

PACTO DE DERECHO APLICABLE. CÓMO DEBE APLICARSE EL DERECHO ELEGIDO POR LAS PARTES*

*APPLICABLE LAW COVENANT.
HOW THE LAW CHOSEN BY THE PARTIES MUST BE APPLIED*

*Juan Pablo Quaranta Costerg***

Resumen: La presente nota a fallo se refiere a un recurso de nulidad contra laudo arbitral, en el cual, según la parte actora, el árbitro interviniente se apartó en su decisión del derecho pactado por las partes mediante autonomía conflictual. La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal resolvió, en un fallo dividido, que el árbitro no se había apartado del derecho aplicable pactado por las partes. En el pacto, las partes habían acordado aplicar el derecho argentino, entendiendo por tal al Código Civil de Vélez Sarsfield y no al Código Civil y Comercial. En su decisión la mayoría sostuvo que la institución del *pactum de non petendo* había sido aplicada por la doctrina y la jurisprudencia, encontrando de ese modo recepción en el derecho argentino. Asimismo, la referencia al Código Civil y Comercial efectuada por el árbitro no implicó un apartamiento del derecho aplicable seleccionado, atento que dicho cuerpo normativo regula el derecho aplicable al caso de modo similar al Código Civil derogado.

Palabras-clave: Recurso de nulidad - Arbitraje - Apartamiento del derecho pactado.

Abstract: This note refers to an appeal for annulment of an arbitration award, in which, according to the plaintiff, the intervening arbitrator departed in his decision from the law agreed upon by the parties. Chamber D of the National Court of Commercial Appeals of the Federal Capital ruled, in a divided ruling,

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2024 y aprobado para su publicación el 11 de abril del mismo año. La presente contribución está basada en una exposición que brindó el autor el 25 de junio de 2013 en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal junto con la Dra. María Elsa Uzal en el ciclo *El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, tema *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.

** Abogado, Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho Internacional Privado, UBA. Profesor Adjunto Regular de Derecho Internacional Privado, UBA. Profesor en la Maestría de Derecho Internacional Privado, UFLO. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Privado, Profesor Doctor Werner Goldschmidt, Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal.

that the arbitrator had not deviated from the applicable law agreed upon by the parties. In the agreement, the parties had agreed to apply Argentine law, meaning the Civil Code of Vélez Sarsfield and not the Civil and Commercial Code. In its decision, the majority held that the institution of the *pactum de non petendo* had been applied by doctrine and jurisprudence, thus finding reception in Argentine law. Likewise, the reference to the Civil and Commercial Code made by the arbitrators did not imply a departure from the selected applicable law, taking into account that said regulatory body regulates the law applicable to the case in a similar way to the derogated Civil Code.

Keywords: Appeal for annulment - Arbitration - Departure from the agreed right.

Sumario: 1. Introducción. Haciendo un poco de historia. 2. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales. Autonomía material y conflictual. 3. El caso. Autos *Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A.* (Chile).

1. Introducción. Haciendo un poco de historia

En el derecho internacional privado -de aquí en adelante, DIPr.- argentino de fuente interna o autónoma se admite desde antaño la celebración de un pacto de elección de derecho aplicable.

Así, durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional aceptaban de manera pacífica el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en su vertiente conflictual como material, a fin de pactar el derecho aplicable a un contrato internacional.

Dicha aceptación se debía a una construcción doctrinal y jurisprudencial.

La doctrina y la jurisprudencia eran contestes en sostener que el artículo 1197 del Código Civil derogado no resultaba una norma aplicable a cuestiones de DIPr. La aceptación de la autonomía de la voluntad de las partes se derivaba, entonces, de distintas posturas interpretativas.

Una primera posición se basaba en la aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional¹, que establece que las personas pueden hacer todo aquello que no esté prohibido.

Otra opinión hacía referencia a la posibilidad que establece el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de pactar la jurisdicción internacional competente en cuestiones de índole patrimonial, encontrándose, entonces, también permitido pactar el derecho aplicable al contrato.

(1) Constitución Nacional. "Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*" (el resaltado nos pertenece).

También se argumentaba que desde antaño el Estado argentino efectúa pactos de jurisdicción y derecho extranjeros en sus contratos internacionales, por lo que las partes podrían hacer lo mismo.

Una última postura, se refería a la amplia recepción de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratación internacional llevada a cabo por la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, entonces, ¿por qué no receptor la autonomía en la contratación internacional en aquellos casos en que la fuente aplicable al mismo fuera el Código Civil derogado?²

Dichos inconvenientes a fin de justificar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del derecho aplicable a un contrato internacional, han tocado a su fin con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, que, en su artículo 2651, establece los requisitos y límites al mismo.

2. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales. Autonomía material y conflictual

2.1. Autonomía de la voluntad material

Se traduce en la confección que realizan las partes de aquellas cláusulas que establecen mecanismos en relación a sus obligaciones. Las mismas pueden resultar de una redacción original de las mismas; que sean tomadas de distintas legislaciones existentes; o del *soft law*³, incorporándolas como una cláusula contractual más.

No puede desplazar el orden público internacional ni a las normas de policía del foro ni de terceros Estados que guarden relación con el caso.

2.2. Autonomía de la voluntad conflictual

Es aquella por la cual las partes eligen el derecho aplicable; dicha selección se hace determinando la aplicación de algún derecho nacional preexistente.

No puede desplazar al orden público internacional, ni a las normas de policía del juez, ni a las normas de policía del derecho aplicable.

2.3. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y su regulación en el Código Civil y Comercial. Requisitos. Límites

El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes supone que el contrato tenga un elemento extranjero real.

(2) Esta última postura era sostenida por Alicia M. Perugini.

(3) Por ejemplo, principios, leyes modelo, guías legislativas.

Por otro lado, como se verá a continuación, el Código Civil y Comercial recepta de manera amplia y clara la posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en su vertiente material como conflictual.

El artículo 2651 del Código Civil y Comercial determina las condiciones y límites aplicables al ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación internacional, estableciéndose como principio general que la validez intrínseca, la naturaleza, efectos, derechos y obligaciones de los contratos internacionales se rigen por el derecho elegido por las partes.

Dicha elección puede resultar expresa o implícita -de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso-.

Asimismo, la norma bajo análisis permite que las partes elijan el derecho aplicable a la totalidad del contrato internacional o sólo a una parte de él, admitiéndose el *dépeçage*⁴ por acuerdo de partes o convencional.

El artículo 2651 del Código Civil y Comercial, otorga a las partes la posibilidad de elegir cualquier derecho como aplicable al contrato, ya que la norma no exige la existencia de una conexión razonable entre el caso y el derecho elegido.

A fin de evitar que se frustre el pacto de derecho aplicable, si se eligiera como aplicable un derecho no vinculado a la situación jurídica multinacional, habría que estudiar si el mismo admite ser aplicado en aquellos supuestos que no guarde relación con el caso jusprivatista internacional.

Las reglas de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que establece el artículo son las siguientes.

a) Momento de ejercicio

En cualquier momento se puede convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones del Código Civil y Comercial. Esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.

b) Autonomía de la voluntad conflictual. Exclusión del reenvío

Elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas indirectas, excepto pacto

(4) *Dépeçage. Int. priv.* Posibilidad de que gozan las partes de un contrato, así como jueces y árbitros, de someter aspectos económicamente independientes de un contrato internacional a leyes distintas. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (<https://dpej.rae.es/lema/d%C3%A9pe%C3%A7age>).

en contrario⁵. Ello es así a fin de evitar la frustración del pacto y la aplicación del derecho seleccionado por las partes.

c) Autonomía de la voluntad material

La norma bajo estudio autoriza a las partes a establecer de común acuerdo el contenido material del contrato y a crear disposiciones que desplacen las normas coactivas -orden público interno- del derecho elegido.

d) Usos y costumbres

Los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.

El presente inciso regula la posibilidad de pactar usos y costumbres, siguiendo, en dicho sentido, las líneas directrices establecidas en el artículo 9 de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el artículo 10 de la CIDIP IV de Contratos⁶.

e) Orden público internacional y normas internacionalmente imperativas o de policía⁷

(5) En el mismo sentido se manifiesta el artículo 2596 del Código Civil y Comercial.

Artículo 2596 Código Civil y Comercial de la Nación. Reenvío. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. *Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario* (el resaltado nos pertenece).

(6) Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 9. 1) *Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.* 2) *Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.* Artículo 10 CIDIP IV de Contratos. *Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.*

(7) Las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional tienen una regulación específica en la parte general de DIPr. del Código Civil y Comercial, en los artículos 2599 y 2600 respectivamente. El artículo 2651 del Código Civil y Comercial se encuentra alineado con lo establecido en las mencionadas normas. Artículo 2600 Código Civil y Comercial. Orden público. *Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.* Artículo 2599

El inciso e) del artículo 2651 del Código Civil y Comercial, establece que los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato.

También se establece la aplicación de las normas imperativas del Estado que presente un vínculo económico preponderante con el caso.

Este último punto también se encuentra regulado en el artículo 2599 del Código Civil y Comercial, en cuanto establece la aplicación de las normas de policía del derecho extranjero declarado aplicable o de un tercer Estado con el que el caso presente vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

f) Fraude a la ley

El inciso f) de la norma que nos encontramos analizando sostiene que los contratos hechos en la República Argentina para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno

g) Elección de foro

La elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho aplicable de ese país.

Por último, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de consumo internacionales.

3. El caso. Autos *Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile)*⁸

Se trataba de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral.

El arbitraje, administrado por la Cámara de Comercio Internacional -CCI- se había llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires.

Código Civil y Comercial. Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

(8) CNCom., sala D, *Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile)*, diciembre 12-2017. Una versión digital de la sentencia puede obtenerse en <https://fallos.diprargentina.com/2017/12/pan-american-energy-llc-sucursal.html> Última fecha de consulta: 5 de abril de 2024.

Uno de los motivos por los cuales Pan American Energy había interpuesto el recurso de nulidad contra el laudo, era, según los fundamentos esgrimidos por la misma, que el árbitro no había aplicado el derecho argentino pactado por las partes y que, además, había hecho aplicación de un instituto no receptado, según la parte, por el derecho argentino *-pactum de non petendo-*.

Por último, afirmó que el laudo fue contrario al ordenamiento jurídico, pues se fundó en un derecho ajeno al local. Este último punto fue descartado unánimemente por los jueces de Cámara, dado que considerar el mismo hubiera implicado violar el acuerdo de renuncia de apelación celebrado entre las partes⁹.

Resulta indiscutible entonces que este arbitraje, que además tuvo su sede en la ciudad de Buenos Aires, debía aplicar tanto en el análisis como en la solución, el derecho argentino y, frente a la derogación del Código Civil durante el desarrollo del proceso arbitral, las partes especificaron que la modificación del ordenamiento principal que rige el derecho común no incidía en este caso, pues seguirían siendo aplicables aquí las normas del Código Civil derogado, en la redacción vigente al 31 de julio de 2015.

De manera previa al dictado del laudo respectivo, el árbitro interviniente solicitó a las partes que se manifestaran expresamente sobre que interpretaban ellas por derecho argentino, ya que el pacto de elección de derecho -llevado a cabo mediante autonomía conflictual- había sido suscripto con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial.

En dicho sentido, tanto Pan American Energy como Metrogas, estaban de acuerdo en que el derecho argentino pactado como aplicable al caso era el Código Civil de Vélez Sarsfield y no el Código Civil y Comercial.

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió el recurso de nulidad en un fallo dividido¹⁰.

El primer voto correspondió al Dr. Garibotto, quien, en minoría, admitió el recurso de nulidad interpuesto por Pan American Energy Sucursal Argentina.

(9) La renuncia al recurso de apelación se encuentra autorizada por el artículo 760 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. Artículo 760 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. *Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.*

(10) Existen otros temas de análisis que pueden abordarse en torno al fallo, como por ejemplo el análisis de las cuestiones de orden público pese a haberse renunciado la posibilidad de interponer un recurso de apelación, la validez de dicha renuncia, el pacto de jurisdicción. Nosotros hemos elegido examinar la cuestión relativa a la interpretación y aplicación del derecho elegido por las partes haciendo uso de la autonomía de la voluntad conflictual.

En dicho sentido, el magistrado sostuvo que “luego de leído cuidadosamente el laudo en cuestión llego a la conclusión, ciertamente opuesta a la opinión vertida por la señora fiscal general en el dictamen de fs. 636/645, que *el impetrado recurso de nulidad debe estimarse por no haber aplicado el árbitro el derecho elegido por los contendientes*”¹¹.

A continuación, desarrolla los fundamentos legales en que basa dicha afirmación.

El Juez de Alzada arguyó que el artículo 11 del Acuerdo de Reasignación oportunamente suscripto por las partes en conflicto reza que “*(e)l presente acuerdo se regirá y será interpretado de conformidad con la legislación de la República Argentina*” y así quedó plasmado en el laudo, en el que se aclaró que, por petición de las partes, ninguna incidencia tendría el Código Civil y Comercial, sino que se aplicarían las normas contenidas en el Código Civil de Vélez Sarsfield¹².

Dice que de manera expresa el numeral 9 del laudo sostiene que “*(a) petición arbitral, las partes, por sendos escritos de 30 de noviembre de 2015, confirman que el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015*”¹³.

Sostuvo el magistrado que el árbitro interviniente analizó el régimen general y el especial de la renuncia recurriendo al Código Civil y Comercial y no al Código Civil de Vélez Sarsfield. A fin de fundamentar dicha postura, adujo que alcanzaba con revisar el contenido del numeral 226 del laudo, en el que el árbitro basó la opinión que allí expresó en el texto, que transcribió, del artículo 946 del Código Civil y Comercial (aunque sólo dijo Código Civil) y en la doctrina que citó, referida a ese cuerpo legal; asimismo, en el numeral 228, el árbitro habría acudido a la norma del 724 del Código Civil y Comercial (esta vez así individualizado) que transcribió.

Continuando con su razonamiento, el juez sostuvo que el árbitro, si bien inicialmente examinó el caso a la luz del derecho argentino, no sólo no aplicó aquél voluntariamente elegido por las partes al que habían sujetado la solución de sus posibles diferencias, sino que, además, apoyó la decisión en una figura ajena a nuestro derecho. Es por ello que, atento tratarse de un arbitraje de derecho, debe respetarse el ordenamiento jurídico, “*pues la fundamentación de la decisión debe ser una derivación razonada de la normativa aplicable al caso*”¹⁴.

En definitiva, en base a los argumentos recientemente analizados, el Dr. Garibotto propuso hacer lugar al recurso de nulidad del laudo arbitral.

(11) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

(12) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

(13) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

(14) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

El segundo y tercer voto de la sentencia conforman la mayoría que permitió resolver el caso planteado en el sentido de rechazar el recurso de nulidad del laudo.

A diferencia del voto del Dr. Garibotto, los Dres. Vassallo y Heredia efectuaron una interpretación teleológica o finalista del laudo arbitral, teniendo en cuenta los fundamentos utilizados por el árbitro interviniente y no tan solo la letra del laudo.

El segundo voto correspondió al Dr. Vassallo.

Dentro de los argumentos esgrimidos por el magistrado, cabe destacar que el mismo sostiene que, además de los motivos permitidos por la legislación procesal, parecería agregarse hoy otra aparente causal de impugnación del laudo, cual es que el mismo sea contrario al ordenamiento jurídico (artículo 1656 del Código Civil y Comercial). Dicha tesis había sido utilizada por Pan American Energy al impugnar el fallo arbitral.

Sin embargo, el Dr. Vassallo llegó a la conclusión que dicha norma sólo resulta de aplicación a los arbitrajes domésticos y no a los internacionales.

Sostiene que el derecho aplicable es el argentino y que, a petición del árbitro interviniente, ambas partes confirmaron que la aplicación del Código civil y Comercial “(...) no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015”.

El magistrado, de manera coincidente con su predecesor en el voto, advirtió que el árbitro en su laudo utilizó el artículo 946 del Código Civil y Comercial¹⁵ y que citó doctrina referida al mismo. Asimismo, indicó que posteriormente citó una norma del Código Civil y Comercial, esta vez identificándola como perteneciente a dicho ordenamiento jurídico.

Ante dichos supuestos incumplimientos por parte del árbitro interviniente, el Dr. Vasallo sostuvo que “(s)in embargo esta objetiva desatención al derecho pactado, no aparece relevante para justificar por sí sola la nulidad del laudo”¹⁶.

Analicemos las implicancias y el significado de la frase recientemente transcripta.

El magistrado, lúcidamente, sostiene que no cualquier vicio amerita el dictado de la nulidad de un laudo, que el defecto invocado debe resultar trascendente y que no debe tratarse de una cuestión irrelevante que hubiera sido inocua al resultado.

Una vez sentada dicha premisa, comienza a analizar la aplicación del derecho pactado por las partes.

(15) Artículo 946 Código Civil y Comercial. La aceptación de la renuncia por el beneficiario causa la extinción del derecho.

(16) La itálica nos pertenece.

De un simple repaso de los principios del derecho civil, el artículo 946 del Código Civil y Comercial sólo incorpora a la norma una premisa que ya había sido considerada por la doctrina y que resultaba receptada por el Código Civil derogado.

En dicho sentido, la redacción actual de la norma no reconoce conceptos distintos a los vigentes con el anterior ordenamiento. Sólo define, congruente con el artículo 875 del Código Civil derogado y el artículo 947 del Código Civil y Comercial, que la obligación se extingue cuando la renuncia es aceptada por su beneficiario.

Otro tanto sucede con la invocación que el laudo realiza del artículo 724 del Código Civil y Comercial en lo referente a la definición de obligación.

Según el magistrado, la disquisición llevada a cabo por el árbitro luego de citar el artículo 724 del Código Civil y Comercial, no responde, entonces, a una novedad legislativa sino, como máximo, a una diferente redacción para explicitar principios ya clásicos.

En virtud de ello, las incorrectas citas legales que realizó el árbitro de un Código expresamente excluido del análisis como punto del compromiso, no aparecen relevantes para justificar la nulidad del laudo.

A continuación, realizó un análisis de la aplicación por parte del árbitro del instituto del *pactum de non petendo*.

