

ano 3 - n. 5 | janeiro/junho - 2014
Belo Horizonte | p. 1-258 | ISSN 2238-1511
R. bras. de Infraestrutura - RBINF

**Revista Brasileira de
INFRAESTRUTURA**

RBINF

REVISTA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA – RBINF



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional e em Portugal

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

R454 Revista Brasileira de Infraestrutura : RBINF. – ano 1, n. 1,
(jul./dez. 2012). – Belo Horizonte: Fórum, 2012-

Semestral

ISSN: 2238-1511

1. Direito. 2. Infraestrutura. 3. Economia. I. Fórum.

CDD: 340.338.9

CDU: 34:338.49

Esta revista está catalogada em:

- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)

Supervisão editorial: Marcelo Belico

Revisão: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Marilane Casorta

Bibliotecárias: Izabel Antonina A. Miranda – CRB 2904 – 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte de Oliveira – CRB 2842 – 6ª Região

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Diagramação: Derval Braga

Diretores

Augusto Dal Pozzo (PUC-SP)

<augusto@ibeji.org.br>

Rafael Valim (PUC-SP)

<valim@ibeji.org.br>

Presidente do Conselho Editorial

Marcelo Figueiredo (PUC-SP)

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Helena Taveira Torres (USP)
Alexandre Mazza (LFG)	Joana Paula Batista (PUC-SP)
Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo	Joelson Dias
Antônio Carlos Cintra do Amaral (PUC-SP)	José dos Santos Carvalho Filho
Antonio Carlos Malheiros (PUC-SP)	José Roberto Pimenta Oliveira (PUC-SP)
Belisário dos Santos Jr.	José Virgílio Lopes Enei
Carlos Gonçalves Júnior (PUC-SP)	Luiz Eduardo Monteiro Lucas de Lima
Cesar A. Guimarães Pereira	Luiz Guilherme Arcaro Conci (PUC-SP)
Claudio Pinho	Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira
Cristiana Fortini (UFMG)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Dinorá Adelaide Musetti Grotti (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Edilson Pereira Nobre Júnior (UFRN)	Maurício Zockun (PUC-SP)
Eduardo Pugliesi	Pedro Estevam Serrano (PUC-SP)
Evandro Ferreira de Viana Bandeira	Ricardo Marcondes Martins (PUC-SP)
Fernando Dias Menezes de Almeida (USP)	Roberto Baptista Dias da Silva (PUC-SP)
Fernando Facury Scaff (USP)	Romeu Felipe Bacellar Filho (UFPR e PUCPR)
Floriano de Azevedo Marques Neto (USP)	Silvío Luis Ferreira da Rocha (PUC-SP)
	Thiago Marrara (USP)

Conselho Internacional

Augusto Durán Martínez (Universidade de la República – Uruguai)	Julio César Ortiz Gutiérrez (Universidade Externado de Colômbia – Colômbia)
Carlos Francisco Balbin (Universidade de Buenos Aires – Argentina)	Luis José Béjar Rivera (Universidade Panamericana – México)
Fernando Sáinz Moreno (Universidade Complutense de Madri – Espanha)	Oscar Cuadros (Universidade Nacional de Cuyo – Argentina)
Guido Santiago Tawil (Universidade de Buenos Aires – Argentina)	Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono (Universidade Nacional de Comahue – Argentina)
Ismael Farrando (Universidade Nacional de Cuyo – Argentina)	Rodrigo Ferrés Rubio (Universidade Católica do Uruguai – Uruguai)
Jaime Rodríguez Arana Muñoz (Universidade de la Coruña – Espanha)	Sylvia Calmes-Brunet (Universidade de Rouen – França)
José Luis Palma Fernández (Universidade de Málaga – Espanha)	Tomás Ramón Fernández (Universidade Complutense de Madri – Espanha)

Conselho de Redação

Alexandre Levin	Gustavo Marinho de Carvalho
André Luiz Freire	Inês Coimbra de Almeida Prado
Angélica Petian	João Gabriel Gomes Pereira
Bruno Francisco Cabral Aurélio	João Negrini Neto
David Sampaio Barretto	João Paulo Pessoa
Eduardo Pereira de Souza	Leonardo Toledo da Silva
Francisco Octavio Almeida Prado Filho	Luana D'Appollonio
Guilherme Ferreira Gomes Luna	Percival José Bariani Junior

Sumário

Apresentação	9
--------------------	---

DOCTRINA

ARTIGOS

La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general

Victor Rafael Hernández-Mendible	13
1 Introducción.....	13
2 La regulación de los bienes en el modelo de Estado prestacional	17
2.1 La constitución de las entidades instrumentales	17
2.2 La actividad de producción de bienes o de prestación de servicios públicos.....	18
2.3 El régimen de los bienes en el Estado prestacional	19
3 La regulación de los bienes en la transición del modelo de Estado	20
3.1 La privatización de las empresas públicas.....	23
3.2 La <i>despublicatio</i> de los servicios públicos	24
3.3 La desafectación de los bienes públicos	25
4 La regulación de los bienes en el modelo de Estado de garantía de prestaciones	26
4.1 La concurrencia de las empresas en las actividades económicas.....	28
4.2 La realización de actividades económicas de interés general	29
4.3 La necesidad de reconfiguración jurídica de los bienes	29
5 El estatuto de los bienes necesarios para satisfacer objetivos de interés general	30
5.1 La titularidad de los bienes empleados para satisfacer el interés general	31
5.2 El uso y aprovechamiento de los bienes empleados para satisfacer el interés general ...	33
5.3 La nueva concepción de los bienes públicos empleados para satisfacer el interés general	36
6 Consideraciones finales	39

Control de constitucionalidad en el arbitraje

Estela B. Sacristán	41
I Planteo	41
II La tesis de la competencia de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad ...	43
III Otros argumentos que avalan la habilitación, de los árbitros, para ejercer el control de constitucionalidad	46
IV Los diversos sistemas	50
V Reflexiones finales.....	52

Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo	53
1 O problema jurídico	53
2 A figura do administrador judicial no ordenamento jurídico brasileiro	54

2.1	Considerações iniciais.....	54
2.2	O administrador no Código de Processo Civil.....	54
2.3	O administrador na Lei Federal nº 11.101/2005.....	55
3	Dos denominadores comuns nos casos examinados	55
4	Da livre-iniciativa no sistema constitucional brasileiro e a instituição do crédito	55
5	Novamente – O administrador no Código de Processo Civil e na Lei nº 11.101/2005....	57
6	Nomeação de administrador judicial em face de réus de ação por ato de improbidade administrativa ou por força de processo criminal	58
6.1	O princípio da legalidade.....	58
6.2	Fere também o princípio do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previsto no art. 5º, XIII, da Constituição Federal e a garantia do devido processo legal – Art. 5º, LIV, da Constituição Federal	59
6.3	O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal)	60
6.4	Ausência de prazo e funções determinadas ao administrador	60
7	Conclusões	62
	Referências	62

Breve ensaio sobre o *project finance* como instrumento facilitador das parcerias público-privadas

