciales argentinos.

29 Para una conceptualización de los términos reforma del Estado, reforma administrativa y reforma de la administración, v., SALOMONI, Jorge Luis, “Reforma del Estado: su configuración constitucional a través de la Reforma de 1994”, en *Revista Actualidad en el Derecho Público* n° 7, *Ad-Hoc*, mayo-agosto de 1998, Buenos Aires, pp. 98/9.

30 Para un análisis crítico-descriptivo del impacto de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en los ordenamientos nacionales, como el solapamiento y en algunos casos contradicción de aquellos con otros tratados internacionales protectivos de inversiones, v., TORRENT, Ramón, “Acordos Internacionais. O Capítulo XI do Nafta e as negociações do ALCA: a bone to be thrown to the dogs?”, *Revista Brasileira de Comércio Exterior RBCE*, n° 74, FUNCEX, Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, Rio de Janeiro, Para quien: “Durante los años 80 y en los inicios del año 90, hubo una proliferación de acuerdos bilaterales de inversiones. No obstante la denominación de esos acuerdo hacían referencia apenas a la ‘protección y promoción de inversiones’, ellos iban mucho más allá de esos temas, incluyendo, en particular, disposiciones horizontales sobre el régimen jurídico de las inversiones, como también un mecanismo internacional de solución de controversias entre empresas y Estado. Esos acuerdos eran firmados entre países desarrollados y países en desarrollo. El Brasil no ratificó ninguno de los acuerdos firmados por su gobierno. Había una diferencia esencial entre los acuerdos firmados por los países europeos y los firmados por los Estados Unidos. En estos había una lista de sectores excluidos, a diferencia de lo que ocurría en aquellos. El Nafta contiene un capítulo (el capítulo XI) que reproducía las disposiciones de los acuerdos bilaterales, pero con un anexo de excepciones. Conviene recordar, por último, que el derecho de la Comunidad Europea no creo un régimen común de protección de inversiones. Esa cuestión continúa a cargo de las legislaciones nacionales (no armonizadas). Después de la entrada en vigor de los acuerdos de la OMC, el 1° de enero de 1995, la OCDE dio inicio, en la primavera de ese mismo año, a las negociaciones de un acuerdo multilateral de

Esa omisión incluyó, creo que deliberadamente, el análisis de dicho impacto sobre los marcos regulatorios, pliegos de bases y condiciones y contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos.

Ante esas omisiones han surgido diversas cuestiones que se han transformado en cruciales problemas para la Argentina. Trataré solamente uno de ellos, como es el que actualmente se afronta en el sistema arbitral del CIADI consistente en la discusión de la legislación aplicable para la resolución del conflicto.³¹

Ello así, porque esta diferenciación de problemas entre las cuestiones atinentes al contrato de concesión y/o licencia de servicios públicos que se resuelven por la ley local y las cuestiones atinentes a la inversión que se resuelven por la ley pactada expresamente por las partes o, ante la falta de tal acuerdo, por la ley internacional, generan el desplazamiento último del sistema jurídico argentino.³² Y ello sin que el Estado haya podido prever que la sujeción de la empresa concesionaria o licenciataria de servicios públicos al ordenamiento argentino, no implicaba la sujeción del inversor, dueño del paquete accionario de la empresa constituida en nuestro país, al ordenamiento jurídico argentino en las cuestiones atinentes, precisamente, a esa inversión.

