

ENTIDAD BINACIONAL YACYRETÁ V. ERIDAY Y OTROS
JUZGADO 1° INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL Nº 3 SECRETARÍA Nº 5
Proceso de Conocimiento
Medida Cautelar

Buenos Aires, Septiembre 27 de 2004.

Autos y Vistos:

1. Se presenta el Director Ejecutivo de la “ENTIDAD BINACIONAL YACYRETÁ” (EBY), entidad creada por el “Tratado de Yacyretá”, celebrado entre la República Argentina y la República del Paraguay, con la finalidad de estudiar, dirigir y ejecutar las obras que tiendan al aprovechamiento del Río Paraná a la altura de las islas de aquel nombre, ponerlas en funcionamiento y explotarlas en los términos del art. III del Tratado aludido, y promueve demanda contra las “EMPRESAS REUNIDAS IMPREGILLO - DUMÉZ Y ASOCIADAS PARA YACYRETÁ - ERIDAY UTE” (ERIDAY) para que dicha UTE concorra a formalizar el texto del Acta Misión que incluya las postulaciones de EBY, en los términos del art. 742, tercer párrafo, del Código Procesal; demanda también a los señores árbitros Nicolás GAMBOA MORALES, Emilio Jorge CÁRDENAS y Julio Alberto BARBERIS, en los términos del art. 747 del Código Procesal, para que se aparten del proceso arbitral identificado como CASO CCI nº 11841/KGA.
2. En ese marco solicita el dictado de una medida cautelar de no innovar, para que el Tribunal Arbitral se abstenga de proseguir las actuaciones a las que refiere esta *litis* y se disponga la suspensión de los procedimientos en el proceso arbitral ya identificado, en los términos del art. 747 in fine, del Código Procesal, hasta tanto se resuelva la recusación de los citados árbitros.
3. A esos fines, señala que el 20.10.83 se firmó entre EBY y ERIDAY el “Y-C1: Obras civiles principales” para la construcción de la represa de Yacyretá, estipulándose en dicho contrato que las diferencias que pudieran surgir entre las partes durante la ejecución, serían sometidas a un sistema de arbitraje anual de orden técnico y económico, modificado por una circular al tiempo de la adjudicación del contrato; sostiene que la estipulación refería a tres aspectos esenciales: a) que la ciudad donde el contratista fijara su domicilio (Buenos Aires o Asunción), determinaría la legislación aplicable al contrato y a la jurisdicción elegida; en ese orden indica que ERIDAY constituyó su domicilio en la ciudad de Buenos Aires, siendo entonces de aplicación la ley argentina; b) que las controversias entre las partes serían resueltas por árbitros amigables componedores, a designar en un número de tres, uno por cada parte y el tercero, a falta de acuerdo entre las partes sería establecido por el Secretario General de la OEA; c) que el arbitraje se realizaría de una sola vez y a la terminación del contrato.
Puntualiza que la ejecución del contrato sufrió numerosas extensiones del plazo previsto y reprogramaciones que prolongaron su ejecución, lo que determinó la acumulación de una gran cantidad de reclamos del contratista; ello determinó, que el 4.7.01 las partes suscribieran un documento denominado “Acuerdo”, modificando algunos aspectos del arbitraje contractual.

Concretamente sustituyeron el arbitraje de amigables componedores por un arbitraje "iuris" a cargo de un tribunal arbitral de derecho; si bien mantuvieron la designación de un árbitro por cada parte, para el caso del tercero se estableció que sería designado por un organismo internacional, a determinar, entre la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París o el Centro Internacional de Arreglo de Disputas (CIADI) dependiente del Banco Mundial y con sede en Washington, sometiendo la administración del arbitraje a las reglas del organismo que en definitiva fuera designado (CCI o CIADI), todo lo que sería establecido en el compromiso arbitral, que se comprometían a suscribir, y en el que se determinarían las reglas y normas a las que se sujetaría el procedimiento arbitral; se acordó también, una cláusula limitativa del reclamo de intereses, la contratista reclamó la aplicación de los intereses del contrato (fondo rotativo) o en su defecto la tasa del 12% con capitalización semestral; la comitente se opuso a la procedencia de intereses, limitándolos -para el caso en que se condenara a su pago-, a la tasa del 5% por ser la habitual en la obra pública.