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato	63	
1	Advertência inicial – O caso <i>Trobriand Cricket</i>	63
2	O <i>project finance</i> – Conceito e características básicas	65
2.1	Diferenciação entre o financiamento de projetos e o financiamento corporativo.....	68
2.2	Segregação do empreendimento	70
2.3	Alavancagem financeira.....	71
2.4	Financiamento garantido pelo empreendimento	73
2.5	Rede coligada de contratos.....	75
2.6	Uma classificação útil	77
2.6.1	O financiamento de projetos em razão das relações de garantias prestadas pelos patrocinadores: <i>non recourse</i> , <i>full recourse</i> e <i>limited recourse</i>	77
2.6.2	Financiamento de projetos em razão das relações contratuais entre o concedente e o concessionário.....	78
3	O <i>project finance</i> nas parcerias público-privadas – Uma análise no Direito brasileiro	80
3.1	A importação para o modelo brasileiro e a sua possível formatação	80
3.2	O <i>project finance</i> como instrumento facilitador do processo de PPPs.....	83
	Referências	84

O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública

Renato Otto Kloss	87	
1	Introdução.....	87
2	O panorama atual da contratação de obras públicas e algumas de suas fragilidades	88
3	O contrato de aliança e as novas bases de relacionamento entre as partes	93
4	O contrato de aliança e a legislação brasileira.....	97
5	Conclusão	102
	Referências	104

Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados

Eduardo Souza	107	
1	Atividade portuária e desenvolvimento	107
2	O novo marco legal e os investimentos privados.....	116
3	Financiamento do setor portuário	118

4	Investimentos privados – Risco regulatório e aspectos da nova lei sob o prisma da segurança jurídica	121
5	Conclusões	128
	Referências	129

O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos

Mário Saadi	133	
1	Introdução	133
2	Perspectiva geral	136
3	A legislação nacional referente ao PMI.....	140
4	Os principais aspectos do Decreto nº 5.977/2006.....	144
5	Hipóteses de utilização do PMI	146
6	Última nota – A colaboração na concepção da concessão	150
7	Conclusão	151
	Referências	152

A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras

Marina Centurion Dardani	155	
	Introdução	155
1	O regime jurídico das agências reguladoras.....	156
2	Previsões constitucionais e infraconstitucionais da participação popular	159
3	A discricionariedade administrativa.....	168
4	A participação popular e as questões de alta complexidade técnica	186
5	Conclusão	189
	Referências	191

Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura

Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193	
1	Introdução.....	193
2	Método de planejamento econômico-financeiro.....	195
2.1	Considerações gerais	195
2.2	Receitas arrecadadas.....	195
2.3	Financiamento de investimentos	196
2.3.1	Considerações iniciais.....	196
2.3.2	Custeio	197
2.3.3	Investimentos.....	197
2.3.4	Amortização de financiamentos.....	198
2.3.5	Impostos.....	199
2.4	Indicadores econômicos relevantes	199
2.4.1	Considerações iniciais.....	199
2.4.2	Taxa Interna de Retorno (TIR).....	199
2.4.3	Valor Presente Líquido (VPL)	201
2.4.4	Tempo de retorno do investimento realizado ou <i>payback</i>	201
2.4.5	<i>Equity</i>	202
2.4.6	Parâmetros de viabilidade econômico-financeira aplicados ao setor de saneamento básico.....	202
3	Considerações metodológicas concernentes à modelagem.....	205

PARECERES

Subsidiária integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial – Atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público – Impedimento de participação em licitação pública – Desconsideração da personalidade jurídica – Extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única – Incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria

Modesto Carvalhosa	209
Consulta	209
Parecer	210

Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012)

Percival José Bariani Junior, Estevam Palazzi Sartal, Raul Dias dos Santos Neto	229
A consulta	229
Parecer	230
1 Regime consumerista e regime de serviço público	230
2 Interação entre os regimes	232
2.1 Aplicação ampla do CDC aos serviços públicos	233
2.2 Impossibilidade de aplicação do CDC aos serviços públicos	235
2.3 Aplicação parcial	236
3 Análise dos fundamentos e objetivos da Lei nº 12.741/2012	237

Possibilidade jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste. Forma de devolução dos valores recebidos e aplicados. Natureza jurídica dos bens

Guilherme Corona Rodrigues Lima	241
1 Do objeto da consulta	241
2 Da necessária distinção entre contratos administrativos e convênios	242
3 Dos convênios celebrados pela União Federal com os Municípios – Uma breve síntese sobre seu regramento	243
4 Da ausência de previsão legal expressa de devolução de valores de repasse de convênio diante da impossibilidade de cumprimento e a possibilidade legal de devolução mediante interpretação sistemática das regras aplicáveis	247
5 O procedimento a ser adotado para destinação de recursos com vistas à devolução dos valores	249
6 Da natureza jurídica do imóvel construído após a devolução dos recursos	250
7 Conclusão	251

ÍNDICE	253
---------------------	-----

INSTRUÇÕES PARA OS AUTORES	257
---	-----

Apresentação

A *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF* chega ao seu quinto número e nos alegra imensamente verificar que, não obstante sua recente fundação, já se coloca como uma referência no debate jurídico sobre o desenvolvimento de infraestruturas.

Compõem a doutrina internacional desta edição um primoroso artigo da lavra do Professor Víctor Rafael Hernández-Mendible a respeito do interessante tema da *regulação de bens para satisfação do interesse geral*, e um excelente trabalho da Professora Estela B. Sacristán sobre o desafiador tema do *controle de constitucionalidade em sede arbitral*.

Na doutrina nacional, a exemplo dos números anteriores, reunimos artigos de grande valor, subscritos por jovens e talentosos estudiosos — Rodrigo Pironti de Castro, Rafael Porto Lovato, Marina Centurion Dadani, Eduardo Souza, Renato Otto Kloss e Mário Saadi — e por um eminente jurista, Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, quem reverenciamos não só pela brilhante trajetória profissional e percuciência jurídica, senão que por suas raras qualidades pessoais.

Outro eminente jurista empresta o seu prestígio ao nosso periódico. Trata-se do insigne Professor Modesto Carvalhosa, precursor do Direito Econômico no Brasil, de quem temos a honra de divulgar um alentado parecer em matéria de contratação pública.

Registramos ainda o parecer dos ilustres advogados Percival José Bariani Junior, Estevam Palazzi Sartal e Raul Dias dos Santos Neto acerca da aplicação do Direito do Consumidor às concessionárias de rodovias, ladeado pelo parecer do Dr. Guilherme Corona Rodrigues Lima sobre um interessante caso envolvendo convênios administrativos.

Como de costume, agradecemos penhoradamente a consideração do público leitor e a generosa colaboração dos autores da presente edição.

Rafael Valim
Augusto Neves Dal Pozzo

DOCTRINA

Artigos

Control de constitucionalidad en el arbitraje¹

Estela B. Sacristán

Profesora de Derecho Administrativo (Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, Buenos Aires, y Universidad Austral, Buenos Aires). Becaria postdoctoral (Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”).

