

Título: Estado nacional, orden público y arbitraje. Primera parte

Autor: Vega Olmos, Jimena

Publicado en: RDA 2021-136, 05/08/2021, 97

Cita: TR LALEY AR/DOC/1753/2021

Sumario: I. Introducción.— II. La prórroga de jurisdicción en las disputas en las que el Estado es parte.— III. Conclusiones.

(*)

(**)

"El orden público es un potro indomable y una vez que se logra montarlo, no se sabe dónde lo llevará. Puede alejar del buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan".

I. Introducción

Durante décadas la Argentina vivió un fuerte debate jurídico acerca de si correspondía o no la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en aquellos casos que involucraban al Estado nacional [\(1\)](#). Ese debate fue evolucionando, junto con la normativa, hasta el reconocimiento de tal posibilidad y, en la actualidad —sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones— la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales es, generalmente, admitida.

La posibilidad de someter eficazmente una disputa contra el Estado nacional a arbitraje se encuentra condicionada a ciertas limitaciones, algunas de las cuales se vinculan con el concepto de orden público, como ser, en primer lugar, las restricciones respecto de la arbitrabilidad de cuestiones vinculadas con el orden público y, en segundo lugar, la inadmisibilidad del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales cuando se considera que estos afectan o contravienen el orden público.

Usando las palabras de Corrá, el orden público se transforma en la "llave de paso" para la eficacia de los procedimientos arbitrales en casos en que el Estado nacional es parte por cuanto a través de la invocación de este concepto podría intentarse un inadmisibles reexamen de los méritos de la decisión arbitral [\(2\)](#).

La determinación del correcto alcance del concepto de orden público adquiere, entonces, una trascendental importancia ya que de tal interpretación dependerá, en gran medida, la viabilidad y eficacia de la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales en aquellos casos en que el Estado nacional es parte.

Sin embargo, y a pesar de su relevancia, en la doctrina y en la jurisprudencia —tanto local como extranjera— no existe uniformidad sobre el significado y alcance de este concepto. Quizás una buena descripción del estado actual de la cuestión es la que diera Luqui: "la mayoría de los abogados, jueces y legisladores tienen una idea del orden público y hacen referencia a él frecuentemente. Las leyes y las sentencias lo invocan. Saben para qué se emplea, pero no verdaderamente lo que es..." [\(3\)](#). Esta situación no es exclusiva del derecho argentino, ya que las mismas discusiones y debates sobre el alcance y significado del orden público han tenido lugar, y continúan, en todo el mundo.

En nuestro país, y a los fines que interesan este trabajo, el análisis sobre el significado y los contornos del orden público toma mayor relevancia a la luz de ciertas decisiones judiciales dictadas por tribunales locales en los últimos años en las cuales se realizó una interpretación muy extensiva del concepto de orden público a fin de rechazar la arbitrabilidad de ciertas cuestiones o el reconocimiento y ejecución de laudos dictados por tribunales arbitrales en procedimientos en los que era parte el Estado nacional. Estas decisiones generaron inquietudes y fueron criticadas por diversos autores, en tanto sus consideraciones —de generalizarse— podrían amenazar seriamente la eficacia de la prórroga de jurisdicción y, en definitiva, la de la ejecución del eventual laudo, en aquellas disputas en que el Estado nacional es parte.

En ese marco, el objeto de este trabajo es intentar delinear cuál es el significado y alcance del concepto de orden público que debería aplicarse a los fines del análisis de la arbitrabilidad de una disputa y de la aplicación de la llamada "excepción de orden público" prevista en nuestro ordenamiento procesal y en las convenciones internacionales de las cuales la Argentina es parte.

II. La prórroga de jurisdicción en las disputas en las que el Estado es parte

De acuerdo con el derecho argentino, como principio corresponde a los tribunales judiciales federales locales entender en aquellas controversias en que el Estado nacional es parte. Sin embargo, este principio no es absoluto. La posibilidad de modificar esta regla general y, por ende, la validez de la prórroga de jurisdicción en aquellas controversias en que el Estado nacional es parte, ha sido una cuestión ampliamente debatida durante años en nuestro país tanto a nivel jurisprudencial y doctrinario como en el plano legislativo.

El origen del debate puede encontrarse en las disposiciones del art. 110 de la Constitución nacional de 1853-1860 (actualmente, art. 116 de la Constitución nacional reformada en el año 1994) que establece la competencia de la justicia federal para entender en los casos en que la Nación sea parte al disponer: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de... todos los asuntos en que la Nación sea parte". Esta disposición, por su parte, fue reglamentada por el art. 12 de la ley 48 que estableció: "la jurisdicción de los tribunales nacionales... será privativa excluyendo a los tribunales de provincia".

A partir de estas disposiciones se plantearon dudas acerca de si, en las controversias en las que fuera parte, el Estado nacional podía someterse a una jurisdicción que no fuera la jurisdicción exclusiva y excluyente de los tribunales federales mencionados en el art. 110 (hoy, art. 116) [\(4\)](#).