El aludido compromiso fue suscripto el 30.10.01. En prieta síntesis, y en cuanto a lo que a la *litis* interesa, se señala que en el mismo se acordó: A) que el tribunal arbitral estaría integrado por tres árbitros, uno por cada parte y el tercero designado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), por ser éste el organismo internacional designado; B) que la materia arbitral estaría limitada por las reclamaciones formalmente presentadas y sometidas a arbitraje en los términos del numeral 4.2-08 del Contrato Y-C1; C) que las normas procesales aplicables resultarían, en principio del Compromiso Arbitral, y supletoriamente las previstas en el Reglamento de Arbitraje de la CCI; D) en cuanto a las normas de fondo, se estableció que la controversia sería resuelta de conformidad con las normas del contrato Y -C1, y supletoriamente por la legislación argentina; E) se estableció la ciudad de Buenos Aires, como sede del tribunal arbitral, y la competencia de la Justicia Federal de la Capital Federal, frente al posible recurso de nulidad a deducir contra el laudo definitivo.

La resolución 1182/01 del Consejo de Administración del Ente Binacional Yacyretá aprobó el compromiso arbitral, designándose como árbitros a los abogados argentinos Dr. Julio Barberis por EBY, Dr. Emilio Cárdenas por ERIDAY, y como tercer árbitro el abogado colombiano Dr. Nicolás Gamboa Morales.

Con fecha 18.11.02 ERIDAY presentó su demanda, por un monto aproximado de U\$S 792.813.035.-, a valores del 31.7.02; EBY la contestó el 26.6.03, solicitando su rechazo sobre la base de que ERIDAY ya había percibido totalmente el precio de la obra, obteniendo una utilidad superior al 12%.

Sostiene entonces, que cumplida la tercera etapa procesal prevista en el compromiso arbitral, la cuestión había quedado en condiciones de pasar a la etapa siguiente, es decir la elaboración del Acta de Misión, instrumento procesal de naturaleza contractual que prevé el reglamento de la CCI, en el que se precisan las cuestiones litigiosas, y las reglas a las que las partes y los árbitros deben sujetarse, afirmando que este documentos es elaborado por el Tribunal Arbitral con las partes, y luego aprobado y suscripto de conformidad.

4. Afirma la demandante YACYRETÁ que a esos fines -tratar el texto del acta de misión-, el Tribunal Arbitral convocó a las partes para las audiencias de los días 2 y 3 de junio de 2004, y que con anterioridad a esa fecha presentó su propio proyecto de acta, haciendo saber al Tribunal que el proyecto final debía ser sometido a la aprobación de los cuerpos orgánicos de la actora. Indica, que en la audiencia del 2.6.04 el Tribunal presentó un proyecto de Acta, en el cual se testaban las postulaciones fundamentales de YACYRETÁ, a lo que se opuso, suscribiéndose en definitiva el día 3 de junio, un texto al que ERIDAY y el Tribunal Arbitral atribuyeron el carácter de Acta de Misión, no haciéndolo el representante de la Entidad Binacional por carecer de facultades, limitándose a inicialar el proyecto, al sólo efecto de elevarlo a los órganos de administración.

Luego de la audiencia, el Tribunal Arbitral expidió la Orden Procesal N°20, por la que se dispuso que en caso de que YACYRETÁ no firmara el proyecto, “..cualquiera fuera el motivo...” éste sería elevado a la Corte de Arbitraje de la CCI para su aprobación como texto del Acta de Misión, por aplicación del art. 18(3) del reglamento de la CCI, asimilando su conducta, en forma que concretamente critica, a un supuesto de rebeldía o contumacia.