Sumario: I Planteo – II La tesis de la competencia de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad – III Otros argumentos que avalan la habilitación, de los árbitros, para ejercer el control de constitucionalidad – IV Los diversos sistemas – V Reflexiones finales

I Planteo

Como sabemos, el control de constitucionalidad ofrece hoy en día, en Argentina, sólidas aristas, entre las que cabe destacar, en el marco del derecho y de la jurisprudencia de nuestro país, la regla del control en el marco de un caso o controversia, a ejercer por cualquier magistrado de la justicia federal o local, con efectos para el caso en concreto.

Ahora, un sector de la doctrina local ha sustentado la posibilidad de que ese control de constitucionalidad sea ejercido no solo en procesos que se lleven a cabo por ante órganos judiciales, sino también en el marco de los arbitrajes.² En tal sentido, se ha sostenido, muy fundadamente, que existe competencia arbitral para resolver una cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad.³

¹ Una versión anterior de este trabajo fue publicada en *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, v. 2005-III, p. 1314-1320. Agradezo al Dr. Rafael Valim la generosa invitación a publicar este trabajo en la *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*.

² La naturaleza del arbitraje de amigables componedores excluiría, *prima facie*, el ejercicio de tal clase de control, no obstante lo cual no efectuó tal distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de amigables componedores pues entiendo que corresponde sólo a la fuente del Derecho primordialmente aplicada al laudar; ver sección IV, *infra*.

³ Morello, Augusto M., “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, en *E.D.*, t. 198, p. 467-470, esp. p. 468: “siendo el asunto arbitrable [...] el tribunal arbitral no tiene cortapisas para asumir y definir [cuestiones], en las que necesariamente han de dilucidar, el tema referido a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas” (la bastardilla es del original); Palacio, Lino, “Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario”, en *L.L.* 2003-F, p. 1184-1189, esp. p. 1188: “no existen a mi juicio razones válidas que se opongan a la respuesta afirmativa [acerca de las atribuciones para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes o de otros actos de gobierno involucrados en los casos]”; del mismo autor, “Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad”, en *L.L.* 2004-D, p. 19-20, esp. p. 20: “vislumbro como una circunstancia auspiciosa que los tribunales arbitrales del país [...] resuelvan hallarse en condiciones de emitir pronunciamiento en los supuestos de inconstitucionalidad”.

La cuestión no es menor. Considérese tan solo que en un proceso arbitral podría hallarse naturalmente involucrada la constitucionalidad de una ley o de un decreto posterior al contrato en el cual fue prevista la cláusula arbitral.

En Argentina, en épocas de intensa intervención estatal en las relaciones jurídicas privadas en razón de emergencias,⁴ el supuesto de una norma calificada normativamente como “de orden público” —es decir, ineludible, insoslayable—,⁵ que incide “desde afuera” del marco contractual, “modificando” en forma sustancial el significado de una u otra cláusula convencional, bien puede suscitar el análisis de la validez constitucional de esa norma interventora en tanto aplicada al caso. A su vez, esa norma de orden público, que incida en el contrato, en tanto posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral, podrá ameritar el respectivo planteo de inconstitucionalidad por alguna de las partes en el proceso arbitral.

Asimismo, yendo más lejos, podría argüirse acerca de la posibilidad de que un tribunal arbitral ejerciera el control de constitucionalidad de esa ley o decreto de oficio; en un supuesto distinto, una de las partes, en un arbitraje, podría solicitar que se le hicieran extensivos los efectos del laudo dictado en otro proceso arbitral, en el que se declarara la inconstitucionalidad de una norma. Como puede verse, las posibilidades son infinitas, y constituyen digna arena para el debate. No en vano se ha incluido, entre los temas controvertidos del arbitraje, a la atribución de los árbitros, para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.⁶

Estas líneas apuntan a un reducido objeto: analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la normativa relevante, y las opiniones de la doctrina, a fin de indagar en dos cuestiones: por un lado, (i) si se hallan habilitados los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad; y, por el otro, (ii) si esos árbitros están obligados a ejercer ese control de constitucionalidad. A tal fin, se reseñan las posturas que avalan tales propuestas, formulándose las conclusiones pertinentes.

Con sustento en la sentencia que allí comenta, Bianchi, Roberto A., “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, en *J.A.* 2003-IV, p. 75-79, esp. p. 79: “de la correcta solución de primera instancia, confirmada por la Sala E, surge que los árbitros tienen, dentro del marco de lo jurídicamente disponible y efectivamente comprometido, amplia competencia para entender en las cuestiones que les fueron sometidas por las partes, con la facultad implícita de declarar la validez o invalidez constitucional de normas jurídicas, incluso si están contenidas en leyes o actos de orden público” (la bastardilla no es del original).

En igual sentido, por sus fundamentos, Bianchi, Alberto B., “El control de constitucionalidad en el arbitraje de derecho”, en AAVV, *El Derecho administrativo hoy. 16 años después*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2013, p. 13-20.

⁴ Ampliar en Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª. ed. act., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 423-425, esp. p. 424.

⁵ El Código Civil argentino establece, en su art. 21: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

⁶ Así, Rivera, Julio C., “El arbitraje en Argentina”, en *Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, v. 11, p. 157-186, II.9.

II La tesis de la competencia de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad

Una primera línea de análisis de la cuestión halla cómodo quicio en la tesis que equipara, a la jurisdicción arbitral, con la jurisdicción que ejercen los órganos judiciales.

a. Equiparación entre jurisdicción arbitral y jurisdicción de los órganos judiciales

Cabe recordar que la jurisdicción arbitral y la jurisdicción judicial se han visto equiparadas, y ello surge de la práctica jurisprudencial.

En el plano del léxico, los árbitros han sido considerados, indistintamente, jueces,⁷ jueces particulares,⁸ jueces privados,⁹ o avenidores.¹⁰ La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina da cuenta de que, ya en la legislación¹¹ como en la doctrina anterior a la década el '20, se daba, tanto a los árbitros *juris* como a los amigables componedores, el nombre genérico de jueces avenidores.¹² De allí que el mismo Alto Tribunal haya oportunamente admitido la expresión “justicia arbitral”,¹³ libremente pactada; de allí que —muy posteriormente— se haya interpretado que el término “juez”, plasmado en el art. 772 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN), equivale al concepto amplio de juzgador.¹⁴ Tan significativa parece ser esta equiparación entre árbitros y jueces que se ha sostenido que las apreciaciones hechas en un escrito, con evidente propósito de ofensa a la persona de un árbitro, pueden ser castigadas con penas disciplinarias, dispuestas por el juez, a quien se presentó el escrito, aun con posterioridad a la emisión del laudo.¹⁵

b. Los árbitros como jueces naturales de la causa

La jurisdicción arbitral se erige en jurisdicción esencialmente única o excluyente,¹⁶ contexto en el cual los árbitros actuarían en virtud de: (i) una transferencia que opera previa prórroga o sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían

⁷ “Blanco, Guillermo y otro c/ Petroquímica Bahía Blanca”, Fallos: 320: 700 (1997), voto de los Dres. Petracchi y Bossert, cons. 7º, 2do. párr.; “Bullrich, Adolfo c/ Empresa del Ferrocarril del Sud”, Fallos: 49: 325 (1892), esp. p. 337.