inversiones (AMI/OCDE) que debía ‘plurilateralizar’ las disposiciones de los acuerdos bilaterales de inversiones. Las negociaciones del AMI/OCDE estaban previstas durar dos años. En 1997 se prorrogaron por un año más. “en 1998 se admitió que las negociaciones habían fracasado definitivamente. La verdadera historia de las negociaciones del AMI todavía no fue escrita. Tal vez, apenas nosotros, que las acompañamos desde el primero al último día, seamos capaces de escribirla. Diversos factores contribuyeron para el fracaso del AMI, más eso no debe servir para que se oculte la cuestión principal: los países de la OCDE fueron incapaces de aceptar, entre sí, las mismas disposiciones que habían incluido en sus acuerdos con los países en desarrollo”. (La traducción me pertenece). Y el artículo de SOLÉ, Marina, “Regulação no investimento no âmbito nacional, bilateral, regional e multilateral”, también en *Revista Brasileira de Comércio Exterior RBCE*, n° 74, FUNCEX, Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, Rio de Janeiro. En este artículo, la autora luego de demostrar las contradicciones que encierra la regulación vigente en materia de inversiones internacionales y específicamente, de las inversiones extranjeras directas (IED), sostiene que: “El análisis desarrollado permite concluir que existen, en términos generales, profundas diferencias entre las obligaciones relativas al tratamiento de las inversiones creadas por los acuerdos multilaterales (básicamente el GATS –Acuerdo General de Comercio de Servicios-) y las definidas en los acuerdos bilaterales de inversión españoles/europeos. Las segundas son mucho más amplias y profundas que las primeras. También hay profundas diferencias entre el ‘modelo español/europeo’ de acuerdos bilaterales y el ‘modelo EE.UU’. Así, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscritos por España y por otros países europeos se apartan del modelo de acuerdo bilateral que siguen los EE.UU. o Canadá y del NAFTA. Los primeros reconocen a las Partes los principios de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida sin más salvedad que las excepciones regional y fiscal. Estados Unidos y Canadá, en cambio, cuando han firmado acuerdos bilaterales de inversión, sí han introducido en anexo unas listas de excepciones referidas a determinados sectores y actividades; parecidas excepciones figuran también en el NAFTA y en el GATS. Se da la circunstancia que países como Argentina y Chile, en sus respectivos acuerdos de inversión con Estados Unidos y Canadá, también han optado por incluir determinadas excepciones cuando habían firmado sin problemas obligaciones de TN y de NMF prácticamente ilimitadas con Europa”.

31 Hasta el presente se ha fallado solamente contra la Argentina el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y otra c. República Argentina* (caso n° ARB/97/3), denominado Caso *VIVENDI*, del 21 de noviembre de 2000. (*Revista La Ley* 2001-A-230). No obstante ser favorable a nuestro país, fue posteriormente anulado parcialmente por un Comité *Ad-Hoc*, con relación a la decisión de no examinar en cuanto al fondo los reclamos por actos de la Provincia de Tucumán fundados en el Tratado.

32 En el caso “WENA” y con relación a la legislación aplicable, el Tribunal Arbitral del CIADI diferenció las cuestiones objeto del contrato de locación, que era motivo de la controversia, como sujetas a la legislación local de aquellas traídas a arbitraje bajo los Tratados de Inversiones, que en su opinión diferían. Sostuvo, entonces, que las leyes locales solo se aplicaban a las diferencias contractuales que vinculan a las partes y no a las controversias en materias de inversión regidas por los mencionados Tratados. (Conf., TAWIL, Guido Santiago, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable. A propósito de las recientes decisiones en los casos ‘VIVENDI’, ‘WENA’ y ‘MAFFEZINI’”, *Diarios La Ley* del 20 y 21 de noviembre de 2002).

Resulta claro que el tribunal arbitral, en mi opinión, está aplicando de mala manera el Tratado. Se está excediendo en su jurisdicción. Esto es así porque realiza una distinción, que no surge del Tratado, con relación al contrato que se firma en la República Argentina, respecto a la ley aplicable al inversor. Esta distinción que, reitero, no surge del Tratado genera a su vez la aplicación de normas diferentes a las pactadas, y a las que las partes -fundamentalmente el Estado Nacional-, de buena fe, manifestaron su voluntad de sujetarse. Esto constituye un primer punto de discusión profunda que debería plantear la República Argentina, en la instancia actual si fuera procesalmente admisible, o en los juicios de revisión posteriores a los eventuales laudos arbitrales condenatorios.

Además, debo decir que los inversores extranjeros titulares de las acciones de estas empresas, autorizaron la presentación de las mismas a los procesos licitatorios abiertos en nuestro país, y con ellos, autorizaron la sujeción de aquella a la legislación argentina por imperio de los pliegos de bases y condiciones y los contratos que suscribieron. Por lo tanto, no puede sostenerse que estas normas no le son aplicables a los inversores en las cuestiones que involucran normas de los tratados protectivos de inversiones.