II.1. La cuestión en la doctrina

La validez de la prórroga de jurisdicción en casos en que el Estado nacional es parte fue ampliamente debatida a nivel doctrinario. Una parte de la doctrina entendía que la jurisdicción de los tribunales federales prevista en el actual art. 116 de la Constitución nacional era exclusiva, no admitiéndose su prórroga en ningún caso y bajo ningún supuesto. Además del entonces procurador Matienzo, a cuyo dictamen se hace referencia más abajo, se enrolaba en esta postura el entonces procurador Bacigalupo y la Academia Nacional de Derecho.

Así, en un dictamen de fecha 25 de junio de 1973, el Dr. Bacigalupo expresó que "...al estar dispuesto en la Constitución que las causas en la Nación es parte son de competencia de la justicia nacional (Art. 100), es claro que ello no solo no resulta modificable por la voluntad de las partes (Art. 1197 Cód. Civ.) sino que tampoco lo es por ley del Congreso, dado que estas no pueden alterar lo reglado por la Constitución". Por su parte, la Academia Nacional de Derecho sostuvo: "No pueden ser sometidos a arbitraje los pleitos en que por ser parte la Nación o alguna provincia, corresponden a la jurisdicción federal, según el art. 100 de la Constitución" [\(5\)](#). Para esta corriente, las disposiciones del art. 110 (hoy, art. 116) debían leerse de manera absoluta y literal.

La posición reseñada fue resistida por numerosos autores. El criterio contrario, si bien con diversos matices, fue sostenido por, entre otros, Bielsa, Bidart Campos, Marienhoff, Zavalía, Fiorini y Spota [\(6\)](#).

Bielsa entendía que "todo el que en caso contencioso-judicial debe someter sus decisiones a la justicia federal, puede obligarse, por contrato, a un compromiso arbitral, a menos que sea una cuestión de orden público, o que la ley expresamente lo prohíba" [\(7\)](#). Sin embargo, el autor tenía una visión muy restringida de las materias que podían someterse a arbitraje por cuanto Bielsa excluía de tal posibilidad a las materias que importaban "el ejercicio de un poder de autoridad o de imperio", "todo lo que emane del poder de policía" y consideraba que tampoco podía someterse a árbitros "la interpretación de los contratos ni la determinación de las obligaciones... pues ello contraría la naturaleza misma de los actos administrativos, que son manifestaciones de voluntad dirigidas a crear, modificar o extinguir derechos administrativos". Para el autor solo quedaban a salvo de estas exclusiones "las cuestiones que sobrevengan en la ejecución de un contrato, o en su disolución, es decir, cuestiones puramente patrimoniales, que impliquen examen de hechos y que deban ser consideradas, no desde el punto de vista jurídico estricto, sino para lograr un equilibrio económico compensador, sin lesionar ni declinar un derecho irrenunciable".

Por su parte, Spota sostenía que no existía incapacidad alguna para que el Estado nacional pudiera concertar una cláusula compromisoria dentro de los límites que rigen para todo particular y consideraba que esos límites se encontraban bastantes dilatados cuando se trataba del poder público. Por ende, así como un particular no podía dejar de lado las disposiciones de aquellas leyes en cuya observancia estuvieran interesados el orden público y las buenas costumbres, el Estado nacional "no [podía] comprometer en árbitros nada que proceda incluir en esa materia donde se cierne la publica utilitas... cuando dicha estipulación [la cláusula compromisoria] tiene un objeto que interesa al orden público, el arbitraje no procede" [\(8\)](#).

Una posición similar adoptaba, como "principio", Marienhoff. Para este autor el arbitraje también procedía con relación a aquellos contratos en los cuales el Estado nacional actuara en el ámbito del derecho privado. es decir, el arbitraje, como mecanismo de resolución de disputas, era admisible respecto de los llamados contratos de "derecho común" de la Administración, pero no así respecto de los contratos administrativos propiamente dichos. Sin perjuicio de ello, Marienhoff remarcaba que en la práctica la jurisprudencia muchas veces omitió distinguir con precisión si se trataba de contratos administrativos o de derecho común de la Administración. En consecuencia, sin perjuicio de la invocación del referido principio, en muchas oportunidades los tribunales confundieron la naturaleza del contrato en cuestión y, en consecuencia, la regla general no siempre fue acertadamente aplicada [\(9\)](#). Por otra parte, y como excepción al principio general, Marienhoff entendía que aun tratándose de contratos administrativos propiamente dichos era posible para el Estado nacional someter a arbitraje ciertas cuestiones en la medida en que estas no afectaran el orden público, ni el orden y sistema

constitucional ni implicaran un agravio o afectación a la autoridad del Estado ni a su soberanía [\(10\)](#), como podrían ser cuestiones de tipo técnico, o vinculadas con la determinación de hechos o de aspectos financiero-patrimoniales.

II.2. La cuestión en la jurisprudencia

El debate en cuestión no fue privativo de la doctrina, sino que también tuvo lugar ante los tribunales locales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (la "Corte Suprema") abordó esta cuestión en numerosos casos. En palabras de Velar de Irigoyen, de la lectura de los distintos precedentes de nuestro Máximo Tribunal sobre la materia, se observa en la Corte Suprema "una tendencia favorable, en general, a la capacidad del Estado para obligarse" [\(11\)](#). A continuación, repasaremos algunos de los fallos más importantes en los que la Corte Suprema fue delineando su posición.