⁸ “Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina”, Fallos: 317: 1527 (1994), disidencia del Dr. Boggiano, cons. 6º.

⁹ “Blanco, Guillermo y otro c/ Petroquímica Bahía Blanca y otro”, Fallos: 320: 700 (1997), voto del Dr. Vázquez, cons. 7º.

¹⁰ “S. A. Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 152: 347 (1928), esp. p. 351.

¹¹ La referencia es a la Partida III, tít. XXII, ley XXIII; puede verse la edición facsimilar de las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio en el sitio de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla.

¹² “S. A. Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 152: 347 (1928), esp. p. 351.

¹³ Idem n. 11., esp. p. 350, con cita de “S.A. del Puerto del Rosario c/ Gobierno de la Nación”, Fallos: 146: 373 (1926).

¹⁴ “Caputo, José Luis y otros c/ Estado Nacional”, Fallos: 314: 1857 (1991).

¹⁵ “Bullrich, Adolfo c/ Empresa del Ferrocarril del Sud”, Fallos: 49: 325 (1892).

¹⁶ Idem n. 11, p. 351.

los tribunales del Poder Judicial,¹⁷ (ii) en aquellas materias disponibles.¹⁸ La dualidad apuntada ha sido implícitamente reconocida desde antiguo¹⁹ y posee la virtualidad de deparar que los árbitros desempeñan una actividad mixta, convencional por su origen, mas jurisdiccional por su naturaleza.²⁰ En otras palabras, los árbitros son los jueces de la causa cuando las partes así lo deciden.²¹

Por cierto, se ha señalado — con todo acierto, entiendo—, que la jurisdicción arbitral no causa agravio a la garantía del juez natural: “la convención sometiendo a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica inhabilita luego a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos sobre la base de que no son los jueces naturales del pleito”,²² ha dicho la Corte Suprema. Ello, en la inteligencia de que la violación a dicha garantía opera en casos en que a un litigante se le haya formado una comisión o se le haya designado un juez especial para que lo juzgue, extremos que no se dan cuando intervienen árbitros,²³ y en armonía con la regla conforme la cual son renunciables las garantías constitucionales acordadas exclusivamente en beneficio de los derechos de propiedad.²⁴

c. Otros indicadores

Asimismo, se percibe un cierto grado de equiparación entre los árbitros y los jueces en el aspecto remunerativo. La equiparación con los jueces se funda en razón de la actividad jurisdiccional que desarrollan, ya señalada; empero, también se ha equiparado a los árbitros con los conjuces en virtud del carácter transitorio con que tanto los conjuces como los árbitros ejercen la función materialmente jurisdiccional.²⁵ En esta línea interpretativa, se ha señalado que la ley 21.839 de arancel de abogados y procuradores, en tanto aplicada para regular los honorarios de los árbitros, es extraña a la índole de las funciones desempeñadas,²⁶ y se ha propiciado la adopción del Reglamento de Conciliación Facultativa y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional — ICC— para utilizar como pauta para la regulación de honorarios en los juicios arbitrales.²⁷

¹⁷ Idem n. 9, cons. 6º.

¹⁸ Idem n. 9, cons. 7º.

¹⁹ “Filareto, Kanaci c/ Cía. de Seguros Trasatlánticos”, Fallos: 15: 23 (1874), esp. p. 26; “Querencio, Carlos M. c/ Benítez, Gregorio”, Fallos: 45: 296 (1891); ídem n. 9.

²⁰ “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ tribunal arbitral”, Fallos: 320: 2379 (1997).

²¹ Bianchi, Alberto B., “El control de constitucionalidad...” cit., p. 13.

²² “Griskan, Isaac c/ Soc. Reisz y Cía.”, Fallos: 187: 458 (1940), cons. 2º.

²³ “Griskan, Isaac c/ Soc. Reisz y Cía.”, Fallos: 187: 458 (1940), cons. 3º.

²⁴ Idem n. 23.

²⁵ “Yacimientos Carboníferos Fiscales s/ tribunal arbitral”, Fallos: 320: 2379 (1997), disidencias parciales de los Dres. Nazareno y Fayt y del Dr. Belluscio, cons. 16.

²⁶ “Rocca, J. C. c/ Consultara S.A.”, Fallos: 322: 1100 (1999), votos de los Dres. Boggiano y López, cons. 2º, y del Dr. Vázquez, cons. 2º.

²⁷ “Recurso de hecho deducido por Coordinación Ecológica Area Metropolitana S.E.”, Fallos: 315: 3011 (1992), voto de los Dres. Barra y Boggiano, cons. 8º.

Además, en el específico contexto del art. 749 CPCCN, como se ha previsto que el tribunal arbitral cuente con un secretario, los criterios para la fijación de la remuneración de dicho funcionario deberán ser los previstos por las partes, y en caso de ausencia de convención entre las partes, según se entendiera, se considerará la remuneración de los funcionarios judiciales que colaboran con el juez en la administración de la justicia.²⁸

Ya en el marco de un proceso arbitral, es dable recordar que no procede la declaración de nulidad de una sentencia arbitral por no haber los árbitros formado tribunal, como estaba consignado en el acta de compromiso, si las partes estuvieron de acuerdo en que el juez nombrara el tercero después que aquéllos pronunciaron su laudo en discordia.²⁹ Asimismo, los árbitros podrán ser recusados fundando el respectivo pedido,³⁰ aun cuando el rechazo de la recusación no haya merecido mayores fundamentaciones.³¹ Planteada la contienda, habrá sustanciación de la misma en pos de la salvaguarda del derecho de defensa. Finalmente, fallarán los árbitros conforme a derecho y según lo alegado y probado (árbitros de derecho) o según su saber y entender (amigables compondores).³² La decisión de los árbitros ha sido denominada “sentencia arbitral”,³³ y se ha señalado que la decisión que recae en el arbitraje es una decisión formalmente idéntica a la sentencia.³⁴ En un antiguo precedente se sostuvo que, dictada la sentencia arbitral, así como los jueces carecen de la facultad de explicar sus sentencias pasado el término acordado por la ley, tampoco pueden los árbitros hacerlo expirado aquél.³⁵

El fallo del tribunal arbitral, cuando tengan lugar los recursos, ha sido equiparado a la sentencia de primera instancia: por ello se ha resuelto que corresponde a las Camaras Federales de Apelación conocer, en su caso, de los recursos interpuestos contra los laudos pronunciados en causas en que la Nación es parte.³⁶ Específicamente, es dable puntualizar que se ha resuelto que el artículo 16 de la ley número 4055 de reforma de la justicia federal y creación de Cámaras — artículo que establece que las cámaras federales conocerán en grado de apelación en segunda instancia en todos los casos enumerados en el art. 3 de la ley 4055— no es aplicable, exclusivamente, a los juicios seguidos desde primera instancia ante los jueces federales, sino que es también aplicable a los casos enumerados en el artículo 3 de la ley 4055 resueltos por tribunales arbitrales.³⁷

²⁸ “Rocca, J. C. c/ Consultara S.A.”, Fallos: 322: 1100 (1999), voto del Dr. Belluscio, cons. 6^o.