Resulta indudable que la defensa del Estado ante estos tribunales deberá ser muy meditada y elaborada, por la complejidad en la aplicación de los diversos ordenamientos jurídicos que deben ponderarse para la resolución de los casos.³³

IV. CONCLUSIÓN

Lejos estamos del Estado soberano y del ejercicio de sus potestades en los términos de su constitución originaria. La internacionalización de los ordenamientos jurídicos nos enfrenta a una nueva realidad que, por lo menos hasta ahora, los administrativistas no hemos tematizado.³⁴

33 Para una argumentación posible, v., SALOMONI, Jorge Luis, en *ob., cit.*, “La defensa del Estado en los conflictos...”.

34 Resulta muy esclarecedora la construcción del maestro italiano Sabino CASSESE sobre lo que considera el fenómeno de los ordenamientos globales o ‘global governance’. En efecto, entiende que las características de tal ordenamiento pueden describirse de la siguiente manera: 1.- responde a la exigencia de controlar la globalización; 2.- el fenómeno se afirma en un arco de tiempo breve: medio siglo, si se excluye la fase de preparación (sin que se halla alcanzado aún la fase de la madurez). No se ha formado por superposiciones, sino por cooperación. Sus problemáticas principales no son las de la soberanía, las relaciones centro-periferia, la representatividad, sino el de las decisiones conjuntas, la colaboración y el “rule of law”; 3.- se presenta como un agregado de organizaciones generales y sectoriales y de acuerdos. No solo no hay una supremacía y un soberano, sino que ni siquiera existe una estructura definida; 4.- tiene carácter compuesto. Allí se encuentran, yuxtapuestos, interdependientes, o integrados, según los casos, elementos jurídicos diversos, estatales, internacionales y supranacionales (de la Organización de las Naciones Unidas –que es una familia de instituciones- a la Organización Mundial del Comercio, a las organizaciones nacionales- como la Unión Europea y el Mercosur- a las cumbres del G8, a los centenares de organismos sectoriales –para el correo, el tráfico aéreo, la sanidad, etc.-, hasta las organizaciones informales, con sus ramificaciones estructurales o funcionales en los Estados o a nivel aún inferior). Estos últimos no se superponen a los primeros, arrollándolos, como lo hizo el derecho del Estado respecto al derecho de los poderes locales, corporativos, intermedios y secundarios preexistentes; 5.- es de orden funcional. Mientras los ordenamientos generales precedentes, los Estados, se erigieron como defensores de valores religiosos y morales, los ordenamientos generales y especiales globales pretenden gobernar valores económicos y materiales (sanitarios, meteorológicos, alimentarios, etc.). Y concluye: “En definitiva, en el ‘global governance’ juega un rol dominante la administración, más que la política. Por ello para ésta no se plantean problemas propios de los cuerpos políticos de los Estados, como aquellos de la ciudadanía, la representación, la democracia, sino más bien los del ‘rule of law’, ‘expertise’, ‘accountability’, ‘speed’, ‘fairness’, ‘due process of law’, transparencia. De ello deriva que es vano detallar los caracteres de la democracia política

Cada ordenamiento jurídico internacional, establece su propio sistema de resolución de conflictos como se vio a lo largo del presente. Tal sistema impacta directamente sobre nuestro ordenamiento jurídico produciendo modificaciones sustantivas en todas las instituciones administrativas, como el procedimiento, el proceso, el acto, los contratos, etc.

He pretendido mostrar, en forma sucinta, el impacto que están produciendo los tribunales arbitrales del MERCOSUR y del CIADI a través de sus sentencias, en nuestro derecho, y en el primero de ellos, sobre todos los países miembros de la comunidad.

Este es el aporte que he intentado y, a su vez y con igual intensidad, producir un llamado de atención sobre esta nueva realidad que debe continuar debatiéndose, fundamentalmente, en la doctrina del derecho administrativo.

(derecho de voto, elecciones, Parlamento, mayoría y oposición, referendun, partidos políticos, derecho de petición) y buscarlos –sin encontrarlos- en los ordenamientos globales o sus partes (...) Distinto es el caso de aquella parte del ‘global governance’ que comienza a implicar problemas políticos. Pero aún aquí es difícil que se repita la experiencia de los Estados nacionales, con sus dos componentes esenciales, aquel rousseauniano (la democracia política) y el montesquiano (la división de poderes y las garantías). Mientras se puede estar seguro que la vía del poder político global no sea la misma de la de los Estados nacionales, es difícil decir, en el momento actual, cuál podrá ser. Esto será uno de los más fascinantes problemas de los próximos años”. (CASSESE, Sabino, en *ob., cit., La crisis...*, pp. 19 y 20).