II.2.a. "Gobierno Nacional c. The Argentine Land and Investment Co. Ltd." (1905) [\(12\)](#)

El caso se refería a la nulidad de un laudo arbitral dictado en una disputa entre la Nación y la empresa actora. En el fallo, la Corte Suprema estableció que a fin de comprometer en árbitros al Estado nacional se requería la intervención directa del Poder Ejecutivo y no solamente la de un ministro.

II.2.b. "Otto Franke y Cía. c. Provincia de Buenos Aires" (1918) [\(13\)](#)

En el caso se discutió la vigencia de un compromiso arbitral acordado en un contrato entre la actora y la Provincia de Buenos Aires [\(14\)](#). La Corte Suprema entendió que la declaración de caducidad del contrato en cuestión no era un impedimento para la formación del tribunal arbitral y obligó a la Provincia a constituir dicho tribunal expresando que "pactada la jurisdicción arbitral con la amplitud que lo ha sido en el caso de autos, no es admisible que la provincia se atribuya la facultad de declarar por sí lo que tiene que ser materia de un pronunciamiento de los árbitros arbitradores que las mismas partes se obligaron a designar a efectos de dirimir 'todas las cuestiones' que pudieran surgir entre ellas".

II.2.c. "Fisco Nacional c. Cía. Dock Sud de Buenos Aires" (1919) [\(15\)](#)

Se trataba de un arbitraje en los términos de la ley 2346 de concesión de obras para la construcción del Dock Sud [\(16\)](#). En el caso, el Máximo Tribunal equiparó los árbitros de derecho a los jueces, al expresar que los árbitros "proceden y fallan con arreglo a las leyes, como los jueces ordinarios". Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema rechazó el arbitraje por entender que la cuestión sometida a arbitraje excedía las limitaciones de la competencia arbitral fijadas en la mencionada ley.

El entonces procurador general José Nicolás Matienzo emitió un dictamen en el cual esbozó una opinión contraria al arbitraje. En dicho dictamen, el procurador se focalizó, principalmente, en las diferencias que, a su entender, existían entre los jueces y los árbitros y en el hecho de que las decisiones de estos últimos no se encontraban sujetas a las garantías de verdad e imparcialidad que poseen los fallos judiciales. En el conocido dictamen, dijo el entonces procurador: "Los jueces permanentes de la Nación son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y la opinión pública y son legalmente responsables ante el Congreso. Sus fallos están rodeados de garantías de verdad y de imparcialidad y la Nación puede entregarles con confianza la solución de sus contiendas con el interés privado. Pero los árbitros deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el nombramiento y no están sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidades permanentes. Nacen para la decisión que dictan y mueren con ella, sin que el público lo advierta casi, ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de sentencias dictadas en casos y circunstancias diversas, como ocurre con los jueces. De ahí que, salvo raras excepciones, el árbitro no obra como juez sino como defensor del litigante que lo nombra, y de ahí que el tercero en discordia prefiere casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho a quien lo tiene. Así no es extraño que los laudos resulten, por lo general, arbitrarios, no solo por su origen, sino por su contenido. Se explica que los particulares poco seguros de su derecho pongan más esperanzas en los árbitros y arbitradores que en los jueces permanentes; pero no es en mi concepto, razonable que los gobiernos procedan lo mismo, con menoscabo del decoro del Poder Judicial de la Nación, que aparece apartado como inútil o ineficaz".

II.2.d. "Pagano c. Nación Argentina" (1920) [\(17\)](#)

En el caso se demandó al Estado nacional para constituir el tribunal arbitral pactado en el contrato que subyacía a la controversia [\(18\)](#). La Corte Suprema resolvió en favor de la pretensión de la actora ordenando la constitución del tribunal arbitral. Para así decidir expresó que "ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica, a los fines de dirimir sus controversias con los particulares y establecida esta institución por la ley [\(19\)](#) e incorporada a un contrato, como en el caso de autos, debe producir los efectos que en términos generales establece el artículo 1197...".

Similares principios a los aplicados en Pagano fueron reiterados por la Corte Suprema en "SA del Puerto del Rosario c. Gobierno Nacional" (1926) [\(20\)](#), y "Compañía Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda. c. Fisco Nacional" (1931) [\(21\)](#).

II.2.e. "Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Gobierno Nacional" (1937) [\(22\)](#)

En el caso se analizaba la validez de una cláusula arbitral inserta en un contrato para el suministro de energía eléctrica en el puerto de la Ciudad de Buenos Aires. La Corte Suprema indicó que la sumisión de una discusión jurídica a la decisión arbitral era un reflejo de la autonomía de la voluntad que solo puede estar limitada por cuestiones que afectan al orden público y que, por ello, en aquellos casos en que el Estado nacional era parte no podían someterse a arbitraje aquellas cuestiones que lo afectaran como poder público o que involucraran atribuciones de su soberanía. Sin embargo, considerando que la controversia se centraba en la discusión del precio de la unidad eléctrica suministrada y que, en su opinión, ello no comprometía "ningún atributo de la soberanía", la Corte Suprema entendió que la vía arbitral era admisible para resolver la contienda. Asimismo, al ratificar que el Estado nacional podía ser parte de un procedimiento arbitral la Corte Suprema aclaró que el art. 100 de la Constitución nacional (actual art. 116) establecía la jurisdicción de la Corte para aquellos juicios en que la Nación era parte, pero "no ha excluido la jurisdicción arbitral".

