

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

El caso objeto de comentario, consiste en el incumplimiento de un contrato de locación que dio origen a un cobro de arriendos. Las partes contratantes habían decidido -al celebrarlo- a través de la cláusula compromisoria de estilo, someter sus divergencias al juicio de árbitros, designando a esos fines a la Sala A de la Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal, para que esta interviniera como amigable componedor y dirimiera así las eventuales controversias que pudieran suscitarse.

Sin embargo, la actora promovió su demanda en sede judicial, por lo tanto, al contestarla, la demandada articuló la excepción de incompetencia, en virtud de los términos en que fue concebida la cláusula compromisoria. El juez de grado hizo lugar a la excepción de incompetencia, disponiendo que correspondía intervenir al tribunal arbitral designado por los contratantes.

Apelada la resolución por la parte actora, el dictamen del Fiscal de Cámara convalidó lo decidido por el Sr. Juez de grado, sin embargo la Sala A de la Cámara Civil asumió una posición contraria, sustentada en que un tribunal arbitral no puede decidir una cuestión constitucional, pues según surge de su sentencia, la actora había puesto en tela de juicio la constitucionalidad de cierta legislación de emergencia como el decreto 214/02 y la ley 25.561.

Pero además de este fundamento es útil destacar algunos otros que también -en forma aparente- darían sustento al pronunciamiento referido:

a) Por un lado obsérvese que la Cámara señala con apoyo en antigua jurisprudencia del fuero comercial que “la interpretación y la aplicación de la ley es ajena al conocimiento y decisión de los árbitros amigables componedores”.

b) Por otro sostiene, que la Corte ha establecido que las cuestiones de interpretación de una norma constitucional no pueden ser objeto de arbitraje, pues corresponde a ella entender en última instancia, para la unificación de la interpretación, lo que es de la esencia del recurso extraordinario (conf. Fallos 272:323) y dicho recurso no es admisible cuando se ha pactado la competencia arbitral (Fallos 274:323).

c) Finalmente sostiene la Sala, con apoyo en doctrina y jurisprudencia, que todo convenio en donde se pacte la jurisdicción arbitral debe interpretarse restrictivamente.

Estos antecedentes son los que dan sustento al fallo objeto de este comentario, por lo tanto nos atendremos a su análisis para extraer algunas conclusiones.

2.- LA JURISDICCION ARBITRAL

Cuando el arbitraje es voluntario, son los propios contratantes quienes deciden sustraerse expresamente a la jurisdicción de los tribunales oficiales del Estado, para sujetar la resolución de su conflicto a la decisión de “jueces privados”, como vulgarmente se los suele denominar a los árbitros, generando una instancia denominada “jurisdicción arbitral”.

Existe un señero trabajo del recordado maestro Lino E. Palacio en esta temática¹, que da cuenta precisamente que en la actualidad ya no existen dudas sobre el carácter jurisdiccional que tiene el arbitraje.

Por cierto que nace de manera convencional, pero su desarrollo constituye un proceso, que tiene particularidades propias que lo distinguen según el lugar en donde se desarrolle, el tribunal que intervenga, el reglamento o la legislación a la que las propias partes deciden ajustarse, entre otros aspectos, que dan la pauta, de cómo puede acordarse una negociación de índole estrictamente procesal, para establecer la forma más conveniente que las partes estimen corresponder para dirimir sus controversias.

¹ Palacio, Lino E.; Arbitraje, Control de Constitucionalidad y Recurso Extraordinario, L.L. 2003-F-1184. Allí también señalaba Palacio la importancia de advertir la interpretación pacífica y uniforme de la Corte Suprema respecto a la inviabilidad del recurso extraordinario federal para la impugnación de un laudo arbitral, aspecto que analizamos para distinguir las vías recursivas aptas en un arbitraje voluntario en Vías de impugnación del laudo arbitral (E.D. 210-836).

Constituye una cuestión esencial a tener en cuenta que siempre dentro del ámbito en el que resulta operativo el arbitraje, se alude a materia que resulta disponible para las partes, que no es otra más que aquella que puede ser susceptible de ser objeto de transacción (conf. art. 737 del Código Procesal).

Desde entonces queda conformada una tarea a cargo de un tribunal (sea unipersonal o colegiado), que deberá llevar a cabo un determinado cometido, muy específico, que no es otro que dirimir el conflicto que las partes sometieron a su decisión, a través de un laudo, por medio del cual, deberán hacer actuar la voluntad de la ley, o en algunos supuestos, morigerando esa voluntad en forma equitativa, lo que no quiere decir que lo hagan contra legem, sino conforme a equidad, o como suele denominárselo también, según su leal saber y entender, o con cualquiera de esas fórmulas que en idéntico sentido apuntan a marcar una forma de actuación del tribunal que no lo sujeta exclusivamente a la letra de la ley, sino que le da mayor margen de maniobrabilidad a través de su sana discreción.

Esta última variante es la llamada juicio de amigables componedores, por oposición al arbitraje de derecho en donde los árbitros deben dirimir la controversia ajustándose estrictamente a la letra de la ley. Lo cierto es que cuando un tribunal arbitral, más allá de su conformación, y de su forma de actuación, tiene que resolver un conflicto, lo hace por expresa disposición de las partes que contractualmente así lo deciden.

De ahí entonces que la mayoría de la doctrina, haya concluido que los árbitros cuando son designados para resolver un determinado conflicto, cumplen una función que es eminentemente jurisdiccional, desde luego sin confundirla con la que le cabe a los jueces estatales, que monopolizan la jurisdicción judicial².

Esta visión del arbitraje permite advertir, por un lado, el origen contractual del instituto; y por otro, la función de carácter jurisdiccional que los árbitros están llamados a cumplir, toda vez que constituye un método que consagró el constituyente y luego instrumentó el

² Esta denominación por más que parezca tautológica, es la que utiliza Palacio precisamente para distinguir la función pública procesal, que cumple específicamente un órgano del poder judicial, de la función jurisdiccional, que no se circunscribe únicamente a aquellos (Palacio, Lino E.; Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, 1983, T. I, p. 321 y ss.).

legislador para propender no sólo al afianzamiento de la justicia, sino además al mantenimiento de la paz social³.

