

## AMPARO AL ARBITRAJE

Por Jorge A. Rojas

### **1.- INTRODUCCIÓN**

En los tres casos que anteceden se suscitan cuestiones que han tenido un mismo hilo conductor, lamentablemente en desmedro del arbitraje, como sistema autónomo e independiente de solución de controversias, que más allá que resulte absolutamente privado, y sus soluciones de aplicación sólo para las partes involucradas, por el camino que abren estos fallos se accede a una interpretación totalmente distorsionada, que por un lado disloca el sistema arbitral, y por otro, desvirtúa institutos como el amparo, o la acción meramente declarativa, y a las medidas cautelares, superponiendo innecesariamente sus contenidos.

Las confusiones generadas por las interpretaciones efectuadas por los Tribunales intervinientes, son las que dan pie a este comentario, por lo cual se analizarán las características que distinguen a cada uno de esos sistemas, para advertir la inconveniencia de sus desarrollos en todos los casos en desmedro de los arbitrajes que se llevaron (o se estaban llevando) a cabo.

### **2.- LAS CUESTIONES PLANTEADAS**

Para su mejor identificación y tratamiento, conviene separar las dos cuestiones centrales que se han suscitado en estos procesos arbitrales, que han merecido una indebida injerencia de la jurisdicción judicial.

**2.1.-** Se advierte que en los dos casos elevados a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por parte de la Cámara Federal, se ha planteado –según manifestaciones del Tribunal, que surgen del propio decisorio- una cuestión de competencia.

Como se puede apreciar, de los pronunciamientos recaídos en esos dos casos decididos por la justicia federal, se tratan de abordar cuestiones eminentemente procesales, omitiéndose tener en cuenta, que contrariamente a lo decidido, aquellas deben encontrar cauce para su resolución dentro del ámbito del propio arbitraje.

No es admisible que, a través de un planteo como el efectuado por los recurrentes, de no ver afectado su derecho a la legítima defensa en juicio, se sustraiga de la competencia de los jueces que aún siendo “privados”, están dotados de jurisdicción suficiente, resultando de tal forma los jueces

“naturales” a los que alude el art. 18 de la Constitución Nacional, ello por propia decisión de las partes, el proceso que están desarrollando, para trasladarlo a una órbita distinta a la acordada por las partes.

El arbitraje prevé distintos mecanismos de los cuales pueden valerse los interesados, dentro de cada uno de los sistemas que pueden adoptar para resolver sus diferencias, y además existe uno que podríamos denominar residual, que consiste en la acción de nulidad del laudo, cuando aquél constituya un pronunciamiento que encuadra dentro de las previsiones de los arts. 760 y conc. del Código Procesal.

**2.2.-** En la causa resuelta por la Cámara Comercial, también se apunta a la suspensión de un arbitraje en el que se habría planteado una cuestión previa, relacionada con la integración del compromiso, que la recurrente no habría admitido diferirla en su tratamiento para luego de haberse conformado el tribunal arbitral.

Al igual que en los dos casos anteriores, pero esta vez a través de un amparo, se obtuvo el dictado de una medida cautelar que interpretamos como innovativa, pues se persiguió, y así lo decidió el tribunal interviniente, la suspensión del arbitraje hasta tanto tramitara y se decidiera aquello que fue objeto del amparo, que no era otra cosa más que la suspensión del arbitraje hasta tanto se resolviera una cuestión netamente procesal, que el recurrente no admitió que se difiriera para una vez conformado el tribunal propuesto por el organismo interviniente.

**2.3.-** Es oportuno destacar además, que tanto en los casos resueltos por la Cámara Federal, como el decidido por la Comercial, se destacan por su precisión y claridad conceptual, los dictámenes del Ministerio Público.

Ambos fiscales, advierten la inconveniencia de la vía intentada por los recurrentes, toda vez que no es posible “judicializar” el arbitraje y menos aún por las razones en que sustentan sus reclamos.

