

MOBIL ARGENTINA SA C/GASNOR SA, s/ Laudo Arbitral s/ Queja
CÁMARA NACIONAL COMERCIAL SALA D
8/08/2007

Buenos Aires, 8 de agosto de 2007

1. GASNOR S.A. dedujo ante esta alzada una queja (fs. 1244/1259) por denegación que se hiciera (fs. 108/113) del recurso de apelación y nulidad (fs. 79/105) que articuló contra el laudo que dictó el Tribunal Arbitral, con sede en Buenos Aires y constituido bajo las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (fs. 12/68) que resolvió, en cuanto aquí interesa, lo siguiente:
 - a. condenó a pagar a MOBIL ARGENTINA S.A. la suma que resulte del Coeficiente de Estabilización de Referencia (en adelante, CER) por los suministros de gas natural que fueron efectuados durante los años 2002 y 2003, con más sus intereses hasta la fecha del efectivo pago a la tasa del contrato que unió a las partes; así como los intereses por el no pago en término de facturas emitidas en los años 2002 y 2003, especificadas en el anexo III de la demanda, a misma tasa de interés;
 - b. declaró que GASNOR S.A. tiene la obligación de abonar las facturas o notas de débito que MOBIL ARGENTINA S.A. hubiera emitido a partir de la fecha de interposición de la demanda, como consecuencia de la venta de gas en los términos del contrato, ajustadas por el CER;
 - c. rechazó la pretensión de MOBIL ARGENTINA S.A. de condenar a GASNOR S.A. a excluir de la pesificación las facturas y notas de débito anteriores al 6 de enero de 2002.
2. Con posterioridad a la interposición de queja ante esta alzada, el Tribunal Arbitral dictó un addendum al laudo final en respuesta a un pedido de interpretación efectuado por MOBIL ARGENTINA S.A. (fs. 1262/1267, 1269/1278 y 1327/1331).

Es de observar que contra este addendum no se interpuso recurso alguno, por lo cual no es posible considerarlo, como tampoco las expresiones que sobre él se vertieron en fs. 1333.
3. En su recurso de apelación y nulidad GASNOR S.A. invocó los siguientes agravios y fundamentos:
 - a. Si bien el art. 28 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional establece -como regla aplicable al caso- que el laudo es obligatorio y debe ser cumplido sin demora, considerándose que "...las partes han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que pueden renunciar válidamente...", corresponde entender, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresada en el caso "José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidronor S.A." (Sentencia del 1/6/04), que ello no podría ser interpretado como una

renuncia a apelar una decisión arbitral cuando el laudo contraría el orden público, o fuese inconstitucional, ilegal o irrazonable.

Observó, además, que la renuncia a interponer el recurso de apelación, no implica la renuncia a interponer el recurso de nulidad (fs. 80/83).

- b. La renuncia al derecho de apelar establecida en la cláusula compromisoria inserta en el contrato que unió a las partes, determinada por la frase "...El laudo arbitral será inapelable y obligatorio..." (véase transcripción en fs. 18), no puede ser interpretada como abdicación del derecho de controvertir por vía de apelación aspectos vinculados a la aplicación de la normativa de emergencia que se dictó en 2001/2002, o sea, con posterioridad a la firma de dicha cláusula compromisoria (fs. 83/85).
- c. Hubo por parte del Tribunal Arbitral exceso de jurisdicción y apartamiento del Acta de Misión en tanto omitió considerar como derecho aplicable el que resultaba de diversos actos administrativos dictados por el ENARGAS, los cuales, pese a su presunción de legitimidad (art. 12 de la ley 19.549), no fueron tenidos en cuenta por el laudo por considerarlos arbitrarios, incurriéndose, de tal manera, en una extralimitación notoria, pues una declaración como esa, que cuestiona la legitimidad de actos administrativos, no es susceptible de ser emitida en un arbitraje (fs. 86 vta./88 vta.).
- d. El laudo fue arbitrario, en el sentido de irrazonable, porque:
 - i. Omitió considerar lo dispuesto por el art. 13 de la ley 25.561, que estableció un marco jurídico especial aplicable al mercado del gas (fs. 89 y vta.).
 - ii. calificó al contrato celebrado entre las partes como "privado", sin advertir que MOBIL ARGENTINA S.A. es un concesionario del Estado Nacional a la luz de lo dispuesto por la ley 17.319 y del decreto 2446/92 (fs. 89 vta./90 vta.).
 - iii. no ponderó de manera adecuada prueba que se estima como decisiva (testimonio del ingeniero Álamos; relevamiento de documentación del consultor técnico Freyre; prueba informativa de ENARGAS), y fue dogmático en cuanto afirmó que el precio del gas está desregulado y ninguna norma legal ha cambiado tal principio (fs. 92 y vta.).
 - iv. sostuvo de modo también dogmático que el CER representa una compensación parcial para el acreedor de obligaciones pesificadas, que no constituye precio y que se aplica a todas las obligaciones anteriores al 6 de enero de 2002. En este orden de ideas, sostiene la quejosa que, por el contrario, el CER sí forma parte del precio y no es de aplicación automática a todas las obligaciones pesificadas, uno de cuyos ejemplos es, precisamente, las obligaciones vinculadas al mercado del gas que recibieron un tratamiento especial en el citado art. 13 de la ley 25.561, que lleva a excluir toda corrección o cláusula de ajuste (fs. 95 y vta.).
 - v. consagró una solución esencialmente injusta y disvaliosa, porque permitió al productor ajustar su precio por aplicación del CER, no obstante que se le impide al distribuidor -que se ha visto afectado

del mismo modo que el productor- seguir idéntica conducta, vulnerándose la garantía de igualdad ante la ley (fs. 95 vta./98 vta.).