Sin embargo, se podría ver jaqueada la construcción desde el punto de vista que se infiere del fallo comentado, cuando por ejemplo, existe una ley que mantiene la inmunidad de jurisdicción para los Estados extranjeros⁴, o bien cuando se reconoce jurisdicción a partir del tratado suscripto con la Santa Sede⁵, para resolver determinado tipo de conflictos, pues eso importaría un cercenamiento de esa potestad soberana, aún dentro de un determinado territorio, sin aludir a la llamada por alguna línea de la doctrina como jurisdicción administrativa.

Lo mismo sucede por ejemplo, cuando el legislador habilita en el art. 1 del Código Procesal a prorrogar la competencia en asuntos patrimoniales, inclusive a favor de árbitros extranjeros, o bien cuando admite una competencia supranacional, como el supuestos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, o la misma Corte Internacional de La Haya, ante la cual, por ejemplo, Argentina y Uruguay actualmente están tratando de dirimir un conflicto sobre la interpretación del Protocolo del Río Uruguay, con motivo de la instalación de una pastera que se asentó sobre la margen del Río Uruguay en la República Oriental del Uruguay, la cual, ya en el año 2006, ha dictado una resolución con motivo de una medida cautelar solicitada por Argentina.

Per se, ni la Corte creada por el Pacto de San José de Costa Rica, ni el Tribunal de La Haya, ni la Sacra Rota Romana cuando decretan la nulidad de un matrimonio, gozan del poder de imperium que puede tener un tribunal de justicia de cualquier país, no sólo por la forma en que éste se pueda manifestar, sino por los mecanismos que se puedan implementar para su utilización a los fines de llevar a cabo sus decisiones que obviamente son de índole jurisdiccional.

³ La diferencia que marco en cuanto a la forma en que se instituye y regula el instituto es de destacar pues en la República Argentina, la Constitución Nacional, consagra en el art. 14 bis la posibilidad de resolver conflictos –hasta de índole gremial- por vía de arbitraje, con lo cual aún en una rama del derecho privado de neto orden público, como el laboral, por el interés que tiene el Estado en la observancia de la preceptiva legal a aplicar, en resguardo de los derechos del trabajador, el constituyente consagró este sistema de solución de conflictos a nivel constitucional.

⁴ Ley 24.488, aunque con ciertas restricciones pero en definitiva autolimitando la jurisdicción estatal.

⁵ Aprobado por Ley 17.032

Lo cierto es que en ningún caso se podría dudar de la función netamente jurisdiccional que cumplen ese tipo de organismos, circunstancias que no sólo darían por tierra con una concepción restringida del vocablo jurisdicción, por circunscribirla a una visión organicista, sino además por la fuerza de la realidad que sería impensado desconocer.

Teniendo en cuenta esos parámetros, el arbitraje representa un sistema de resolución de conflictos, constituido por un proceso que tiene carácter jurisdiccional, no solo porque se persigue la observancia de aquellas pautas mínimas e indispensables para el desarrollo del debido proceso legal, sino además porque el sentido de la voz jurisdicción (del lat. *iurisdictio* o *ius-dicere*), no tiene otro alcance más que decir el derecho, lo que significa, la potestad de hacer actuar la voluntad de la ley para crear la norma individual que pueda resolver un determinado conflicto, que las partes, en ejercicio de su libertad soberana, han decidido a través del principio de la autonomía de la voluntad, someter a la decisión de un tribunal arbitral.

Por lo tanto, con una visión finalista, el arbitraje implica el desarrollo del debido proceso legal a través del cual se obtiene un pronunciamiento que puede erigirse en cosa juzgada para las partes, ergo su carácter jurisdiccional debe estar representado por estos aspectos centrales⁶.

Conforme la temática abordada, no se puede dejar de señalar, que el arbitraje es esencialmente un proceso de carácter privado, en donde las partes se enfrentan a través de un método dialéctico y adversarial, similar al proceso judicial, que constituye por

⁶ Destaca Palacio, a fin de asimilar la tarea de los árbitros a una función esencialmente jurisdiccional que según el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, ellos poseen atribuciones para decidir toda cuestión entre partes, con excepción de aquellas que no pueden ser objeto de transacción, con lo cual se aprecia ya una identificación entre la tarea de los árbitros y la que cumplen los jueces. Pero además agrega, que el laudo arbitral participa de la misma obligatoriedad que caracteriza el acto de autoridad que es la sentencia, por lo cual, concluye que si bien las funciones y figuras de árbitros y jueces no resultan rigurosamente equiparables, los primeros ostentan ciertos atributos que los autorizan a sostener la índole jurisdiccional de las decisiones que emiten (Palacio, Lino E.; Ob. cit., p. 330). Agregamos a ello, que prácticamente la doctrina también acepta de modo uniforme la posibilidad de que los árbitros emitan también como actos de autoridad medidas de carácter cautelar, lo que refleja con mayor claridad aún el ejercicio del *iudicium*, más allá que se valgan del auxilio de la jurisdicción, que lo contempla así específicamente el legislador (art. 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina), para su efectivización (en ese sentido véase Peyrano, Jorge W.; Medidas cautelares en los procesos arbitrales; J.A. 2004-III-898).

antonomasia el sistema “oficial” de resolución de conflictos, dejando de lado aquellos otros, a través de los cuales las partes buscan esquivar la rigidez de los procedimientos judiciales, la estructura de procesos anquilosados por el simple devenir de los tiempos, la enormidad de los costos que se generan para los justiciables, y fundamentalmente porque por esa vía apuntan exclusivamente a obtener un pronunciamiento que dirima sus disputas, buscando acatarlo en forma inmediata para evitar el agravamiento de la situación conflictiva que se pudo haber generado⁷.

Es así como el arbitraje es el mecanismo de solución de controversias más utilizado a nivel mundial⁸, a tal punto que la vieja *lex mercatoria* hoy puede considerarse excedida en sus cauces tradicionales, por una nueva rama de conocimiento que excede el derecho nacional, generando una especie de derecho transnacional –no codificado– sino resultado de prácticas comerciales habituales en los tribunales arbitrales.