El Dr. Medrano advierte a la Cámara Federal, que no sólo el Tribunal Arbitral ya se había expedido sobre su presunta incompetencia, destacando su potestad para tratar y resolver la cuestión constitucional suscitada en el proceso, sino que además en atención a que ya se había dictado el laudo, resultaba a todas luces improcedente –por incongruente- tratar ahora la existencia o concurrencia, para la validez del proceso, del presupuesto de competencia.

En idéntico sentido la Dra. Gils Carbó, Fiscal subrogante de la Cámara Comercial, señaló la excepcionalidad del amparo como vía para abordar una cuestión que se había diferido en su tratamiento para una vez constituido el Tribunal, no advirtiéndose de ello menoscabo o perjuicio alguno que amerite su procedencia.

Más aún aclara la Fiscal, con buen criterio, que no se advierte ni arbitrariedad, esto es una actuación sin fundamento, ni ilegalidad, o sea una actuación contraria a derecho, que resultaran “manifiestas”, es decir que no requiera de mayor prueba por ser evidentes, en el desarrollo del arbitraje cumplido por la Cámara Argentina de Comercio, con lo cual no se reunían los presupuestos básicos de viabilidad de un amparo.

Sí en cambio, existían vías, de haberse suscitado inconvenientes en el desarrollo de ese arbitraje, que resultan intrasistémicas, que permiten su resolución, por lo cual se tornaba claramente improcedente el amparo promovido.

Sin embargo, pese a la contundencia del razonamiento y los fundamentos brindados por ambos fiscales, tanto la Cámara Federal, como la Comercial, accedieron al dictado de medidas cautelares con alcance similar, pese a la diferencia de los procesos, cuyos fines apuntaron a “suspender” el trámite de esos procesos arbitrales, las cuales en todos los casos resultaron disvaliosas por su contenido y proyecciones.

### **3.- LA ACCION MERAMENTE DECLARATIVA Y EL AMPARO**

Para advertir la inconveniencia de las decisiones adoptadas, conviene analizar mínimamente, los recaudos centrales que hacen a la procedencia de las acciones intentadas.

**3.1.-** A través de la mal llamada acción meramente declarativa de certeza<sup>1</sup>, en los dos procesos en los cuales la Cámara Federal resolvió remitir las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se dedujo una “original” –por denominarla eufemísticamente de algún modo- cuestión de “competencia”.

La pretensión esgrimida consistía en determinar si el tribunal arbitral “ad hoc”, **que ya había emitido su laudo**, estaba habilitado para ejercer el control de constitucionalidad correspondiente, sobre la normativa que debía tener en cuenta para resolverlo.

En verdad parece incongruente que una vez dictado el laudo, y habiendo admitido el tribunal interviniente su competencia, se cuestione su capacidad para resolver una cuestión como la que quiere introducir subrepticamente la recurrente.

---

<sup>1</sup> Así lo señala expresamente Carlo Carli, cuando explica que en puridad no existe una acción meramente declarativa de certeza, sino una pretensión de sentencia meramente declarativa de certeza, que podrá sustanciarse por cualquiera de los procedimientos establecidos para los procesos de conocimiento, tal como lo informa el art. 322 del Código Procesal (Carlo Carli, La demanda civil, Ed. Lex, 1973, p. 41).

Bien sabido es que la acción meramente declarativa que contempla el art. 322 del Cód. Procesal, en ningún caso fue concebida para resolver situaciones como aquellas a las que ha abierto su conocimiento la Cámara Federal.

Por el contrario, aquella norma señala expresamente que se persigue a través de su instauración poner fin a un estado de incertidumbre, en una determinada relación jurídica, cuando de ello se pueda derivar un perjuicio para alguna de las partes involucradas, y en el caso de que **no se cuente con otro medio legal** al efecto.