Metrogas, a diferencia de Pan American Energy, sostuvo que la doctrina y la jurisprudencia argentinas ya habían utilizado el mencionado instituto para explicar algunas situaciones o relaciones jurídicas.

En el mismo sentido, el Juez Vassallo demostró en su voto que el instituto ha sido invocado por la doctrina para sostener, por ejemplo, que la participación de una persona en un acuerdo preventivo extrajudicial implica un *pacto de non petendo* de la quiebra o por la jurisprudencia en relación a un cheque postdatado, “(...) que la recepción de cheques ‘a fecha futura’ configura el modo documentalmente simplificado de pactar una convención de las llamadas ‘de non petendo’; esto es y simplemente, un pacto accesorio de diferimiento de la exigibilidad (...)”.

En base a la opinión sustentada por Metrogas, el árbitro concluyó que las partes habían tomado posición sobre la calificación de la renuncia como *pactum*, lo cual lo habilitaba para analizar los alcances de la renuncia introduciendo la figura del *pactum*.

El árbitro, luego de reconocer que el *pactum de non petendo* no ha sido receptada normativamente por la legislación argentina, sostuvo que tal convención “(...) no deja de ser un pacto válido en virtud de la autonomía de la voluntad (...)”¹⁷. Sin decirlo expresamente, esta afirmación parecería tener sustento en la regla establecida en el artículo 1197 en el Código Civil derogado.

(17) La itálica nos pertenece.

En el mismo sentido, el árbitro destaca que el mencionado instituto aun sin estar regulado de manera específica, ha sido invocado en distintas oportunidades por la doctrina nacional. De ello parece derivar que es posible su utilización para resolver el caso, aun cuando se reconozca que no ha sido incorporado normativamente al derecho argentino. De este modo, al calificar la renuncia como un acuerdo de voluntades, las características de la misma serían similares a la del *pactum de non petendo*.

En base a los argumentos expresados, el magistrado interviniente sostuvo que el *pactum de non petendo* ha sido aplicado conceptualmente por la doctrina y jurisprudencia argentina, aún sin que el instituto resultara regulado por el derecho argentino. Por lo tanto, el mismo no puede considerarse extraño para el mencionado ordenamiento normativo.

Como corolario de lo expuesto, el Juez Vassallo concluyó que los principios y efectos del *pactum de non petendo* han sido aplicados en la interpretación de diversos actos jurídicos, lo cual permite hacerlo en el laudo cuya nulidad se solicita, sin que ello implique un apartamiento de la legislación elegida por las partes y que el nuevo ordenamiento jurídico no constituía una modificación conceptual de los principios rectores del Código Civil derogado.

A continuación, el magistrado votante sostuvo que “(...) si a pesar de ello pudiera existir alguna vacilación respecto de la solución del caso, debe optarse por la validez del laudo conforme el principio de favor arbitri hoy además receptado normativamente por el artículo 1656 CCCN (...)”.

El Dr. Heredia fue el último magistrado interviniente. El mismo suma argumentos a los ya vertidos por el Dr. Vassallo, conformando de esa manera el voto en mayoría.

“(a) Sabido es que, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, versión año 2012 (que es la aplicable al caso; fs. 576), es dado a “(...) Las partes (...) acordar libremente las normas del derecho a ser aplicada por el tribunal de arbitraje a los méritos de la disputa (...)” (art. 21).

“Tal posibilidad, que también es aceptada por la Ley Modelo CNUDMI (art. 28) y que importa un principio esencial en el derecho del comercio internacional (conf. Rivera, J., Arbitraje Comercial – internacional y doméstico, Buenos Aires, 2007, p. 507), implica validar en el marco del arbitraje la aplicación de la autonomía de la voluntad en orden a la elección por los contratantes del derecho apto para la resolución de la controversia (autonomía conflictual), bajo la idea de que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para determinar el sistema jurídico que les rige (conf. Moreno Rodríguez, José, en la obra Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, anotado y comentado, dirigido por Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola, Legis, Buenos Aires, 2011, p. 359 y sus citas)”.

El juez de Cámara resuelve, juntamente con la opinión ya vertida por los restantes magistrados, que el conflicto fuera decidido por un único árbitro y que el mismo debía aplicar el derecho argentino, entendiéndose por tal el Código Civil velezano y no el Código Civil y Comercial.

Es decir, que las partes acordaron de manera específica un *pactum de lege utenda*. En dicho sentido, la “(...) elección hecha por los contendientes debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, como referente a la ley sustancial e igualmente a la doctrina y jurisprudencia interpretativa de ella (...)”.

En su argumentación, el Dr. Heredia sostuvo que si bien el árbitro refirió adecuadamente la ley elegida por las partes para resolver el conflicto, al abordar lo atinente a la definición del objeto o alcance de la renuncia, fundó su decisión no sólo en citas del Código Civil derogado y su doctrina interpretativa, sino también en la mención de preceptos del Código Civil y Comercial, así como en la de autores que han comentado este último cuerpo legal.

El magistrado votante sostuvo que el árbitro debe respetar el pacto de derecho aplicable llevado a cabo por las partes, so pena que el laudo pueda ser anulado o rechazado al intentar su reconocimiento o ejecución.

“Por ello, debe entenderse que, como principio, constituye una violación al mandato arbitral, que conlleva a la anulación del laudo, cuando no se respeta la elección hecha por los litigantes del derecho aplicable al mérito de la controversia. Particularmente, ello es así cuando se aplica una ley nacional diversa de la seleccionada por las partes; cuando se hace referencia a un derecho nacional en presencia de un acuerdo para la aplicación de reglas jurídicas transnacionales; o cuando se hace aplicación de reglas transnacionales en violación al acuerdo de parte que previeron la aplicación de una ley estatal (...)”.

En el presente caso, las partes han cristalizado el derecho elegido, descartando, de ese modo, la aplicación de modificaciones legislativas posteriores. De este modo las mismas quedan a resguardo de la evolución legislativa y obtienen seguridad jurídica.

Sumado a ello, *“el respeto por la elección del derecho estatal aplicable que hubieran hecho las partes deja de tener el límite del orden público internacional o interno, teniendo los jueces facultad para ejercer un control de validez bajo esa óptica (...)”.*

Siguiendo con su argumentación, citó jurisprudencia extranjera que sostiene que no es anulable un laudo *“(...) que ha hecho referencia a normas de un diverso ordenamiento nacional, bajo el presupuesto de que ellas habían inspirado las disposiciones que sí eran aplicables (conf. Cour d’Appel de Paris, Chambre 1^a, 10/3/1988, “Crocodile Tourist Project Co. c/ Aubert ès qual et autres”, Revue de l’arbitrage, 1989, p. 269, con nota de Fouchard, citado por Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 997, X, 7)”.*

Desde su punto de vista, el presente caso podría asimilarse *mutatis mutandi* al supuesto mencionado en el fallo reseñado en el párrafo precedente.

Desde su punto de vista, y aunque no es disimulable que el árbitro actuante utilizó una misma sigla para referirse ambiguamente a ambos códigos -“CCA”-, ni que citó el artículo 946 del Código Civil y Comercial como precepto perteneciente al Código Civil derogado, *“tales yerros no alcanzan para colegir que en su decisión hu-*

biera absolutamente desconocido el específico plexo normativo al cual las partes decidieron someter su disputa, ni menos para sostener que la mención de artículos del Código Civil y Comercial Nación hubiera significado fundar el laudo en una normativa incompatible o contraria a la especialmente llamada para resolver la cuestión, lo cual permite concluir, en definitiva, que la misión arbitral no ha sido ejercida con trasgresión al acuerdo de las partes sobre los preceptos del derecho a ser aplicados a los méritos de la disputa”.

Al referirse al *pactum de non petendo* sostiene que la afirmación atinente a que el Código Civil velezano no lo admitía resulta insostenible. En dicho sentido, entre las obligaciones de no hacer de fuente convencional se ubica el *pactum de non petendo*.

Sumado a todo lo expuesto, tampoco puede aceptarse la crítica que se ensaya en el recurso de nulidad sobre la base de sostener que el árbitro habría fundado su decisión en el derecho positivo suizo pero sin citarlo, o bien en obras de autores españoles o italianos que refieren a la figura del *pactum de non petendo*.

En primer término, porque si bien el árbitro no hizo referencia a la norma de derecho helvético que regularía el *pactum de non petendo*, lo cierto es que esta referencia de derecho comparado la hizo a guisa de mera ilustración y aclarando que no se pretendía con ello sugerir analogía alguna con aptitud decisoria del caso, por lo que ello no puede ser tomado como elemento demostrativo de la presencia de una falta esencial del procedimiento.

Luego, porque el laudo no se invalida cuando, sin omitir el derecho estatal elegido por las partes, funda su decisión citando de manera concurrente otras disposiciones nacionales o elementos de juicio del derecho comparado no incompatibles o contrarios. Y, al respecto, la mención efectuada por el laudo de autores españoles e italianos no puede juzgarse de ningún modo incompatible o contraria con la configuración que del *pactum de non petendo* puede hacerse a la luz del régimen de las obligaciones de no hacer resultante del Código Civil derogado.

Sostiene Pan American Energy “*que hubo exceso del árbitro en la aplicación del principio iura novit curia pues: I) admitió una excepción no esgrimida ni autorizada por la ley; y II) de acuerdo al art. 2653 del Código Civil y Comercial de la Nación, no es posible al juez disponer de la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente vínculos más estrechos, si las partes han elegido el derecho para el caso. Nada de esto es, sin embargo, es argumentalmente aceptable. En efecto, en cuanto a lo primero es imperioso observar que el árbitro no admitió ninguna excepción, sino que dijo que el pactum de non petendo ofrecía la posibilidad de oponerlo como medio de defensa en reclamos litigiosos diferentes al presente, lo que es distinto (fs. 619 vta., punto n° 259). De su parte, en orden a lo segundo, lo dispuesto por el art. 2653 del Código Unificado de 2015 carece de relación directa e inmediata con el sub lite pues esa norma se refiere a los supuestos en que no se ha sometido el contrato a un derecho elegido por las partes (conf. Uzal, M., Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 2016, ps. 521/522, n° 10; Lorenzetti, R., Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, Santa Fe-Buenos Aires, 2015, t. XI, ps. 645/646; Alterini, J., Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético, Buenos Aires, 2015, t. XI, p. 1000), hi-*

pótesis que no es la aquí examinada en la que, por el contrario, las partes hicieron ejercicio de la autonomía conflictual, la que fue respetada por el laudo según fuera ya concluido”.

Por último, de este modo, siguiendo los lineamientos del artículo 2653 del Código Civil y Comercial se desechó la aplicación del mismo a los casos en que las partes hubieran recurrido a la autonomía de la voluntad a fin de pactar el derecho aplicable al caso jusprivatista con elementos extranjeros.

Tal como se desprende de los argumentos de los votos analizados precedentemente, se rechazó, por mayoría, el planteo de nulidad de laudo impetrado por Pan American Energy, estableciéndose que el derecho argentino seleccionado por las partes como aplicable al caso jusprivatista internacional había sido bien aplicado por el árbitro interviniente al momento de dictar el laudo.

4. A modo de colofón

Como podemos observar con claridad, los votos de los magistrados intervinientes analizaron desde distintas perspectivas el pacto de elección de derecho aplicable llevado a cabo por las partes.

Tal como se desprende del fallo analizado, el Juez Garibotto realizó una interpretación de la aplicación del derecho elegido por las partes realizada en el laudo de tipo literal, mientras que los restantes magistrados, Dres. Vassallo y Heredia, llevaron a cabo una interpretación de tipo teleológico o finalista.

En dicho sentido, se analizó si las referencias al ordenamiento jurídico llevadas a cabo por el árbitro implicaban apartarse del derecho elegido por las partes mediante el recurso a la autonomía conflictual.

El voto de mayoría colijó que el *pactum de non petendo* había encontrado recepción doctrinaria y jurisprudencial, aún durante la vigencia del Código Civil velezano.

Los magistrados que conformaron el voto de mayoría, consideraron que, aunque el árbitro hubiera hecho referencia al Código Civil y Comercial, existen principios sustancialmente equivalentes en ambos ordenamientos jurídicos, por lo que la aplicación del nuevo ordenamiento normativo no implicaba una desviación en la aplicación del derecho elegido por las partes.

De este modo, deben considerarse incluidos en el pacto de derecho aplicable tópicos como, por ejemplo, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho de la legislación elegida.

Asimismo, se descartó la aplicación del artículo 2653 del Código Civil y Comercial en el caso, atento que las partes recurrieron a la autonomía de la voluntad conflictual para determinar el derecho aplicable al caso jusprivatista internacional.

Nosotros nos encontramos de acuerdo con la interpretación de tipo teleológico y con el contenido y alcance del pacto de derecho aplicable llevada a cabo por la postura sustentada en el voto de la mayoría.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, (CNCom.), Sala D

Fecha: 19 de diciembre de 2017

Asunto: “Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile)”

Magistrados: G. G. Vassallo - J. R. Garibotto (en disidencia) - P. D. Heredia

En Buenos Aires, a los 19 días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, se reúnen los Señores Jueces de Sala D de la excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “PAN AMERICAN ENERGY LLC (Sucursal Argentina) c/ METROGAS S.A. (Chile) s/ORGANISMOS EXTERNOS”, registro n° 7893/2016/CA1, procedente de la Agencia Arbitral (Ginebra), en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Garibotto, Vassallo y Heredia.

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Procede declarar la nulidad del laudo arbitral de fs. 576/627?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Garibotto dijo:

I. Los antecedentes del caso y el diferendo sujeto al arbitraje 19616/CA/ASM.

Metrogas S.A. (Chile), Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina), Total Austral S.A. y Wintershall Energía S.A. se vincularon por tres contratos: el primero de compraventa de gas anudado los días 9 y 10 de abril de 1997; el segundo es un denominado Acuerdo de Reasignación, fechado el 4 de junio de 2007; y el restante lo constituye un acuerdo para la entrega de volúmenes autorizados a exportar reasignados, suscripto, también, en igual fecha.

i. Fue Metrogas S.A. (Chile) quien instó un procedimiento arbitral que ante la Cámara de Comercio Internacional tramita bajo el n° 19465/CA en el que, en apretadísima síntesis, pidió se condene a Total Austral S.A., a Wintershall Energía S.A. y a Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina), a indemnizarle de los daños y perjuicios que derivaron para ella, por causa del acusado incumplimiento de esos contratos que atribuyó a las demandadas (cfr. fs. 11/92).

Y por cuanto Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) consideró que la promoción de ese arbitraje constituyó, por parte de su instante, una “*patente violación a las obligaciones que (Metrogas S.A. [Chile]) había asumido en el acuerdo de reasignación, en tanto en éste habían acordado: (a) que Metrogas renunciaba a promover o continuar un reclamo judicial o arbitral con base en las medidas adoptadas por la autoridad argentina y (b) un pacto de confidencialidad*” (sic, recurso; capítulo IV.A, fs. 403, 4° párrafo), también ella promovió el arbitraje que ahora ocupa a esta Sala, al que se le asignó el n° 19616/CA.

ii. Lo que Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) solicitó del tribunal arbitral fue: (i) se declare “*que todas las controversias entre PAE (la promotora del arbitraje, se comprende) y Metrogas en relación con el Acuerdo 2007, el Contrato 1997 y demás contratos vinculados deben ser resueltas de conformidad con el Acuerdo 2007*”; (ii) “*que Metrogas estaba obligado a mantener la confidencialidad del Acuerdo 2007 e incumplió dicha obligación reservando nuestros derechos a reclamar daños y perjuicios*”; (iii) “*que Metrogas incumplió las renunciaciones pactadas en el*

Acuerdo 2007 al demandar a PAE en el arbitraje CCI No. 19465/CA”; y por todo ello pidió (iv) “se ordene a Metrogas que pague o reembolse a PAE todos los costos, costas, honorarios y demás gastos del presente arbitraje” (v. el laudo arbitral, específicamente fs. 625, punto 7.1.).

II. El laudo arbitral

La copia del laudo arbitral dictado el 18 de abril del año 2016 en el caso n° 19616/CA aparece glosada en fs. 576/627.

i. A esa copia aludo, pues el original del fallo arbitral que debió hallarse incorporado a estos autos en algún momento se extravió, tal y como lo advirtió la Sra. Fiscal General ante esta Alzada (en fs. 572/575).

Fue por esto que la recurrente Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) con el escrito de fs. 629/630 acompañó la susodicha copia, que hizo certificar por un escribano, de la cual, por petición de la Sra. Fiscal General se confirió traslado a Metrogas S.A. (Chile).

Todo parece indicar, dado el tenor con que fue concebida la pieza de fs. 428, que la omisión de incorporación del laudo arbitral al expediente debe atribuirse al señor árbitro ante quien el recurso fue articulado y solicitado su remisión, sin más trámite, a esta Excm. Cámara de Apelaciones de conformidad con lo dispuesto por el art. 760, *in fine*, del Código Procesal (v. fs. 427 vta.: d).

Así pues, atendiendo a que Metrogas S.A. (Chile) respecto de la mencionada reproducción señaló que “*pareciera ser copia fiel del (laudo) recibido*” por ella en su oportunidad, aunque mencionó no poder manifestarse en cuanto a la temporaneidad o extemporaneidad de su agregación (fs. 634), en mi opinión debemos considerar suplida por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) aquella omisión y, por ende, dotar de validez instrumental a la copia del laudo arbitral en cuestión.

ii. Laudo arbitral este, en el que el árbitro único Jean-Marie Vulliemin resolvió 1°: desestimar los “*petita*” de Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) que puntualmente transcribió (son aquéllos que referí en el capítulo ii. del Considerando I.); 2°: condenó a Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) a pagar a Metrogas S.A. (Chile) los gastos y costes del arbitraje en la suma total de U\$S 502.721,50; y 3°: desestimó y rechazó “*todas y cuantas otras demandas de las partes*” (v. específicamente fs. 626 vta./627).