Aquí en el seno del proceso arbitral juegan otras pautas, se tienen en cuenta los intereses, corporativos o no, de los justiciables, por sobre las formas solemnes que cada vez son menos empleadas a nivel transnacional, por la fluidez que se impone así a los trámites que se deben observar para desarrollar un proceso de esas características. Todo ello con una salvedad fundamental, que siempre debe constituir, un debido proceso, aún por la voluntad concurrente de las partes, o por la letra de la ley, es decir un proceso que implique la observancia de los principios liminares que conforman aquella garantía que hoy constituye un derecho humano esencial: el derecho a la jurisdicción.

De tal modo, este punto de partida no puede ser soslayado para analizar la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad sobre la preceptiva legal aplicable en la órbita del

⁷ No es el litigio el interés, ni del común de las personas, ni del empresario, tal vez más acostumbrado a tener que enfrentarlos, sino evitarlos y cuando no sea posible, superarlo del modo que resulte más sencillo, aún frente a la complejidad de los asuntos que se traten, pues ello evita un consumo de tiempos y costos que no siempre son mensurados en su real dimensión.

⁸ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández De La Gandara, *El arbitraje comercial internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 38; quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países.

proceso arbitral, pues partiendo de estas premisas, resulta inocultable que el árbitro al igual que el juez cumple una función netamente jurisdiccional.

3.- EL JUICIO DE AMIGABLES COMPONEDORES

Por eso, aunque parezca redundante señalarlo, cuando las partes deciden someter sus diferencias a un tribunal arbitral, aunque éste actúe como amigable componedor, no rehuyen a la aplicación del derecho.

Esta no es una simple disidencia de carácter académico, sino que es el simple respeto a la letra de la ley, ya que el Código Procesal señala en el art. 766 que podrán someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que puedan ser objeto del juicio de árbitros, es decir, no existe la limitación que ha invocado el tribunal interviniente al pretender restringir al conocimiento de los árbitros amigables componedores solo las cuestiones de hecho.

Ese es un ámbito restringido solo a la pericia arbitral, instituto de uso prácticamente infrecuente en nuestro ámbito, más por desconocimiento, que por su presunta ineficacia, pues resulta una preciada herramienta que el común de los abogados no suele utilizar.

Establece concretamente el art. 773 del Código Procesal que los arbitradores o peritos árbitros, deben resolver únicamente las cuestiones de hecho que le son sometidas a decisión, siendo de aplicación a su respecto el procedimiento previsto para el juicio de amigables componedores.

Como se advierte se trata de dos institutos claramente diferenciables, que no pueden superponerse pues conceptualmente tienen un desarrollo y alcance diverso.

El proceso arbitral de amigables componedores, no significa otra cosa, más que analizar el conflicto por parte de los árbitros, como hombres de derecho, como generalmente lo son aquellos que las propias partes convocan (salvo que se tratase de una pericia arbitral, que requiera otra especialidad), con los “ojos” de una persona formada en derecho, que puede

considerar oportuno aplicar una determinada norma en desmedro de otra, por resultar más conveniente a la justicia del caso, o bien morigerar su aplicación, frente a cuestiones fácticas que así lo requieran.

Esto, en modo alguno significa desconocer o apartarse de la normativa legal que resulte aplicable a la cuestión, por más influencia jusnaturalista que se le atribuya al concepto equidad.

Se ha dicho que “la equidad tiene algo de misterioso, suponemos que es la justicia o la verdad del caso particular. Es imaginativa, conciliadora, tolerante, incompatible con la hipocresía, el egoísmo y el formalismo”⁹.

Recordando a Aristóteles, Rabbi-Baldi señala que precisamente la ley constituye siempre un enunciado general, que solo toma en consideración los casos que suceden con más frecuencia, sin ignorar los errores que ello puede entrañar, toda vez que puede darse un caso que puede no ser captado por la generalidad de la norma, por eso señala que el Estagirita calificaba a la equidad (*epikeia*) como una justicia superior, ya que por su orientación a dirimir situaciones irregulares (casos difíciles), la *epikeia* traspasa la ley y se transforma en más justa que ésta, pues la completa en aquellas situaciones excepcionales que el carácter absoluto de la norma es incapaz de contemplar¹⁰.

Ese recurso a la equidad, no sólo es contemplado por la propia letra de la ley, sino que además es de uso frecuente por los tribunales e inclusive por la propia Corte Suprema, quien consideró que no siempre resulta un método recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional que averse el riesgo de un formalismo paralizante¹¹.

Si para elucidar el conflicto, las partes deciden –por voluntad concurrente– siempre que la materia así lo permita, que los árbitros decidan la controversia en base a la equidad, en lugar de hacerlo con estricto apego a la letra de la ley, esto importa una manifestación del principio

⁹ Del voto de la Dra. Kimmelmajer de Carlucci in re Teruel, Santiago y Otros c/Dalvian S. A. s/Sumario, del 24/11/03.

¹⁰ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato; Teoría del Derecho, Ed. Abaco, 2008, p. 281.

¹¹ Fallos 302:1284; 316:1025; 316:3043; 318:371, entre otros.

de autonomía de la voluntad, no un menoscabo para alguno de los litigantes, sino por el contrario una exaltación del ejercicio de su libertad, a través del cual buscan una decisión en estricta justicia, real, razonable, ajustada a las circunstancias de la causa, conforme la doctrina de la propia Corte Suprema.

No debe pasarse por alto que nuestro ordenamiento positivo, partiendo de la letra de la Ley Fundamental, pasando a la de menor rango, contempla la equidad en la aplicación de la ley, y por eso el juez o el árbitro, no quedan sustraídos del orden jurídico, por el contrario, deben resolver el conflicto en base a los hechos del caso, no conforme a un ordenamiento etéreo o desconocido, o que no permita el control de las partes¹².

De tal forma la propia Constitución Nacional, alude a la equidad en su art. 4 cuando la impone al legislador para establecer cargas públicas, o bien el art. 28 cuando aludiendo a la garantía que Linares llamó innominada -del debido proceso, esta vez sustantivo- permite el control de razonabilidad de las normas, que se inspira -entre otras- también en la equidad como una de las diversas manifestaciones del valor justicia.