En esta línea, nuestro más Alto Tribunal, en la causa Gomer S.A. c/Provincia de Córdoba<sup>2</sup>, de algún modo concentró y sistematizó los requisitos que hacen a la procedencia de la acción que aquí nos ocupa, del siguiente modo:

- a) Estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica.
- b) Diferencia esta situación de una mera consulta, o una situación conjetural o hipotética, por la existencia de una lesión actual.
- c) Interés jurídico suficiente en el accionante precisamente por esa falta de certeza.
- d) Inexistencia de otro medio legal para poner fin a ese estado de incertidumbre.

Es fácil advertir entonces la manifiesta improcedencia de la vía intentada, ya que no se dan ninguno de los presupuestos señalados por la Corte, más aún, luego de dictado el laudo por parte del Tribunal interviniente, y cuando ya éste se había pronunciado expresamente sobre su competencia para resolver las cuestiones que allí se habían suscitado, con lo cual aparece más como una consulta convalidatoria de lo actuado la postura asumida por los recurrentes, que la de demostrar la existencia de un verdadero caso o controversia<sup>3</sup>.

**3.2.-** La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con respecto a la similitud que puede plantearse en algunos supuestos entre el amparo y la acción meramente declarativa de certeza, ha sostenido que "...la circunstancia que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del Código Procesal no constituye óbice para la aplicación de este precepto en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo..."<sup>4</sup>; con lo cual como se advierte, cabría señalar sus diferencias a los fines de demostrar también la improcedencia de esta vía a los fines pretendidos en el caso anotado de la Cámara Comercial.

La fundamental, consiste en remarcar que el amparo, a diferencia de la acción declarativa, no se trata de un proceso de carácter dirimente, sino por el contrario, de un proceso protectorio, que

---

<sup>2</sup> Fallos 310:142.

<sup>3</sup> Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema, en los términos del art. 2 de la ley 27, a fin de no desnaturalizar la actuación de la justicia.

resulta operativo únicamente en las circunstancias excepcionales que prevé el art. 43 de la Constitución Nacional, con lo cual queda aventada toda idea de bilateralidad, con el alcance que ello impone a un proceso de conocimiento, que persigue dirimir derechos en disputa<sup>5</sup>.

Lo que se persigue en él, es precisamente proteger derechos que hayan sido vulnerados de modo manifiesto, es decir que no se requiera de mayor prueba para su acreditación; y además de no existir otra vía legal de protección al efecto, que esa violación haya sido sin fundamento alguno, y en contra de la letra de la ley.

Como se puede apreciar, y surge con claridad del dictamen del Fiscal subrogante de la Cámara Comercial, no ha existido en el caso resuelto por la Cámara Comercial, ninguno de estos extremos que hacen a la viabilidad del remedio impetrado, por el contrario, dentro del propio proceso arbitral, existen mecanismos correctivos adecuados que pueden ser legítimamente utilizados, y que dan la pauta del exceso cometido.

#### **4.- LOS SISTEMAS CAUTELARES**

Conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre todo reavivada en estos últimos tiempos con motivo de los avatares por los que atraviesa aún nuestra sociedad, se requiere una evaluación mucho más afinada de los hechos en los que se sustenta la pretensión cautelar, cuando ésta se superponga en todo o en parte con el objeto de la pretensión sustancial, ya que importa un anticipo de jurisdicción que por sus proyecciones amerita ese cuidado más refinado al que se alude<sup>6</sup>.

La pregunta que cabe formularse en este punto sería ¿cuál fue la pretensión ejercida en el amparo, o en las acciones meramente declarativas por las accionantes? Parecería que no cabe otra respuesta más que se promovieron a los fines de suspender el trámite del proceso arbitral, por una presunta irregularidad, que a la vista de los Fiscales no existió.

---

<sup>4</sup> Fallos 320:690; en idéntico sentido se pronunció la CNCont.Adm.Fed., Sala IV, 17/10/97, in re “Consumidores Libres Coop. Ltda.. de Provisión de Servicios c/Telefónica de Argentina y Otros s/Amparo”.