III. El recurso, las articulaciones posteriores formuladas por la nullicente, y su respuesta

i. Esa decisión, que según adujo Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) consideró que Metrogas S.A. (Chile) no había violentado la confidencialidad pactada en el Acuerdo de Reasignación e ignorado el carácter extintivo de la renuncia en él acordada fue tachada de nula por aquélla, e invocación mediante de lo dispuesto por los arts. 760 y ctes. del Código Procesal y art. 1656 del Código Civil y Comercial y, además, por haber sido dictada por un árbitro que había sido recusado por haber prejuzgado, la recurrió (fs. 401/427).

ii. Luego de recurrido el laudo arbitral dos cosas hizo saber a esta Sala Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina), que tildó de “*circunstancias sobrevenientes, con incidencia sobre la nulidad impetrada*”.

Por la primera puso en conocimiento la renuncia del árbitro Jean-Marie Vulliemin a su carácter de presidente del tribunal arbitral en el “Arbitraje Metrogas” n° 19465/CA (fs. 482/484), y por la segunda dio noticias del apartamiento, por aceptación de la recusación

impetrada contra los co-árbitros Jorge Sescún Melo y Gilberto Giusti en ese mismo proceso arbitral, decisión que fue adoptada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (fs. 503/505).

En muy apretada síntesis, lo que Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) sostuvo en ambas oportunidades fue que el árbitro recusado no pudo defender exitosamente su actuación ante la entidad administradora del arbitraje y por esto optó por renunciar, y que la admisión de los planteos recusatorios dirigidos contra los aludidos coárbitros por las demandadas –argumentos a los que adhirió Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina)- por defender sin reservas y hacer suya la actuación desplegada por el árbitro Vulliemin, viene a ratificar que el laudo en crisis fue dictado por quien desconoció el derecho argentino e ignoró el ordenamiento jurídico aplicable a la solución del diferendo.

iii. Ambas articulaciones fueron respondidas por Metrogas S.A. (Chile) en el capítulo VI.7. de la pieza en la que contestó el recurso de nulidad deducido por su oponente (fs. 540/564).

Tengo presente cuanto sobre estos extremos fue dicho por esa parte.

IV. Los alcances y limitaciones con que cuadra examinar el recurso de nulidad de los laudos “de derecho”

Tanto Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) cuanto Metrogas S.A. (Chile) acordaron en el “Contrato 1997” que *“El laudo de los árbitros sobre la cuestión objeto de controversia será definitiva e inapelable”* (fs. 593, nro. 5).

i. La renuncia a la apelación, admitida por el ordenamiento ritual (art. 760) no involucra a algún derecho constitucionalmente amparado, sino a un derecho de base legal; esto es, la posibilidad de revisión por una instancia superior (cfr. González Quiroga, en *“Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional”*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pág. 356, nro. 353).

A lo dicho se añade que el principio de la doble instancia carece de jerarquía constitucional en juicios civiles: en tal sentido, siempre ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en materia civil, la garantía constitucional de la defensa en juicio no requiere la doble instancia judicial (Fallos 171:366; 182:383; 186:337;187:79; 191:228; 192:162; 203:315; 211:1534; 212:105; 214:413;215:156; 216:604; 217:205; 218:208; 220:543; 221:40; 222:509; 241:195; 243:296; 245:200; 246:357; 247:419; 249:543; 250:12; 251:72;253:15; 320:1847; 320:2145; 322:2488; 322:3241; 322:2357); así, por otra parte, lo enseña la doctrina (v. por todos, Alsina, en *“Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”*, Buenos Aires, 1965, tº 2, pág. 694) y lo ha decidido este Tribunal (v., entre otros, *“Mobil Argentina S.A. c/ Gasnor S.A.”*, 8.8.07; *íd.*, *“Sociedad de Inversiones Inmobiliarias Del Puerto S.A. c/ Constructora Iberoamericana S.A.”*, 7.2.11; *íd.*, *“Devoreal S.A. s/ quiebra c/ Moreno, Alfredo”*, 1.11.16).

ii. No obstante ello el Código Procesal, que otorga al laudo arbitral una entidad equiparable a la sentencia judicial a los fines de su ejecución (art. 499) y además dispone la colaboración estatal en punto a la adopción de medidas compulsorias mediante la intervención de los Tribunales de Justicia a los que se impone *“...prestar auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”* (art. 753), preserva tanto el recurso de aclaratoria cuanto el de nulidad.

Todo esto coordina con la naturaleza jurisdiccional que la Corte Suprema Federal le concede al arbitraje, que ha dicho que “...*aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el Derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes*” (Fallos 332:1100).

iii. Claro está, entonces, que no obstante que las partes sometieron sus controversias a la denominada “*justicia privada*” y expresaron su intención de evitar que el órgano judicial actúe como tribunal examinador del laudo arbitral, sí es procedente su revisión por medio de los recursos de aclaratoria y nulidad, este último fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos (art. 760 del ritual; art. 1656 del Código Civil y Comercial) o que el laudo contuviere en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí (art. 761 del mismo cuerpo legal), o cuando la decisión ha vulnerado el orden público, cuestión esta última a la que me referiré en el apartado v.

De lo cual se sigue que la apertura de la vía judicial es conceptualmente restringida, pues a diferencia de la apelación, el recurso de nulidad no habilita a las partes a requerir la revisión del laudo en punto al objeto sustancial de juzgamiento; por el contrario, en estos casos el tribunal debe limitarse a controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos formales que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia (esta Sala, “*Total Austral S.A. c/ Saiz, Francisco*”, 12.7.02; *id.*, “*Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto S.A. c/ Constructora Iberoamericana S.A.*”, 7.2.11; *id.*, “*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*”, 12.7.13; v. Rivera, en “*Recursos contra laudos arbitrales*”, publ. en J.A. 2007-I-1268).

Pues como lo señaló el señor juez Heredia en la causa “*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*” recién mencionada, la falta esencial de procedimiento “*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 (cuya) 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*”.

En términos llanos, las causales que la ley prevé para la procedencia del recurso de nulidad exigen, respecto de la aludida falta esencial del procedimiento, que el vicio invocado sea relevante, que afecte claramente el derecho de defensa, que exista un interés jurídico en su declaración y que se trate de una actuación no consentida, pero no autorizan al tribunal de justicia a avanzar sobre un juicio acerca del fondo de la controversia sometida al arbitraje (CNCom Sala C, “*Edf International S.A. c/ Endesa Internacional-España*”, 9.12.09). Porque como lo enseña el recordado maestro Jaime L. Anaya (en “*Control judicial del arbitraje*”, publ. en L.L. 2004-B-312) “*...debe ponerse especial cuidado en no incurrir en la judicialización del arbitraje más allá de los límites demarcados por la legislación, para evitar que el control conduzca a la desnaturalización del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios*”.

De todo lo cual se deriva que la impugnación del laudo por vía del recurso de nulidad no habilita una revisión en cuanto al fondo de lo decidido sino que, como dije, el examen se limita al control del efectivo cumplimiento de los recaudos considerados indispensables para su validez (esta Sala, “*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*”, 7.6.12 tantas

veces citada; también CNCom, Sala A, “KCK Tissue S.A. c/ Citibank N.A”, 5.8.04; íd., Sala C, “Calles, Ricardo y otros c/General Motors Corporation”, 3.6.03).

iv. Al respecto, destacase que para resolver la nulidad de un laudo carecen de eficacia los argumentos enderezados a demostrar su injusticia (cuestión esta que es propia del recurso de apelación que, en el caso, fue renunciado, según arriba dije), por cuanto el objeto procesal de la jurisdicción estatal 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 apelación, que abre la instancia judicial con amplitud para ello. Pero cuando la apelación ha sido excluida y se somete a decisión de los jueces estatales la cuestión relativa a la validez de laudo, no pueden entrar a considerar el modo en que la controversia ha sido resuelta.

Pretender, entonces, 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, en “Arbitraje”, Buenos Aires, 1993, págs. 260/262 y jurisprudencia allí referida).

v. Sin perjuicio de lo anterior (bien lo señaló el señor juez Vassallo en su voto vertido en la tantas veces mencionada causa “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias Del Puerto S.A. c/ Constructora Iberoamericana S.A.”) la Corte Federal, en el caso “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.” sentenciado el 1.6.04 (Fallos 327:1881), parece haber superado aquellos límites.

Dijo en esa causa el más Alto Tribunal de la Nación que “... *no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptaran una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que se dicte será inapelable en esas condiciones pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable*”.

Pues bien.

Más allá de que reconocidos autores han criticado esa solución (v. entre otros, Méndez, en “Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso ‘Cartellone’. Un lamentable retroceso.” Publ. en J.A. 2005-I-1312; Estoup, en “La universalización del orden público interno en el arbitraje internacional ¿una defensa legítima?”, publ. en L.L. 2004-F-930; Montaldo, en “El fallo ‘Cartellone’: las implicancias económicas de una decisión inconveniente”, publ. en L.L. 2004-F-1025; Bonfanti, en “Interrogantes y límites de la interpretación jurídica”, publ. en J.A. 2004-IV-78; Zapiola Pérez, en “Aproximación a modo de crítica del fallo José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, publ. en Decita - Derecho del Comercio Internacional: temas y actualidades”, Buenos Aires, 2005, vol. 3, págs. 470 y sig.), sí a mi juicio esa doctrina es aplicable cuando los árbitros omiten controlar el cumplimiento de condiciones que están contenidas en normas de orden público que, en mi criterio, deben ser respetadas bajo pena de nulidad.

Así lo juzgó la Sala C de esta Alzada mercantil que en ese entonces integraba, en el caso “Algavi S.A. c/ Esso S.R.L.” el 4.7.13, con cita de un precedente de la Sala A dictado *in re*: “Otto Garde y Cía. S.A. c/ Multiespacios San Isidro S.A.”, sentenciado el 11.11.08.

vi. Es, sobre las bases expuestas, que examinaré la cuestión traída a consideración de este tribunal.

V. La solución

Los antecedentes del caso, la razón de la promoción de este proceso arbitral n° 19.616/CA, y lo que Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) solicitó del tribunal arbitral, han sido reseñados en el Considerando I.

De todas maneras conviene recordar que lo que la ahora nulidicente adujo en la extensa memoria de fs. 401/427 es que el laudo desconoció el carácter extintivo de la renuncia pactada en el Acuerdo de Reasignación datado el 4 de junio de 2007 sobre cuya base Metrogas S.A. (Chile), violentando el pacto de confidencialidad plasmado en el mismo convenio, había promovido el llamado "*Arbitraje Metrogas*" n° 19465/CA; y explicó que por ello dedujo este proceso arbitral que, según lo afirmó, debió decidirse según la legislación argentina.

Y por cuanto el fallo arbitral le disconformó, lo recurrió de nulidad: afirmó que el árbitro ignoró por completo el derecho argentino, que fundó la solución que adoptó en una figura no regulada en la legislación nacional, y que "*fue incapaz de individualizar en qué sistema legal positivo esa figura funciona como fue impetrada en el Laudo*" (desde fs. 404 vta. al pie, apartados [i] y [ii]).

Sostuvo, entonces, (i) que el laudo incurre en faltas esenciales por no haber aplicado el derecho elegido por las partes; (ii) que se aparta de los puntos del compromiso; y (iii) que es arbitrario por sorpresivo, por carecer de fundamento normativo y haber sido dictado por quien dijo ignorar el derecho aplicable, por no haber atendido en su integridad las cláusulas contractuales estipuladas por las partes y cuanto ellas alegaron y haberle impuesto las costas.

Es esa, en muy apretada síntesis, la médula del recurso, bien que tengo presente cuanto sobre esos y otros extremos invocó la recurrente y respondió la apelada.

i. Por lo pronto diré que no es invocable como causal invalidante del laudo arbitral la susodicha "*arbitrariedad*", por no ser tal cuestión propia del marco cognoscitivo del recurso de nulidad sino del de apelación que, varias veces lo dije, en el caso fue renunciado (esta Sala, "*Miranda, Ricardo Hugo c/ Líneas del Norte S.A.*", 20.11.14).

En efecto.

No se encuentra previsto que por la vía de la arbitrariedad pueda atacarse un laudo arbitral, porque tal hacer excedería las facultades de indagación que, como señalé, quedan limitadas a la comprobación de la existencia de las causales taxativamente previstas en la ley que pudieren afectar la validez del laudo y, de compartirse lo juzgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la adecuación de lo decidido al orden público. Pues, de lo contrario, de admitirse una amplia discusión, quedaría desorbitado el régimen arbitral (este tribunal, en el precedente recién citado, en "*Decathlon España S.A. c/ Bertone, Luis*", 25.10.06, y en "*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*", 12.7.13; también CNCom, Sala A, "*KCK Tissue S.A. c/ Citibank N.A.*", 5.8.04; Sala B, "*Pluris Energy Group Inc. (Islas Vírgenes Británicas) c/ San Enrique Petrolera S.A.*", 21.4.14; Sala C, "*Cortesfilms Argentina S.A. c/ Seb Argentina S.A.*", 21.10.01; íd., "*Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation*", 3.6.03).

Remito, entonces, a los lectores de esta ponencia a cuanto expresé en el Considerando IV.

ii. Sin embargo, luego de leído cuidadosamente el laudo en cuestión llego a la conclusión, ciertamente opuesta a la opinión vertida por la señora fiscal general en el dictamen de fs. 636/645, que el impetrado recurso de nulidad debe estimarse por no haber aplicado el árbitro el derecho elegido por los contendientes.

Explicaré los motivos de esta adelantada opinión.

(i) Lleva razón Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) en cuanto a que ambas partes acordaron que el árbitro habría de fallar con apego a la legislación argentina.

Tal lo pactado en el art. 11 del Acuerdo de Reasignación (que reza “*El presente acuerdo se regirá y será interpretado de conformidad con la legislación de la República Argentina*”) y así quedó plasmado en el laudo, en el que se aclaró que, por petición de las partes, ninguna incidencia tendría el Código Civil y Comercial ahora vigente sino que se aplicarían las normas contenidas en el Código Civil sancionado por la ley 340 (capítulo 4° “*Ley aplicable*”, numerales 8 y 9, fs. 580 vta.).

Expresamente fue señalado en el numeral 9 (lo destaco por considerarlo dirimente) que “*A petición arbitral, las partes, por sendos escritos de 30 de noviembre de 2015, confirman que el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015*”.

(ii) Fue así que luego de desestimada por la Corte Internacional de Arbitraje la recusación que la ahora nulidicente, basada en su supuesto prejuizgamiento, había planteado respecto del árbitro único Jean-Marie Vuillemin (capítulo 5.7., numerales 63 a 72, desde fs. 586), y de zanjadas otras cuestiones que no es necesario mencionar (concernientes a los “*Antecedentes del caso*” -capítulo 6, desde fs. 589vta.- donde analizó el contenido de los contratos que vincularon a las partes; y a lo actuado en “*El procedimiento arbitral CCI 19465*” -capítulo 6.2., desde fs. 598 vta.-), el árbitro aludió a la cuestión propuesta a arbitraje, con mención de los petitorios formulados por cada una de las partes (capítulo 7, desde fs. 605) y a continuación analizó el asunto sometido a su jurisdicción.

(iii) Encaró el árbitro esa tarea en el capítulo 8 (fs. 607).

Citó el contenido del art. 4.1. del aludido Acuerdo de Reasignación referido “*a la renuncia expresa e irrevocable por parte de METROGAS del derecho a iniciar o continuar cualquier reclamo, acción judicial y/o arbitral contra PAS y/o PAE y/o sus afiliadas y subsidiarias y/o contra el Gobierno de la República Argentina...*” (así subrayado en el original; capítulo 8.3.3., numeral 208, fs. 611 vta.), luego, en el capítulo 8.3.4. se refirió a la “*Metodología del análisis*” (numerales 209 y 210, fs. 611 vta.); y en aquél 8.3.5. reseñó el “*Origen del reclamo*” (numerales 211 a 216, fs. 612 y vta.).

Fue por esto que consideró que “*Se tiene por tanto que analizar el régimen general de la renuncia, y, en un segundo tiempo, el régimen propio de dicha renuncia en función de su objeto...*” (capítulo 8.3.6., numeral 219, fs. 612 vta.).

(iv) Comenzó el árbitro esa tarea aludiendo a la postura asumida por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) que parcialmente citó, en la que esta parte invocó la nor-

ma del art. 868 del Código Civil (capítulo 8.3.6.1., numeral 220 y nota 125; misma foja), y después formuló reseña del contenido del debate que sobre esa cuestión habíase realizado (numerales 222 y 223, fs. 613 y vta.).

Hecho esto, entendió planteada la siguiente alternativa: “*la renuncia a la acción es extintiva del derecho, o causa una obligación de no hacer, tesis explícitamente sostenida por la Demandante*” (numeral 224, fs. 613 vta.); y señaló que en el primer caso se trataría “*de un acto dispositivo que agota sus efectos directos en la esfera del acreedor, siendo la renuncia a la acción su efecto esencial*”, mientras que en el segundo se trataría “*de un acto constitutivo de una obligación (...) susceptible de incumplimiento, siendo éste sancionado por las correspondientes acciones, i.e. la reintegración en el estado anterior al incumplimiento y/o daños y perjuicios*” (numeral 225, misma foja).

(v) Empero, a la hora de pronunciarse sobre ese trascendental asunto, en el capítulo 8.3.6.1. referido a “*El régimen general de la renuncia*” (fs. 612 vta.), y en el siguiente 8.3.6.2. titulado “*El régimen especial de la renuncia*” (fs. 614), el árbitro claramente se apartó del derecho elegido por las partes (v. otra vez el numeral 9 que transcribí en el apartado (i) del subcapítulo ii. de este Considerando V.) y lo analizó sustentado en normas contenidas en el Código Civil y Comercial (no del Código Civil ley 340) y en la doctrina nacional y extranjera que citó.

Para formar convicción acerca de esto, alcanza con revisar el contenido del numeral 226 (fs. 613 vta.), en el que el árbitro basó la opinión que allí expresó en el texto, que transcribió, del art. 946 del Código hoy vigente (aunque sólo lo mencionó como “*Código Civil*”) y en la doctrina que citó, referida a ese cuerpo legal de fondo: indudable es esto último pues, entre otra, hizo referencia a la obra de Gagliardo, titulada “*Tratado de Obligaciones según el Código Civil y Comercial*”, y al “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*” de Rivera y Medina, referido a los alcances de lo dispuesto por el art. 944 de ese cuerpo normativo (v. la nota 140 al pie de la foja 613 vta.; y la nota 141, al pie de la foja siguiente, respectivamente).