5. Arribado a ese punto, en el entendimiento de que esa decisión vetaba por anticipado cualquier posibilidad de modificación del Acta de Misión, mediante una interpretación extensiva de una cláusula del reglamento que no se ajustaba a la situación que la actora planteaba, consistente en que no se contemplaban en el texto las formulaciones que eran fundamentales a los derechos que esgrimía en el proceso arbitral, conducta que implicaba en si misma un prejuzgamiento del Tribunal Arbitral, procedió a recusar a todos sus miembros con sustento en esa causal, y a cuestionar fundadamente el proyecto de Acta de Misión, insistiendo en la necesidad de incorporar al texto, los agregados por ella propuestos y suprimidos por los árbitros.

Indica, que recién el 30.8.04 la Secretaría de la Corte de Arbitraje de la CCI, le comunicó el rechazo de la recusación (que se produjo el 27.8.04), comunicación en la que no se expresaban los fundamentos de la decisión, que al día siguiente, el 31.8.04, y sin esperar a que estuviera firme el rechazo, el Tribunal Arbitral produjo la Orden Procesal N° 21, suscripta por el Presidente del Tribunal Arbitral, por la cual se rechaza la impugnación a la Orden Procesal N° 20, planteada por YACYRETÁ, se rechaza el pedido de convocar a una audiencia para realizar la incorporaciones al Acta de Misión, dándola por aprobada -con negativa de la entidad binacional a suscribirla- y disponiendo su remisión a la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, a los fines contemplados en el art. 18 (3) del reglamento.

6. Frente a esta nueva orden procesal YACYRETÁ articuló una nueva recusación y tachó de irrazonable y nula la resolución del 31.8.04.

Sobre esa base, plantea que en el escaso tiempo transcurrido entre la notificación del rechazo de la recusación y la elaboración de la Orden Procesal N° 21, no pudo ser elaborado un texto como el que da cuenta dicha orden, lo que entiende es demostrativo de que la misma fue elaborada durante el tiempo en que las actuaciones debían estar suspendidas en virtud del planteo de recusación, conducta que estima demostrativa de la falta de imparcialidad de los señores árbitros, sustentando la articulación de una nueva recusación; en cuanto al fondo de lo allí

decidido, se afirma que el Tribunal Arbitral despojó de su esencia contractual al acta de misión; sostiene que mediante ese documento las partes no sólo ratifican lo que han entendido debe ser materia de la resolución arbitral, sino que además pueden modificar y precisar los alcances del proceso y fijar además nuevas encomiendas a los árbitros; afirma en ese mismo sentido, que en la reunión mantenida el 15.4.04 se le hizo entrega de un esqueleto de acta de misión sin contenido, para que las partes lo completaran e hicieran circular entre ellas, lo que importaba delegar en las partes la redacción de sus respectivas postulaciones con conocimiento de la otra; enfatiza que precisamente las cuestiones testadas y omitidas en el texto que se quiere obligarla a suscribir, constituyen precisamente lo que su parte entiende como los puntos sustanciales de la delimitación de la competencia del tribunal arbitral, en razón de ser la concreción de los puntos litigiosos y la especificación -y orden de prelación- de las normas procesales y de fondo aplicables para la resolución de la controversia que se sometió al arbitraje. Destaca en especial que la descripción -aún genérica de los escritos en los que se asientan sus postulaciones, se remiten al anexo IV del acta de misión, con lo que pierden su carácter preceptivo, para transformarse en manifestaciones unilaterales de su parte.

Sostiene que el Tribunal Arbitral se atribuye el derecho a establecer un texto de acta de misión a su gusto -y al de la demandada, pues coincide con las postulaciones de la empresa contratista- y omite las propuestas de YACYRETÁ, obligándola a suscribir si o si ese texto, sobre la base de que en caso de no hacerlo y sin importar las razones fundadas esgrimidas (mediante una interpretación inconsistente del reglamento, en la que se asimilan sus objeciones, a la conducta de una parte rebelde o contumaz) el acta de misión quedará definitivamente perfeccionada, y en condiciones de ser elevada a la Cámara de Comercio Internacional para su aprobación. Esta conducta afirma, viola no sólo su derecho de defensa sino además el derecho a un debido proceso adjetivo, el que requiere sea restablecido por el tribunal judicial, pues si la Corte de la Cámara de Comercio aprobara el texto de Acta de Misión que se intenta remitir, quedarían excluidas del arbitraje pretensiones sustanciales de su parte, en especial las relativas al derecho aplicable, debiendo enfrentar una tramitación que ya desde ese punto resultaría ilegítima por afectar los derechos de YACYRETÁ.