<sup>5</sup> En este sentido véase el voto de Aberastury en Fallos 250:151; y en la misma línea Palacio, quien siguiendo a Buzaid señala como nota fundamental de este proceso, la inexistencia de discusión (Palacio, Lino E.; La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994, L.L. 1995-D-1237).

<sup>6</sup> En general la doctrina denomina a este tipo de decisiones como tutela anticipada o jurisdicción anticipatoria, habiendo resuelto la Corte que “la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. Dentro de aquéllas la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (C.S.J.N., 10/8/95, Electrometalúrgica Andina S.A.I.C. c/Estado Nacional, E.D. 172-605). En la misma línea Fallos 316:1833; 319:1069; 320:1633, entre otros.

No obstante ello, si partimos de esta premisa, cabe analizar ahora ¿cuál ha sido la finalidad perseguida a través de la medida cautelar dispuesta por las salas intervinientes? Evidentemente la respuesta cae de maduro pues ha sido idéntica.

De la simple lectura de los fallos anotados, surge que las accionantes promovieron sus demandas persiguiendo el dictado de una medida cautelar, que debe ser interpretada –conforme la doctrina de la Corte- como una medida innovativa, pues altera la situación de hecho o de derecho existente ya que su mantenimiento –según entendió la Cámara- ocasionaba un perjuicio (conf. art. 230 del Cód. Procesal)<sup>7</sup>, y de acuerdo con ella se mandó suspender el trámite de los procesos hasta tanto se resolviera la cuestión introducida.

Existe así una íntima correlación entre la pretensión cautelar y la sustancial, que no es imposible de que coexistan, sino que su análisis y evaluación nuestro más Alto Tribunal ha requerido –como se señalara- que sea mucho más cuidadosa para acceder a su dictado.

La ley actúa en el proceso, en algunos casos, como el que aquí se aborda, con carácter conservatorio, es decir, para mantener o alterar un determinado status quo, cuando de él se pueda derivar un perjuicio en forma evidente para alguna de las partes.

En estos supuestos, conforme las medidas cautelares dispuestas en los procesos objeto de este comentario, se advierte claramente la desvirtuación del instituto en juego, toda vez que estos sistemas tienen una finalidad protectoria, es decir, se persigue resguardar un derecho que resultó violentado en forma flagrante, por su evidencia, siendo estos los supuestos en los cuales, la propia Corte Suprema ha admitido lo que habitualmente se denomina como tutela anticipada (o jurisdicción anticipada).

Sin perjuicio de ello, fácil es advertir, que en ninguno de los casos anotados, se aprecia, ni la fuerte probabilidad de certeza de que el derecho invocado por los accionantes sea verosímil, ni menos aún el peligro en la demora, del cual se pueda derivar un perjuicio de carácter irreparable.

Con lo cual, la desnaturalización del instituto aparece manifiesta, toda vez que no sólo las acciones declarativas podían ser desestimadas in limine litis, por su clara improcedencia, ya que se había expedido el Tribunal sobre su competencia en sentido positivo; sino que además en la órbita del amparo –como bien lo destacó la Fiscal- no se advierte la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, y sí la existencia de otras vías para la solución del conflicto que aparentemente se había suscitado, con lo cual cae con todo su peso el sistema protectorio que se pretendió implementar.

## **5.- EL SISTEMA ARBITRAL Y LAS VIAS DE REPARACION**

La gravedad de la situación que se plantea aquí, radica en que se afecta a un sistema que no debe admitir ningún tipo de interferencias en su desarrollo, desvirtuando otros, en aras de una presunta solución, que las Salas intervinientes parecen no percibir dentro del mismo arbitraje.

Solo se puede producir la “judicialización” del arbitraje, en supuestos expresamente previstos en la ley, vgr. conforme lo normado por el art. 753 del Código Procesal, cuando se requiera alguna actuación con fundamento en el imperium que poseen los tribunales judiciales, y del que carecen los arbitrales, y no en cualquier tiempo u oportunidad.