Y también en el numeral 228 (fs. 614), el árbitro acudió a la norma del 724 del Código Civil y Comercial (esta vez así individualizado) que transcribió.

(vi) Basado el árbitro en esas normas y en aquella doctrina extrajo la conclusión que plasmó en el numeral 233 (fs. 615), y desde allí analizó las posiciones de las partes relativas a la aplicación al caso del principio *iuria novit curia* y al *pactum de non petendo* y estructuró el resto del laudo (numerales 234 hasta 251, desde fs. 615) cuyo resultado ya he mencionado.

iii. Queda de tal modo suficientemente demostrado que el árbitro, si bien principió su labor por examinar el caso a la luz del derecho argentino, no sólo no aplicó aquél voluntariamente elegido por las partes al que habían sujetado la solución del diferendo sino que, además, apoyó la decisión en una figura ajena a nuestro Derecho.

A la luz de lo dispuesto por el inc. 3° del art. 740 del Código Procesal y por último párrafo del art. 1656 del Código Civil y Comercial poco más considero necesario señalar, porque demostrado está, a mi juicio con suficiencia, que el laudo se apartó del compromiso (CSJN, Fallos 290:458 “*Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo Argentina S.A.*”).

Huelga destacar que se trata de un arbitraje “*de derecho*” en el que debe respetarse el ordenamiento jurídico, “*pues la fundamentación de la decisión debe ser una derivación razonada de la normativa aplicable al caso*” (cfr. Lorenzetti, en “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*”, Buenos Aires, 2015, t°. VIII, pág. 143, nro. III.1.).

VI. La conclusión

Propongo, entonces, al Acuerdo que estamos celebrado estimar el recurso introducido por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) y, por consecuencia, declarar la nulidad del laudo arbitral emitido en la causa individualizada con el n° 19616/CA. Con costas de Alzada a Metrogas S.A. (Chile) en tanto vencida en el recurso.

Así voto.

El señor Juez Gerardo G. Vassallo dijo:

I. El señor Juez Garibotto, a quien tocó pronunciarse en primer término, describió correctamente los antecedentes del caso.

También hizo una breve y adecuada reseña de la jurisprudencia y doctrina en punto a los límites de la intervención judicial frente a la impugnación de un laudo arbitral.

De todos modos me parece útil resaltar, como lo hice en el voto que desarrollé en la causa “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto S.A.”, y quizás reiterando algunos de los conceptos de la ponencia inicial, que el código procesal “...le otorga al laudo una entidad equiparable a la de la sentencia judicial a los fines de su ejecución (art. 499), amén que dispone colaboración estatal en punto a medidas compulsorias mediante la intervención de la Justicia a la que se le impone ‘...prestar auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral’ (art. 753 C. proc; Anaya, Jaime L., *Control judicial del arbitraje*, LL 2004-B, 312)”.

“Todo ello entronca con la naturaleza jurisdiccional que nuestro Alto Tribunal le ha concedido al arbitraje al sostener que ‘...aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas con los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes’ (CSJN, 31.5.1999, “J.C. Roca c/Consultora S.A.”, Fallos 322:1100)”.

“Como principio, todo laudo arbitral es recurrible cuando es dictado por árbitros de derecho, aunque esta facultad puede renunciarse o limitarse (art. 760 código procesal; Caivano R., *Arbitraje*, páginas 253/254, Ed, Ad-Hoc, 1993). Sin embargo es habitual que la cláusula compromisoria incluya una expresa renuncia de las partes a recurrir el laudo que sea dictado por el Tribunal Arbitral.

“Como se verá el Reglamento de Arbitraje de la CCI presume tal renuncia (art. 28) cuando aquéllas deciden resolver sus eventuales y futuras controversias con base en tal reglamento. Es que el sometimiento voluntario a derivar la solución de las eventuales controversias a árbitros permite presumir, por lógica, no sólo el deseo de ser juzgados por ellos sino, además, un compromiso de acatar lo que éstos decidan. (Caivano R., *El control judicial en el arbitraje*. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina, LL 2008-D, 1274).

“Parecería connatural con la decisión de los contratantes de recurrir a un Tribunal Arbitral su intención de obtener un pronunciamiento rápido y en una única instancia, a efectos de no perjudicar el negocio en común o, en su caso, darle finiquito en forma ágil y definitiva. Empero, esa renuncia contractual que es convalidada por nuestra legislación, no

importa cercenar, aún con los límites y la excepcionalidad que se referirán más abajo, todo tipo de intervención del Poder Judicial.

“Como dijo la Sala en la causa ‘Mobil Argentina’...” en ponencia del Dr. Heredia que ya ha citado el primer votante, ‘...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 caso,...” (en referencia a aquél que conoció la Sala y cuyo voto propio transcribo parcialmente) “...como fuera referido, la cláusula compromisoria incluida por las partes en el contrato que las vinculó, estipuló expresamente la inapelabilidad del laudo, importando ello la renuncia por las partes al recurso de apelación previsto por la legislación procesal para el supuesto en que la resolución de la contienda no se hubiese delegado en un Tribunal Arbitral”.

“Tal pacto fue congruente con lo dispuesto por el artículo 28, ap. 6, del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, a cuyas reglas se sometieron los aquí litigantes, que, en lo pertinente, establece que ‘... 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...’”.

“A partir de esta premisa, amén de la finalidad que las partes buscaron al derivar sus conflictos a la llamada ‘justicia privada’, debe entenderse la intervención judicial con criterio restrictivo. Es que los contratantes, al renunciar a un derecho propio como es el de ocurrir a la Justicia estadual, han expresado claramente su intención de evitar que el órgano judicial actúe como tribunal revisor del laudo arbitral, privilegiando así no sólo la economía procesal sino además, casi como consecuencia de lo primero, la agilidad comercial que resultará de la rápida solución de los conflictos que pudieren aparecer en el curso de la ejecución del contrato. Pero estos valiosos fines, no pueden extenderse al punto de amparar un laudo claramente inválido.

“Así, nuestra legislación limita la facultad de las partes a renunciar a la vía recursiva ante el Poder Judicial, a la revisión de la regularidad del laudo”.

“El ya referido artículo 760 del código procesal preserva dos caminos para habilitar la intervención de los tribunales de justicia: la aclaratoria y el recurso de nulidad, este último fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos. El artículo 761 agrega, como causal de nulidad, el laudo que contuviere en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí”.

“Esta apertura de la vía judicial es, conceptualmente, restringida pues a diferencia de la apelación, el recurso de nulidad no habilita a las partes a requerir la revisión del laudo en punto al objeto sustancial de juzgamiento”.

“En este caso el juez deberá limitarse a controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos formales que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia (Rivera J., *Recursos contra laudos arbitrales*, JA 2007-I-1268; Caivano R., *El control judicial en el arbitraje...* ya citado). De no respetarse estos límites, el instituto del arbitraje perdería buena parte de las cualidades que le han otorgado utilidad y sentido”.

“En este contexto, las causales que la ley prevé para la procedencia del recurso de nulidad exigen, en particular en lo que hace a la falta esencial del procedimiento, que el vicio invocado sea relevante, afecte claramente el derecho de defensa, que exista un interés jurídico en su declaración y que se trate de una actuación no convalidada” (CNCom Sala D, 12.7.2002, “Total Austral S.A. c/Saiz Francisco”, JA 2003-II-77).

“Pero en modo alguno autorizan al tribunal de justicia a avanzar sobre un juicio sobre el fondo de las controversias sobre las que ha versado el arbitraje” (esta Sala, 7.2.2011, “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto c/ Constructora Iberoamericana S.A. s/ queja”).

En el caso en estudio, no existe disenso sobre la regularidad de la oportuna renuncia a recurrir el fallo en punto a su contenido sustancial. Amén de ello tal limitación fue dejada en claro en el mismo laudo (fs. 593, pto. 5).

En este escenario, Pan American Energy LLC encaró la vía que nuestra legislación deja vigente y en esa línea requirió la nulidad del laudo, en los términos del artículo 760 del código procesal, al entender que el mismo reconoce evidentes vicios que afectan esencialmente el procedimiento amén de apartarse de los puntos de compromiso, en tanto no aplicó el derecho que fue determinado de consuno por ambas partes.

Amén de lo imputado, la hoy recurrente también objetó el laudo por entenderlo arbitrario, cuestionamiento que como fue antes reseñado, se encuentra vedado a la revisión judicial. No ignoro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un particular precedente trató excepcionalmente algún aspecto sustantivo (“José Cartellone Construcciones Civiles S.A.”).

Pero entiendo que tal precedente, amén de la resistencia que ha tenido a nivel doctrinario, constituye un caso de excepción que sólo puede ser seguido en situaciones particulares que aquí no se advierten.

En el mentado precedente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, en punto a los alcances de la renuncia a recurrir el laudo que “...no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio”.

Y en el mismo considerando continuó, “Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos 292:223)” (“José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, del 1.6.2004; Fallos 327:1881).

De hecho también parecería agregarse hoy otra aparente causal de impugnación del laudo, cual es que el mismo sea contrario al ordenamiento jurídico (arts. 1656 Código Civil y Comercial).

Y, como se verá de seguido, Pan American Energy LLC también impugnó el fallo arbitral con tal argumento.

Para considerar integralmente el ataque que se trae a juzgamiento de la Sala, es menester describir sucintamente la relación de negocios que derivó en la intervención arbitral para, de seguido, definir los límites del recurso.

II. Las partes aquí en contienda concertaron en su tiempo (1997) diversos contratos de compraventa de gas natural mediante los cuales Total Austral S.A., Bidas Austral S.A. y Deminex Argentina vendieron a Metrogas S.A. (Chile) aquel fluido, proveniente del área de “Agua Pichana”, provincia del Neuquén.

Mediante cláusula adicional de mayo de 2000 Bidas Austral S.A. transfirió todos sus derechos y obligaciones respecto de los contratos en cuestión a Pan American Energy LLC (sucursal Argentina). En igual cláusula Deminex Argentina declaró haber modificado su denominación por la de Wintershall Energy S.A.

Por diversas medidas regulatorias adoptadas en junio del 2004 por el gobierno argentino, las vendedoras se vieron imposibilitadas de proveer el gas en los volúmenes contratados. Frente a los reclamos de Metrogas S.A. adujeron no ser responsables de su objetivo incumplimiento pues el mismo derivaba de cuestiones de fuerza mayor.

Ya en el año 2007 las partes en conflicto acordaron diversas soluciones para dirimir el conflicto vigente. En lo que aquí interesa, Pan American Energy (PAE), Pan American Sur (PAS) y Distribuidora de Gas de Montevideo S.A. (DGM) suscribieron un acuerdo de “Reasignación Transitoria de Volúmenes de Gas de Exportación”. De su lado, con base en lo antes pactado, PAE y DGM acuerdan enmendar el convenio y reducir los volúmenes pactados para su reasignación a Metrogas. De su lado, esta última pactó con DGM brindarle alguna compensación por haber aceptado derivarle cantidades de gas que le venían atribuidas.

Dicho “Convenio de Reasignación...” contenía dos cláusulas de renuncia (artículo 4) y de confidencialidad (art. 6) que constituyen el objeto del laudo que ahora se ataca de nulo.

En lo que aquí interesa, el artículo 4.1 reza “La entrada en vigencia del presente Acuerdo de Reasignación, implica la renuncia expresa e irrevocable por parte de METROGAS del derecho a iniciar o continuar cualquier reclamo, acción judicial y/o arbitral contra PAS y/o PAE y/o sus afiliadas y subsidiarias y/o contra el Gobierno de la República Argentina, únicamente y exclusivamente en la medida que dichos reclamos, acciones judiciales y/o arbitrales estuvieren originados o relacionados con algún evento de fuerza mayor declarado o que pudiera declarar PAE en el futuro para excusarse del incumplimiento de sus obligaciones de entrega conforme el Contrato METROGAS y/o al contrato cuya celebración entre METROGAS y PAE se prevé en el artículo 5 (ii) del presente Acuerdo de Reasignación, siempre que el incumplimiento del cual PAE pretendiera excusarse estuviera motivado en Medidas Regulatorias vigentes a la fecha del presente Acuerdo de Reasignación...”. De seguido la estipulación define “Medidas Regulatorias” a los efectos de lo aquí pactado.

En las cláusulas 4.2, 4.3 y 4.4 se establecen otras renunciaciones, bien que en relación a otros de los actores del acuerdo (fs. 596v/597).

En cuanto al pacto de confidencialidad, quedó concertado que “Las Partes mantendrán la confidencialidad del presente Acuerdo de Reasignación en todo momento. La difusión o propagación de información tendrá lugar solo en la medida necesaria para avanzar con la reasignación objeto del presente. Ningún comunicado de prensa será efectuado si el previo consentimiento por escrito de las Partes. Se exceptúa del presente deber de confidencialidad a todas aquellas presentaciones ante organismos públicos o privados necesarias para la implementación y puesta en práctica de la reasignación acordada” (fs. 597).

Frente a la demanda arbitral deducida por Metrogas en mayo de 2013 (CCI 19465), con causa en pretensos incumplimientos a los contratos de compraventa del año 2007, Pan American Energy LLC entendió que era impertinente su promoción, y promovió el 19 de julio de 2013 una solicitud de arbitraje con las siguientes pretensiones:

“PAE pide que el Tribunal Arbitral dicte uno o más laudos que (1) declaren que todas las controversias entre PAE y Metrogas en relación con el Acuerdo 2007, el Contrato 1997 y los demás contratos vinculados deben ser resueltas de conformidad con el Acuerdo 2007; (2) declaren que Metrogas estaba obligado a mantener la confidencialidad del Acuerdo 2007 e incumplió dicha obligación reservando nuestros derechos a reclamar daños y perjuicios; (3) declaren que Metrogas incumplió las renunciaciones pactadas en el Acuerdo 2007 al demandar a PAE en el arbitraje CCI N° 19465/CA; (4) ordene a Metrogas que pague o rembolsé a PAE todos los costos, costas, honorarios y demás gastos del presente arbitraje” (fs. 605; la numeración de cada ítem no está en el original).

Resulta relevante destacar aquí que quedó incontrovertido, amén de resultar del artículo 11 del Acuerdo 2007, que esta contienda sería juzgada conforme la legislación de la República Argentina.

Y por coincidencia de las partes, frente a un requerimiento del árbitro en tal sentido, quedó establecido que no sería de aplicación al caso el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, lo cual dejó como la normativa del caso el Código Civil de la Nación y, en su caso, el Código de Comercio, ambos vigentes hasta la fecha antes señalada (fs. 580v).

III. Concluida la descripción anterior, ingresaremos en la identificación de las razones expuestas para perseguir la nulidad del laudo y, luego, procederemos al análisis del ataque.

PAE pretende invalidar la decisión arbitral imputando al mismo diversos vicios que, en su postura, justificarían la solución que persigue.

La requirente sostuvo que el laudo incurrió en faltas esenciales en el procedimiento, amén que se apartó de los puntos de compromiso. Ambas imputaciones fueron sostenidas en igual defecto: no aplicar el derecho argentino tal como fuera determinado al inicio del proceso.

También atacó al laudo por entenderlo arbitrario, conclusión que sostuvo al afirmar que el mismo carecía de fundamento normativo, que había sido dictado por un árbitro que desconocía el derecho argentino y que, por último, incurrió en prejuzgamiento. A su vez

por haber soslayado, en el parecer del nulidicente, cierta cláusula contractual que en su opinión hubiera dado sustento a la posición contraria a la que fue adoptada por el árbitro.

Por último afirmó que el laudo fue contrario al ordenamiento jurídico, pues se fundó en un derecho ajeno al local, amén que se apoyó en meras conjeturas al descartar la violación de la confidencialidad.

Ha sido dicho más arriba que la nulidad de un laudo, que es aquello que concretamente ha pedido PAE, sólo puede fundarse en alguna falta esencial del procedimiento, en fallar fuera de los plazos acordados, o sobre puntos no comprometidos (art. 760 código procesal). También podrá ser atacada la decisión si en su parte resolutive contiene disposiciones incompatibles entre sí (arts. 761 código procesal).

Como queda evidenciado del contenido de estas normas, el legislador ha excluido de los motivos de impugnación, todo ataque referido a cuestiones sustanciales; esto es a los fundamentos que abonaron la decisión de los árbitros.

Como bien lo señala Rojas, la diferencia entre invalidación e impugnación queda desdibujada en el ámbito del recurso de apelación pues este involucra al de nulidad.

Empero tal particularidad no se reitera en el ámbito del arbitraje, donde el recurso de nulidad es una figura autónoma que tiene caracteres propios que permiten su clara distinción con el recurso que contempla la parte general de código procesal (Rojas J., *Revisión de los laudos arbitrales en el Código Civil y Comercial*, LL 2016-B, 706; CNCom Sala F, 21.5.2015, “Ricardo López y Otros c/ Gemabiotech S.A. s/Organismos estatales”).

Por vía del recurso de nulidad en el universo del arbitraje, queda resguardada la garantía constitucional de la defensa en juicio lo cual preserva al debido proceso legal.

Esta autonomía que presenta aquí el recurso de nulidad, vuelve útil volver a diferenciar la invalidez de la impugnación, pues aquí resulta imprescindible diferenciar aquellos errores que usualmente identificamos como *in iudicando*, es decir de juzgamiento en principio extraños al recurso de nulidad (en tanto hermanados al de apelación), y que el código procesal permite a las partes disponer de él, de aquellos otros que se denominan *in procedendo*, pues tienen que ver con los vicios en la construcción del laudo en sí mismo, que serían los abarcados por este específico recurso.

A su vez, tal limitación responde a la finalidad buscada por las partes al tiempo de optar por la jurisdicción no estatal.

Es evidente que lo perseguido fue la celeridad buscada al concertar la vía arbitral, tanto más cuando también han renunciado al recurso de apelación.

En este escenario, admitir una revisión judicial amplia de todo laudo, llevaría a un resultado no querido cual es que el tribunal que definiría la contienda sería siempre el estatal y no el elegido por las partes (Rivera, J., *Recursos contra laudos arbitrales*, JA 2007-I-1268).

Como ya ha sido dicho, no existe controversia en punto a que la vía recursiva ordinaria ha sido renunciada por ambas partes tal como lo autoriza expresamente el artículo 760 del código de rito.