7. Previo a ingresar al tratamiento de la medida cautelar que se solicita, cabe comenzar por recordar que los jueces no se encuentran obligados a dar respuesta a todos los argumentos de las partes, sino tan sólo a aquellos que resulten conducentes para la solución del conflicto y en tanto las alegaciones se encuentren debidamente fundadas; exigencia que, debe ser adecuadamente correlacionada con la gravedad institucional de la decisión jurisdiccional que se pretende, y con la naturaleza de los derechos en cuyo resguardo se promueve la acción.
8. Como punto previo cabe indicar, que en los términos del 742 segundo párrafo, del Código Procesal, es el Fuero Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal, el llamado a entender en demandas como las que aquí se articulan, en tanto es ante estos tribunales donde hubiera debido desarrollarse la controversia que, por acuerdo de las partes, fue sometida a la resolución de un Tribunal Arbitral; a lo que cabe agregar que dicha competencia esta dada también en razón de que la materia versa sobre un contrato de obra pública, y tener la Entidad Binacional Yacyretá carácter público y estatal, pues aún cuando se trata de un organismo

binacional, el Estado Argentino participa de una manera directa en su creación, y en el nombramiento de sus autoridades, e indirecta en cuanto a su constitución, al aporte de su capital y a su fiscalización, (Fallos 323: 3539). De allí cabe deducir además que el respeto a los derechos que YACYRETÁ invoca constituyen una cuestión de orden público, entendido éste en el sentido de que compromete al interés general, y no exclusivamente al interés individual o particular.

9. Que así planteada la cuestión y en punto a la medida cautelar que se solicita, debo comenzar por indicar que la entidad actora, a cuyo carácter público me he referido en el apartado precedente, requiere la efectivización del "imperium" que la justicia retiene sobre el órgano arbitral, sobre la base de la inexistencia de una autonomía e independencia absoluta de las decisiones de los tribunales arbitrales; y en ese sentido, si bien reitera su voluntad de someter a la decisión del Tribunal Arbitral, la resolución de las controversias que han surgido con la contratista durante el desarrollo del contrato "Y C1", sostiene que ese sometimiento no puede alcanzar la abdicación de sus derechos fundamentales, los que reclama se respeten durante el desarrollo del proceso arbitral, en especial los que refieren al ejercicio de su derecho constitucional de defensa, el que entiende ha sido violado por la conducta asumida por los árbitros, a los que recusó por dos veces, sobre la base del prejuizgamiento y consecuente pérdida de la imparcialidad.

Que la demanda articulada atiende entonces a la determinación del contenido definitivo del texto del acta de misión, cuestión que no se presenta como una materia de carácter menor, en tanto que como resulta del artículo 18 del reglamento de la CCI -al que las partes acordaron sujetar el procedimiento del proceso arbitral, con las precisiones que resultan del propio acuerdo de compromiso- ese documento debe precisar la misión del tribunal arbitral, y en su redacción deben tenerse en cuenta la últimas alegaciones de las partes.