- vi. arribó a una conclusión contraria a la correcta formación de la denominada "tarifa de distribución", ya que trasladó a GASNOR S.A. el evento desequilibrante del precio del gas, violando el principio regulatorio del pass through, y haciendo que dicha empresa deba afrontar el CER con su margen de distribución congelado y pesificado; ello, además, sobre una base dogmática, como es afirmar que si no se aplica el CER todo el perjuicio recae en el productor (fs. 98 vta./101 vta.).
- vii. fue falaz cuando sostuvo que para morigerar los efectos de la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia, no cabía hacer aplicación del Acuerdo Normativo propuesto por la UTE (Tecpetrol, Mobil y CGC) por medio de una carta dirigida a GASNOR S.A. el día 22/12/98, afirmando el Tribunal Arbitral para ello que dicho acuerdo no se refirió al CER sino a los ajustes estacionales del precio y que para lograr lo propio debió la demandada lograr la revocación de la decisión negativa que adoptó el ENARGAS relativa a la eficacia de tal acuerdo; y ello es así, según la quejosa, porque por el contrario podía llegarse a la apuntada morigeración interpretando al Acuerdo Normativo como demostrativo de la intención común de las partes, aplicándolo a la luz del principio de equidad y observando, además, que fue pacíficamente aplicado con posterioridad al dictado de la ley 25.561 (fs. 92 y vta. y 101 vta./104).
- viii. incurrió en autocontradicción al afirmar, por un lado, que las tarifas del gas están desreguladas; y por otro lado, que por decisión política están "congeladas" (fs. 104/105).

- 4. Independientemente de lo anterior, al articular la queja por denegación del recurso de apelación y nulidad que se acaba de reseñar, la demandada GASNOR S.A. invocó la existencia de cierta deficiencia procesal en las que habría incurrido el Tribunal Arbitral al dictar el auto denegatorio respectivo, lo cual importaría -según la versión del recurrente- una violación a la garantía constitucional del debido proceso. En tal sentido, la quejosa puso de relieve que el tribunal arbitral al disponer traslado del recurso de apelación y de los fundamentos del de nulidad con carácter previo a resolver sobre su admisibilidad, permitió suponer la concesión de ambos y no su denegación como finalmente resolvió, por lo que su actuación en este último sentido implicó extralimitar su competencia.
- 5. Por razón de lógica en la exposición, corresponde comenzar por el tratamiento de la cuestión procesal introducida en la queja que se reseñó en el considerando precedente.-

Al denegar los recursos de apelación y nulidad, el Tribunal Arbitral explicó las razones por las cuales los había sustanciado previamente a resolver sobre la inadmisibilidad de ellos, y porqué no podía aceptarse la pretensión de la demandada de tenerlos por concedidos por el solo hecho de haberse ordenado su sustanciación (fs. 109).

Pues bien, la queja presentada ante esta alzada no refuta fundadamente estas últimas razones brindadas por el Tribunal Arbitral que, como él lo señalara, remiten a principios propios del procedimiento arbitral consagrados en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, que rige el presente proceso.

A todo evento, observase que las disposiciones del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación aplicables al caso (art. 758 y sptes.), guardan silencio acerca del momento en que el Tribunal Arbitral puede pronunciarse sobre la concesión o no de los recursos contra el laudo, por lo que la decisión denegatoria adoptada después de la sustanciación de ellos no parece necesariamente cuestionable, máxime ponderando que:

- a) de ninguna manera puede ser sostenido que la simple sustanciación o traslado de un recurso implica su tácita concesión; y
 - b) que no agravia el debido proceso que la denegatoria de la concesión se produzca después de la sustanciación del recurso, pues ese es el trámite admitido, por ejemplo, por el recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48 (art. 257, CPCC) y a nadie se le ha ocurrido que ello sea inconstitucional por contrario a tal garantía, ni que el mero traslado implique la concesión de la apelación federal en forma implícita.
6. Ingresando, ahora, en el examen de la queja que denegó el recurso de apelación y nulidad articulado por GASNOR S.A., corresponde recordar, ante todo, que la administración privada de justicia que implica el arbitraje no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos como el de "promover la justicia" y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa -cumplidos ciertos recaudos- a los laudos arbitrales. A todo evento, la mayor o menor amplitud del control judicial depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación por no haber renunciado a él o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales en el supuesto de que los contratantes hayan renunciado a aquella apelación y sólo dispongan del recurso de nulidad del laudo arbitral (CSJN, 17/11/94, C. 950. XXIV. "Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad del laudo", Fallos 317:1527, voto del juez Boggiano).