Y tal estipulación llevaría a descartar todo análisis sustancial del laudo, reduciendo el estudio de este Tribunal de Justicia estatal, a cuestiones que hacen a la construcción del laudo.

Esta conclusión inicial no importa ignorar la doctrina que emana del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “José Cartellone Construcciones Civiles S.A...”, ya citado.

Sin embargo, más allá de las críticas que la doctrina ha realizado y posición sobre el particular, lo cierto es que al desarrollar el ataque de arbitrariedad PAE reitera como argumentación algunos cuestionamientos que también incorpora en abordajes esencialmente procesales, como ser haber ignorado el derecho pactado, carecer de fundamento normativo alguno, ser dictado por un árbitro que desconocía el derecho argentino, que había incurrido en prejuzgamiento y había sido recusado.

Y el estudio de estas imputaciones no requiere la aplicación de una doctrina que debe ser calificada de excepcional (Rojas J., *Vías de impugnación del laudo arbitral*, ED 210:836), sino que bien pueden ser conocidas en el ámbito que autoriza el artículo 760 del código de rito.

No olvido que PAE también sostuvo que el árbitro no tuvo en cuenta cierta cláusula que podría haber justificado una solución diversa. Sin embargo esta impugnación claramente se endereza a cuestionar aspectos que hacen al juzgamiento y que indubitablemente son ajenas al recurso de nulidad.

Así, más allá de mi opinión personal sobre ese particular, es claro que tal ataque es inaudible para la Sala en los límites del recurso planteado.

Con estas premisas, cabe ingresar en el estudio puntual del recurso.

IV. Como he adelantado, la nulidad pretendida se apoya fundamentalmente en imputar al árbitro haber aplicado una normativa ajena a la que había sido acordada a efectos de dirimir este conflicto.

Así lo advirtió en el punto (ii) y (iii) bajo el capítulo que señala faltas esenciales en el procedimiento (fs. 401v); como luego en párrafos (i) y (ii) referidos al imputado apartamiento de los puntos de compromiso (fs. 402); aun cuando ataca el laudo por arbitrariedad indica tal vicio en el punto (ii) (fs. 402); por último, aun cuando cuestionó la decisión por ser contraria “al orden jurídico”, fundó sustancialmente ello en esta omisión de haber aplicado el derecho pactado (i) (fs. 402v).

Como expresamente lo identifica el laudo en sus puntos iniciales, la ley que rige el caso y debe ser aplicada para dirimir el conflicto es la vigente en la República Argentina.

A su vez, y por petición arbitral, las partes coincidieron (el laudo dice “confirmaron”) que el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 y vigente en nuestro país desde el 1 de agosto de 2015 “...no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015” (fs. 580v; punto 4 “Ley Aplicable”).

Resulta indiscutible entonces que este arbitraje, que además tiene sede en la ciudad de Buenos Aires, debía aplicar tanto en el análisis como en la solución, el derecho argentino y, frente a la derogación del Código Civil durante el desarrollo de este proceso arbitral, las partes especificaron que la modificación del ordenamiento principal que rige el derecho común no incidía en este caso, pues seguiría siendo aplicable aquí las normas del Código de Vélez, en la redacción vigente al 31 de julio de 2015.

Estas claras premisas parecen haber sido objetivamente violadas por el árbitro actuante.

Como puede advertirse del desarrollo del conflicto y de la materia dirimida por el laudo, la decisión perseguida por PAE al instar este arbitraje fue, en primer lugar, obtener una declaración del árbitro en punto a que todas las controversias que pudieren plantearse entre aquella y Metrogas respecto del convenio de reasignación de 2007, el contrato de 1997 y otros vinculados, debían ser resueltos de conformidad con lo estipulado en el ya referido Acuerdo de 2007.

A partir de esta premisa, era reclamado por PAE que también se declare que Metrogas, al incoar el arbitraje CCI 19465/CA había incumplido tanto su deber de confidencialidad como soslayado las renunciaciones allí pactadas (fs. 605, pto 7.1.1.).

Parecería, desde mi óptica, que el objetivo principal de PAE era neutralizar por esta vía el precedente arbitraje promovido por Metrogas. Y por ello, también en mi parecer, la cuestión principal en este debate era el alcance que debía otorgarse a las renunciaciones pactadas en el punto 4.1 del Acuerdo de 2007.

En este cometido, el árbitro requirió a las partes diversas explicaciones sobre régimen jurídico de la renuncia en el derecho argentino y particularmente en lo que hace a su objeto (fs. 588v, pto. 93, tercer párrafo). Las más extensas han sido brindadas con anterioridad, como lo indica el árbitro, mientras que en materia de “objeto de la renuncia”, las partes parecen haber coincidido en no ser necesaria mayor explicación por tratarse de un modo de extinción de las obligaciones, tal como lo establece el Código Civil. En este momento, la demandada formuló alguna consideración sobre el “*pactum de non petendo*”, lo cual analizaré más adelante (fs. 589, ptos. 96 y 98).

Pero en los tramos iniciales del análisis de los alcances de la renuncia, el árbitro sorpresivamente se apoya en lo establecido por “...el art. 946 del Código Civil...” que transcribe (*La aceptación de la renuncia por el beneficiario causa extinción de la misma*) para concluir que “la renuncia se caracteriza por su eficacia inmediata, bastándole a la otra parte invocarla para que despliegue todos sus efectos materiales” (fs. 613v, pto. 226).

Sin embargo a poco que se coteje tal texto con el mismo artículo del Código Civil, se advertirá que el transcripto se corresponde con el del Código Civil y Comercial de la Nación. Constatación que se vuelve evidente cuando se repara que el árbitro al citar doctrina referida [a] tal disposición legal se remite a la incorporada a un Código Civil y Comercial Comentado (fs. 614, cita n° 141).

Pocos párrafos después, el árbitro vuelve a citar un artículo del nuevo ordenamiento, esta vez identificando bien su origen (CCCN724; fs. 614, pto. 228).

A diferencia del Código Civil, el Código Civil y Comercial trae una definición de obligación que el árbitro transcribe “*La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de tal interés*”.

Sin embargo esta objetiva desatención al derecho pactado, no aparece relevante para justificar por sí sola la nulidad del laudo.

Como he dicho al remitirme a un fallo de esta Sala, “...las causales que la ley prevé para la procedencia del recurso de nulidad exigen, en particular en lo que hace a la falta esencial

del procedimiento, que el vicio invocado sea relevante, afecte claramente el derecho de defensa, que exista un interés jurídico en su declaración y que se trate de una actuación no convalidada (CNCom Sala D, 12.7.2002, “Total Austral S.A. c/Saiz Francisco”, JA 2003-II-77).

No cualquier vicio justifica tan grave consecuencia. Como principio la nulidad de un laudo requiere, congruente con la regla genérica en la materia, que el defecto invocado sea trascendente. Que no se trate de una cuestión irrelevante que hubiera sido inocua al resultado.

Como puede advertirse de un simple repaso de los principios del derecho civil, el artículo 946 del actual Código Civil y Comercial sólo incorpora a la norma una premisa que ya había sido considerado por la doctrina y que resultaba del anterior ordenamiento.

El artículo 875 del Código Civil establecía, al igual que hoy lo hace el artículo 947 del CCN, que “...la renuncia puede ser retractada mientras no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace...”, aclarando luego que ello dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros con causa en la renuncia.

Esta disposición llevó a alguna doctrina a sostener que hasta la aceptación de la renuncia “...no había extinción de la deuda por ausencia de ese elemento perfeccionante de la virtualidad extintiva de la renuncia que es la aceptación del deudor (Llambías J., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones* – T. III, página 127, n° 1857, Lexis Nexis 2006, actualizado por Patricio Raffo Benegas).

La actual redacción no reconoce conceptos distintos a los ya vigentes con el anterior ordenamiento. Sólo define, congruente con el 875 CV y 947 CCCN, que la obligación se extingue cuando la renuncia es aceptada por su beneficiario.

Otro tanto sucede con la invocación que el laudo realiza del artículo 724 CCCN.

A diferencia del Código anterior el actual define el concepto de obligación. Debe recordarse que en la nota al artículo 495CC, Vélez Sarsfield entendió inconveniente que un “Código de leyes” contenga definiciones, salvo algunas excepciones que allí también mencionó.

Según lo marca la doctrina, el CCCN incorpora a la definición de obligación la posibilidad de ejecución forzada de la prestación. Un elemento coactivo que pusieron de resalto autores alemanes al distinguir entre el débito cual deber que recae sobre el deudor, y el derecho del acreedor de recurrir a los medios que el derecho le proporciona frente al incumplimiento de aquel (Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentario*, T. V, página 12).

Sin embargo este elemento coactivo también fue previsto por el anterior Código, entre otras disposiciones, cuando diferenció entre obligaciones naturales y civiles, definiendo a estas últimas por el derecho ínsito en ellas para permitir al acreedor exigir su cumplimiento (art. 515CV).

Pero esencialmente el derecho del *accipiens* a reclamar el cumplimiento forzado de la prestación constituye uno de los efectos de la obligación, que el código anterior receptaba en el artículo 505, inc. 1.

En este punto la doctrina anterior también resaltaba este efecto como “...la primera prerrogativa del acreedor, interesado en que el reconocimiento de su derecho se traduzca en la efectiva concreción de la prestación esperada” (Llambías, J.J., *obra citada – Obligaciones*, T. I, página 75).

De allí entonces que la disquisición que formula el árbitro luego de citar el ya referido artículo 724 CCCN (“...deber de prestación y derecho a crédito...” por una parte y “en una acción” por la otra), no responde a una novedad legislativa sino, como máximo, a una diferente redacción para explicitar principios ya clásicos.

Va de suyo que, como resulta de los principios reseñados al comenzar este voto, lo dicho no hace mérito sobre la corrección o adecuación jurídica del razonamiento que el árbitro realiza a partir de las normas que cita. Como ya precisé, como principio el recurso de nulidad sólo debe meritarse la presencia de vicios *in procedendo*, sin ingresar en la pertinencia de la solución de fondo.

Y conforme estos límites, las incorrectas citas legales que realizó de un Código expresamente excluido del análisis como punto del compromiso, no aparecen relevantes para justificar, como ya adelanté, la nulidad del laudo.

V. Otro de los ataques de PAE a la decisión arbitral atinente al derecho utilizado fincó en que el señor Jean Marie Vulliemin habría aplicado en sustento de su solución un instituto no regulado por el derecho argentino, el *pactum de non petendo*.

A. El laudo dedica algunas de sus páginas finales a considerar este instituto que fue introducido por el mismo árbitro en uno de los requerimientos que realizó a las partes en conflicto (fs. 617).

En la comunicación que realizó el 15 de noviembre de 2015 hizo en el punto b cierta pregunta referida a si merecía el objeto de la renuncia alguna calificación particular en el derecho argentino.

Y, de seguido requirió, “...en guisa de mera ilustración, y sin con ello sugerir analogía alguna: por ejemplo y serme familiar, en derecho suizo se podría pensar en el *pactum de non petendo*” (pto. 2 (i) 1. b).

Agregó que conforme las explicaciones que le brindaron las partes respecto del principio del *iura novit curia*, se consideraba habilitado para realizar las preguntas que anteceden.

PAE explicó que no era menester formular explicación alguna sobre el objeto de la renuncia pues en nuestro derecho esta constituye un modo de extinción de las obligaciones. Por ello ratificaron que no hicieron mayores consideraciones sobre el objeto de la renuncia.

Nada dijeron sobre el *pactum de non petendo*.

Metrogas coincidió en que “el objeto de la renuncia... no merece una calificación particular en el derecho argentino”. Pero a diferencia de su contrario expresó que el *pactum de non petendo* “...no ha sido regulado por el derecho argentino”. No obstante aclaró que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han utilizado para explicar algunas relaciones o situaciones jurídicas.

De lo dicho el árbitro dedujo las siguientes conclusiones: **a)** para la demandante “... no habría lugar a precisar el régimen del *pactum de non petendo* toda vez que su objeto, el derecho de acción, es un elemento de la obligación, la cual por la renuncia, vendría íntegramente extinguida con sus accesorios”; **b)** mientras que la demandada, luego de decir que la

renuncia 'no merece' alguna calificación particular por su objeto, admitió el *pactum* como una figura analizada por la doctrina y jurisprudencia (fs. 617 v: n° 243, 244).

De esta segunda opinión derivó que el "no merecer" no importa excluir la referida cláusula del juzgamiento del árbitro, a quien corresponderá decidir su aplicación al caso. Y de ello concluyó que las partes habían tomado posición sobre la calificación de la renuncia como *pactum*, lo cual lo habilitaba para analizar los alcances de la renuncia "introduciendo la figura del *pactum*" (fs. 617v/ 618, n° 244, 245).

A partir de allí identificó como meollo del conflicto identificar si la renuncia importaba una obligación de no hacer pues en caso afirmativo prosperará la demanda mientras si la conclusión es la contraria, la pretensión será rechazada (fs. 618: n° 247). En este escenario, sostuvo que la renuncia tenía como "...mero objeto el derecho a reclamar ante tribunales, o sea el derecho a la acción...", lo cual revelaba las características "...de lo que se denomina *pactum de non petendo* ('el *pactum*')" (fs. 618: n° 248).

Lo dicho parecería abonar la postura de la nulidicente, pues el árbitro calificó a la renuncia como un *pactum de non petendo*, figura que la propia demandada reconoció como no regulada en el derecho argentino.

Sin embargo encuentro razones suficientes, en algún caso coincidente con lo dictaminado por la señora Fiscal de Cámara, para adoptar otra solución.

Siguiendo el desarrollo argumental del laudo, en el párrafo siguiente el árbitro, luego de reconocer que la figura del *pactum de non petendo* no ha sido receptada normativamente por la legislación argentina, sostuvo que tal convención "...no deja de ser un pacto válido en virtud de la autonomía de la voluntad...". Sin decirlo, esta última afirmación parecería sustentarse en la regla establecida en el artículo 1197 del código civil.

Y para abonar su postura, destaca que aún sin estar regulado explícitamente ha sido invocado, bien que en distintos supuestos fácticos, por la doctrina argentina. De ello parece derivar, nuevamente sin decirlo expresamente, que es posible su utilización para dirimir el caso, aun cuando se reconozca que no ha sido incorporado normativamente al derecho local.

A partir de allí entiende que la renuncia pactada en el punto 4.1 del acuerdo de 2007 puede ser equiparada a la mentada figura jurídica y, con tal premisa, analiza el caso bajo tal prisma.

Si bien la postura del árbitro parecería tambalearse en una estrecha línea que roza la falta esencial de procedimiento (al utilizar sustancialmente una figura no regulada en el derecho argentino), el mismo ha intentado superar esta omisión calificando la renuncia como un mero acuerdo de voluntades que, en sustancia, se asemeja en sus características al *pactum de non petendo*.

Formaliter el árbitro ha justificado la utilización de la figura, cuanto menos analógicamente, lo cual no sólo brinda un fundamento sino que aleja, bien que por una delgada línea, la infracción que invoca la nulidicente.

Va de suyo que, como también lo refiere la señora Fiscal de Cámara, lo dicho no importa coincidir con el razonamiento del árbitro y los fundamentos que brindó en derecho para incorporar el *pactum de non petendo* como herramienta jurídica útil para dirimir la contienda que fuera puesta a su conocimiento.

Como ya fue señalado al iniciar este voto y abonado por doctrina y jurisprudencia tanto citados por mí como por la señora Fiscal, en condiciones normales o, como principio general, está vedado al Tribunal de Justicia estatal ingresar en aspectos sustantivos que claramente excedan del catálogo de vicios previsto por los artículos 760 y 761.

De todos modos, lo que se dirá de seguido, reafirmará a mi juicio la solución que ya se infiere.

B. En el ámbito del derecho romano, de donde proviene la figura del *pactum de non petendo*, se puede diferenciar la convención del pacto. La primera fue definida por el Digesto como "...una palabra general, que se refiere a todo aquello en que consiente los que tratan entre sí un negocio a causa de un contrato o transacción...". Dicho de otro modo puede considerarse una declaración de voluntad común que puede estar presente en un contrato, en un acto jurídico o en un simple acuerdo (Mojer M., *Los contratos, las convenciones y los pactos en el derecho romano*, LL Online AR/DOC/723/2008). Mientras que el referido autor considera al pacto como un acuerdo realizado en relación a un contrato.

Diferenció los pactos incorporados al mismo tiempo de la celebración del contrato que dan lugar a acción (p. ej. *pacto de pignore vendendo*); de otros que son incorporados con posterioridad que dan lugar a excepción, como sería el *pactum de non petendo*. Como ejemplo refiere al pacto de aplazamiento de un pago que encuadra en esta última calificación.

Así fue definido el *pactum de non petendo* aquel en que el acreedor promete al deudor no exigirle el pago de la obligación. Así tal pacto no extingue la acción sino que provee al deudor la base para oponer una excepción (Bonfante P., *Instituzioni di Diritto Romano*, págs. 135 y 414; Navarro Zamorano R, de Lara Rafael y de Zafra, José, *Curso Completo Elemental de Derecho Romano*, págs. 102/103 y 396).

Tal figura del derecho romano, que constituye un antecedente fundacional de nuestro sistema jurídico, ha sido utilizada por la doctrina y jurisprudencia nacional para explicar diversas situaciones.

Así se ha dicho que quien participa en un acuerdo preventivo extrajudicial acepta implícitamente un pacto de *non petendo* de la quiebra (Heredia P., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, T. 2, página 562; Junyent Bas, F., *En torno a la admisión del APE: Resolución de Apertura y Régimen de Mayorías*, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas 31.10.2008).

Adolfo Rouillon, al comentar el artículo 84 de la ley 24.522 califica como *pactum de non petendo* a la renuncia temporal del acreedor a pedir la quiebra de su deudor, "...la que podría ser invocada exitosamente por el presunto fallido, si estuviese pendiente el plazo convenido..." (Rouillon, A., *Código de Comercio, Comentado y Anotado*, T. IV-B, p. 57).