La jurisdicción arbitral, además de ser privada, tiene carácter restringida y excluyente<sup>8</sup>, provee a los particulares de diversos mecanismos para la solución de conflictos (por ejemplo, el juicio de amigables componedores, el de árbitros iuris o de derecho; o la pericia arbitral).

Pero la restricción de estos sistemas, a los cuales dentro de sus distintas variantes cabe reconocerles modalidades propias, se ve reflejada en el juego armónico de los arts. 737 del Código Procesal y 832 y ss. del Código Civil. Ello en razón que conforme la primera de esas normas, sólo pueden ser sometidas a arbitraje –bajo pena de nulidad- aquellas cuestiones susceptibles de ser objeto de transacción, estableciendo los otros preceptos indicados, aquellas cuestiones que pueden transarse<sup>9</sup>.

Se advierte así, que cuando las partes acuerdan a través –por ejemplo- de una cláusula compromisoria, dirimir sus eventuales conflictos por medio de un sistema arbitral, automáticamente se están sustrayendo de la competencia judicial, para someterse a una estrictamente privada<sup>10</sup>.

Esta es exclusiva decisión de las partes, en ejercicio de su libertad contractual<sup>11</sup>, y en tanto la materia comprometida así lo admita. Esa decisión, en modo alguno puede ser modificada, sino por voluntad concurrente de ellas mismas.

---

<sup>7</sup> A veces también la Corte interpretó esta medida dentro de los pliegues de la cautelar genérica contemplada en el art. 232 del Código Procesal, siendo de destacar en ese sentido el leading case Camacho Acosta c/Grafi Graf (Fallos 320:1633), en donde distinguió la prohibición de innovar y la medida innovativa.

<sup>8</sup> Ha identificado la Corte a la jurisdicción arbitral, como un instituto de carácter excepcional, fundado en la necesidad de procurar un medio sencillo y rápido para la solución de los conflictos (Fallos 298:161), de ahí que una actuación en contra de estos fines atente directamente contra su existencia.

<sup>9</sup> Es interesante advertir que si bien el Código Civil en el art. 832 nos brinda una conceptualización de la transacción, no obstante, es a partir de los arts. 843 y ss. como por vía negativa o bien por exclusión, se puede inferir qué cosas admiten ser objeto de transacción, señalándose precisamente aquellas que están excluidas (vgr. las relacionadas con la patria potestad, validez o nulidad del matrimonio, sucesiones, entre otras).

<sup>10</sup> Esto ha sido conceptualizado como el efecto negativo del arbitraje, por el alcance obstativo que tiene sobre la actuación de los tribunales a distintos niveles (Lluís Caballol Angelats, El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 37).

<sup>11</sup> Ello en mérito al principio de autonomía de la voluntad, que ha sido erigido como un principio de orden público plasmado en la letra del art. 1197 del Código Civil, que no importa mas que el respeto a la propia palabra empeñada (CNCom., Sala D, 5/11/02, Reef Exploration Inc. C/Compañía General de Combustibles S.A.)

Esta jurisdicción “privada” escogida por los propios interesados, resulta de tal modo, excluyente de cualquier otra<sup>12</sup>, que se le pueda superponer, circunstancia que no debe confundirse con las variantes que presenta el arbitraje<sup>13</sup>.

Estas características esenciales de todo sistema arbitral permiten su adecuado funcionamiento, de modo que su desvirtuación únicamente provoca una afección del sistema, rayana en su destrucción. El fundamento último de la jurisdicción arbitral radica en la renunciabilidad de los derechos de índole estrictamente privada, que la ley admite dentro de ciertos límites, esto es en tanto no haya ningún tipo de afectación al orden público, ni se deriven perjuicios hacia terceros<sup>14</sup>, propendiéndose así a un sistema, si bien de carácter adversarial (atemperado por la flexibilidad de algunas de sus formas), que permite un proceso mucho más ágil, sencillo y por ende, económico.