Que las críticas que efectúa YACYRETÁ, apuntan a la aplicación que el Tribunal Arbitral efectuara de la cláusula 18 (3) del reglamento de la CCI, y que quedó plasmada en la Orden Procesal N° 20, que al omitir las consideraciones que la actora efectuaba al texto del acta de misión, apercibiéndola de que "de no producirse, por cualquier motivo, la firma de esta Acta de Misión por parte de EBY para la fecha antes mencionada (Agosto 13, 2004), se procederá de conformidad con el Artículo 18 (3) del reglamento", (v. punto 2 de la orden procesal 20, Anexo 11), y que se hizo efectiva en la Orden Procesal n° 21 (v. Anexo 15), cuando rechazada la primera recusación por la Corte de la Cámara de Comercio Internacional -y sin que la parte pueda conocer los fundamentos de la decisión, por entenderse que las decisiones de la Corte sobre la materia "son definitivas y las razones que las motivaron no serán comunicadas" (sic) según el texto del art. 7(4) del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (v. Anexo 16, última foja)-, el Tribunal Arbitral da por aprobada el Acta de Misión, en los términos de la cuestionada Orden Procesal N° 20, haciendo aplicación a la hipótesis de autos del art. 18 (3), y disponiendo la remisión de ese texto a la Corte de la CCI, para la continuación del trámite.

Y en tal sentido, y aún en el limitado marco de conocimiento que habilitan al tribunal el análisis de la pertinencia de medidas cautelares, que impide un estudio exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, posibilitando sólo

uno superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, de forma tal que, de conformidad con el cálculo de probabilidades, sea factible que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese derecho, encuentro configurada la verosimilitud del derecho que se invoca, ello en tanto impresiona como excesiva la aplicación que el Tribunal Arbitral efectuó del supuesto contemplado en el apartado 3 del art. 18 del reglamento, pues del análisis de la documentación en que se sustenta el pedido, no impresiona que YACYRETÁ se rehusara a participar en la redacción de la carta de misión, o se negara injustificadamente a firmarla, antes bien parecería haber ejercido su derecho a que un documento de tal trascendencia, verdadera piedra basal de todo el proceso arbitral, contuviera lo que para esa parte constituyen sus alegaciones fundamentales. La negativa reiterada del tribunal arbitral a considerar su posición (que se patentiza a poco que se compara el texto de las proposiciones de YACYRETA con el suscripto por tribunal, y que se plasma en las ordenes procesales nros. 20 y 21), unido a la resolución de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, por la que se rechazó la recusación por prejuzgamiento de los árbitros, con base en razones que no explicitan, persuaden a la suscripta de la verosimilitud del derecho que YACYRETÁ invoca.

10. Que por lo demás no forman obstáculo para que la cuestión sea analizada por un tribunal judicial, ni la circunstancia de que el fondo del conflicto se hubiera sometido al arbitraje, ni la etapa también inicial, en la que se encuentra ese proceso arbitral.

Respecto de lo primero, porque precisamente como los árbitros están facultados para pronunciarse sólo sobre las cuestiones que las partes expresamente les someten, su competencia -que debe ser caracterizada, por principio, como excepcional por comportar una derogación de la competencia de los tribunales judiciales- admite una interpretación de carácter restrictivo. Por ello, el Acta de Misión, como documento que se redacta después de verificado el conflicto de intereses, está destinada a definir los aspectos concretos de la materia litigiosa a decidir por los árbitros, precisando las disposiciones genéricas expresadas en la cláusula compromisoria; tal es la importancia que reviste para la suerte de todo el proceso arbitral, que constituye el acto jurídico a través del cual las partes definen los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver, (CAIVANO, Roque J., 2000, "Arbitraje", Buenos Aires, AD-HOC, p. 137).

Que por tal razón, si se concretara por los árbitros la restricción a que una de las partes explicita los términos del compromiso, lo que parecería haber ocurrido en la especie al testarse las alegaciones que YACYRETÁ propuso introducir, se produciría consecuentemente también una modificación en el derecho aplicable, con prescindencia de las normas objetivas, a las que las partes se ajustaron.

La circunstancia de que en el caso YACYRETÁ y su contratista hubieran remitido la resolución del conflicto a un arbitraje institucionalizado, como el que se desarrolla en el marco de la Cámara de Comercio Internacional, sujetándose a los términos del reglamento de ese organismo, no obsta a que en la concreta aplicación de sus disposiciones los árbitros deban asegurar la igualdad de trato entre las partes y proveer a un adecuado ejercicio de su derecho de defensa, sin que la sujeción a la decisión de los árbitros permita suponer preliminarmente, una renuncia a la revisión

judicial, en las hipótesis en que se verifique la violación a un derecho fundamental como el que resulta del respeto al debido proceso adjetivo.