También ha sido dicho por alguna doctrina que con anterioridad a la ley 24.522 no se preveía con la homologación del acuerdo efecto novatorio alguno, ni la remisión de deuda, "...sino que a través de un simple *pactum de non petendo* el acreedor perdía su acción al cobro mas no su derecho" (Silva J., *La novación de las obligaciones concursales*, 30.9.2015, Revista Argentina de Derecho Concursal, N° 11, Septiembre 2015).

En un fallo de esta Sala, bien que con otra composición, el Dr. Edgardo Alberti sostuvo, en relación a un cheque postdatado, "...que la recepción de cheques 'a fecha futura' configura el modo documentalmente simplificado de pactar una convención de las llamadas 'de non

petendo'; esto es y simplemente, un pacto accesorio de diferimiento de la exigibilidad..." (CNCom Sala D, 09/12/1986, "Productos Arlys, S. R. L. c. Productos Teddy", LL 1987-B, 260). En el mismo sentido se pronunció Rouillon al afirmar que "El libramiento de un cheque postdatado obedece a un acuerdo entre el acreedor y el deudor, conocido como *pactum de non petendo*, por el cual el acreedor que recibe el cheque acepta diferir la presentación del título al cobro hasta que llegue la fecha indicada en él" (Rouillon A., *obra citada*, T. V, página 491; en igual sentido CNCom Sala A, 26.10.1987, "Cazarre, F. c/ Cirugía Norte S.R.L. y otros", LL 1988-C, 500; CNCom Sala C, 8.3.1984, "Salustio, J. c/ Banco de Catamarca, Sucursal Buenos Aires", LL 1984-C, 205; CApelCiv y Com Santa Fé, Sala I, 12.9.1979, "Vigetti, J. c/ Correas, Carlos A.", LL online AR/JUR/6874/1979; C. ApelCiv y Com Santa Fe, Sala I, 23.8.1978, "Escudero C. c/ Lehmann, A." LLonline AR/JUR/4187/1978; CApelCiv y Com Villa María, 26.3.1992, "Crenna S.A., Santiago c/ Andrada, H. y otro", LL online AR/JUR/653/1992).

Los ejemplos citados son sólo una muestra de la aplicación conceptual, en casos diversos, de los principios y efectos que tanto los antecedentes románicos como profusa doctrina ha asignado al *pactum de non petendo*.

Ello sin que en momento alguno esta figura hubiera recibido recepción normativa.

De allí que, bien con un criterio amplio, no es posible sostener que tal institución sea ajena al derecho argentino, aun cuando no se traduzca en disposición legal alguna.

Sus principios y efectos, como he dicho y demostrado, han sido aplicados en la interpretación de diversos actos jurídicos, lo cual habilita también a hacerlo en el laudo en examen sin que pueda predicarse un apartamiento a la legislación pactada.

C. Si bien lo dicho bastaría para rechazar la invalidación del laudo por el motivo en análisis, cabe agregar otro fundamento que complementa lo hasta aquí dicho.

Según lo he advertido a lo largo de este voto, el laudo incurrió en un objetivo apartamiento de la legislación pactada cuando citó dos artículos del vedado Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo tal yerro fue soslayado en el caso, por entenderlo irrelevante a los fines de la solución adoptada y, particularmente, en tanto este nuevo articulado, en lo que aquí interesa, no constituía una modificación conceptual con los principios que regían el anterior ordenamiento.

En punto al *pactum de non petendo* también ha sido que no era menester su inserción normativa para considerarlo dentro de nuestro sistema jurídico, en tanto ha sido aplicado en múltiples ocasiones para definir conceptualmente y analizar los efectos de diversos negocios o actos jurídicos que tienen recepción legal.

Pero si a pesar de ello pudiera existir alguna vacilación respecto de la solución del caso, debe optarse por la validez del laudo conforme el principio de *favor arbitri* hoy además receptado normativamente por el artículo 1656 CCCN, (Lorenzetti R., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. VIII, página 146; íd. Torales, Graciela K., *Contrato de Arbitraje, Apuntes sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, T. I, cita IJ-XCIII-0; Rapallini, Liliana E., *Arbitraje internacional y toma de medidas cautelares*, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión - Número 3 - 2014, cita IJ-CVIII-759; Torterola, I., *Cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión*, Tratado de Derecho Arbitral, T. I, cita IJ CCX-775).

Lo expuesto confirma, sin más, el rechazo de la nulidad planteada en los términos analizados.

VI. Como fue dicho en los capítulos iniciales de este voto, PAE postuló la nulidad del laudo atribuyendo al mismo diversos vicios.

A. Al describir resumidamente los motivos de este ataque (fs. 401v/402), la recurrente los sustentó en sus puntos A (“El Laudo incurre en faltas esenciales del procedimiento”) y B (“El Laudo se aparta de los puntos de compromiso”), en la presunta infracción del árbitro de apartarse del derecho pactado (legislación argentina y en particular el Código Civil).

Por los fundamentos que he desarrollado en los puntos anteriores, tal impugnación debe ser desechada.

B. Pero también la recurrente alegó en estos dos puntos iniciales que el laudo carecía de todo fundamento; agregado luego en el punto B que fue dictado por un árbitro que ignoraba el derecho argentino; que no consideró elementos esenciales de la causa; que incurrió en prejuzgamiento; y que había sido recusado, sin que la entidad administradora del proceso arbitral comunicara a las partes los motivos que la llevaron a rechazar tal laudo.

Las cuestiones planteadas son claramente ajenas al ámbito de conocimiento del recurso de nulidad.

Como he dicho, este debe enfocarse en los vicios de procedimiento y no en aquellos que hacen al juzgamiento. No es materia de esta impugnación (en rigor de esta pretendida invalidación del laudo), ingresar en el estudio de los fundamentos jurídicos que desarrolló el árbitro para decidir como lo hizo.

Por ello no es pertinente que la Sala analice si el árbitro se apoyó en fundamentos suficientes para llegar a la decisión que aquí se cuestiona. Ni siquiera si omitió toda argumentación, como lo invoca la nulidicente, lo cual como ya se ha visto no es el caso de autos.

No corresponde aquí que la Sala se expida sobre la adecuación jurídica del discurso realizado por el juez convencional al laudar. Es que, como bien lo destacó la señora Fiscal de Cámara, no son audibles en este recurso argumentos que serían mayormente compatibles con una apelación.

Aquí son analizados básicamente, si el laudo incurrió en alguno de los vicios que han sido enunciados por los artículos 760 y 761 del código de rito; de allí que ni siquiera interese la opinión del juez estatal sobre los fundamentos jurídicos del árbitro pues tal estudio ha sido legalmente vedado en el territorio recursivo en el que aquí nos movemos.

C. Tampoco es audible el tardío cuestionamiento que PAE hace al árbitro relativo a su presunto desconocimiento del derecho argentino.

Va de suyo que de así haber ocurrido, ello debió ser materia de un planteo específico ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Sin embargo entiendo evidente que la actual afirmación de PAE responde a su opinión y ulterior ataque al laudo, que en lo sustancial, refleja su disenso sobre la actuación del árbitro, materia que como dije, es ajena al recurso en estudio.

D. Que el árbitro hubiere prejuzgado, como también se le imputa, tampoco parece materia de este pedido de nulidad.

En principio el estudio de tal imputación requeriría de un análisis jurídico de lo dicho con antelación y su ulterior cotejo con lo decidido en el laudo, lo cual también exorbita el actual conocimiento de la Sala.

Pero como bien lo reconoce PAE, tal prejuzgamiento fue materia de una anterior recusación que fue rechazada por la entidad administradora del arbitraje.

Y el cuestionamiento realizado a esta entidad por no haber comunicado, presuntamente, los fundamentos de aquel rechazo, son claramente ajenas a esta revisión.

Menos aún es cuestión atendible en este recurso el velado ataque que PAE realiza a la decisión que rechazó el prejuzgamiento (fs. 424v). Las decisiones procesales de aquella entidad no son proponibles en esta sede, tanto más cuando se ataca una decisión distinta y ulterior como es el laudo.

E. En el punto C de su descripción inicial, la recurrente sostuvo que el laudo incurrió en el vicio de arbitrariedad.

La lectura de la enunciación de su argumentación (fs. 402) refleja claramente que reitera los mismos fundamentos que justificaron los dos ataques anteriores.

Frente a ello es aplicable lo ya dicho lo cual lleva a su desestimación sin más.

F. Por último objetó la decisión por ser contraria al ordenamiento jurídico.

Como es reconocido en su inicial descripción (fs. 402v), en este capítulo PAE reitera argumentos que ya fueron planteados en los anteriores ítems.

Así, como sucedió en la impugnación anterior, los fundamentos ya desarrollados por el suscripto llevan a desechar, sin mayores consideraciones, los reiterados ataques.

Tal conclusión queda ratificada al analizar los argumentos que luego desarrolla la recurrente extensamente en el capítulo que inicia en fs. 414v.

La pretendida nulidad es sustentada en un cuestionamiento estrictamente jurídico de los fundamentos que desarrolló el árbitro al dictar el laudo. Ámbito en el cual, como he dicho reiteradamente, es ajeno al recurso de nulidad.

La última parte del artículo 1656 de CCCN prohíbe que en el contrato de arbitraje las partes renuncien al derecho a impugnar el laudo por ser contrario al ordenamiento jurídico.

Este particular condimento que incorpora esta novísima legislación, que como principio debe ser aplicado al arbitraje local, ha recibido variadas críticas en tanto podría ser interpretado como que autoriza por vía inversa, el ataque sustancial a un lado. Es que juzgar si un fallo arbitral es contrario a nuestro ordenamiento jurídico exigiría un estudio integral del laudo, que excedería largamente de su faz procedimental.

Y tal actividad, como ya se ha dicho al referir los principios generales del arbitraje, sería contradictoria con la tésis misma del arbitraje que persigue por vía convencional, la intervención de jueces no estatales para evitar, precisamente, la intervención del Poder Judicial como institución pública.

Pero sin ingresar en este aspecto, que nos llevaría a un terreno que hoy todavía aparece pantanoso, es posible desechar este ataque.

Amén que, como adelanté, esta norma no sería aplicable a un arbitraje internacional como el que nos reúne, los argumentos desarrollados en este capítulo por el nulidicente transitan por un cuestionamiento específico a los fundamentos vertidos por el árbitro en su laudo, pero en momento alguno evidencian que aquellos sean claramente contrarios a nuestro ordenamiento jurídico.

Ya he dicho, al tratar estos puntos específicamente, que el árbitro aplicó elementos normativos que si bien hacían pie en el nuevo Código Civil y Comercial, derivaban en sus principios, de similares normas ya existentes en el derogado Código Civil.

En cuanto a *pactum de non petendo*, también se aclaró que tal figura del derecho romano no era totalmente ajena a nuestro derecho, en tanto era un antecedente que no sólo había sido utilizada por la doctrina y la jurisprudencia para interpretar diversos institutos, sino que también era viable hacerlo, aun cuando ella no hubiera sido incorporada a nuestro derecho positivo, frente a convenciones privadas, como la aquí en estudio.

Así lo hizo el árbitro Jean Marie Vulliemin, lo cual descarta la imputación aquí analizada como vicio nulificante. Conclusión que está apoyada en la presencia formal de normas jurídicas específicas compatibles con nuestro ordenamiento, pero que para nada ingresan en el análisis sustancial de la fundamentación del laudo.

G. Solo cabe agregar que el ataque aquí enderezado a la decisión de rechazar la pretensa violación del deber de confidencialidad también excede el ámbito de conocimiento de este recurso pues se basa en la improcedencia de los fundamentos que aplicó el árbitro al laudar, lo cual como ya he dicho y refrenda el dictamen fiscal, no puede ser considerado en esta instancia de revisión judicial.

H. Por último, también cabe desechar el cuestionamiento realizado por PAE a lo decidido en el laudo sobre costas bajo la tacha de arbitrariedad.

Los argumentos que fundan tal impugnación también transitan por cuestiones sustantivas que, como he dicho reiteradamente, son ajenas a este recurso.

VII. Lo hasta aquí expuesto, a lo que cabe agregar los fundamentos del dictamen fiscal, justifican a mi juicio el rechazo del recurso de nulidad en estudio.

De todos modos, y como solución que reconozco excepcional, propondré a la Sala distribuir las costas de este recurso en el orden causado.

Si bien he desechado los argumentos del nulidicente para admitir el recurso, es objetivamente cierto aunque sustancialmente irrelevante, que el árbitro citó específicas normas del Código Civil y Comercial de la Nación al fundar el laudo; ordenamiento claramente excluido del marco de este arbitraje.

Frente a este particular escenario, resulta entendible la conducta de PAE al pretender la nulidad del laudo, en tanto se creyó con derecho a hacerlo fundado en el dato objetivo citado.

VIII. Por lo hasta aquí expuesto propongo al Acuerdo, en disidencia con la solución brindada por mi apreciado colega el Dr. Garibotto, desestimar el recurso de nulidad planteado por PAE.

Congruente con lo postulado, y en conocimiento del enjundioso voto del Dr. Heredia, quien tuvo la gentileza de adelantarme en el marco de este Acuerdo, adhiero *in totum* a sus mayores fundamentos.

Costas por su orden.

Así voto.

El juez Heredia dijo:

1º) Los antecedentes del caso se encuentran suficientemente reseñados en los dos votos precedentes, por lo que omitiré una nueva reseña de ellos.

En cuanto a su solución, coincido con la propiciada por el juez Vassallo y, en tal sentido, adhiero *in genere* a su ponencia.

Sin perjuicio de ello, en lo que sigue abundaré en fundamentos propios con igual orientación que los formulados por el indicado y apreciado colega.

Ello es así, valga observarlo, con la inicial aclaración de que acepto como correcto lo expresado por la nulidicente a fs. 425vta./426 vta., en cuanto a que su interés en la suerte del recurso articulado estriba en los efectos que el laudo copiado a fs. 576/627 podría tener respecto del diferente proceso arbitral que refiere, aunque descartando la idea de prejuzgamiento del árbitro que aduce (capítulo J *in fine*, fs. 426 vta.).

2º) Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) propicia la declaración de nulidad del laudo referido, ante todo, bajo la causal de “falta esencial de procedimiento”, la que es presentada por la recurrente con un triple enfoque: a) haberse apartado el árbitro “...del derecho elegido por las partes...” para resolver el conflicto (fs. 404 vta./408 vta., punto B.I); b) haber invocado la decisión arbitral una figura jurídica ajena al ordenamiento argentino como es, según se interpreta en el recurso, el *pactum de non petendo* (fs. 408 vta./409, punto B.II); y c) mostrar el laudo carencia de fundamentos (fs. 409/411, punto B.III).

Ninguno de los tres enfoques referidos encuadra dócilmente en la causal de “falta esencial de procedimiento” prevista en el art. 760 del Código Procesal que, como lo ha resuelto esta Sala, se refiere en rigor 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 cuya 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. CNCom. Sala D, 12/7/02, “Total Austral SA c/ Saiz, Francisco Santiago s/ recurso de nulidad”, JA 2003-II, p. 79, con nota de Bianchi, R., *La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento*; íd. Sala D, 25/10/2006, “Decathlon España S.A. c/ Bertone, Luis y otros/ proceso arbitral”; íd. Sala

D, 11/6/2007, “Mobil Argentina S.A. c/Gasnor S.A. s/ laudo arbitral s/ queja”; íd. Sala D, 12/7/2013, “PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.”).

Con todo, en atención a las particularidades del caso, a la necesidad de brindar un voto fundado que permita alcanzar una mayoría para dictar sentencia (art. 271 del Código Procesal) y a fin de dar la más amplia respuesta jurisdiccional, examinaré lo atinente a esta parte del recurso de nulidad como sigue.

(a) Sabido es que, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, versión año 2012 (que es la aplicable al caso; fs. 576), es dado a “...*Las partes...acordar libremente las normas del derecho a ser aplicada por el tribunal de arbitraje a los méritos de la disputa...*” (art. 21).

Tal posibilidad, que también es aceptada por la Ley Modelo CNUDMI (art. 28) y que importa un principio esencial en el derecho del comercio internacional (conf. Rivera, J., *Arbitraje Comercial – internacional y doméstico*, Buenos Aires, 2007, p. 507), implica validar en el marco del arbitraje la aplicación de la autonomía de la voluntad en orden a la elección por los contratantes del derecho apto para la resolución de la controversia (autonomía conflictual), bajo la idea de que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para determinar el sistema jurídico que les rige (conf. Moreno Rodríguez, José, en la obra *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, anotado y comentado*, dirigido por Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola, Legis, Buenos Aires, 2011, p. 359 y sus citas).

En el caso, como lo han destacado mis colegas de Sala en sus respectivos votos, las partes acordaron que el conflicto debía ser dirimido por el árbitro único mediante la aplicación del derecho argentino, particularmente el Código Civil de 1869 (ley 340 y modificatorias), con exclusión de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994).

Es decir, las partes acordaron expresamente un *pactum de lege utenda*.

Naturalmente, tal elección hecha por los contendientes debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, como referente a la ley sustancial e igualmente a la doctrina y jurisprudencia interpretativa de ella (conf. Racine, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Thémis Droit –PUF, París, 2016, p. 478, n° 749), y aún a los usos y costumbres correspondientes, si los hubiera (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., *Commentario breve al Diritto del l'Arbitrato Nazionale ed Internazionale*, CEDAM, Padova, 2010, ps. 840/841, IV, 1).

Pues bien, la lectura del laudo copiado a fs. 576/627 evidencia, como también lo observaron los jueces Garibotto y Vassallo, que si bien el árbitro refirió adecuadamente la ley elegida por las partes para resolver el conflicto (fs. 580, punto 4), al abordar lo atinente a la definición del objeto o alcance de la renuncia contenida en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 fundó su decisión no sólo en citas del Código Civil de 1869 y su doctrina interpretativa, sino también en la mención de preceptos del Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, así como en la de autores que han comentado este último cuerpo legal (fs. 614).

Si la concurrente cita del Código Unificado de 2015 determina o no un motivo para invalidar el laudo, es tema que ha encontrado una respuesta discrepante en los votos de mis colegas de Sala, por lo que corresponde al suscripto terciar en la cuestión para alcanzar la mayoría prevista por el art. 271 del Código Procesal.

Como lo adelanté, juzgo -en el particular caso de autos- que no está justificada la invalidación del laudo por el motivo indicado.