II.2.f. "Simonini c. Gobierno Nacional" (1942) [\(23\)](#)

En el caso se demandaba el cumplimiento del compromiso arbitral y la constitución del tribunal arbitral previsto en un contrato de concesión del servicio público de electricidad. La mayoría de la Corte Suprema opinó en favor de la validez de la posibilidad de prorrogar la jurisdicción de los tribunales judiciales federales en favor de un tribunal arbitral siempre que una ley lo autorizara. El Máximo Tribunal expresó: "Que esta Corte Suprema en diversos pronunciamientos ha declarado la validez del compromiso arbitral en los contratos en que es parte el Gobierno de la Nación, cuando este, autorizado por una ley, ha creído conveniente pactarlo, porque, se dijo, el compromiso arbitral tiende, más que a crear una nueva jurisdicción, a establecer un procedimiento de avenimiento entre las partes". Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema entendió que, en el caso en cuestión, el ente municipal que había suscripto el contrato de concesión que subyacía a la disputa no tenía facultades para comprometer en árbitros y por ello la cláusula arbitral inserta en el contrato era nula [\(24\)](#).

II.2.g. "Paino, Cayetano c. Nación y Sociedad Arrigo Hnos." (1956) [\(25\)](#)

En este caso, la Corte Suprema reiteró la validez de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en controversias en que la Nación es parte en la medida que exista una ley que así lo autorice o la Nación actúe como persona jurídica. Dijo la Corte Suprema: "en materia de competencia, el texto constitucional invocado [ex art. 100] establece que la tendrán los tribunales nacionales para conocer y decidir de todos los asuntos en que la Nación sea parte, principio general que ha sido interpretado por esta Corte en el sentido de que no obsta al sometimiento de estos asuntos a la jurisdicción arbitral cuando así se hubiere pactado en contrario de acuerdo con leyes especiales dictadas por el Congreso o cuando la Nación actuare como persona jurídica".

Sin embargo, en el caso se rechazó la validez de la prórroga pues la jurisdicción arbitral no había sido pactada en el contrato ni podía interpretarse que la Nación actuaba en dicho caso como persona jurídica [\(26\)](#).

II.2.h. "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. SARGO" (1974) [\(27\)](#)

El caso se vinculaba con la construcción de un oleoducto y gasoducto en Campo Durán. En su dictamen, el entonces procurador fiscal Freire Romero retomó el análisis de estas cuestiones y concluyó que: (i) la prórroga de la jurisdicción federal en causas en que la Nación es parte solo podía ser dispuesta por una ley del Congreso nacional; (ii) ante la inexistencia de una ley específica, la prórroga era admisible solo cuando estuviera autorizada en términos genéricos por ley y (iii) el Congreso nacional solamente podía prorrogar la jurisdicción federal en el caso de los jueces inferiores, pues esta nacía de la ley, pero no respecto de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema que tiene origen constitucional. En su fallo, el Máximo Tribunal omitió expedirse sobre estas cuestiones pues consideró que el laudo arbitral objeto de recurso era nulo.

II.2.i. "Techint c. ENACE" (2007) [\(28\)](#)

En este caso, fallado luego de la reforma constitucional de 1994 que mantuvo la redacción del anterior art. 100, la Corte Suprema volvió a expedirse en favor de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en casos en que la Nación era parte siempre que existiera una ley que autorizara dicha prórroga.

Sobre el particular, la Corte Suprema aclaró que la exigencia de una ley que autorizara la prórroga se fundaba en que, como principio, de conformidad con el art. 116 de la Constitución nacional, el Estado nacional solo podía ser llevado ante sus propios tribunales y que, por ello, toda excepción a esta regla debía estar claramente establecida. El Máximo Tribunal entendió que el sometimiento del Estado nacional a la jurisdicción arbitral sin una ley que lo autorizara vulneraba las disposiciones del art. 116 de la Constitución nacional e

involucraba una cuestión de orden público que podía ser planteada en cualquier etapa del proceso e incluso de oficio.

Al repasar estos fallos (29) se observa que el criterio de la Corte Suprema es que el actual art. 116 de la Constitución nacional no impide o prohíbe al Estado nacional pactar la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales siempre que dicha prórroga se encuentra autorizada por ley y se trate de disputas en las cuales se debata la actuación del Estado nacional en el campo del derecho comercial. Surge que, según el Máximo Tribunal, no podría el Estado nacional comprometer en árbitros cuestiones que hacen al orden público o en las que se encuentren en juego los poderes públicos o los atributos de su soberanía.