También encontramos en el Código Civil estándares de la misma índole, por ejemplo, en el art. 907, que contempla una pauta concreta para los jueces, que es la de disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño (producto de un enriquecimiento ilícito), fundados en razones de equidad.

En la actualidad ha recobrado impulso, merced a la profusa legislación de emergencia, variantes que ponderan la teoría de la imprevisión, y obsérvese que el art. 1198 del Código Civil prevé la posibilidad, a favor de quien fuere demandado por la resolución de un contrato, de evitarla ofreciendo mejorar “equitativamente” sus efectos. Una situación similar se plantea en la acción de colación que contempla el art. 3477 del Código Civil, cuando se autoriza al juez a realizar un “equitativo” reajuste según las circunstancias del caso.

¹² Son los árbitros quienes decidirán si aplican las normas de derecho en las cuales subsumirán los hechos, o morigeran su aplicación, o la dejan de lado si resulta inequitativa. En este sentido es oportuno tener en cuenta que también en este sentido son las partes las que optan por este sistema.

Como se puede apreciar, este estándar llamado “equidad”, tiene en cuenta –para su concreta aplicación- dos aspectos esenciales, por un lado los hechos de una determinada relación jurídica que ha desembocado en un litigio, y por otro lado, la aplicación del derecho, al cual en ningún caso le da la espalda, ni menos aún significa una construcción que se abstrae de aquél.

El buen sentido que le dé cada intérprete, hará más o menos equitativo un decisorio, que por supuesto en ningún caso podrá constituir un pronunciamiento alejado del orbe jurídico, ni contrario a su letra, o aún a su espíritu, sino que debe ajustarse a él, pues lo contrario podría constituir una especie más de arbitrariedad que el propio ordenamiento legal fulmina con su absoluta nulidad.

Lo que es dable destacar como una característica saliente de la función jurisdiccional que le cabe a los árbitros, a veces llamados también arbitadores, cuando actúan como amigables componedores, que no existen tales diferencias en sus tareas, sino que por el contrario existe una semejanza de base con la tarea desarrollada por los jueces, pues siguiendo la conceptualización de Couture¹³, ambos tienen que llevar a cabo la operación que éste denominó de “subsunción jurídica”.

Esto es la universalización de los hechos que se consideran fijados en el proceso, dentro del plexo jurídico, para crear así la norma individual, poniendo en correspondencia esos hechos con el derecho aplicable, para dirimir así el caso en juzgamiento¹⁴.

Allí es donde puede aparecer una clara manifestación de la equidad, es decir en todo aquello que hace al conocimiento y apreciación de parte del árbitro, de los hechos del caso sometido a su decisión y de las probanzas que a su respecto las partes aportaron, al sumergirlas en el plexo jurídico abstracto.

¹³ Es de destacar con la licencia que permite una nueva mirada en el tiempo a su obra, en sus lúcidos Fundamentos sostuvo textualmente que “la jurisdicción, ante todo, es una función” (Couture, Eduardo J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, Bs. As. 1990, p. 40).

¹⁴ Couture, Eduardo J.; Ob. Cit., p. 285.

Esta apreciación, que como decía Clariá Olmedo, no tenía otro significado más que el de ponerle un “precio” a la prueba, no depende más que de la valoración que personalmente debe hacer el árbitro del mismo modo que lo hace el juez.

Esa es una tarea en donde se puede justipreciar de modo más equitativo, o más riguroso, una determinada situación de hecho, pero en ningún caso esto significa, que esa valoración se haga arbitrariamente, es decir sin fundamentos que la respalden¹⁵.

Esa aplicación de las normas integradoras del plexo jurídico, se lleva a cabo tanto sea el arbitraje de derecho (con la rigurosidad que la normativa impone), como sea de amigables componedores (sin esa rigurosidad), pues en este caso los árbitros, como bien señalaba Redenti, pueden aplicar las normas de derecho en un arbitraje de amigables componedores si no ven razón para apartarse de ellas, pues si creen necesario hacerlo, no deben tener necesidad de indicar cuál hubiese sido la solución en términos de derecho estricto, ya que en esos casos basta la declaración de que a sabiendas se atienen a las que ellos conceptúan ser las razones de equidad que el caso impone¹⁶.

Ese rigorismo que se le quita a la norma de derecho, es el que permite atemperar su aplicación al caso concreto, pero en ningún caso significa una solución contraria a derecho, ni menos aún carente de fundamentos.

Desde un punto de vista positivo la doctrina reconoce la conveniencia, conforme los hechos del proceso, de acompañar la decisión con una morigeración de la norma, que Barrios de Angelis llamó “dulcificación de la ley”, en aras a evitar la dureza de su aplicación, cuando las circunstancias así lo exijan¹⁷.

¹⁵ En el voto antes citado (ver nota 9), de la Dra. Kemmelmajer de Carlucci, con cita del maestro Mosset Iturraspe, rescata una referencia de éste a la doctrina del gap filling a través de la cual se deja librado a criterio de un tribunal llenar el vacío (esto es el significado de ese término), “interpretando” lo que las partes habrían querido, si hubieran podido prever un acontecimiento imprevisible, y allí se reconoce expresamente que el remedio puede provenir, por acuerdo de las partes, o tanto puesto por los jueces como por los árbitros, pues se actúa con equidad, que no significa ni arbitrariedad ni capricho, sino adecuación a las circunstancias del caso (Mosset Iturraspe, Jorge; Falcón, Enrique M., Piedecabras, Miguel; La Frustración del contrato y la pesificación, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 44).

¹⁶ Redenti, Enrico; El compromiso y la cláusula compromisoria, Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 120.

¹⁷ Barrios de Angelis, Dante; El juicio arbitral, Ed. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo R.O.U., 1956, p. 45.

Es decir, en un sentido negativo, no se puede presumir una actuación en contra del derecho, aspecto que conviene despejar por las dudas que todavía hoy en día se suscitan, al generarse infundadas desconfianzas¹⁸, imaginando a árbitros sentados en el trono del rey Salomón, creyendo que el juicio de equidad es el juicio salomónico, sin advertir que aquél era un rey absoluto que tenía a su disposición los derechos de sus súbditos, olvidando que esa disponibilidad resulta ajena a los árbitros, y que siempre queda en manos de los propios interesados para comprometerla del mejor modo que estimen corresponder¹⁹.