Así lo pienso, por lo siguiente.

(b) El tribunal arbitral por lo general no tiene que verificar que la elección que realizan las partes en cuanto al derecho aplicable esté bien fundamentada o tenga una conexión particular con el asunto en disputa. Solamente le corresponde respetarla (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, p. 356).

En efecto, el árbitro debe respetar la elección de las partes bajo pena de exponer su sentencia a una anulación o a un rechazo en vía de reconocimiento o exequátur (conf. Seraglini, Christophe y Ortscheidt, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien-Lextenso Éditions, París, 2013, p. 800, n° 880).

Por ello, debe entenderse que, como principio, constituye una violación al mandato arbitral, que conlleva a la anulación del laudo, cuando no se respeta la elección hecha por los litigantes del derecho aplicable al mérito de la controversia. Particularmente, ello es así cuando se aplica una ley nacional diversa de la seleccionada por las partes; cuando se hace referencia a un derecho nacional en presencia de un acuerdo para la aplicación de reglas jurídicas transnacionales; o cuando se hace aplicación de reglas transnacionales en violación al acuerdo de parte que previeron la aplicación de una ley estatal (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 997, X, 7).

(c) En algunas jurisdicciones lo expuesto en el parágrafo anterior se aplica de un modo rígido.

En tal sentido, la justicia de Egipto ha anulado laudos por no haber aplicado el derecho acordado por las partes, tal como lo requieren las leyes de ese país (conf. *In the matter of the arbitration of certain controversies between Chromalloy Aeroservices and the Arab Republic of Egypt*, 939, F. Supp. 907, D.D.C., 1996, citado por Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 356, nota n° 101).

En el mismo sentido, bien que con relación a la ley ritual y no a la sustantiva, una corte de apelaciones turca rehusó el reconocimiento y ejecución de un laudo suizo con base en que la ley procesal acordada por las partes no había sido aplicada (conf. Court of Appeals, 15th. Legal Division, 1/2/1996, "Osuskunta Metex Andelslag", citado en la *Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 - Un manual para jueces*, International Council for Commercial Arbitration, 2013, p. 104, nota n° 41).

(d) Por cierto, la adopción del criterio rígido antes referido se aprecia como apropiado en casos en que, como ha ocurrido en la especie, las partes han "cristalizado" el derecho seleccionado, descartando la aplicación de modificaciones legislativas posteriores. Cuando así obran, lo que las partes buscan es preservarse contra la evolución legislativa futura. La seguridad jurídica es así total (conf. Racine, Jean-Baptiste, ob. cit., p. 479, n° 752).

Pero, bien entendido, ni siquiera en tal particular hipótesis, el respeto por la elección del derecho estatal aplicable que hubieran hecho las partes deja de tener el límite del orden público internacional o interno, teniendo los jueces facultad para ejercer un control de validez bajo esa óptica (conf. Seraglini, Christophe y Ortscheidt, Jérôme, ob. cit., loc. cit.; Racine, Jean-Baptiste, ob. cit., p. 480, n° 752 y su cita en nota n° 7 de la sentencia CCI n° 6496 de 1991).

(e) Pero el apuntado control rígido, que en algunas jurisdicciones no tiene igual envergadura (conf. Kühn, *Express and implied choice of the substantive law in the practice of international*

arbitration, ICCA Congress Series n° 7, Kluwer, 1996, ps. 380 y 388/389, citado por Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 356, nota n° 101), sólo fundamenta, a mi modo de ver, incluso si las partes han “cristalizado” el derecho seleccionado para definir el mérito de la contienda, la anulación de laudos que omitan total y absolutamente la aplicación de este último, pero no necesariamente la de aquellos que habiéndolo aplicado, también hallaron concurrente fundamento en otras disposiciones nacionales o aun en elementos de juicio de derecho comparado no incompatibles o contrarios.

Desde tal perspectiva, por ejemplo, se ha entendido que no es anulable el laudo que ha hecho referencia a normas de un diverso ordenamiento nacional, bajo el presupuesto de que ellas habían inspirado las disposiciones que sí eran aplicables (conf. Cour d'Appel de Paris, Chambre 1ª, 10/3/1988, “Crocodile Tourist Project Co. c/ Aubert ès qual et autres”, *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 269, con nota de Fouchard, citado por Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 997, X, 7).

(f) El presente caso evidencia una situación que bien puede quedar aprehendida *mutatis mutandi* en la precedente hipótesis.

En efecto, para determinar -entre las alternativas interpretativas explicitadas por el árbitro- cuál era el alcance jurídico de lo pactado en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 (fs. 613 vta., punto n°224), citó el laudo preceptos del Código Civil de 1869 atinentes al régimen de la obligaciones de no hacer (arts. 633 y 634, mencionados en fs. 613 vta., nota n° 139), y complementariamente los arts. 724 y 946 del Código Civil y Comercial de la Nación para expresar: a) con relación al primero, un concepto que está presente en el art. 505 del Código Civil de 1869 (no citado por el árbitro), cual es que ante el incumplimiento el acreedor puede obtener forzosamente la satisfacción de su interés (fs. 614, punto n° 228), y b) con relación al segundo, un concepto que está expresamente aprehendido en la última oración del art. 868 del Código Civil de 1869 (tampoco citado por el laudo), cual es que aceptada la renuncia la obligación se extingue (fs. 613 vta., punto n° 226). Todo ello con referencias de doctrina anterior y posterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 (ley 26.994).

Así las cosas, y aunque no es disimulable que el árbitro actuante utilizó una misma sigla para referirse ambiguamente a ambos códigos (“CCA”, según puede leerse en la nota n° 139 de fs. 623 vta.), ni que citó el art. 946 del Código Unificado de 2015 como precepto perteneciente al Código Civil de 1869 (fs. 613 vta., punto n° 226), tales yerros no alcanzan para colegir que en su decisión hubiera absolutamente desconocido el específico plexo normativo al cual las partes decidieron someter su disputa, ni menos para sostener que la mención de artículos del Código Civil y Comercial de la Nación hubiera significado fundar el laudo en una normativa incompatible o contraria a la especialmente llamada para resolver la cuestión, lo cual permite concluir, en definitiva, que la misión arbitral no ha sido ejercida con trasgresión al acuerdo de las partes sobre los preceptos del derecho a ser aplicados a los méritos de la disputa.

Por ello, la invalidación del laudo bajo el primer enfoque abordado por el recurso, no puede prosperar.

(g) Tampoco puede prosperar bajo el segundo enfoque.

Ello es así, pues la afirmación de que el Código Civil de 1869 no admitía la figura del *pactum de non petendo* resulta insostenible.

Por el contrario, entre las obligaciones de no hacer de fuente convencional se ubica el pacto de no pedir el pago, es decir, el *pactum de non petendo*, tal como lo ejemplifica la más autorizada doctrina nacional al explicar, precisamente, el régimen de ese tipo de obligaciones (conf. Busso, E., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 351, n° 100); régimen que, valga observarlo, fue específicamente tenido en cuenta por el impugnado laudo con cita incluso, como se dijo, de los arts. 633 y 634 del Código de 1869 (fs. 613vta., puntos n° 224 y 225, texto y nota n° 139).

De tal suerte, no puede ser admitida la afirmación de la recurrente según la cual el laudo no se basó en el derecho sustantivo nacional para justificar la figura del *pactum de non petendo*.

Por cierto, en afín pero distinto orden de ideas, tampoco puede ser aceptada la crítica que se ensaya en el recurso de nulidad sobre la base de sostener que el árbitro habría fundado su decisión en el derecho positivo suizo pero sin citarlo, o bien en obras de autores españoles o italianos que refieren a la figura del *pactum de non petendo* (fs. 409).

Lo primero: porque si bien el árbitro no hizo referencia a la norma de derecho helvético que regularía el *pactum de non petendo*, lo cierto es que esta referencia de derecho comparado la hizo a guisa de mera ilustración y aclarando que no se pretendía con ello sugerir analogía alguna con aptitud decisoria del caso (fs. 617, punto n° 240), por lo que, no puede tomarse ello como elemento demostrativo de la presencia de una falta esencial del procedimiento.

Lo segundo: porque como sostuve más arriba, el laudo no se invalida cuando, sin omitir el derecho estatal elegido por las partes, adopta decisión citando concurrentemente otras disposiciones nacionales o aun elementos de juicio del derecho comparado no incompatibles o contrarios. Y, al respecto, la mención efectuada por el laudo de autores españoles e italianos (fs. 618 y vta., punto n° 250, nota 174) no puede juzgarse de ningún modo incompatible o contraria con la configuración que del *pactum de non petendo* puede hacerse a la luz del régimen de las obligaciones de no hacer resultante del Código Civil de 1869. Es que tanto en el derecho español como en el italiano, la configuración del *pactum de non petendo* no se aleja de la propia de un “pacto de no pedir el pago” aceptada por la doctrina nacional ya citada (Busso) y ello desde la misma perspectiva jurídica. Así, en España se entiende que el objeto del *pactum de non petendo* es, coincidentemente, el de no ejercer el derecho de crédito o reclamar la deuda, estableciéndose por él una obligación negativa o de no hacer (conf. Diez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, vol. II [las relaciones obligatorias], p. 249, n° 18; Beltrán de Heredia y Castaño, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 268); y otro tanto ocurre en Italia, cuya doctrina explica que el contenido de ese negocio es, justamente, el de una obligación negativa (conf. Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 220, n° 10), tendiente a privar definitivamente o solo temporariamente al acreedor del poder de actuar contra el deudor o más específicamente de actuar sobre todos o sobre algunos de sus bienes (conf. Carresi, Franco, *Il contratto*, en la obra “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, dirigida por A. Cicu y F. Messineo, Giuffrè Editore, 1987, vol. XXI, t. 1, p. 7).

En suma, como se anticipó, tampoco la nulidad puede ser declarada bajo el segundo enfoque que el recurso relaciona a la causal de “falta esencial en el procedimiento”.

(h) El tercer y último enfoque puesto por la recurrente en la órbita de la indicada causal invalidante se refiere a una invocada carencia de fundamentos del laudo.

Al respecto, sostiene Pan American Energy LLC (sucursal Argentina), lo siguiente: a) que el laudo se basó en conjeturas, fundadas a su vez en suposiciones, para sostener que resultaba "...*inverosímil que Wintershall y Total desconocieran la existencia del acuerdo individual entre PAE y Metrogas...*"; y b) que carece de sustento legal y representa una equivocación afirmar, como lo hizo el laudo, que la renuncia contenida en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 "...*sólo daría derecho a un medio de defensa...*" (fs. 409 vta.). A criterio de la recurrente, ambos aspectos determinan la ausencia de debida motivación del laudo, lo cual es una exigencia constitucional y legal (fs. 410/411).

A mi modo de ver, empero, nada de lo expuesto puede ser aceptado.

El árbitro actuante no se basó ni en conjeturas ni en suposiciones para sostener el conocimiento indicado sino que, por el contrario, fundamentó su conclusión en el análisis de las relaciones entre los sujetos involucrados -que presentaban incluso situaciones de representación y autorizaciones- y de los documentos contractuales en juego -Acuerdo de Reasignación y Acuerdo de 2007- en cuanto uno reproducía el clausulado del otro (fs. 622, puntos n° 271 y 272).

Y si por hipótesis en dicho análisis efectuado por el árbitro o en su conclusión existiese un *error in iudicando*, cabe recordar que el recurso de nulidad contra el laudo no está previsto para atacar un vicio de ese tipo, el que sólo podría repararse 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 desnaturalizado el instituto del arbitraje privándolo de uno de sus más preciosos beneficios (conf. 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).

No otra cosa corresponde decir, de su lado, en punto a haber considerado el laudo que la renuncia contenida en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 da lugar a un medio de defensa, esto es, una excepción. Pretender descalificar ese aserto significa, ni más ni menos, que incursionar en la indagación de la existencia de un error del tipo antes referido, lo que es improcedente. A todo evento, calificada esa renuncia como un *pactum de non petendo* (calificación sobre cuya corrección este voto no incursiona), debe entenderse que su utilidad práctica reside, precisamente, en que el deudor pueda resistir reclamos del acreedor oponiéndolo como excepción (véase en este preciso sentido: Messineo, F., ob. cit., t. IV, p. 220, n° 10).

3º) El laudo copiado a fs. 576/627 también es impugnado por Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) bajo la causal de haber fallado el árbitro "...*sobre puntos no comprometidos...*" (art. 760 del Código Procesal; fs. 411 y ss., Cap. C).

Cabe recordar que la causal de nulidad determinada por la incursión del 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 (esta Sala D, 11/6/2007, "*Mobil Argentina S.A. c/ Gasnor S.A. s/ laudo arbitral s/ queja*"; Fenochietto, C. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, Buenos Aires, 1987, t. 3, p. 546).

En este orden de ideas, el recurso de nulidad alude a la presencia de un laudo dictado con apartamiento de lo fijado en el Acta de Misión (fs. 411).

Conocida es la importancia del Acta de Misión como delimitadora del alcance del mandato dado al tribunal arbitral a fin de contribuir a garantizar que el laudo que se emita no resulte finalmente ni *ultra* ni *infra petita* (conf. . Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 370; Viaña de la Puente, Javier, *Inside the ICC – Arbitraje Comercial en la Cámara de Comercio Internacional*, Gomylex, Bilbao, 2013, p. 136 y ss.).

Sin embargo, en el *sub examine* la recurrente no explicita concreta y claramente cuáles son los puntos fallados por el laudo en exceso de lo determinado en la invocada Acta de Misión.

Antes bien, lejos de lo anterior, lo que la recurrente hace en esta parte de su recurso es: a) insistir en la idea de que el árbitro no aplicó el Código Civil de 1869; y b) reiterar que indebidamente el laudo trajo a colación la figura del *pactum de non petendo*, aclarando que de esa manera se frustró las expectativas de las partes y el hecho de que ellas se habían expresado en el sentido de no considerar la renuncia contenida en art. 4.1 del Acuerdo de 2007 como un *pactum* de ese naturaleza, extremo que, consiguientemente, hacía jugar lo dispuesto por el art. 218, inc. 4º, del Código de Comercio, así como la necesidad de respetar lo que "...entendieron o pudieron entender..." del acuerdo según lo prescripto por el art. 1198 del Código Civil de 1869 (fs. 411vta./414 vta.).

Obviamente, las precedentes alegaciones no conciernen técnicamente a supuestos encuadrables en la causal de nulidad del laudo por haber incursionado en puntos no comprometidos que, se insiste, apunta a la denuncia de un laudo que hace lugar a una demanda no cubierta por el acuerdo compromisorio.

Pese a ello, si acaso así no se lo entendiera, corresponde todavía señalar lo siguiente:

(a) La alegación de que el árbitro no aplicó el Código Civil de 1869 ya ha sido rechazada por este voto, por lo que simplemente cabe remitir a lo puesto en tal sentido.

(b) También ha sido rechazada por esta ponencia la alegación de ser el *pactum de non petendo* una figura jurídica ajena a las reglas contenidas en ese cuerpo legal. Por el contrario, como se dijo, su fundamento está en el régimen de las obligaciones de no hacer al que explícitamente se refirió el laudo con cita del código de 1869.

(c) En fin, la calificación que las partes eventualmente hubieran hecho acerca de los alcances jurídicos de la renuncia contenida en el art. 4.1 del Acuerdo de 2007, no obligaba al árbitro, toda vez que, a la luz del derecho por ellas elegido, era su función interpretar los instrumentos contractuales de la contienda, sin que, consiguientemente, pueda constituirse en una causal de nulidad del laudo la aplicación de los principios relativos a esa interpretación contractual según resultasen del derecho aplicable a la controversia (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit. p. 993, IX, 11). Desde tal perspectiva, la cita de los arts. 218, inc. 4º, del Código de Comercio y art. 1198 del Código Civil que formula el recurso, no aporta fundamento dirimente de entidad.

En suma, tampoco se aprecia que la impugnación pueda prosperar a la luz de los referidos motivos.

4º) Con cita del art. 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación, sostiene la recurrente que el laudo debe ser anulado por "...contrario al ordenamiento jurídico..." (fs. 414 vta., cap. D).

Para fundar la alegada contradicción con el ordenamiento jurídico la recurrente Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) reitera, una vez más, conocidos y ya descartados argumentos: omisión de ponderación del Código Civil de 1869; inexistencia del *pactum de non petendo* en el derecho argentino; inapropiada cita de autores españoles e italianos; etc. (fs. 415).

Pero a continuación de lo anterior, como aspecto diferenciado, postula que la alegada contradicción con el ordenamiento jurídico argentino está dada por el hecho de haber interpretado el laudo que una renuncia como la contenida en el art. 4.1 del Acuerdo de 2007 no tiene efecto extintivo de la obligación, tal como lo declara el art. 868 del código de 1869 (fs. 416), habiendo el árbitro efectuado, además, una distinción artificiosa entre el derecho a la acción y la obligación de no hacer (fs. 416 vta./417 y vta.).

Sobre esta parte del recurso de anulación, juzgo adecuado señalar lo siguiente:

(a) Lo dispuesto por el art. 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación no brinda fundamento atendible al planteo en términos de procedibilidad.

Haciendo abstracción de que el ámbito de aplicación del citado art. 1656 es el de los laudos dictados en arbitrajes domésticos (conf. Salgado, J., *Impugnación en el arbitraje en el sistema del Código Civil y Comercial*, RCCyC, año II, n° 5, junio 2016, ps. 25/26, cap. II) y no el de arbitrajes internacionales como el presente (conf. Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Santa Fe-Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 117), lo cierto es que esta alzada mercantil ya se ha pronunciado -con criterio que cabe compartir- en el sentido que lo dispuesto en la parte final de dicho precepto en cuanto prohíbe renunciar a la impugnación del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico, se refiere al recurso de nulidad, pero no al de apelación, el cual puede lícitamente renunciarse (conf. CNCom. Sala E, 22/12/2015, "Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Alberto Martín y otro s/ recurso de queja", LL del 10/5/2016, con nota aprobatoria de Sandler Obregón, V., *La impugnación de los laudos arbitrales*). De donde se sigue, por lógica implicancia, que la contradicción a la que alude ese precepto es la relacionada a las limitadas materias que pueden ser examinadas en el marco de un recurso de nulidad según resulta de la ley procesal, pero no a las mucho más amplias que admitirían revisión mediante una apelación (en este sentido: Sagrario, R., *Las causales de anulación del laudo arbitral son las establecidas taxativamente en la ley procesal*, LL 27/10/2017; Sandler Obregón, V., ob. cit., loc. cit.; Salgado, J., ob. cit., loc. cit.; Rothenberg, M., *La revisión judicial de los laudos arbitrales según el Código Civil y Comercial. Su adecuada interpretación*, RCCyC, año II, n° 5, junio 2016, p. 27, espec. p. 31; Méndez, H. y Méndez, A., *Recursos en el arbitraje a tenor del nuevo Código*, LL del 28/12/2015; Rivera, J., *Orden público en el arbitraje comercial*, LL 2015-F, p. 1095).