Como explican Tawil y Minorini Lima, de la revisión de los precedentes judiciales disponibles se observa que más que fundarse en la naturaleza del contrato o la materia que subyace a la controversia, la Corte Suprema parece haberse centrado en declarar que las cuestiones que afectan el orden público no son susceptibles de ser comprometidas en árbitros independientemente del ámbito —público o privado— de la actuación estatal (30).

La Procuración del Tesoro de la Nación también se ha expedido en favor de la validez de la prórroga de la jurisdicción federal en favor de tribunales arbitrales (o tribunales extranjeros). Por ejemplo, en Dictámenes 263:362 (2007), el entonces procurador Scrinzi expresó que (como veremos más adelante) la prórroga se encuentra prevista en el art. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ("Cód. Proc. Civ. y Com.") para aquellos asuntos exclusivamente patrimoniales. Indicó también que la posibilidad de que el Estado someta eventuales controversias a tribunales extranjeros es jurídicamente viable, en la medida en que se cumpla con los siguientes requisitos: (i) la actividad revista carácter patrimonial, y (ii) la eventual demandabilidad del Estado se enmarque en la denominada competencia territorial por razón de las personas, susceptible de prorrogarse. Asimismo, en el dictamen consideró que, contrariamente a lo sostenido por los detractores de la prórroga, el art. 116 de la Constitución nacional no establece una exclusividad de la que pueda inferirse la negativa a deferir el conocimiento de esos asuntos a tribunales extranjeros. Finalmente, se tuvo en cuenta lo establecido por otras normas que autorizan la prórroga como ser la ley 11.672 Complementaria de Presupuesto y la ley 24.156 de Administración Financiera.

Estos criterios han sido reiterados por la Procuración del Tesoro de la Nación en numerosos dictámenes (31). En estos dictámenes la Procuración ha hecho eco de las disposiciones del art. 1° del Cód. Proc. Civ. y Com., de las previsiones legislativas pertinentes incluidas en la Ley Complementaria de Presupuesto y del hecho de que esta postura es compatible con las disposiciones de la ley 24.188 sobre Inmunidad de Jurisdicción de Estados Extranjeros, en cuanto establece que dicha inmunidad no podrá ser invocada por los Estados Extranjeros cuando hubieren consentido expresamente la jurisdicción de los tribunales judiciales argentinos a través de un contrato o declaración en un caso determinado. La Procuración ha entendido que la prórroga de jurisdicción "debe entenderse como una decisión voluntaria, derivada de un proceso de negociación y avalada por las leyes del país en función de la naturaleza de los actos involucrados, por medio de la cual el Estado asume la posibilidad de ingresar en un sistema jurisdiccional extranjero [o arbitral] pero no por ello imprevisible" y que "en términos de soberanía entender la prórroga de la jurisdicción de un país hacia otro como una interrelación de ordenamientos jurídicos y permitir la en términos de reciprocidad, supone afirmar el presupuesto de la igualdad jurídica de los Estados" (32).

II.3. La cuestión en la legislación

En el plano legislativo argentino la regulación de la prórroga de jurisdicción fue variando a lo largo del tiempo.

Originalmente existían diversas normas que, en diferentes asuntos, autorizaban el sometimiento a arbitraje de cuestiones que pudieran suscitarse, por ejemplo, con relación a contratos en los que la Nación o sus reparticiones eran parte.

Sin embargo, en 1933 se dictó el decreto del 15/12/1933 que prohibió a la Administración incorporar cláusulas arbitrales en los contratos por ella celebrados, estableciendo que "las reparticiones nacionales no concertarán contratos con particulares en los cuales se estipule el juicio de árbitros o de amigables compondores para dirimir las divergencias que se susciten con motivo de la interpretación o ejecución de los mismos".

Este decreto fue seguido de un proyecto de ley (no sancionado) por medio del cual se declaraba la nulidad de todas las cláusulas arbitrales incluidas en los contratos celebrados por la Administración (33). Años después, en 1947, con la sanción de la ley 13.064 de Obras Públicas se eliminó el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en este tipo de contratos.

Luego, en 1967, mediante una reforma (34) al Cód. Proc. Civ. y Com., se prohibió la prórroga de jurisdicción

de los tribunales nacionales. Así, el art. 1° del (entonces) nuevo código comenzaba con una rígida prohibición de prorrogar la jurisdicción que se extendía incluso a los juicios de árbitros.

A su vez, en 1972, se emitió el dec. 5720/1972 que —reglamentando el art. 61 de la Ley de Contabilidad— estableció el régimen de contrataciones del Estado nacional entonces vigente. El inciso 85 de la reglamentación establecía que en las cláusulas particulares de las distintas contrataciones que celebrara el Estado no podría estipularse el juicio de árbitros o amigables componedores para dirimir las divergencias que se produjeran con motivo de la interpretación de los contratos.

Luego de varios años de restricción normativa, en 1973 volvió a retomarse el camino hacia la admisibilidad de la prórroga de jurisdicción en las controversias en que el Estado nacional fuera parte. Así, a través de la ley 20.548 se modificó la ley 11.672 Complementaria de Presupuesto, autorizando al Poder Ejecutivo a "someter eventualmente controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte Internacional de Justicia de La Haya". Vale aclarar que esta redacción se mantiene en la actualidad (35).