El acceso a este ámbito excluyente, provoca la sustracción inmediata de las partes a la clásica jurisdicción judicial, por ende mal podría pensarse en la convivencia simultánea de ambos sistemas, por vía de la interferencia que provoca uno de ellos sobre el otro, como surge de los casos analizados.

De tal modo las posibles anomalías o irregularidades que se produzcan dentro del sistema arbitral, encontrarán solución dentro del sistema mismo, para lo cual las partes cuentan con diversos mecanismos de control que permiten su retroalimentación estimulando a las correcciones apuntadas.

No sólo existen esos mecanismos correctivos dentro de cada sistema arbitral, sino que son los propios interesados, en mérito al principio de autonomía de la voluntad, quienes pueden tomar las previsiones necesarias al efecto, distinguiendo la conveniencia de un arbitraje de equidad en lugar de uno de derecho, advirtiendo la conveniencia de someterse a un arbitraje de carácter institucional, en lugar de uno ad hoc, o bien a resguardar los mecanismos recursivos que estimen necesarios si fuera del caso<sup>15</sup>.

A ello, se suma además una vía que podríamos llamar residual constituida por la acción de nulidad (art. 771 del Cód. Procesal), para el hipotético supuesto que –entre otras cosas- el laudo haya obviado el desarrollo del proceso conforme las pautas que surgen del art. 18 y conc. de la Constitución Nacional.

---

<sup>12</sup> Existe una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que dispone que la sujeción voluntaria al arbitraje importa la renuncia a la jurisdicción que ejercen los órganos del Poder Judicial (Fallos 107:126; 301:594; 302:1280; 305:1365, entre otros).

<sup>13</sup> Se distingue así entre el arbitraje forzoso y el voluntario, y más allá que éste último sea el más frecuente o conocido, el primero es de destacar que se encuentra previsto en algunos preceptos de nuestra legislación sustancial (vgr. el art. 1627 del Cód. Civil, o el art. 491 del Cód. de Comercio, o bien el art. 38 del decreto 677/01 que establece el arbitraje como método de solución de las controversias de tipo societario).

<sup>14</sup> En el mismo sentido ver Raimundo L. Fernandez y Osvaldo R. Gomez Leo, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Ed. Depalma, 1987, T. I, p. 131.

La “soluciones” obtenidas en los tres casos, resultan disvaliosas no sólo por la desnaturalización de institutos clásicos como el amparo, la acción declarativa de certeza o los sistemas cautelares, sino sobre todo porque debilita al arbitraje con una interferencia judicial inexplicable, sobre todo teniendo en cuenta su carácter jurisdiccional y la pacífica jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal que propende a evitar los conflictos entre jueces (dentro de los cuales deberá incluirse a los árbitros por la índole de sus funciones)<sup>16</sup>, cuando a través de medidas como las tomadas por un Tribunal, como acontece en el subjuice, se interfiere la tarea desarrollada por otro, extremo que se contradice con la tradicional doctrina fijada por nuestro más Alto Tribunal.

---

<sup>15</sup> Es de destacar la irrenunciabilidad de los recursos de aclaratoria y de nulidad conforme el art. 760 del Cód. Procesal.

<sup>16</sup> En la actualidad prácticamente toda la doctrina considera jurisdiccional la tarea de los árbitros en el proceso arbitral, habiéndose dejado prácticamente de lado las objeciones que se asentaban en que el árbitro no era un funcionario público, o que no tiene imperium, toda vez que se trata de árbitros privados que entienden en contiendas donde están en juego derechos subjetivos de neta índole privada, que resultan disponibles para las partes; y además porque el imperium no es un atributo exclusivo del poder judicial, sino que por el contrario reposa en cada uno de los tres poderes del Estado. En esta línea véase entre otros: Claria Olmedo, Jorge A., Ed. Depalma, 1989, T. I, p. 231.