²⁹ “Ermano Barigozzi”, Fallos: 96: 97 (1902), esp. p. 104.

³⁰ “José Vicente Benítez c/ FFCC del Sud de la Pcia. de Buenos Aires”, Fallos: 54: 475 (1993), esp. p. 479.

³¹ Es el caso “José Vicente Benítez c/ FFCC del Sud de la Pcia. de Buenos Aires”, Fallos: 54: 475 (1993), esp. p. 479, donde se rechazó la recusación planteada casi sin motivación alguna.

³² *Idem* n. 13, esp. p. 351.

³³ “Marchissio, Raúl O. y otros c/ Del Federico, Dante”, Fallos: 301: 111 (1979).

³⁴ *Idem* n. 21, voto del Dr. Vázquez, cons. 27.

³⁵ “Arteaga, Leopoldo c/ Méndez, Juan José”, Fallos: 5: 131 (1868).

³⁶ “The Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 107: 322 (1907), esp. p. 381.

³⁷ “The Argentine Land and Investment Co. Ltd. c/ Gobierno Nacional”, Fallos: 107: 322 (1907), esp. p. 382.

En síntesis, como se sostuviera en el caso “S.A. Puerto del Rosario”,³⁸ en forma indistinta, tanto los árbitros de derecho como los amigables componedores son “jueces”.

III Otros argumentos que avalan la habilitación, de los árbitros, para ejercer el control de constitucionalidad

La tesis de la habilitación de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad también parecería surgir de otros extremos. Veamos.

a. Precedentes diversos

En el universo de precedentes consultables, sobresale un dictamen producido en el caso UTE,³⁹ en el cual se solicitaba, en sede judicial, la suspensión del trámite de ejecución del laudo dictado hasta tanto se resolviera sobre el planteo de incompetencia formulado. En dicho laudo se habría ejercido el control de constitucionalidad.

Pues bien, corrida la vista al Fiscal General de Cámara — Justicia nacional en lo civil y comercial y contenciosoadministrativo federal— a fin de que se expidiera sobre la posible cuestión de competencia planteada, en el respectivo dictamen se concluyó en que correspondía desestimar el cuestionamiento formulado.⁴⁰ A tal fin, se consideró, específicamente, que: a) en el caso mediaba la impugnación constitucional de un decreto emanado del Poder Ejecutivo; b) el arbitraje se había sustanciado y en dicha senda se había planteado la incompetencia del tribunal arbitral, cuestión desestimada por los árbitros; c) al dictarse el laudo, los árbitros se habían pronunciado, incluso, sobre los “problemas constitucionales planteados”. Por tanto, dado que en el dictamen citado se dictaminó en contra de la incompetencia planteada, es dable poner de resalto que la doctrina emergente del mismo avala la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control de constitucionalidad. Ello pues el hecho de que los árbitros hubieran fallado sobre la constitucionalidad de la norma — el decreto en cuestión— no impidió que se tuviera a la incompetencia de los árbitros por configurada a los fines perseguidos en sede judicial, v.gr., la suspensión de la ejecución del laudo. Ciertamente es que, oído el Fiscal General, el tribunal que intervenía en la causa resolvió que debía suspenderse la ejecución del laudo hasta tanto se dirimiera la cuestión de competencia planteada — entre dicho tribunal y el tribunal arbitral— pues entendió — entre otros argumentos— que se hallaba controvertida la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de los derechos de las partes.⁴¹

³⁸ Idem n. 11.

³⁹ CNCyCF, Sala II, “Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/ Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s/ acción meramente declarativa”, del 26/8/03; en el mismo sentido, la misma sala in re “Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/ Centro Puerto S.A. s/ acción meramente declarativa” – sentencias del 26/8/03 y 20/5/03.

⁴⁰ El dictamen aludido, del 18/7/03, se halla publicado en *E.D.*, t. 205, p. 87.

⁴¹ Esta resolución, del 26/8/03, se halla publicada en *E.D.*, t. 205, p. 87.

En otra controversia, el caso “T.T.”,⁴² la evidencia favorable es más prístina: se consideró expresamente, a los fines de la habilitación de los árbitros para decidir cuestiones de constitucionalidad, que “rige igualmente para los árbitros el deber en que se hallan los tribunales de justicia (latu sensu involucrando a los arbitrales) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta”.

Asimismo, en el caso “Otondo”⁴³ el juez de primera instancia opinó que “no existe impedimento con base en derecho que obste al tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a efectos de elucidar la controversia objeto del arbitraje”.⁴⁴ A su turno, la Fiscal General subrogante ante la Cámara coincidió, en lo sustancial, con la sentencia de primera instancia. Y cierto es que, para decidir como lo hizo, el tribunal que intervenía en la causa se remitió a los fundamentos expuestos por la representante del Ministerio Público ante la Cámara Comercial.

b. Ausencia de cauces predeterminados

Abona a la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control de constitucionalidad aquel principio, de inspiración liberal, conforme al cual la específica pretensión de inconstitucionalidad no se halla sujeta a un cauce procesal predeterminado en la media en que medie caso judicial. En efecto, si se puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma o acto en el marco de una acción de amparo, de un juicio ordinario, de una acción declarativa, de un recurso directo ante una Cámara de Apelaciones, de una acción iniciada en la competencia originaria de la Corte Suprema, nada parecería obstar a que, en un arbitraje, por vía de demanda o de defensa, se plantee el caso constitucional. Ello, en especial bajo la tesis de la equiparación de la jurisdicción arbitral con la jurisdicción que ejercen los órganos judiciales.

c. Presupuestos del caso constitucional en sede arbitral

Es que, a fuer de verdad, en la medida en que se reunieran, en el planteo incoado en sede arbitral, el caso constitucional, nada parecería obstar a que el respectivo control pudiera ser efectuado. Desde tal perspectiva, y sin perjuicio de cumplimiento de los recaudos propios para que se tenga por habilitada la vía arbitral, a los efectos del control de constitucionalidad deberán verificarse: la existencia de un caso o controversia, lo cual presupone legitimación al efecto; la actualidad del gravamen tal que el mismo no se exhiba inmaduro o tardío; la ausencia de cuestión política no justiciable; entre otros recaudos.

⁴² TArbitraje Gral. de la Bolsa de Comercio, Rosario, 19/11/02, publicado en *E.D.* 2004-D, p. 18-21.

⁴³ CNCom., Sala E, 11/6/03, “Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros”, publicado en *J.A.* 2003-IV, p. 73-75.