En el sub lite se presenta la última de las hipótesis precedentemente señaladas pues la cláusula compromisoria pactada por las partes, expresamente estableció la inapelabilidad del laudo, implicando ello la renuncia por las partes al recurso de apelación concedido por la legislación procesal ante el juez que habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiere sometida a árbitros, en concordancia con lo que resulta del art. 28, ap. 6, del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio -a cuyas reglas se sometieron aquellas- que, en lo pertinente, dice así: "...Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se

dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente..." (Énfasis agregado).

7. Como fuera anticipado, en el caso de autos la firma GASNOR S.A. sostiene que la renuncia a la vía de la apelación en materia de laudos arbitrales, no puede ser interpretada como una abdicación a la posibilidad de impugnación si se contraría el orden público, o si el arbitraje fuese inconstitucional, ilegal o irrazonable. Cita, en tal sentido, el precedente de la Corte Suprema registrado en Fallos 327:1881 ("Cartellone").

Ahora bien, más allá de la opinión, generalmente adversa, que la doctrina ha elevado contra el citado precedente del Alto Tribunal por razones que no cabe aquí examinar (conf. Méndez, H., Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso "Cartellone". Un lamentable retroceso, JA 2005-I, p. 1312; Estoup, L., La universalización del orden público interno en el arbitraje internacional ¿una defensa legítima?, LL 2004-F, p. 930; Montaldo, M., El fallo "Cartellone": las implicancias económicas de una decisión inconveniente, LL 2004-F, p. 1025; Bonfanti, M., Interrogantes y límites de la interpretación jurídica, JA 2004-IV, p. 78; Zapiola Pérez, Horacio R., Aproximación a modo de crítica del fallo "José Cartellone Construcciones Civiles SA c/ Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor S.A., en Decita - Derecho del Comercio Internacional: temas y actualidades, vol. 3 , Buenos Aires, 2005 , págs. 470 a 476; etc.), lo cierto y concreto es que en el sub lite GASNOR S.A. no alega que el laudo hubiera violado el orden público, sino que hace una consideración abstracta y genérica de dicho instituto jurídico para sostener, conceptualmente, la irrenunciabilidad de cualquier vía impugnatoria cuando se lo afecta.

En efecto, agravios tales como la mayoría de los reseñados en el considerando 3º, son presentados por la quejosa como supuestos vinculados a causales de arbitrariedad de sentencia, y no como relacionados con violaciones al orden público o, lo que es lo mismo decir, como relacionados con la afectación de derechos fundamentales de rango constitucional, desde que, como lo ha destacado autorizada doctrina, el orden público en el recurso contra un laudo arbitral debe ser identificado con los contenidos constitucionales fundamentales (conf. Barona Villar, S., El laudo en el arbitraje de consumo, RCEA, vol. XIII, 1997, p. 9, espec. p. 41; González Quiroga, M., Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, ps. 645/647, n° 646 y 647).

En su caso, no es ocioso poner de relieve la inconsistencia argumental que, en sí mismo, implica la mención abstracta y genérica de un orden público supuestamente afectado para fundar la pertinencia de una revisabilidad judicial amplia de un laudo que, como ocurre en el caso, ha sido dictado en el marco de un régimen arbitral al cual las partes se han sometido voluntariamente y que coloca en cabeza de cada parte la obligación de cumplir sin demora la decisión que se adopte entendiéndose renunciado, como regla explícita e irrenunciable a su vez, todo derecho a una postrer impugnación judicial que permita esa amplia revisión.-

En tal orden de ideas, es evidente que la renuncia voluntaria al derecho de acceso a los recursos contra un arbitraje no puede de suyo ser considerada

como contraria al orden público, ya que no involucra la renuncia a ningún derecho constitucionalmente amparado, sino a un derecho de base legal como es el de la posibilidad de revisión por una instancia superior (conf. González Quiroga, M., ob .cit., p. 356, n° 353), cabiendo recordar en ese sentido que la garantía de la doble instancia no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles (conf. CSJN, 11/4/06, H. 45. XXXVII. Hojman, Rubén Evar s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Giannella, María Cristina").

Concordemente, en un caso en el cual se examinaba si podía entenderse vulnerado el orden público interno por haberse inadmitido un recurso de apelación contra un laudo arbitral, concluyó el Tribunal Supremo de España - con palabras perfectamente aplicables al derecho argentino- que ello no podía ser así porque la decisión que declara improcedente el indicado recurso no pone en tela de juicio derecho constitucional alguno, observando al respecto que se debe tener en cuenta "...la diferente relevancia constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos, resultando éste mero corolario de aquél, en cuanto al derecho de acceder a la justicia no viene otorgado por la ley sino por la Constitución misma. De ahí la diferente trascendencia que desde la perspectiva constitucional cabe otorgar a uno y a otro..." y que "...No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos..." (conf. Tribunal Supremo de España, Sala Civil, 9/6/98, "Breakbulk Marine Service Limited c/ Narvacero S.A.", RCEA, vol. XIV, 1998, ps. 237/244).