En consecuencia, si las partes así lo solicitan, además de tener la posibilidad de sujetar su controversia a un determinado ordenamiento legal, elegir la sujeción a formas determinadas (o no), puedan petitionar al tribunal arbitral que se expida sobre la eventual inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, pues si su controversia radica en ese aspecto, mal podría resolverlo el tribunal elegido, que resulta el juez natural para las partes, si se le restringe su actuación con una cuestión de carácter constitucional, sobre todo teniendo en cuenta que ello no es la materia o esencia de la controversia, sino el medio para llegar a su resolución.

De ahí que no deba confundirse la materia arbitrable con la normativa en juego para decidir la cuestión. Para ello, conviene analizar el concepto de la voz jurisdicción, lo que llevará a la caracterización del debido proceso legal y los sistemas de control de constitucionalidad, para concluir finalmente sobre la posibilidad de su ejercicio aún en el ámbito del juicio arbitral de amigables componedores.

4.- LA VOZ JURISDICCION

Para no caer en un lugar común, señalando la multivocidad del término jurisdicción, es importante registrar la afectación de factores especialmente extraprocesales para delimitar su conceptualización. Esa incidencia de factores exógenos al proceso propiamente dicho, se

¹⁸ Es categórico Barrios de Angelis (Ob. cit., p. 44), cuando señala que bajo las distintas denominaciones a través de las cuales se trata de identificar a la equidad desde el viejo Derecho Romano, pasando por el Derecho Francés, Inglés, y Español, se le da sentido semejante a todas esas frases, como equidad, buena fe, leal saber y entender, buen parecer, etc.

¹⁹ Anaya, Jaime L.; Equidad y amigable composición, E.D. 181-552.

vinculan a aspectos históricos, políticos, culturales, sociales, económicos y otros que vinculan generalmente esa voz con el ejercicio del poder.

Conviene recordar –siguiendo a Scialoja²⁰– que en el derecho público romano, entre las facultades del magistrado se distinguían tres diversas potestades: el imperium, la iurisdictio y en un terreno común a ambos el imperium mixtum.

En general coincide la doctrina en sus investigaciones históricas, que el ejercicio de la iurisdictio se hacía con la tria verba, es decir con la fórmula que encontramos en los clásicos: do, dico, addico, que significaban doy, digo, adjudico. Esto es doy juez, digo, porque decía el derecho, puntal en el que se apoya la función netamente jurisdiccional, y adjudico según el derecho que se hubiera reconocido.

La jurisdicción debía emplear estas tres palabras solemnes, y la rigidez de los procedimientos, que se desarrollaban ante el magistrado primero y ante el juez después, dan cuenta del rigorismo imperante en el naciente mundo jurídico.

Si bien el iudex es un simple particular que decide sobre la causa, teniendo en cuenta el tema tratado, no corresponde confundirlo con el *arbiter*, que no es el árbitro que interviene como consecuencia de un compromiso o una cláusula compromisoria, sino que su función es similar a la del juez, como particular llamado a decidir en la causa, lo que cambia es la amplitud de facultades que se le brindaba a uno y otro, pues mientras el iudicium es estricto y riguroso, el arbitrium es moderado y suave, pues el conocimiento del arbiter es más libre, conoce con mayor espontaneidad y también con mayor amplitud dicta su sentencia²¹.

En estos aspectos que históricamente hoy cobran sobrada relevancia, radican dos aspectos fundamentales del poder de decisión que importa la jurisdicción, y a su vez, de la distinción que cabe hacer con relación al imperium como otro atributo que demuestra una clara manifestación del poder del magistrado.

²⁰ Scialoja, Vittorio; Procedimiento civil romano, Ed. Ejea, 1954, p. 105.

²¹ Scialoja, Vittorio, Ob. cit., p. 119, destacaba Scialoja, con cita de Cicerón, que la diferencia entre uno y otro es de poderes, no de calidades personales.

En la actualidad, no pueden confundirse las funciones que desarrolla el Estado a través de cada uno de los poderes que lo integran: el administrador, el legislativo y el judicial, aunque es conveniente señalar que cada uno de ellos no tiene una atribución sobre una cuota parte del poder del Estado, sino que por el contrario el poder es uno solo y depende exclusivamente del soberano.

Lo que es dable distinguir para concebir a cada uno de ellos, son las funciones que hacen a su esencia, por lo cual ya desde sus orígenes, como se ha señalado, aparecen superpuestas las funciones de administración y jurisdicción.

Es cierto que así fue durante mucho tiempo y también es cierto que con el advenimiento del Estado moderno se delimitaron y precisaron con claridad cada una de las funciones que correspondían a esos diversos departamentos de gobierno, pues el Estado es uno y por lo tanto, es quien monopoliza el poder.

De tal modo la multiplicidad de formas en que se utilizó la voz jurisdicción, mezclándola por ejemplo, con el concepto competencia, o delimitando un ámbito territorial, o inclusive un ámbito de funciones políticas, ha hecho que se superpongan conceptos que deben ser separados inexorablemente, para distinguir así las tareas que a cada uno de esos estamentos corresponde ejercer, más allá que en la práctica cotidiana, cada uno de ellos intervenga en funciones o tareas que resultan de la incumbencia de otro, circunstancia que no obsta a la determinación de la tarea que esencialmente resulta atribuible a cada uno de ellos.

Por lo tanto, cuando se suele conceptualizar a la jurisdicción como un poder del Estado, o bien como un poder-deber del Estado, ningún tipo de objeción se puede hacer sobre el particular, precisamente porque la concepción de los países recipientes del derecho continental, por oposición a otros sistemas, conciben al Estado como el centro de las atribuciones para la administración de justicia, e indefectiblemente siendo así la concepción tradicional ninguna duda cabe que la jurisdicción es una sola y que depende del Estado su funcionamiento, no pudiendo perderse de vista, que al igual que en la antigüedad se está haciendo reposar en cabeza del juez ese imperium mixtum del que hablaban los romanos, es

decir superponiéndose el imperium con el iudicium, potestades claramente diferenciables ya desde la antigüedad como atributos del poder del magistrado.