⁴⁴ Agregándose que tal habría sido el criterio adoptado por el tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en los casos “CIE R. P. S.A. c/ Grinbank”, del 19/3/02, publicada en *E.D.* t, 198, p. 464-467, e “IGT Argentina S.A. c/ Trilenium S.A.”, del 5/11/2002.

d. Eventual decisión

Coadyuvaría a la interpretación propiciada, relativa a la posibilidad, por parte de los árbitros, de resolver sobre una pretensión de inconstitucionalidad planteada en un caso arbitral en el marco del mentado principio de libertad de planteo, lo prescripto tanto en el art. 751 del CPPCN como en el art. 769 CPCCN. Ello pues en el primero se prevé que, si en la cláusula compromisoria, en el compromiso, o en un acto posterior de las partes no se hubiese fijado el procedimiento, “los árbitros observaran el del juicio ordinario o sumario, según lo establecieren”. Y en el segundo de ellos se alude a que la respectiva sentencia se dicta “según [el] saber y entender”, por lo que ello tampoco representaría un óbice para la interpretación propiciada. Por lo demás, las cuestiones constitucionales no se hallan entre las vedadas por el Código ritual.⁴⁵

e. Control a pedido de parte o de oficio

En el marco de los arbitrajes de amigables componedores, si se atiende a la redacción del art. 754 del CPCCN, que prescribe que los árbitros se pronunciarán sobre “todas” las pretensiones sometidas a su decisión, parecería claro que si mediare pedido de inconstitucionalidad, deberían pronunciarse sobre él, admitiéndolo o rechazándolo. Respecto de los amigables componedores, señala Fenochietto al comentar el art. 769 CPCCN que el laudo se pronunciará sobre los puntos enunciados en el compromiso, razón por la cual — cabe inferir— si media pedido de parte para que se resuelva sobre una inconstitucionalidad, también deberán los amigables componedores expedirse sobre ella.⁴⁶

Ahora, si mediando pedido de parte el tribunal omitiera resolver la cuestión constitucional, el supuesto aparecería tímidamente asimilable a la “falta esencial del procedimiento” (art. 760 CPCCN) de los arbitrajes de derecho. Tampoco se perfilaría nítidamente la identificación entre esa omisión y el presupuesto “resolver sobre puntos no comprometidos” (arts. 760 y 771, CPCCN) ya que éste último es incompatible con el mentado pedido de parte. Podría por ende argüirse que más razonablemente acorde con la omisión aludida parecería ser la del art. 321, inc. 1, CPCCN. Ello pues esta última disposición del Código ritual establece que será aplicable el trámite del proceso sumarísimo “cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos

⁴⁵ Cfr. art. 737, CPCCN.

⁴⁶ Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2da. ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, t. III, p. 762.

establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección”. Desde esta perspectiva, si mediando pedido de parte respecto de la mentada inconstitucionalidad el tribunal omitiera resolver sobre ella, podría tenerse por configurada la omisión aquí analizada.

El segundo problema que se vincula con el tema del acápite es el relativo a si los árbitros, sin mediar pedido de parte, pueden resolver sobre una inconstitucionalidad, de oficio. Es este el problema del denominado control de constitucionalidad de oficio el cual, con posterioridad al fallo “Mill de Pereyra”⁴⁷ y sus seguidores⁴⁸ se yergue en concreta posibilidad procesal.

Puede entenderse que, en la medida en que en algún momento antes de la emisión del laudo se haya substanciado el planteo de inconstitucionalidad — esgrimido por vía de acción o de defensa— nada obstaría a que el aspecto fuera analizado y resuelto en el laudo. Ello pues esa substanciación impediría tener por configurado un agravio al derecho de defensa. Mas incluso desde una postura más minimalista, con omisión de esa sustanciación del planteo constitucional, los árbitros se hallarían habilitados para expedirse sobre ese planteo pues resolverán, y sujetos al respectivo deber: (i) para el caso planteado;⁴⁹ (ii) bajo el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes;⁵⁰ en síntesis, (iii) bajo el “deber” de resolver a la luz del derecho aplicable.

Esta última afirmación —relativa al derecho aplicable— conduce a analizar otra cuestión de interés que emerge desde otra perspectiva de análisis del tema de este trabajo. Se trata de la visión que se aleja de los arbitrajes nacionales, para atisbar en los arbitrajes resueltos por tribunales arbitrales internacionales, aspecto sobre el que nos remitimos a la sección IV, *infra*.

f. Jurisprudencia estadounidense

La conclusión a la que se arribara, sobre la competencia de los árbitros para controlar la constitucionalidad de la norma en el caso sometido a resolución, también halla fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana.

⁴⁷ “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”, Fallos: 324: 3219 (2001).

⁴⁸ “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, Fallos: 327: 3117 (2004) y, más recientemente, R. 401. XLIII. REX, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, del 27/11/2012.

⁴⁹ Ampliar en Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2da. ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 99 y p. 276 y ss., y jurisprudencia citada en ambos lugares.

⁵⁰ “José Paviglianiti y otros”, Fallos: 298: 78 (1977); “De Souza c/ Nación Argentina”, Fallos: 278: 429 (1977); entre muchos otros.

Recuérdese el caso “Ruckelshaus”.⁵¹ En él dicho Tribunal entendió declaró que su pronunciamiento era inoficioso. Empero, agregó que el caso solo estaría dotado de madurez una vez que se hubiera cumplimentado la etapa arbitral. Y señaló que sólo después de que la pretensión de inconstitucionalidad de la demandada hubiera sido objeto de laudo por un árbitro bajo el régimen aplicable, se hallaría el caso maduro a efectos de la revisión judicial.

Por lo tanto, elípticamente, se admitió que dicho árbitro se pronunciara sobre la inconstitucionalidad planteada.

IV Los diversos sistemas

Sabemos que en Argentina, así como en Estados Unidos, los jueces ejercen el monopolio del control de constitucionalidad. Se afirma que la Administración no puede ejercer el control de constitucionalidad.⁵² Si se asimila a los árbitros con los jueces, éstos se hallarán dotados de competencia para ejercer dicho control. Así, todo ellos deberán resolver el caso bajo el derecho aplicable, acudiendo en primer lugar a la Constitución, la cual, después de todo, es la norma de orden público por excelencia.⁵³

Empero, en otros ordenamientos —y el caso típico es el ordenamiento anglosajón— dada la soberanía de que está investido el Parlamento, el *common law* se halla impedido de controlar las leyes emanadas de aquél.⁵⁴

Por último, ciertos sistemas, en especial, de arbitraje, prevén que, a los casos, se les aplicarán (i) las normas de derecho acordadas por las partes; en su defecto, la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.⁵⁵ También prevén que (ii) el tribunal arbitral no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.⁵⁶ Y agregan que ambos extremos —(i) y (ii)— no impedirán que, previo acuerdo de las partes, el Tribunal falle con base en la equidad.⁵⁷

Una típica cláusula que ilustra sobre “las normas de derecho acordadas por las partes” es la contenida en el art. 10(5) del tratado argentino-alemán aprobado

⁵¹ “Ruckelshaus, Administrator, United States Environmental Protection Agency v. Monsanto Co.”, 467 U.S. 986, del 26/6/1984.