Y aunque, ciertamente, lo precedentemente expuesto no signifique, de ninguna manera, que la renuncia a los recursos contra un laudo arbitral implique, a la vez, una renuncia de las partes a hacer valer el orden público que pudiera estar involucrado en el caso laudado, ya que el control judicial del orden público es irrenunciable y las partes mediante la renuncia indicada no pueden escapar del mismo (conf. González Quiroga, M., ob. cit., p. 665, n° 670), no menos verdadero que ello es que, dentro de tan especial escenario, la demostración de una afectación al orden público debe ser clara e indubitable por parte de quien alegue su existencia, y no el resultado de genéricas postulaciones como ocurre en el caso. En efecto, admitir otra cosa o siquiera flexibilizar ese criterio interpretativo, podría conducir a dejar indebidamente de lado, sin razones valederas, la regla según la cual corresponde al juez respetar la renuncia -a la jurisdicción natural, en general, y a la posterior revisión por los jueces del Estado, en particular- sin atender a posteriores retractaciones que solapadamente puedan intentar las partes como consecuencia de una resolución adversa, desnaturalizando el instituto del arbitraje al privarlo de uno de sus más preciosos beneficios (conf. CSJN. Fallos 325:2893, voto de los jueces Boggiano y Nazareno).

8. De su lado, la afirmación de la quejosa según la cual la renuncia a la interposición del recurso de apelación que hiciera no pudo aprehender la hipótesis de controversia futura basada en la aplicación de la legislación de emergencia dictada con posterioridad a la firma de la cláusula compromisoria, pierde de vista -convirtiéndose por ello en inaceptable- que dicha renuncia no

se hizo exclusivamente para tener operatividad en arbitrajes que debieran decidirse con ajuste a la legislación vigente en el momento de pactarse la referida cláusula compromisoria sino, lógicamente, también para tener operatividad en arbitrajes cuya decisión pudiera derivar de legislación que se sancionara en lo futuro. Y es que, en su esencia, la cláusula compromisoria se refiere siempre a litigios futuros, y no a litigios presentes que deban ser resueltos con arreglo a la legislación existente. En efecto, lejos de referirse a conflictos ya existentes, la cláusula compromisoria (pactum de compromittendo) se refiere a la obligación que tienen las partes de someter sus diferencias "futuras" al arbitraje (conf. Martínez Vázquez de Castro, L., La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, Civitas, Madrid, 1984, p. 34; Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, A., Derecho Mercantil Internacional, Tecnos, Madrid, 1993, p. 284), y es obvio que esas controversias futuras habrán de ser examinadas con sujeción al derecho vigente al tiempo en que ellas se susciten o resuelvan (arg. art. 3° del Código Civil) sin que, entonces, pueda válidamente predicarse que la genérica renuncia al planteo de recursos formulada en la cláusula compromisoria no aprehenda, en su seno, la renuncia al cuestionamiento judicial de un laudo (necesariamente futuro) que se basare en la aplicación de dicho derecho vigente al tiempo de nacer el conflicto o vigente al momento de resolverlo.

Admitir otra cosa sería tanto como aceptar una escisión en el tratamiento de los casos sometidos a arbitraje, pues los habría de un tipo según el cual la renuncia a los recursos judicial tendría plena vigencia por haber sido laudados con arreglo a la legislación vigente en el tiempo de la firma de la cláusula compromisoria; y los habría de otro tipo según el cual, por haber sido laudados con sujeción a legislación que no estaba sancionada al momento de firmarse la cláusula compromisoria, habrían de ser recurribles judicialmente a despecho de cualquier renuncia. Es evidente que una comprensión semejante resulta claramente inadmisibile.

9. A esta altura, conviene recordar que, como lo expuso esta Sala en la causa n° 4537/2005 "Decathlon España S.A. c/ Bertone, Luis y otro s/ proceso arbitral", sentencia del 25.10.06 (voto del juez Heredia), en previsión de situaciones como la de autos, el art. 760 del Código Procesal prescribe que "...la renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de...nidad fundada en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos..."

A tenor de los agravios planteados en el recurso interpuesto, no se trata el presente de un caso que enmarque en la segunda causal citada. Y tampoco en la nulidad fundada en una "falta esencial del procedimiento", cupiendo recordar al respecto que, como lo ha destacado esta Sala, dicha causal se refiere a la invalidación de un laudo arbitral fundada en la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio, y que su admisibilidad se halla subordinada a la presencia de los requisitos procesales necesarios para impetrar una nulidad, a saber, existencia de defecto formal o ineficacia del acto -que en el caso debe ser esencial, con afectación de la defensa en juicio-, el interés jurídico en la declaración y actuación no convalidada (conf. CNCCom. Sala D, 12/7/02, "Total Austral SA c/

Saiz, Francisco Santiago s/ recurso de nulidad" [Fallo en extenso el Dial - AA1264], JA 2003-II, p. 79, con nota de Bianchi, R., La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento). Sin embargo, la quejosa no imputa ninguna "falta esencial de procedimiento" con el alcance precedentemente expuesto.