Respecto del alcance de esta disposición, surgieron dos interpretaciones (36). Una interpretación restringida sostenía que la autorización para pactar la prórroga de jurisdicción solo era válida respecto de aquellos convenios celebrados por el Estado nacional — como prestatario o garante — con personas de derecho internacional público.

La postura opuesta, postulada por ejemplo por Goldshmidt, sostenía que la autorización debía interpretarse de manera amplia, comprensiva de convenios celebrados con personas de derecho público y privado, pues la disposición en cuestión no califica las contrapartes de los convenios en cuestión sino su objeto (desplazamiento de capitales).

En el año 1976, mediante el dictado de la ley 21.305, se modifica una vez más el art. 1° del Cód. Proc. Civ. y Com. La modificación mantuvo el principio la improrrogabilidad de la competencia atribuida a los tribunales nacionales, pero exceptuó de esa regla la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales disponiendo que, en tal caso, la jurisdicción podrá ser prorrogada por acuerdo de partes, incluso a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actuaran fuera del país salvo en aquellos casos en que los tribunales nacionales tuvieran jurisdicción exclusiva. En esta oportunidad, se estableció también que el acuerdo de prórroga en favor de jueces extranjeros o árbitros que actuaran fuera de la República sería válido solo si era celebrado con anterioridad a los hechos que dieran origen a la disputa.

En 1981 vuelve a reformarse el Cód. Proc. Civ. y Com. (37) y, si bien se mantiene como regla la improrrogabilidad de la jurisdicción, se establecieron algunas excepciones autorizándose la prórroga de la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, cuando mediara conformidad de partes. Por otra parte, en asuntos de índole internacional se autorizó la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros extranjeros salvo en aquellos casos en que los tribunales argentinos tuvieran jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga de jurisdicción estuviera prohibida por ley (38).

La posibilidad de prorrogar jurisdicción en disputas que involucran al Estado se reitera en el año 1992 con la sanción de la ley 23.982 de Consolidación de Deudas. El art. 18, segundo párrafo, de esta norma autorizó al Poder Ejecutivo nacional o sus ministros —con el asesoramiento previo del servicio jurídico permanente— a someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares cuando los asuntos fueran trascendentes o el sometimiento a arbitraje fuera conveniente para los intereses del Estado (39).

Fuera de las normas por las cuales se aprobaron contratos de crédito público o las normas que aprobaron tratados internacionales con otros países, puede citarse el dec. 1299/2000 que reguló la participación privada en el desarrollo de infraestructura y el dec. 967/2005 que estableció un régimen de asociación público-privada (40). La posibilidad de someter a arbitraje controversias que involucran al Estado nacional se establecía también en el DNU 786/2002 de creación del Fondo Fiduciario para Subsidios de Consumos Residenciales de Gas (41), que dispone que las disputas que puedan ser promovidas por, o involucrar a, beneficiarios del fideicomiso referido, serán sometidas a arbitraje conforme las reglas establecidas en la cláusula trigésimo cuarta del contrato de fideicomiso aprobado por la mentada norma. Puede citarse también el art. 9 de la ley 27.249 (42) a través del cual se autorizó al Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas a "incluir cláusula que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros... con relación a los acuerdos que se suscriban y a las emisiones de deuda pública que se realicen, de conformidad con lo previsto en la presente ley...".

Por otra parte, con vigencia a partir del 01/08/2015, y en línea con lo previsto en el Cód. Proc. Civ. y Com., el art. 2605 del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 (el "Código Civil y Comercial") reafirmó la validez de los acuerdos de prórroga de jurisdicción en favor de tribunales judiciales y arbitrales extranjeros al establecer: "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 estuviese prohibida por ley".

Más recientemente puede hacerse referencia a la ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada. El art. 25 de esta ley dispone que respecto de todas las controversias que pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos de participación público-privada, los pliegos y contratos podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con sede en el exterior, la prórroga de jurisdicción deberá ser aprobada expresa e indelegablemente por el Poder Ejecutivo nacional y comunicada al Congreso de la Nación (43).

III. Conclusiones

De lo expuesto hasta aquí, se observa que, de conformidad con el marco normativo vigente y la interpretación que de aquel ha realizado la doctrina y jurisprudencia argentina, la posibilidad de que el Estado nacional someta a tribunales arbitrales eventuales controversias derivadas de algunas de sus actividades será jurídicamente viable en la medida que se cumplan ciertos requisitos y condiciones.

Estas condiciones incluyen que la actividad que origina la controversia tenga carácter patrimonial y no se trate de disputas que correspondan a la jurisdicción federal por la materia (en cuyo caso la jurisdicción es improrrogable) sino que se enmarquen en la competencia territorial por razón de las personas, susceptible de prorrogarse (44). En las cuestiones patrimoniales (como, por ejemplo, aquellas vinculadas con la responsabilidad estatal en materia de deuda pública), la demandabilidad del Estado no ingresaría dentro de la zona de competencia exclusiva de los tribunales locales (45).