11. Cabe recordar que, desde antaño, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido que, aún cuando resulta posible sustraer el juzgamiento de conflictos de la jurisdicción de los jueces del Estado para someterlos a árbitros, posibilidad que se encuentra reglada en los artículos 736 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ello es así en tanto se cumpla con el presupuesto según el cual el legitimado no se encuentre inerte contra abusos en que pudiera eventualmente incurrir el órgano arbitral, pues como consecuencia de la aplicación de las garantías a que alude el art. 18 de la Constitución Nacional, aunque no lo diga la cláusula, el ejercicio que en cada caso se haga de la jurisdicción arbitral no comporta más atribución que la de juzgar legal y razonablemente dentro de los términos del conflicto, a lo que se añade además que, aunque sea función de los árbitros la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho, no queda excluida la posibilidad de impugnar judicialmente la inconstitucionalidad, la ilegalidad o la irrazonabilidad en que los árbitros hubiesen incurrido al laudar (v. Fallos: 292: 223); se debe indicar por lo demás, que este mismo criterio aparece plasmado en el pronunciamiento del Alto Tribunal del 1.06.04 “José Cartellone Construcciones SA c/Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor s/proceso de conocimiento”.

En el aludido precedente, la Corte Suprema reafirma la pertinencia de la tesis amplia respecto del control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, acudiendo a la expresión “supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público”, añadiendo que dicho control corresponderá también cuando “...la decisión sea inconstitucional, ilegal o irrazonable”, (v. considerando 14 del fallo citado).

12. Que en cuanto a la oportunidad en que se solicita el control judicial, no aparece tampoco, en este estado, como irrazonable que con miras a la apuntada trascendencia que reviste el acta de misión para la suerte de todo el proceso arbitral, su contenido sea revisado, a fin de introducir si así correspondiera las modificaciones que fuera menester, de forma tal que se cuente con un instrumento donde quede definitivamente establecido el marco en el que los árbitros desarrollarán su misión, evitando de ese modo futuras impugnaciones o desconocimientos del laudo. Esta circunstancia, es además demostrativa del requisito de peligro en la demora, pues constituirá un verdadero dispendio, que se tramite por completo el proceso arbitral, cuando una de las partes desde su inicio ha manifestado su discrepancia con el contenido de los puntos litigiosos plasmados en el acta de misión. A lo que se debe añadir, que tampoco aparece como irrelevante la circunstancia que se apunta en la demanda, respecto a que la continuación del trámite del proceso arbitral presupone desembolsos en concepto de anticipo de honorarios de los árbitros, de magnitud significativa si se repara en que estos se fijan sobre la base de los montos reclamados por la contratista, la que estimó su pretensión, a julio de 2002, en la suma de U\$S 17.215.887.-, (confr. tabla de honorarios y gastos administrativos del reglamento de la CCI, anexo 6).
13. En función de las consideraciones que se llevan expuestas, RESUELVO: admitirla medida cautelar de no innovar solicitada por la Entidad Binacional Yacretá respecto de la aprobación del Acta de Misión y de los actos posteriores correspondientes al

proceso arbitral CASO 11841/KGA suspendiéndose la tramitación hasta tanto se dicte sentencia en la presente causa.

Exímese, en función de los fundamentos desarrollados en el considerando 8.- respecto del carácter público y estatal de la actora, de prestar contracautela en los términos del inc. 2º del art. 200 del Código Procesal.

Regístrese y notifíquese la presente resolución, mediante oficio, a la parte demandada EMPRESAS REUNIDAS IMPREGILLO - DUMEZ Y ASOCIADAS PARA YACYRETA - ERIDAY UTE, y al Tribunal Arbitral en la Secretaria del mismo, los que serán confeccionados por la actora y diligenciados en el día (art. 36 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Claudia Rodríguez Vidal
Juez Federal

Amalia Pabelo
Secretaria Federal