10. La quejosa aduce, de otro lado, que el laudo incurrió en un exceso de jurisdicción y apartamiento del Acta de Misión en tanto, a su juicio, no consideró el derecho aplicable que emanaba de diversos actos administrativos dictados por el ENARGAS, el cual dejó de ser ponderado pese a la presunción de legitimidad de tales actos y contra la cual no cabía en sede arbitral ningún examen que llevara a dejarla sin valor.

Cabe recordar que la causal de nulidad relativa a haber incursionado el laudo en puntos no comprometidos, se refiere a un pronunciamiento extra petita, para cuya calificación como tal es menester una indagación acerca de la correspondencia entre los puntos comprometidos expresamente (o aun tácitamente, si pueden implicarse de los sometidos expresamente) y la decisión final del arbitraje (Fenochietto, C. y Arazi, R., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, Buenos Aires, 1987, t. 3, p. 546).

En el acta de misión fue postulado que el tribunal arbitral se expidiera acerca de "...Si corresponde aplicar el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) a los suministros de gas natural efectuados durante los años 2002 y 2003, y los que se realicen en el futuro, tomando en consideración el derecho aplicable..." (fs. 25, punto f, y fs. 87).

La respuesta del tribunal arbitral a tal postulado resulta del capítulo VII del laudo ("cuarta cuestión", fs. 47/56). En dicho capítulo, los árbitros concluyeron en la pertinencia de la aplicación del CER a las deudas por suministros del bienio 2002/2003, descartando la pretensión de sentido contrario de la demandada GASNOR S.A. fundada en el distinto tratamiento que la ley 25.561 depara a los prestadores de servicios públicos en cuanto, afirma, deja sin efecto el ajuste de tarifas sobre la base dólar o índices extranjeros, ordenando una renegociación de la tarifa, de suerte que, entonces, no es posible acceder a ningún ajuste -como lo sería el CER- sin el previo reconocimiento de él por parte del ENARGAS o del Estado Nacional. Para así decidir, el laudo arbitral examinó en detalle los argumentos de GASNOR S.A. (fs. 49), así como actuaciones del ENARGAS y del Estado Nacional que dicha parte estimó como vinculadas al tema (fs. 50), concluyendo:

- a. Que el ENARGAS no ha considerado la aplicación del CER entre los conceptos que integran los cuadros tarifarios;
- b. que en la práctica la aplicación del CER al precio del gas repercutiría en el distribuidor GASNOR S.A., pues no es trasladable a la tarifa que éste percibe del usuario;
- c. que si no se aplica el CER al precio del gas, todo el perjuicio recae en el productor Mobil de Argentina S.A.;
- d. que todas las obligaciones anteriores al 6 de enero de 2002 han recibido -como mínimo- el ajuste del CER;

- e. que el laudo no puede solucionar el problema planteado por GASNOR S.A., porque él deriva de la aplicación de decisiones gubernamentales que "congelaron" los precios que deben pagar los usuarios, lo cual impide trasladarle a estos el mayor costo que implica la aplicación del CER en la relación productor-distribuidor;
- f. que el CER, a todo evento, no es un incremento del precio, sino una compensación de la significativa reducción del precio causada por la acción conjunta de la pesificación compulsiva y la devaluación de la moneda argentina;
- g. que el *pass through* no es automático, a diferencia de lo sostenido por GASNOR S.A.

A criterio de la Sala, la solución precedentemente reseñada que brindó el Tribunal Arbitral no constituyó un exceso de jurisdicción, ni se apartó del Acta de Misión, sino que abordó la cuestión postulada seleccionando la norma que estimó aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa, y ello con alcances que de ninguna manera puede calificarse como extra petita, máxime ponderando que, a diferencia de lo que sostiene la quejosa, no hubo omisión en la ponderación de los actos del ENARGAS que se dicen aplicables a la especie, sino decisión concreta y positiva de los árbitros de rechazar el supuesto "derecho aplicable" que de ellos resultaban, bajo el argumento no controvertido por GASNOR S.A. en su recurso de apelación y nulidad de que el mencionado ente regulador informó en autos, con claridad, que "...El Marco Regulatorio -por efecto de las disposiciones del artículo 38 de la ley 24.076 y lo dispuesto por el decreto n° 1411/94- no reconoce carácter automático al ajuste tarifario por variaciones en el precio del gas comprado, sino que el ENARGAS...deberá tomar en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo niveles de precios vigentes en los mercados, en condiciones y volúmenes similares...", situación esta última que no ha ocurrido finalmente y cuyas consecuencias, en definitiva, deben ser asumidas por GASNOR S.A. como consecuencia del riesgo regulatorio asumido por las distribuidoras consistente, precisamente, en que el ente regulador no fuera a autorizar el traspaso del incremento de los precios de gas convenidos con los productores a la tarifa a percibir de los usuarios.-

En suma, no se aprecia, desde la perspectiva analizada, que el laudo estuviera viciado por haber abordado puntos no comprometidos en los términos del art. 760 del Código Procesal, siendo evidente que el carácter ultra petita de la decisión no queda configurado por el solo hecho de que ella no hubiera recogido la interpretación que sobre la cuestión controvertida haya sostenido la quejosa.