⁵² “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta”, Fallos: 269: 243 (1967): Cualesquiera sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de ellas, pues dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede.

⁵³ En este sentido, Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 21 y ss.

⁵⁴ Ampliar en Bianchi, *Control...* cit., op. cit., t. I, p. 68-69.

⁵⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (aprobada por Ley del Congreso argentino 24.353), art. 42(1).

⁵⁶ Idem n. 56, art. 42(2).

⁵⁷ Idem n. 56, art. 42(3).

por ley 24.098. Ese artículo prevé que “[e]l [t]ribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional”.⁵⁸

En esta taxonomía de normas, la norma de rango superior parecería ser el propio tratado binacional y el tratado-marco al cual accede en el plano delegativo internacional,⁵⁹ sin perjuicio de la invocación, en su caso, de otros tratados vigentes. Ello pues es a la luz de aquél que se decidirá la controversia (“el tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado”), maguer la particularidad de que se hallen involucren otros tratados, lo cual no hace a la hipótesis anotada. De tal manera, en dicha jurisdicción arbitral internacional⁶⁰ y en el contexto de la cláusula reseñada, podría declararse la inaplicabilidad, al caso, de una norma — de derecho interno, posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral— por los fundamentos que dicho tribunal invocare, emergentes de la normativa convencional internacional que gobernare la relación.⁶¹

Curiosamente, al así hacer — esto es, al inaplicar el tribunal arbitral, fundadamente, la norma de derecho interno, posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral, norma que colisiona con el tratado—, dicho tribunal llegaría, por una vía diversa, al mismo resultado que se alcanza cuando un tribunal de *common law* inaplica a un caso una norma, o cuando tribunal judicial argentino o norteamericano declara la inconstitucionalidad de una norma en un caso: la inaplicación, al caso o controversia, de dicha norma posterior.⁶² Va de suyo que lo propio podría ocurrir en el supuesto de inaplicación por razones de equidad.⁶³

⁵⁸ Cláusulas similares se hallan glosadas en Ymaz Videla, Esteban M., *Protección recíproca de inversiones extranjeras – Tratados bilaterales – Sus efectos en las contrataciones administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 71.

⁵⁹ Sobre esta clase de delegación, cfr. Cassagne, Juan Carlos, “El Mercado Común del Sur: Problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación”, en su *Fragmentos de Derecho Administrativo – Entre la justicia, la economía y la política*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 179-199, esp. p. 183-186.

⁶⁰ Tomamos la expresión de Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo – La defensa del usuario y del administrado*, 6ta. ed., FDA, Buenos Aires, 2003, t. II, p. XVIII-14.

⁶¹ Se elabora esta hipótesis sobre la base de lo expresado por Bosch, Juan (h.), “La renegociación de los contratos públicos y los conflictos con los inversores extranjeros”, en *E.D.*, t. 203, p. 967-980, esp. p. 980, cuando se refiere a los efectos de la pesificación y el congelamiento tarifarios –L. 25561, de emergencia- sobre los contratos de obras y servicios públicos.

⁶² “Gregolinsky y Cía.”, Fallos: 202: 184 (1945); “Rubén Lamenky”, Fallos: 264: 364 (1966).

⁶³ En este sentido, “Oilher, Juan Carlos c/ Arenillas, Oscar Norberto”, Fallos: 302: 1611 (1980). En contra: “Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy”, Fallos: 155: 302 (1929), esp. cons. 10; “Machado de Morgat, Nélida Rosa y otro c/ Jorge Omar Morandi y otro”, Fallos: 303: 1137 (1981).

V Reflexiones finales

Los jueces no son árbitros.⁶⁴ Mas en muchos aspectos, como se vio en este trabajo, los árbitros ejercen una función equivalente a la que ejercen los jueces.

Ello habilitaría a los árbitros —especialmente, a los árbitros de derecho— para confrontar, dado un caso, a la luz de la taxonomía de normas aplicables —y en el ámbito interno la Constitución Nacional aparece como la norma de orden público por excelencia, como ya se dijo— la validez constitucional de aquella norma —posterior al momento de redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral— en tanto incida en la relación contractual específica; y para inaplicarla.

Asimismo, ya en el plano arbitral internacional, el juicio a la norma posterior que incide en el contrato permitiría, llegado el caso, arribar a una fundada inaplicación de aquella si fuere incompatible con la normativa convencional de rango superior vigente que rigiera la respectiva relación contractual, produciéndose, eventualmente, y en los hechos, un resultado similar al del párrafo precedente.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SACRISTÁN, Estela B. Control de constitucionalidad en el arbitraje. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 41-52, jan./jun. 2014.

⁶⁴ “Lavandera de Rizzi, Silvia c/ Instituto Provincial de la Vivienda”, Fallos: 321: 441 (1998), voto de los Dres. Moliné O’Connor y López; “Gonzalo, Cándido c/ Bernabé Vera, Alonso Alcaráz y otros”, Fallos: 190: 89 (1941).

Índice

	página		página
Autor		LIMA, Guilherme Corona Rodrigues	
BARIANI JUNIOR, Percival José		- <i>Parecer</i> : Possibilidade jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste. Forma de devolução dos valores recebidos e aplicados. Natureza jurídica dos bens 241	241
- <i>Parecer</i> : Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012)..... 229	229	LOVATO, Rafael Porto	
CARVALHOSA, Modesto		- <i>Artigo</i> : Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas 63	63
- <i>Parecer</i> : Subsidiária integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial – Atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público – Impedimento de participação em licitação pública – Desconsideração da personalidade jurídica – Extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única – Incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria 209	209	PARLATORE, Antonio Carlos	
CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de		- <i>Artigo</i> : Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura 193	193
- <i>Artigo</i> : Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas 63	63	SAADI, Mário	
DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz		- <i>Artigo</i> : O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos 133	133
- <i>Artigo</i> : Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa 53	53	SACRISTÁN, Estela B.	
DAL POZZO, Augusto Neves		- <i>Artigo</i> : Control de constitucionalidad en el arbitraje..... 41	41
- <i>Artigo</i> : Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura 193	193	SANTOS NETO, Raul Dias dos	
DARDANI, Marina Centurion		- <i>Parecer</i> : Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012)..... 229	229
- <i>Artigo</i> : A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras 155	155	SARTAL, Estevam Palazzi	
HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael		- <i>Parecer</i> : Regime jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012)..... 229	229
- <i>Artigo</i> : La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general 13	13	SOUZA, Eduardo	
KLOSS, Renato Otto		- <i>Artigo</i> : Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados 107	107
- <i>Artigo</i> : O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública 87	87		