Salvada entonces la admisibilidad de llevar al Estado nacional a arbitraje, el concepto de orden público adquiere un rol fundamental en tanto, en definitiva, determinará la eficacia de ese mecanismo de resolución de controversias en disputas con el Estado, atento a las limitaciones aplicables (restricciones respecto de la arbitrabilidad de ciertas cuestiones o disputas y la excepción de orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales) (46).

(*) Este trabajo es una versión ampliada y actualizada de la tesis de especialización "El rol del orden público en los arbitrajes en que el Estado Nacional es parte", presentada en 2014 en la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina. Por ello, se incluye un agradecimiento especial al Dr. Oscar Aguilar Valdez, tutor de la tesina, por todo el tiempo, conocimiento y consejos dedicados. Dada su extensión, dicha tesina se publica dividida en cuatro. En esta primera parte se analizará, principalmente, el centro de la temática en estudio y la evolución de la legislación, doctrina y jurisprudencia argentina acerca de la viabilidad de que el Estado Nacional se someta a arbitraje.

(**) Juez Burroughs, Richardson c. Mellish, 1824, 130, Eng. Rep., 294, 303, citado en Murphy, Kent, The traditional view of public policy and order public in private international law, 11 GA J. Intl. Law, 592, 1981. La cita, en su idioma original, lee: "Public policy — it is an unruly horse and when once you get astride of it, you never know where it will carry you. It may lead you from the sound law. It is never argued at all but when other points fail".

(1) A los fines de este trabajo, se utiliza el término Estado Nacional para referir en general a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada.

(2) CORRÁ, María Inés, "El arbitraje internacional como mecanismo de control de la Administración, Cuestiones de Control de la Administración Pública", Ed. RAP, Buenos Aires, 2010.

(3) LUQUI, Roberto Enrique, "Reflexiones sobre el concepto de orden público", AR/DOC/283/2016.

(4) BIANCHI, Alberto B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY 2005-B, 1405.

(5) Dictámenes 125:382. Respecto de la opinión de la Academia Nacional de Derecho, la misma es citada en SPOTA, Alberto, "La cláusula compromisoria en el derecho administrativo", JA 1943-I-603, nota al pie 5.

(6) Ver obras citadas en nota al pie 11 de CORRÁ, María Inés, ob. cit.

(7) BIELSA, Rafael, "La administración pública y el compromiso arbitral — Observaciones críticas", JA 45-22.

(8) SPOTA, Alberto, ob. cit. Escola, por su parte, distinguía por el tipo de disputa y señalaba que la discusión doctrinaria sobre la procedencia del arbitraje se había focalizado "...exclusivamente, en lo que se refiere a los contratos administrativos, ya que existe acuerdo pacífico en el sentido de que cuando la administración pública ha celebrado un contrato de derecho privado, no hay ningún impedimento que se oponga a que las diferencias que se susciten entre las partes puedan ser sometidas a la decisión de árbitros" (ESCOLA, Héctor Jorge, "Tratado Integral de los Contratos Administrativos", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, vol.

I, p. 493).

(9) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, 3ª ed., t. III, p. 596/7.

(10) Ibidem, p. 602.

(11) VELAR DE IRIGOYEN, Bernardo, "El Estado y la Cláusula Arbitral", LA LEY 60-950.

(12) Fallos 103:239.

(13) Fallos 128:402.

(14) Se trataba de un contrato para la construcción y explotación de un ferrocarril eléctrico a gran velocidad, cuya celebración había sido autorizada por ley de la legislatura provincial.

(15) Fallos 129:243.

(16) La ley preveía que las cuestiones que surgieran entre los concesionarios y el Poder Ejecutivo sobre la manera de cumplir las obligaciones impuestas por la concesión serían sometidas a juicio de árbitros.

(17) Fallos 133:61.

(18) Se trataba del contrato para la construcción del Hospital Regional de Allen, en la Provincia de Río Negro.

(19) Respecto del requisito de existencia de una ley previa que autorice al Estado Nacional a someter las controversias a arbitraje, en general se han invocado dos argumentos: en primer lugar, lo dispuesto por el art. 1881 del Código Civil de Vélez, que exigía poder especial para comprometer en árbitros una controversia; y en segundo lugar, el hecho de que la expresión de voluntad del Estado Nacional (en este caso, para someterse a la jurisdicción arbitral) debe ser efectuada por los órganos competentes para ser válida y por ende, dado que el Congreso Nacional es la única autoridad con facultades para establecer excepciones al fuero federal, resulta necesaria su autorización para declinar la jurisdicción federal en favor de la jurisdicción arbitral. Marienhoff disintió con este criterio al entender que, en la medida en que dada la naturaleza de la cuestión en juego el sometimiento a arbitraje fuera admisible, la facultad de recurrir a ese mecanismo de solución de controversias corresponde directa y originariamente al Poder Ejecutivo Nacional por constituir el ejercicio de una facultad vinculada con la administración general del país. Por otra parte, el autor descartaba la aplicación del art. 1881 del Código de Vélez en tanto la Administración Pública no es representante ni mandataria del Poder Legislativo ni actúa en dicho carácter. Por ende, las reglas del mandato serían, para Marienhoff, irrelevantes e inaplicables para la solución de la cuestión. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., ps. 598/600.