11. Los restantes agravios de GASNOR S.A. pretenden descalificar el laudo arbitral sobre la base de invocar su arbitrariedad con varios argumentos.

Mas una descalificación de esa naturaleza, basada en la doctrina de la arbitrariedad, no sería propia del marco cognoscitivo del recurso de nulidad, sino del recurso de apelación al que se ha renunciado. En tal sentido, cabe recordar que el recurso de nulidad contra el laudo no está previsto para atacar presuntos errores in iudicando, los que sólo pueden ser reparados por la vía de la apelación (CNCom. Sala C, 21/12/01, "Cortefilms Argentina SA c/ Seb Argentina SA s/ queja), sin que tampoco pueda pretenderse elípticamente una

revisión judicial de un laudo adverso mediante un recurso de nulidad -que limita al juez a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez de aquél- pues, en ese caso, quedaría desorbitado el régimen arbitral (conf. esta Sala D, 25/10/06, "Decathlon España S.A. c/ Bertone, Luis y otro s/ proceso arbitral"; íd. Sala C, 3/6/03, "Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation s/ queja" [Fallo en extenso el Dial - AA1A07]).

En este punto, y para dar una acabada respuesta, cabe destacar que si bien la ley prevé la impugnación del laudo por vía del recurso de nulidad, este no habilita a las partes a solicitar una revisión de aquel en cuanto al fondo de lo decidido sino que el juez debe limitarse a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez del laudo, es decir, controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia (conf. CNCom. Sala C, 3/6/03, "Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation s/ queja"; íd. Sala A, 5/8/04, "KCK Tissue S.A. c/ Citibank NA s/ queja").

Con tal base de comprensión de las cosas, este Tribunal se permite, no obstante, señalar lo siguiente:

- a. Afirma la quejosa que los árbitros omitieron considerar lo prescripto por el art. 13 de la ley 25.561 que, según dice, estableció un régimen jurídico especial aplicable al mercado de gas.

Es verdad que el laudo no hizo mención de la norma indicada. Sin embargo, ello no se alza como una causal de invalidación pues, en rigor, la apuntada disposición carece de relación directa e inmediata con la cuestión puesta a decisión de los árbitros.

Al respecto, se recuerda que dicha disposición facultó al Poder Ejecutivo Nacional a regular, transitoriamente, los precios de los insumos, bienes y servicios críticos, a fin de proteger los derechos de los usuarios y consumidores, de la eventual distorsión de los mercados o de acciones de naturaleza monopólica u oligopólica.

El específico ámbito de aplicación del reseñado precepto es, pues, el de la protección del consumidor definido por la ley 24.240 y, más concretamente, lo que tutela el art. 13 de la ley 25.561 es -como lo ha destacado la doctrina- exclusivamente el contrato entre el concesionario y el usuario (conf. Gerscovich, C., La legislación de emergencia, decretos, resoluciones ministeriales y comunicaciones del BCRA, anotados y concordados, Buenos Aires, 2002, ps. 234 y 238).

De tal manera, resulta claro que el citado art. 13 no aprehende la situación de un contrato distinto al habido entre concesionario y usuario, como es en el caso del existente entre el concesionario y el productor, o como ocurre en la especie, entre el distribuidor y el productor.

Bien se ve, pues, la ausencia de la apuntada relación directa e inmediata entre el citado art. 13 de la ley 25.561 y la materia comprendida en el arbitraje, en el sentido de que dicha norma no es indispensable para fundar adecuadamente el laudo.

- b. La calificación que hicieran los árbitros del contrato entre MOBIL ARGENTINA S.A. y GASNOR S.A. como "privado", aun en la hipótesis de ser errada, no brinda sustento propio para fundar la arbitrariedad del laudo, ya que cualquiera sea la calificación jurídicamente correcta, de lo que se trata es de establecer si la demandada argumentó fundadamente su pretensión de excluir la aplicación del CER en las deudas que mantiene con la actora, y sobre ese particular la respuesta negativa dada por el arbitraje se asentó en otras razones, diferentes de esa calificación contractual, que se bastan a sí mismas para tener por adecuadamente fundado el laudo, excluyendo la tacha de arbitrariedad.
- c. Tampoco brinda sustento a la alegación de arbitrariedad la falta de ponderación de determinada prueba. Es que la cuestión no entronca con una hipótesis de deficiencia probatoria que afecta la estructura de la causa a punto tal de evidenciar una verdadera inexistencia del debido proceso, supuesto en el cual la nulidad del laudo sería procedente (CNCom., Sala B, 10/4/1972, LL 152-506), sino que se refiere a la selección del material probatorio efectuada por los árbitros, siendo evidente que no hay arbitrariedad determinada por el hecho de que el laudo hubiera dado preferencia a determinado elemento probatorio, en desmedro de otros (CSJN, doctrina de Fallos 248:68; 251:17; 253:496; etc.); ni ninguna arbitrariedad se desprendería del hecho de que los árbitros no hubieran ponderado una por una todas las pruebas agregadas a la causa, pues no estaban obligados a ello, sino solo a examinar los elementos de juicio que estimaban suficientes para la solución del asunto (CSJN, doctrina de Fallos 251:244, entre muchos otros).