Siendo así, es inevitable cuestionar si esa forma de concebir la jurisdicción resulta apropiada en tiempos actuales, para ver si es correcto mantener una concepción que tiene sus orígenes en el derecho público romano.

La realidad indica una situación totalmente diversa, que no tiene que ver solo con el advenimiento del llamado estado moderno y el sistema constitucional que se observó para su conformación, sino además con el propio funcionamiento de las instituciones dentro de un mismo país.

Esto lo ha llevado a reconocer a Taruffo, con una denominación muy apropiada, la existencia de un “multiculturalismo procesal”, subrayando la existencia de culturas diferentes en el interior de unos mismos contextos sociales, políticos y también jurídicos, fenómeno éste que concierne a cualquier cultura²².

De tal forma distingue diversos niveles en los cuales puede ser analizado este que llama “multiculturalismo procesal”.

En el primero de ellos, distingue una diferencia general entre sistemas, en donde encuentra la vieja y tradicional distinción -ya superada a su criterio- entre common law y civil law, destacando especialmente en esta última concepción, al Estado como centro de la administración de justicia.

Un segundo nivel intermedio, incluye los sistemas procesales correspondientes a ordenamientos nacionales, compuestos a veces por “parientes” diversos, empeñados muchas veces en desarrollar sus diferencias más que sus analogías.

Finalmente un tercer nivel, más bajo, pero no menos importante, individualizado en el interior de cada uno de los ordenamientos procesales nacionales, lo que significa que un

²² Taruffo, Michele; Sobre las Fronteras, Ed. Temis, 2006, p. 5.

ordenamiento nacional puede estar internamente dividido en algunos o en muchos subordenamientos procesales, o en diversos mecanismos de administración de justicia.

Es evidente que cada una de esas normativas procesales está influenciada en un determinado tiempo, por una serie de factores, no sólo históricos, sino también sociológicos, económicos o de otra índole, que propenden por ejemplo, a proteger al más débil en una relación de trabajo, o tutelar el medio ambiente, o a los consumidores, por caso.

Por eso, señala Taruffo, que lo que ha cambiado en la cultura jurídica en los últimos dos o tres decenios, son los paradigmas, parafraseando a Khun, empleados para interpretar situaciones jurídicas, brindando como ejemplo a los códigos, otrora casi intocables, para advertir que frente a ellos aparece una legislación que los hace entrar en crisis pues no eran tan omnicomprendidos como se creía, apareciendo por ende leyes incompletas, variables, a veces incoherentes²³.

Es evidente que todo esto muestra a carta cabal la influencia de este nuevo orden que se ha dado en denominar “globalización”, al cual el concepto jurisdicción no puede resultar ajeno.

El propio Estado es el que con clara conciencia de su actuación, cede frente a ciertos casos puntuales lo que en otra época podía considerarse como un poder que consistía en un claro ejercicio de su soberanía, como era la jurisdicción, y por ejemplo, participa en la creación de organismos supranacionales, reconoce en ellos inclusive la potestad de juzgarlo, o bien, exonera de su poder soberano a otros estados reconociendo inmunidad para su sometimiento a proceso, con algunas limitaciones, o por ejemplo, siguiendo la doctrina americana, reconoce “jurisdicción primaria” en algunos entes reguladores de actividades esenciales del Estado²⁴.

²³ Taruffo, Michele; Ob. cit., p. 16. En la misma línea reconoce Lorenzetti, que las controversias interempresariales se resuelven cada vez más mediante soluciones alternativas, como el arbitraje, por los contratos en la mayoría de los casos son inmunizados, o las garantías a primera demanda o alutoliquidables. Es decir, que frente a los paradigmas tradicionales aparecen estos que el autor denomina microsistemas, que no pueden ser obviados por constituir una constante cada vez más notoria de nuestra realidad que da cuenta del resquebrajamiento de la concepción del Estado del modo tradicional (Lorenzetti, Ricardo L.; Teoría de la Decisión Judicial; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 37).

²⁴ En el caso Angel Estrada y Cía. S.A. (Fallos 328:651), precisamente la Corte sigue ese criterio, para lo cual sostuvo como fundamento que Si bien el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los arts. 18 y 109 de la Constitución Nacional, tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y

Entonces aparece con toda claridad la relatividad del concepto jurisdicción, como una manifestación que importa una facultad de decisión que ya no queda siempre en manos exclusivas del Estado.

El reconocimiento de estos cambios que Morello dio en llamar copernicanos, hizo que se preguntara el maestro platense frente al notorio avance de las ciencias, si lo procesal acompaña esa seguidilla de pesos y contrapesos del contexto. Lo que se respondió en forma negativa, pues no siempre y menos con la aceleración con que se disparan las adecuaciones de fondo se logran esos cambios.

A ello, agrega que debe apuntarse que tampoco el proceso es un laboratorio de certeza sin que pueda silenciarse una gran tendencia vocacional de los abogados para demorar, y resistir así la modernidad de reformas y conquistas que sacudirían sus hábitos, rutina y destrezas conocidas, con las cuales les va bien (aunque no a la gente), por lo que se pregunta para qué cambiar²⁵.

La descripción de este panorama se repite en general en todos los países, por eso recordando al Prof. de la Universidad de Bologna, Dr. Federico Carpi, en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Provincia de Neuquén, República Argentina, sostenía este que “no debe existir ningún país en el mundo donde no se lamente la crisis de la justicia”.

Entre los diversos factores que recordaba aquél, destacaba el aumento de la litigiosidad, la falta de organización de las oficinas judiciales, la incompleta utilización de las nuevas técnicas, por ejemplo en materia informática, o la insuficiente formación de jueces y abogados.

político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

²⁵ Morello, Augusto M.; Tendencias dominantes en la litigación civil; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17.

Lo cierto es que este panorama ha hecho crecer al lado del desgastante fluir del devenir judicial, nuevos métodos de resolución de conflictos, entre los cuales sobresale el arbitraje, como uno de los más utilizados a nivel mundial, como ya fuera señalado.