Y, puesto que en la especie, el planteo ahora examinado remite a aspectos ajenos al propio del recurso de nulidad es que, como fue dicho, el citado art. 1656 no propone sustento válido alguno en términos de procedibilidad.

(b) A todo evento, para dar, una vez más, una amplia respuesta jurisdiccional, me permitiré señalar que la interpretación sostenida por el laudo en el sentido de que el *pactum de non petendo* reflejado en el art. 4.1 del Acuerdo de 2007 importó solamente una renuncia "... al derecho de acción..." (fs. 614, punto n° 229), representa una interpretación posible tal como lo demuestra la existencia de autores que así lo entienden (conf. Bianca, Massimo C., Patti, Guido y Patti, Salvatore, *Lessico di Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 543, donde expresamente dicen que el referido *pactum* determina una "...mera rinunzia all'azione...").

Y aunque a esta última interpretación se pudiera oponer -como lo hace la recurrente al afirmar que no hay disociación posible entre acción y obligación- aquella otra que indica que, en realidad, la renuncia a la acción es inadmisibles (conf. Liebman, E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1980, p. 398, n° 257) y que cuando se renuncia a todas las acciones, tal como ocurre con la susodicha cláusula 4.1 (fs. 596 vta.), a lo que se "...renuncia es al derecho material objetivo, a la obligación correlativa de su sujeto pasivo, porque la acción como derecho abstracto no es renunciabile..." (conf. Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal Civil -Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1963, p. 106, n° 89), lo cierto y jurídicamente relevante es que, aun así, la adoptada por el laudo examinado seguiría siendo una interpretación posible y, por tanto, fundante de un laudo no necesariamente contrario al ordenamiento jurídico. Ello sea dicho, desde ya, dejando a salvo el suscripto su opinión personal sobre el tema, cuya exposición sólo sería posible en el marco de un recurso de apelación.

En suma: siendo obvio que no corresponde a esta alzada mercantil sustituir el criterio interpretativo propiciado por el árbitro, tampoco desde este ángulo se advierte causal de nulidad viable, correspondiendo recordar, otra vez, que no es propio del recurso examinado la revisión de eventuales errores *in iudicando*.

5°) Sostiene la recurrente en otro lugar de su queja que el laudo es "...manifiestamente arbitrario..." y que el examen de ello está habilitado por jurisprudencia que cita, particularmente por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Cartellone", así como por la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia acuñada por el Alto Tribunal. Al respecto, afirma que la arbitrariedad se constata porque el laudo: I) no aplicó el derecho argentino; II) citó autores extranjeros para explicar una figura desconocida en el derecho argentino; III) se excedió al expedirse sobre puntos no comprometidos; IV) omitió considerar las declaraciones testimoniales de los expertos jurídicos que obran en autos, a pesar de haberlas mencionado; V) ignoró prueba conducente aportada por su parte; VI) se dictó en términos tan arbitrarios que ha quedado ratificada la causa que en su momento condujo a la recusación del árbitro (fs. 417 vta./419 vta., cap. E).

Como es sabido, la Corte Federal ha dicho en el precedente "Cartellone" (Fallos 327:1881) que la renuncia a apelar una decisión arbitral no puede lícitamente interpretarse se extienda a supuestos en que los términos del laudo contraríen el orden público, o si fuese inconstitucional, ilegal o irrazonable (considerando 14).

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. Caivano, R., *El arbitraje y el poder judicial en la visión de la CSJN*, en la obra "Máximos Precedentes - Derecho Comercial" [dirigida por Heredia, P. y coordinada por Arecha, M.], Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 633, espec. p. 652 y ss.; véase asimismo la cita de autores -copiada por el juez Garibotto en su voto- que la Sala efectuó en la ya citada causa "Mobil Argentina S.A. c/ Gasnor S.A. s/ laudo arbitral s/ queja"), lo importante y concreto es que en el *sub lite* no alega Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) que el laudo hubiera violado el orden público. Antes bien, sólo reitera afirmaciones ya consideradas y postula otras que, en rigor, conllevan a un examen del mérito de lo resuelto, lo que expresamente ha reprobado el Alto Tribunal en su más reciente jurisprudencia como algo posible en el marco del recurso de nulidad si se renunció al de apelación (CSJN, 5/9/2017, "Ricardo Agustín López, Marcelo Gustavo Daelli, Juan Manuel Flo Díaz, Jorge Zorzópulos c/Gemabiotech S.A. s/ organismos externos").

En este punto, cabe insistir, a riesgo de ser reiterativo, en 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 (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”); y 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 se le somete exclusivamente la cuestión relativa a la validez, no puede entrar a considerar el modo en que las controversias han sido resueltas. 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 (Caivano, R., *Arbitraje*, Buenos Aires, 1993, ps. 260/262 y jurisprudencia allí referida).

A todo evento, las reiteradas afirmaciones de que el laudo no aplicó el derecho argentino, citó autores extranjeros para explicar una figura desconocida en la legislación patria y que se excedió al expedirse sobre puntos no comprometidos, ya han sido consideradas por este voto para descartar que fundamenten adecuadamente la nulidad reclamada.

De su lado, no cambia el enfoque la postulación referente a que el laudo, a pesar de mencionarlas, omitió considerar las declaraciones de expertos jurídicos rendidas en la causa e ignoró prueba conducente aportada por su parte. Esto es así, en efecto, porque ninguna necesaria arbitrariedad se desprende del hecho de que el laudo hubiese 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 el árbitro no hubiera ponderado una por una todas las pruebas agregadas a la causa, pues no estaba obligado a ello, sino solo a examinar los elementos de juicio que estimaba 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 la recurrente) no da cuenta de ninguna causal de invalidación del laudo. 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, 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”). A todo lo cual cabe agregar, por si subsistiera alguna duda, que tampoco representa una violación a la misión arbitral la errónea ponderación de la prueba, ya que la cuestión entronca con un juzgamiento sobre el mérito del laudo (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit. p. 998, X, 8), lo cual, como se ha repetidamente dicho, es ajeno al ámbito del recurso de nulidad.

En fin, la vinculación que el recurso hace entre el resultado del laudo y la recusación que otrora hiciera del árbitro, no tiene más valor que el de una apreciación subjetiva *ex post* carente de solidez en función de cuanto se ha expuesto. Ello sea dicho, claro está, sin perjuicio de lo que asimismo se expondrá en el considerando 8° (c).

6º) Bajo el ropaje nuevamente de la arbitrariedad aduce Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) que el laudo desconoció los efectos de la cláusula arbitral pactada en el Acuerdo de Reasignación. Concretamente, sostiene que la nulidad reclamada es procedente porque el árbitro debió resolver la controversia no sobre la base de una actuación fundada en la cláusula arbitral del acuerdo de 1997, sino con apoyo en la cláusula arbitral del acuerdo de 2007.

Así expuesta, la aserción se endereza a demostrar que la cláusula arbitral del acuerdo de 1997 no era “aplicable” a la controversia resuelta.

Con ese alcance, a mi modo de ver, el problema no engarza en una cuestión de arbitrariedad como lo propone la recurrente, sino más bien de imputada ausencia de competencia del árbitro con sustento endicha cláusula del acuerdo de 1997, materia esta última que, valga señalarlo, puede ser discutida en el marco del recurso de nulidad porque la participación de la recurrente en el arbitraje no puede ser entendida como renuncia a cuestionar la competencia arbitral ante el tribunal estatal (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 555, nota n° 14 y su cita del precedente de la Corte de Apelaciones de EE.UU., Circuito 5º, 2003, “Bridas S.A.P.I.C. et al. c/ Government of Turkmenistan and State Concern Turkmenneft”, 345 F. 3d. 347) y porque la situación importa denunciar una falta esencial de procedimiento atacable por dicha vía (conf. Rivera, J., *Arbitraje Comercial*, cit. p. 423).

Empero, aunque la admisibilidad formal del planteo (visto del modo indicado) es indudable, su improcedencia sustancial no lo es menos.

Al respecto, fue claro el árbitro en afirmar que, a su juicio, existía entre el acuerdo de 2007 y el de 1997 “...una estrecha conexión...” pues “...el primero queda condicionado por la firma del segundo...” en tanto “...el segundo hacer referencia, incorporándolas, a estipulaciones del contrato de 1997, entre ellas, notablemente, a la cláusula arbitral...” (fs. 610 vta., punto 200, “a”). Asimismo, para interpretar la voluntad de las partes, el árbitro observó que el mismo esquema estaba presente en el Acuerdo de Reasignación de WIAR, el de Entrega de Volúmenes y el Acuerdo Marco con Total (fs. 610 vta., punto 200, “b” y “c”).

La recurrente intenta demostrar que esa conexidad e interrelación no existía ni estuvo en la voluntad de las partes, y que la reproducción de un texto contractual por el otro no implicó en ningún caso mantener la vigencia del reproducido (fs. 420). Sin embargo, semejante disociación no es racionalmente aceptable, toda vez que no se entiende cómo no se mantendría vigente el texto anterior si se lo incorpora al nuevo. Lo natural es, por el contrario, interpretar que esa reproducción implicó “...que la voluntad real de las partes no fue que su cláusula arbitral venga a sustituir aquella del contrato de 1997...”, tal como lo sostuvo el árbitro (fs. 610 vta., punto 200, “f”).

Y, desde tal perspectiva, bien puede afirmarse que se está en presencia de un supuesto asimilable al de una cláusula arbitral “*per relationem*” o por referencia (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 604, XIV, 1; Seraglini, Christophe y Ortscheidt, Jérôme, ob. cit., ps. 578/579, n° 660; Racine, Jean-Baptiste, ob. cit., p. 196 y ss., n° 255 y ss.; Rivera, J., *Arbitraje Comercial*, cit., ps. 131/133), por lo que la actuación del árbitro con base en la del acuerdo de 1997 no es constitutiva de ninguna falta esencial de procedimiento, máxime ponderando que lo atinente a la competencia de aquél fue objeto de examen en el laudo parcial del 1/4/2014, cuyas conclusiones no son puestas en tela de juicio por el recurso de nulidad que se examina, pese a que el laudo final explícitamente se

fundó en ellas (sobre el contenido del referido laudo parcial véase fs. 601/605, puntos n° 175/176; y en cuanto a su relación con el laudo final, véase fs. 607 y vta., puntos n° 186/188).

7º) Bajo la calificación de “laudo sorpresivo” intenta también Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) la anulación que pretende.

Vuelve la recurrente a insistir aquí en que la decisión arbitral no aplicó el derecho argentino y se valió equivocadamente de la figura del *pactum de non petendo* (fs. 420 y vta., cap. G). Sobre ello, nada corresponde agregar a lo ya dicho en el sentido de que tales argumentos no sustentan nulidad alguna.

Independientemente de lo anterior, a la luz de igual calificación, sostiene la recurrente que hubo exceso del árbitro en la aplicación del principio *iura novit curia* pues: I) admitió una excepción no esgrimida ni autorizada por la ley; y II) de acuerdo al art. 2653 del Código Civil y Comercial de la Nación, no es posible al juez disponer de la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente vínculos más estrechos, si las partes han elegido el derecho para el caso. Nada de esto es, sin embargo, es argumentalmente aceptable. En efecto, en cuanto a lo primero es imperioso observar que el árbitro no admitió ninguna excepción, sino que dijo que el *pactum de non petendo* ofrecía la posibilidad de oponerlo como medio de defensa en reclamos litigiosos diferentes al presente, lo que es distinto (fs. 619 vta., punto n° 259). De su parte, en orden a lo segundo, lo dispuesto por el art. 2653 del Código Unificado de 2015 carece de relación directa e inmediata con el *sub lite* pues esa norma se refiere a los supuestos en que no se ha sometido el contrato a un derecho elegido por las partes (conf. Uzal, M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2016, ps. 521/522, n° 10; Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Santa Fe-Buenos Aires, 2015, t. XI, ps. 645/646; Alterini, J., *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Buenos Aires, 2015, t. XI, p. 1000), hipótesis que no es la aquí examinada en la que, por el contrario, las partes hicieron ejercicio de la autonomía conflictual, la que fue respetada por el laudo según fuera ya concluido.

8º) Recurriendo ambiguamente a los conceptos de “arbitrariedad” y “falta esencial del procedimiento” (fs. 421 vta., cap. H), sostiene Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) que: I) se la ha privado de una prueba esencial; II) el laudo fue dictado por un árbitro que ha prejuzgado; y III) se la ha privado de ponderar el fundamento del rechazo de la recusación que planteara respecto del árbitro, violándose el art. 3º del Código Civil y Comercial de la Nación.

Veamos.

(a) Apunta la recurrente que oportunamente invocó como “hecho nuevo” prueba que califica como “esencial” y que el rechazo de dicho planteo le impidió tener una oportunidad razonable de presentar su caso en los términos del art. 22 (4) del Reglamento de Arbitraje CCI, cuyo texto es el siguiente: “...En todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso...” (fs. 422 y vta.).

La lectura del laudo evidencia que la recurrente solicitó incorporar el aludido “hecho nuevo” el día 14/5/2015 y que, de allí en más, fueron presentados por ella misma y por su adversaria una serie de escritos donde discutieron sobre su admisibilidad, llegándose finalmente a la orden procesal n° 8 que lo desestimó el 7/7/2015. También surge del laudo, que tal rechazo mereció un pedido de reconsideración por la ahora recurrente que, previa

sustanciación, también fue rechazado –orden procesal n° 9 el día 14/7/2015- (fs. 584/586, puntos n° 43 a 61).

Lo precedentemente expuesto evidencia que Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) tuvo oportunidad “suficiente” de ser oída, por lo que no se aprecia “falta esencial del procedimiento” y menos “arbitrariedad”. Conviene recordar, al respecto, que lo dispuesto por el art. 22 (4) del citado reglamento de arbitraje sólo abre cauce a que cada parte deba tener una oportunidad “suficiente” y no “toda” oportunidad suficiente para presentar su caso (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit, p. 344). En la especie, bien se ve, la presencia de una petición largamente sustanciada y de un ulterior pedido de reconsideración, todo lo cual fue oportunamente examinado por el árbitro, evidencia nítidamente que no se ha violado el derecho a ser escuchado.

(b) Contrariamente a lo postulado por la recurrente, al dictar las referidas órdenes procesales n° 8 y 9 no incurrió el árbitro en prejuzgamiento alguno, sin que su decisión en ambas oportunidades pueda ser invocada para fundar la reclamada nulidad del laudo, ya que la inexistencia de prejuzgamiento por parte del árbitro debe necesariamente ser inferida del rechazo que pronunció la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional respecto de la recusación formulada por Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) basada en esa causal, el día 27/8/2015 (fs. 586, vta., punto n° 72).

Teniendo ello en cuenta, preciso es referir que la apuntada decisión de la Corte Internacional desestimatoria de la recusación no es revisable jurisdiccionalmente (conf. Rivera, J., *Arbitraje Internacional*, cit., p. 254; Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 747, VIII, 3).

Consiguientemente, la pretensión de fundar la nulidad del laudo en un prejuzgamiento que fue rechazado por la Corte Internacional, exorbita largamente la continencia del art. 760 del Código Procesal y no merece otra cosa que su desestimación.

(c) Tampoco puede fundarse la nulidad del laudo en el hecho de no haber podido conocer la recurrente los fundamentos por los cuales la Corte Internacional rechazó su recusación del árbitro único.

Más allá de observar que la cuestión referida no concierne a ninguna que se relacione con un defecto formal determinante de la ineficacia del laudo, preciso es observar que el Reglamento de Arbitraje CCI, año 2102, prescribe que las razones de las decisiones de la Corte Internacional sobre recusación “...no serán comunicadas...” (art. 11, inc. 4°), es decir, se mantiene la reserva de su fundamentación, solución que se justifica para evitar posibles vergüenzas u ofensas a los árbitros y también para aventar posibles controversias con las partes respecto a los argumentos de la Corte Internacional que podrían hacer que el laudo fuera más vulnerable (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit, p. 223). Y ello es algo que no sólo los contendientes no pueden ignorar, sino a lo cual deben estar pues hace al particularismo del régimen arbitral al cual voluntariamente se sometieron (conf. Rivera, J., *Arbitraje Comercial*, cit., p. 254), sin que consiguientemente puedan invocar agravios sustentados en lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.

9°) Por último, Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) fundamenta la nulidad del laudo en su arbitrariedad respecto de lo que decidiera en materia de costas (fs. 425 y vta., cap. I).

Corresponde señalar, una vez más, que el recurso de nulidad no es la vía para establecer el carácter arbitrario o no del laudo.

En cualquier caso, la alegación de la recurrente de ser desmesuradas las costas impuestas, no fue acompañada de ningún cálculo que así lo demuestre, por lo que no es posible siquiera considerar la aplicación de la jurisprudencia de excepción que cita.

Por otra parte, la referencia que la impugnante hace del art. 37 (5) del Reglamento de Arbitraje CCI, año 2012, en orden a que debió el árbitro tener en cuenta para decidir las “circunstancias que considere relevantes”, no pasa de la mera declamación toda vez que no se indica cuáles de estas últimas pudieron y no fueron consideradas.

10°) Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de nulidad, con costas por su orden por los fundamentos explicitados por el juez Vassallo en el capítulo VII de su ponencia.

Así voto.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

- (a) Rechazar el recurso introducido por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina).
- (b) Distribuir las costas del recurso en el orden causado.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). G. G. Vassallo. J. R. Garibotto (en disidencia). P. D. Heredia.