Este modo de apreciar el plexo probatorio (que es, en última instancia, lo cuestionado por los recurrentes) no da cuenta de ninguna causal de invalidación del laudo, siendo evidente que el agravio de que se trata no expresa otra cosa que no sea el disenso de la quejosa respecto de la evaluación probatoria practicada en la órbita del arbitraje -con la consiguiente conclusión de que el mismo vendría a carecer de razonabilidad- lo cual no se corresponde en el plano conceptual con la causal de nulidad de que se trata.

De admitirse lo contrario, toda hipotética atribución de defecto de fundamentación en el laudo arbitral con base en la expresión de disenso sobre la evaluación probatoria practicada, bastaría para hacer intrínsecamente objetable todo laudo bajo la especie del recurso de nulidad por "falta esencial del procedimiento", lo que es manifiestamente inadmisibles (conf. CNCom. Sala D, 12/7/02, "Total Austral SA c/ Saiz, Francisco Santiago s/ recurso de nulidad"; íd. Sala E, 7/11/03, "PMA S.A. c/ Ciffoni, Ricardo; Donati, Silvia y Dupre, Graciana").

- d. No cabe considerar que el laudo fuese arbitrario por dogmático al haber sostenido que el precio del gas está desregulado y ninguna norma legal ha cambiado ese principio. Por el contrario, lo dogmático es la afirmación de GASNOR S.A. de sentido diverso, pues al haber vencido la prórroga por un año que ordenó el art. 1 del decreto 1186/93, cobró vigor la previsión final del art. 83 de la ley 24.076 según la cual "...Finalizado dicho período, se desregularán los precios de gas en punto de ingreso al sistema de transporte y las transacciones de oferta y demanda gasífera serán libres dentro de las pautas que orientan el funcionamiento de la industria, de acuerdo con el marco regulatorio...".
- e. Tampoco revela arbitrariedad la afirmación del laudo de que el CER no constituye precio, sino una compensación parcial al acreedor de obligaciones pesificadas.

El CER, en efecto, es un instrumento para compensar los efectos de la devaluación monetaria operada en enero de 2002 (conf. Ghersi, C., ¿Qué es el CER y cuál es su finalidad?, en Ghersi, C., Reparación de Daños Contractuales producidos por la Emergencia económica, Rosario, 2002, ps. 151 y sgtes.).

Pero independientemente de lo anterior, lo importante del caso no es una definición sobre la naturaleza del CER, sino simplemente establecer si resulta o no aplicable a las deudas reclamadas por MOBIL S.A. y, en tal sentido, no es ocioso observar que la quejosa no demuestra cabalmente que su débito se encuentre exceptuado de la aplicación de dicho coeficiente. Antes bien, ninguna de las excepciones previstas por la ley 25.713 resulta aplicable al caso de autos, cabiendo estar, por ello, a la regla general establecida por el art. 1º de esa ley en cuanto prescribe, con carácter general, la aplicación del CER a todas las obligaciones que en origen hubiera sido expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera y hubieran sido transformadas en pesos a partir de la sanción de la ley 25.561 o bien posteriormente.

- f. Por su lado, la arbitrariedad denunciada no puede ser admitida bajo el argumento de que el laudo arbitral fue injusto y arribó a una solución no valiosa porque permitió al productor ajustar su precio según el CER, lo cual no está permitido al distribuidor, consagrando así una alteración de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.-

Al respecto, destacase que para resolver la nulidad de un laudo carecen de eficacia los argumentos enderezados a demostrar su injusticia, por cuanto el objeto procesal de la jurisdicción judicial es completamente diferente del que acarrea la apelación. Los jueces ordinarios sólo tienen la facultad de revisar la decisión arbitral en cuanto a su justicia, cuando se recurre de ella mediante el recurso de apelación, que abre la instancia judicial con amplitud precisamente para ello. Pero cuando la apelación está excluida (como ocurre en el caso) y se somete a decisión de los jueces estatales la cuestión relativa a la validez de laudo, no puede entrar a considerar el modo en que la controversia ha sido resuelta. Pretender, a través del recurso o acción de nulidad, la revisión del fondo del asunto resuelto por los árbitros, significaría abrir una

instancia de alzada no prevista, para obtener un pronunciamiento contrario a los principios que rigen la materia, poniendo en cabeza de los jueces una facultad jurisdiccional de la que carecen (conf. Caivano, R., Arbitraje, Buenos Aires, 1993, ps. 260/262 y jurisprudencia allí referida).