Taruffo se cuestiona las diversas direcciones que se deben observar para realizar un análisis y las reflexiones que podrían ser útiles para afrontar este tipo de crisis, y una de ellas apunta precisamente a una necesaria redefinición sistemática de los instrumentos de tutela jurisdiccional, entre las cuales concibe al arbitraje, debiendo determinarse –sostiene- cuando sea irrenunciable el recurso a la justicia del estado y cuando en cambio sea razonable dar espacio a formas alternativas, para recurrir a una “justicia privada”²⁶.

Como puede advertirse, en estos casos se vincula la jurisdicción a la necesidad de hacer justicia evitando el dispendio de tiempo y esfuerzo que tradicionalmente provoca el Estado con el elefantiásico movimiento de su aparato burocrático.

Pero también es dable observar, que la voz jurisdicción en modo alguno puede verse afectada, al vincularla concretamente a una función, ergo, si la mirada de este escenario se restringe exclusivamente a la función que le cabe al Estado, desde un punto de vista político tradicional, quizás puede no advertirse la existencia de nuevos paradigmas que existen en la sociedad, que propenden fundamentalmente al mantenimiento de la paz social, como principio liminar del Estado de derecho, solo que lo hacen a través de mecanismos que emulan al proceso judicial, aunque no puedan asimilarse completamente a aquél.

Sería hoy inconsistente sostener un criterio como el que antiguamente sostuvo Lascano, al señalar que la labor que cumple un árbitro no es una labor de carácter jurisdiccional, porque el cargo de funcionario público que ostenta el juez, y el procedimiento que se logró para su nombramiento y puesta en funciones es totalmente diverso al que se observa para la designación de un tribunal arbitral.

²⁶ Taruffo, Michele; Ob. cit., p. 55.

No sólo porque es cierto, sino porque ello no hace a la esencia de la labor que cumplen ambos. Tampoco puede tomarse como determinante el uso del imperium, como potestad de la que están investidos los jueces a diferencia de los árbitros.

Claro que es cierto. Es correcto que los árbitros carecen de imperium²⁷, pero no es menos cierto que el imperium no es la nota tipificante de la jurisdicción, pues tanto imperium tiene el poder administrador cuando lleva a cabo sus propias decisiones, aún con el uso de la fuerza pública, como el imperium que tiene el legislativo, en ese mismo sentido.

Es necesario advertir el carácter eminentemente técnico que tiene el concepto jurisdicción en el estado moderno²⁸, en virtud del cual no se puede inferir más que el cumplimiento de una función, cuya nota tipificante es la garantía que brinda al justiciable de permitir dirimir un conflicto, propendiendo así al mantenimiento de la paz social, pues si quien resulta vencido acata la decisión jurisdiccional ningún tipo de imperium es necesario para resolver definitivamente el conflicto.

Lo cierto es que por la vía que se pretenda analizarlo, con un exacerbado rigorismo histórico, o bien, frente al diseño de esta nueva realidad que resulta incontestable, aparece al lado del proceso judicial, otra opción, que sería aquel mismo proceso, pero esta vez en manos privadas, lo que no implica la privatización de la justicia, sino por el contrario, la sustracción de los particulares a la decisión de los jueces del Estado, para someterse a “jueces privados”, cuando la materia a decidir resulta disponible para ellos, lo que no significa ninguna renuncia, sino un simple apartamiento de una jurisdicción para someterse a otra, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad.

Conceptos otrora inexpugnables, como el de soberanía, hoy pueden zozobrar sin mayores esfuerzos interpretativos, renunciando a viejas concepciones ideológicas, para someterlas a

²⁷ El art. 753 del Código Procesal es muy claro en este sentido, pero no es menos cierto que esa misma norma pone en cabeza del poder jurisdiccional, el auxilio necesario para que a través del poder de imperium si fuera necesario utilizarlo, se propenda a la más rápida y eficaz sustanciación de un proceso arbitral.

²⁸ Como ha sido concebido por Morello y Quevedo Mendoza. Véase La jurisdicción; trabajo en el número extraordinario de la Revista de Derecho Procesal en homenaje a J. Ramiro Podetti, Poderes y Deberes del Juez, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 187.

una opción de mercado, lo que le ha llevado a sostener a Galgano, que hoy la independencia que se reivindica está en función de una nueva dependencia económica solo que es electiva²⁹.

Mirar hacia atrás recordando el concepto absolutista de soberanía y por ende de jurisdicción, frente a la realidad que se impone no puede sustraer al operador jurídico de la contemplación de fenómenos tan particulares como los mencionados, manteniendo una confusión aún inexplicable entre imperium y iudicium.

Precisamente se sostiene que el arbitraje es jurisdiccional por la función que cumplen los árbitros, para los que no importa la forma en que son designados, pues no se desconoce el origen convencional del sistema, ya que mirándolo de otra forma se podría concluir en el absurdo de que dos partes enfrentadas por el cumplimiento de un contrato también estarían vinculadas contractualmente cuando interviene un juez, si se circunscribe la mirada solo al origen del vínculo.

El absurdo de un razonamiento de esa índole relevaría cualquier otro tipo de comentarios, por lo cual, también cuando se someten las partes a árbitros, al margen del cariz de su actuación, también están generando una nueva relación jurídica, esta vez procesal, porque se desarrolla un proceso que son las propias partes quienes pueden estructurarlo sometiéndose a sus propias pautas, o bien sometiéndose a las fijadas por un tribunal de carácter institucional, que cuenta con un reglamento propio para el desarrollo de sus tareas.

Ya fue señalado como la doctrina mayoritaria interpretaba que el arbitraje tenía carácter jurisdiccional, pero de ello conviene destacar que también se hizo eco la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien interpretó 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 abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”³⁰.

²⁹ Galgano, Francesco; *La globalización en el espejo del derecho*; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37.

³⁰ Fallos 322:1100

Por esa razón no puede más que concluirse que jurisdicción debe ser interpretada como decisión, pues importa una función que consiste en dirimir una controversia haciendo actuar la voluntad del ordenamiento legal que las propias partes han estimado correspondiente observar, con mayor o menor rigurosidad, según el tipo de arbitraje que ellas mismas hayan escogido, y esa decisión a su vez revestirá el carácter de cosa juzgada, pues los ordenamientos procesales en general asimilan el laudo arbitral a la misma envergadura que tiene una sentencia, aspecto que despejaría cualquier tipo de dudas sobre el particular, quedando a resguardo el debido proceso legal para la obtención de ese laudo³¹.