(20) Fallos 146:373. La Corte Suprema confirmó la sentencia de segunda instancia que había ordenado a la Nación proceder a la constitución del tribunal arbitral conforme lo acordado en el contrato para la construcción y explotación del puerto del Rosario. La Corte Suprema tuvo en cuenta la existencia de una autorización legislativa para someter a proceso arbitral las cuestiones que pudieran surgir bajo el contrato de concesión y que el Estado Nacional no actuaba en el caso como una entidad política, soberana y exclusivamente pública sino como "persona del derecho privado que se ha sometido voluntariamente por el hecho de la celebración del contrato con el concesionario a las disposiciones del derecho común y a las decisiones de la justicia arbitral libremente pactada".

(21) Fallos 160:134. La Corte Suprema admitió la validez de la jurisdicción arbitral que preveía el ex art. 1269 del Código de Comercio para las cuestiones suscitadas con motivo de choques de buques. La Corte Suprema expresó que "Que existiendo en las leyes generales la determinación del juicio arbitral... nada se opone a que el Fisco, como persona jurídica, se someta a la jurisdicción arbitral, toda vez que dentro de aquel carácter y en sus relaciones con los particulares le comprenden los Códigos comunes. Que... no es el representante del Fisco quien compromete en árbitros...; es la ley la que le obliga a adoptar ese temperamento...".

(22) Fallos 178:293.

(23) Fallos 194:155.

(24) En el voto en disidencia, los ministros Nazar Anchorena y Ramos Mejía, con cita, entre otros, del dictamen del procurador Matienzo arriba transcripto, se pronunciaron en contra de la validez de la prórroga de jurisdicción en favor de tribunales arbitrales en las causas en que la Nación es parte.

(25) Fallos 235:940.

(26) Se trataba de una acción por abordaje en el que había intervenido un buque de la marina de guerra en misión.

(27) Fallos 290:458.

(28) Fallos 330:2215.

(29) RIVERA, Julio César, "El arbitraje en la Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema", Academia Nacional de Derecho 2007 (agosto).

(30) TAWIL, Guido S., y MINORINI Lima, Ignacio J., "El Estado y el arbitraje: Primera aproximación", RAP (337), Sección Doctrina.

(31) Ver, por ejemplo, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 253:55 (13/04/2009), Dictámenes 252:787 (23/12/2004), Dictámenes 273:65 (23/04/2010).

(32) Dictámenes 301:008.

(33) BIANCHI, Alberto B., "El Estado Nacional ante el arbitraje", LA LEY 2005-B, 1405.

(34) Aprobada por ley 17.454, 20/09/1967, publicada en el Boletín Oficial el 07/11/1967.

(35) Art. 40 de la ley 11.672, en su redacción actual.

(36) GARCÍA PULLÉS, Fernando, "La prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros como cláusula inserta en condiciones generales de la contratación, Régimen de la Administración Pública", Año 13, abril 1992, N° 163, Editorial Ciencias de la Administración.

(37) Aprobada por ley 22.434, 16/03/1981, publicada en el Boletín Oficial el 26/03/1981.

(38) Art. 1 del Cód. Proc. Civ. y Com., redacción actual.

(39) Ley 23.982, art. 18, segundo párrafo.

(40) Art. 30 del dec. 1299/2000, por el que se aprobó el régimen para la promoción de la participación privada en el desarrollo de la infraestructura. El art. 9 del Anexo I del dec. 967/2005 estableció que los contratos que se celebren en el marco del régimen de asociación público-privada aprobado por este decreto podrían prever el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.

(41) Publicado en el Boletín Oficial el 10/05/2002.

(42) Publicada en el BO. el 01/04/2016. La ley 27.249 derogó la llamada "Ley Cerrojo" y aprobó los acuerdos celebrados con ciertos tenedores de deuda pública que decidieron no participar de los canjes de deuda pública de los años 2005 y 2010.

(43) El Decreto reglamentario 118/2017 aclara que los pliegos y contratos podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras de reconocida trayectoria siendo aplicables, en dichos casos, los reglamentos de arbitraje de talas entidades. La reglamentación también aclara que en los contratos de participación público-privada en los que se pacte arbitraje, las partes deberán reconocer en el contrato que la cláusula compromisoria es autónoma respecto del contrato con el que se relaciona, por lo que la eventual ineficacia del contrato no obsta a la validez del pacto arbitral, que los árbitros conservarán su competencia aun en caso de nulidad del contrato, y que el tribunal arbitral tiene la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia, el alcance o validez de las cláusulas o contrato de arbitraje o cualesquiera otras cuya determinación impida entrar en el fondo de la controversia.

(44) Ver, por ejemplo, Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 251:652 (7 de diciembre de 2004) y 253:55 (13 de abril de 2005).

(45) A ese efecto, se destaca que la Constitución Nacional no prevé la exclusividad de la competencia local con excepción de aquellas cuestiones que corresponden a la competencia originaria de la Corte Suprema. Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen 251:652 (7 de diciembre de 2004).

(46) Haremos referencia a estas cuestiones en las siguientes partes de este trabajo.