A todo evento, se aprecia como inadmisibile la alegada violación a la garantía de igualdad ante la ley. Esto es así porque, como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente, la garantía de igualdad consagrada por el art. 16 de la Constitución Nacional no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable (Fallos 310:849; 311:1042; 312:840; entre muchos otros). Por otra parte, se ha afirmado -con criterio que cabe compartir- que frente a circunstancias disímiles nada impide un trato también diverso (Fallos 311:1602, voto de los jueces Petracchi y Bacqué), y que la inconstitucionalidad aparece cuando la ley contempla en forma distinta situaciones que son iguales (Fallos 312:826 y 851).

En el caso, empero, resulta meridianamente claro que no es lo mismo la relación consumidor-distribuidor, que la relación distribuidor-productor, pues en la primera inciden componentes que no están en la segunda, vinculados a la protección del usuario de un servicio público, que son precisamente los que permiten discriminaciones como las cuestionadas, en el sentido de admitir que unos sujetos deban asumir el incremento resultante del CER y otros no por su especial posición en la cadena de comercialización del gas.

- g. La invocada violación del principio del pass through tampoco aporta demostración de arbitrariedad en el laudo. Como fuera explicado precedentemente, la soportación por el distribuidor del incremento derivado del CER, sin posibilidad de traslación el precio pagado por el usuario, constituye una solución que tolera un test constitucional basado en la garantía de igualdad ante la ley y que, por consecuencia, sirve de fundamento bastante para excepcionar -dentro de un marco de emergencia como el declarado por la ley 25.561- la aplicación del principio referenciado.
- h. El laudo arbitral brindó razones, que más allá de su acierto o error, explican con claridad -descartando la tacha de arbitrariedad- porqué para morigerar los efectos del CER no cabía hacer aplicación del Acuerdo Normativo propuesto por la UTE (Tecpetrol, Mobil y CGC) por medio de una carta dirigida a GASNOR S.A. el 22/12/98 (véase fs. 55).

Esas razones no son controvertidas eficazmente por GASNOR S.A. ya que:

- a. no siendo controvertido que el citado Acuerdo Normativo se refiere *expressis verbis* a los ajustes estacionales del precio del gas, carece de toda lógica considerar que, a la vez, podía referirse al curso del CER, pues este coeficiente comenzó a regir con posterioridad y su aplicación no está ligada a ninguna variación estacional sino que responde a pautas propias que tienen raíz en la devaluación monetaria que siguió a la sanción de la ley 25.561;

- b. la circunstancia alegada por GASNOR S.A. de que los recursos administrativos que interpusiera ante el ENARGAS no hubieran recibido resolución (fs. 103 vta.), sólo puede ser interpretada desfavorablemente para esa parte, habida cuenta lo dispuesto por el art. 10 de la ley 19.549 ("...El silencio o la ambigüedad de la administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa...");
- c. la eventual aplicación que en los hechos pudiera haber tenido el Acuerdo Normativo según lo expuesto en fs. 103, no puede mejorar la conclusión ya que, como fuera dicho antes, los ajustes previstos por tal acuerdo no se vinculaban al CER.;
- d. la equidad cuya aplicación se reclama en fs. 102, no tiene cabida en el caso, pues ni siquiera en los juicios según equidad pueden los árbitros prescindir de observar las normas jurídicas de orden público o las que constituyen el fundamento de los varios institutos (conf. Carnacini, T., Arbitraje, p. 143, traducción de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961), cabiendo recordar, en tal sentido, el carácter de orden público de la legislación de emergencia que rige el caso (art. 19 de la ley 25.561). (i) La autocontradicción que GASNOR S.A. imputa al laudo en cuanto afirmó que las tarifas están desreguladas y, al mismo tiempo, congeladas, no es en realidad una autocontradicción de los árbitros sino, en todo caso, el resultado de la aplicación del régimen normativo vigente, siendo claro, en su caso, que frente al efecto económico disvalioso evidenciado en las actuaciones con que habrá de cargar dicha parte, la solución adoptada en la decisión recurrida consistente en distribuir la pérdida (fs. 52 in fine), no puede tildarse de irrazonable.

12. Por lo expuesto, y sin que -a contrario de lo requerido en fs. 1259- sea menester dar intervención al Ministerio Público,

SE RESUELVE:

RECHAZAR la presentación directa efectuada por GASNOR S.A. por denegatoria del recurso de apelación y nulidad.

TENER PRESENTE la reserva del caso federal (fs. 1259/vta., punto 7).-

Atento lo dispuesto por el art. 3º, inc. g, y 4º, inc. j, de la ley 23.898, oportunamente pasen los autos al señor Representante del Fisco para que determine la tasa de justicia que GASNOR S.A. deberá ingresar.

Notifíquese por Secretaría.//-

Fdo.: Gerardo G. Vassallo - Juan José Dieuzeide - Pablo D. Heredia

Héctor L. Romero, Prosecretario Letrado