Título	página	Título	página
BREVE ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas - <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato 63	63	REGULACIÓN de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general, La - <i>Artigo de:</i> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael..... 13	13
CONTRATO de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública, O - <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss 87	87	SUBSIDIÁRIA integral de sociedade inidônea criada no âmbito de recuperação judicial – Atuação restrita ao setor privado e à continuidade de contratos em andamento celebrados com o setor público – Impedimento de participação em licitação pública – Desconsideração da personalidade jurídica – Extensão de pena de inidoneidade aplicada à controladora única – Incompetência do juízo de recuperação judicial para se manifestar sobre a matéria - <i>Parecer de:</i> Modesto Carvalhosa 209	209
CONTROL de constitucionalidad en el arbitraje - <i>Artigo de:</i> Estela B. Sacristán 41	41	Assunto	
MÉTODO de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura - <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	193	A	
NOMEAÇÃO de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa, Da - <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo..... 53	53	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - <i>Ver:</i> O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública. <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss 87	87
NOVA Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados - <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza 107	107	ADMINISTRADOR - <i>Ver:</i> Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa. <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo 53	53
PARTICIPAÇÃO do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras, A - <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	155	AGÊNCIAS REGULADORAS - <i>Ver:</i> A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	155
PLANEJAMENTO da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos, O - <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133	133	ATIVIDADE PORTUÁRIA - <i>Ver:</i> Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados. <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza 107	107
POSSIBILIDADE jurídica de rescisão de convênio celebrado entre entes políticos ante a impossibilidade total de cumprimento do ajuste. Forma de devolução dos valores recebidos e aplicados. Natureza jurídica dos bens - <i>Parecer de:</i> Guilherme Corona Rodrigues Lima 241	241	ATOS NORMATIVOS - <i>Ver:</i> A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	155
REGIME jurídico consumerista e regime jurídico de direito público – A obrigação das concessionárias de rodovia de divulgação de informações relativas a recolhimento fiscal (Lei Federal nº 12.741/2012) - <i>Parecer de:</i> Percival José Bariani Junior, Estevam Palazzi Sartal, Raul Dias dos Santos Neto 229	229	C	
		CONCESSÃO - <i>Ver:</i> O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133	133

página	página
CONTRATO DE ALIANÇA	INVESTIMENTOS PRIVADOS
- Ver: O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública. <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss..... 87	- Ver: Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados. <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza 107
CUSTEIO	INVESTIMENTOS
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193
D	L
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	LICITAÇÃO
- Ver: A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155	- Ver: O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133
E	O
EQUITY	OBRAS PÚBLICAS
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- Ver: O contrato de aliança e a sua aplicação para a Administração Pública. <i>Artigo de:</i> Renato Otto Kloss 87
F	ORDENAMENTO JURÍDICO
FASE INTERNA	- Ver: Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa. <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo 53
- Ver: O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133	P
FINANCIAMENTO	PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- Ver: O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi..... 133
I	- Ver: Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato..... 63
IMPOSTOS	PARTICIPAÇÃO POPULAR
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193	- Ver: A participação do administrado como limite à discricionariedade das agências reguladoras. <i>Artigo de:</i> Marina Centurion Dardani 155
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	PAYBACK
- Ver: Da nomeação de administrador judicial como medida liminar em ações penais e ações civis por ato de improbidade administrativa. <i>Artigo de:</i> Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo 53	- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore 193

página	página
PLANEJAMENTO ECONÔMICO-FINANCEIRO	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE (PMI)	
- Ver: O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse – Fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. <i>Artigo de:</i> Mário Saadi.....	133
PROJECT FINANCE	
- Ver: Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato.....	63
R	
RECEITAS ARRECADADAS	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
RISCO REGULATÓRIO	
- Ver: Nova Lei dos Portos – Segurança jurídica e investimentos privados. <i>Artigo de:</i> Eduardo Souza	107
S	
SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
T	
TAXA INTERNA DE RETORNO (TIR)	
- Ver: Método de planejamento econômico-financeiro em projetos de infraestrutura. <i>Artigo de:</i> Augusto Neves Dal Pozzo, Antonio Carlos Parlatore	193
TROBRIAND CRICKET	
- Ver: Breve ensaio sobre o <i>project finance</i> como instrumento facilitador das parcerias público-privadas. <i>Artigo de:</i> Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Rafael Porto Lovato.....	63

Instruções para os autores

A *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, ISSN 2238-1511, com periodicidade semestral, é um periódico voltado à reflexão sobre o desenvolvimento de infraestruturas no Brasil. A partir de uma visão multidisciplinar, reúnem-se artigos de reconhecidos especialistas nacionais e estrangeiros, bem como pareceres jurídicos de grande relevância e atualidade.

As propostas de artigos para edição em nossas revistas deverão ser enviadas para <rbinf@ibeji.org.br>. Os trabalhos deverão ser acompanhados dos seguintes dados: nome do autor, sua qualificação acadêmica e profissional, endereço completo, telefone e *e-mail*.

Os textos para publicação na *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF* deverão ser *inéditos* e para publicação *exclusiva*. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos.

A revista reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

Os trabalhos deverão ser redigidos em formato Word, fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados. O tamanho do papel deve ser A4 e as margens utilizadas idênticas de 3cm. Número médio de 15/40 laudas.

Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica. A escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, a partir de 1º de janeiro de 2009. As citações de textos anteriores ao Acordo devem respeitar a ortografia original.

Os originais dos artigos devem ser apresentados de forma completa, contendo: título do artigo (na língua do texto e em inglês), nome do autor, filiação institucional, qualificação (mestrado, doutorado, cargos etc.), resumo do artigo, de até 250 palavras (na língua do texto e em inglês – *Abstract*), palavras-chave, no máximo 5 (na língua do texto e em inglês – *Key words*), sumário do artigo, epígrafe (se houver), texto do artigo, referências. O autor deverá fazer constar, no final do artigo, a data e o local em que foi escrito o trabalho de sua autoria.

Recomenda-se que todo destaque que se queira dar ao texto seja feito com o uso de itálico, evitando-se o negrito e o sublinhado. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores; as citações textuais longas (mais de três linhas) devem constituir um parágrafo

independente, com recuo esquerdo de 2cm (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10; as citações textuais curtas (de até três linhas) devem ser inseridas no texto, entre aspas e sem itálico. As expressões em língua estrangeira deverão ser padronizadas, destacando-as em itálico. O uso de *op. cit.*, *ibidem* e *idem* nas notas bibliográficas deve ser evitado, substituindo-se pelo nome da obra por extenso.

Os trabalhos serão selecionados pelos Diretores e Conselho Editorial da revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos. O autor receberá gratuitamente um exemplar da revista com a publicação do seu texto.

Caso a publicação tenha imagens, enviar em arquivo separado, no tamanho natural que será utilizado, em alta resolução (300 dpi), em arquivos de extensão .jpg, .tif, .eps, ou arquivos do Photoshop (.psd), formato vetorial CorelDRAW (.cdr) ou Adobe Illustrator (.ai).

As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

Eventuais dúvidas poderão ser aclaradas pelo telefone (31) 2121-4913 ou pelo e-mail <conselhorevistas@editoraforum.com.br>.