5.- SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad, conforma un aspecto esencial que hace al debido proceso legal, cuyas dos vertientes permiten divisar una línea adjetiva, en cuanto a la observancia de los principios liminares en el desarrollo del proceso y, otra sustancial, que hace precisamente a la aplicación de la ley al caso concreto.

Claro que no existe ningún tipo de dudas cuando la tarea es cumplida por un juez, como funcionario estatal, la duda que se genera es si un árbitro puede cumplir con esa tarea, pues aparece en escena la restricción de su actuación, que tiene un carácter especial pues se limita a una materia que siempre debe resultar disponible para las partes, siendo la tarea que aquí se desarrolla de neto orden público, por el compromiso que en apariencia importa, por revestir un acto de suma gravedad institucional, como se ha conceptualizado, a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general.

Sin embargo, existen dos planos claramente diferenciables que no conviene perder de vista. Uno de ellos está representado por el conflicto sustancial que vincula a las partes, y el otro por la decisión que se debe adoptar a su respecto.

En el plano sustancial es donde se ubica la materia disponible para las partes, allí es donde existe el conflicto a resolver; el otro plano, es el que corresponde a la nueva relación, esta vez

³¹ En este sentido ver el art. 499 del Código Procesal que contempla precisamente en un mismo rango a la sentencia judicial y al laudo arbitral, o bien el art. 1 que permite la prórroga de la competencia a favor de árbitros aún siendo extranjeros.

netamente procesal, que se da entre las partes y el o los árbitros que intervienen para resolver el diferendo, circunstancia que requiere precisar el alcance de su actuación.

Por lo tanto, si se tratara de un arbitraje doméstico, como el caso aquí analizado, en donde tanto las partes, como los árbitros, como la situación conflictiva se dan dentro de un mismo país, en el cual el sistema de control de constitucionalidad es difuso, parece una contradicción pretender que se desarrolle un debido proceso legal, omitiendo que el árbitro aplique la primera y fundamental ley del país que no es otra que su propia constitución, circunstancia que exime cualquier otro comentario, dado que el control de constitucionalidad implica la observancia del principio de razonabilidad de la ley en el caso concreto.

Esto significa, como enseñaba Linares, contrastar la letra de la norma en juego, con el principio constitucional que aparezca en pugna, de modo de propender a su compatibilización y cuando ello no fuera posible entonces sí reputarla inconstitucional, por lo menos para ese caso, característica ésta que distingue al control difuso de constitucionalidad.

En general el juicio de valor que hacen los árbitros cuando actúan como amigables compondores es similar en la estructura de su razonamiento al que hacen los árbitros iuris, precisamente porque su decisión debe estar debidamente motivada, con fundamentos suficientes que le den respaldo, pues lo que no debe perderse de vista que el juicio según “su leal saber y entender”, no es más que el juicio generalmente de hombres formados en derecho, cuyo leal saber y entender tendrá seguramente un respaldo legal adecuado, y no únicamente su discreción o su voluntad.

En ese caso, se puede considerar por los árbitros que una norma determinada resulta inaplicable, lo que no es más que un eufemismo que intenta traslucir su inconstitucionalidad para el caso³².

³² En este mismo sentido se expide Bianchi, quien sostiene: “se diga que una norma es inaplicable o se la declare inconstitucional, es en última instancia lo mismo. Si una norma está vigente, la única razón que puede impedir su aplicación es que sea contraria a la Constitución. La palabra inaplicable, o sus equivalentes, funcionan aquí como un eufemismo...” (Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, Bs. As. 2002, T. I, p. 295).

De ahí que haya sostenido Bidart Campos que la jurisdicción de equidad puede prescindir de esa positividad -que añadimos, es necesaria observar en el arbitraje de derecho- para emigrar así a la equidad, de donde la inaplicación por inconstitucionalidad subsume el control en la positividad porque, dentro y no fuera de ésta, el valor justicia que ella aloja ordena que, para su realización concreta se deje de lado toda norma que en las circunstancias de un caso proporciona resultados injustos³³.

El Tribunal superpone el concepto de amigable composición con la labor que debe llevar a cabo un árbitro o arbitrador en una pericia arbitral, que actúa a partir de su especialidad en un caso concreto y resuelve una cuestión de hecho tal como lo dispone el art. 773 del Código Procesal, ajustándose el procedimiento a las pautas de la amigable composición.

Sin embargo no era esa la función del Tribunal que debía intervenir en este diferendo, o por lo menos del fallo no se desprende eso, sino por el contrario el propio Tribunal reconoce que se trataba de un juicio de amigables componedores, con lo cual no existe norma alguna que los compela a dejar de lado la letra de la ley para resolver una contienda, tal como lo ha interpretado la Sala interviniente, y menos aún si existe el compromiso de las partes de llevar a cabo su arbitraje porque así fue convenido. Restringir la libertad a los árbitros al no permitirle aplicar la Constitución Nacional, no admite mayores comentarios porque lisa y llanamente resulta incomprensible³⁴.

Es de toda evidencia que la materia objeto del proceso arbitral era una materia claramente disponible para las partes, que no conviene confundir con la cuestión constitucional a la que alude el Tribunal, que más allá de no ubicarse la cita que da como uno de sus fundamentos al aludir a un precedente de la Corte Suprema de Fallos 272:323, no se ha planteado en el sublite una acción de inconstitucionalidad, sino por el contrario un simple cobro de

³³ Bidart Campos, German J.; Oscilaciones y deficiencias en el recurso extraordinario: una visión crítica pero optimista, J.A. 2003-I-1292.

³⁴ Más aún cuando por esa vía se violan principios liminares en materia arbitral como el de competencia/competencia, que importa la necesidad de que el propio tribunal arbitral sea quien se expida sobre su propia competencia, aún en la hipótesis de que se hubiera puesto en tela de juicio la validez de la cláusula compromisoria. Como se advierte la intervención del un tribunal de justicia ha hecho caer en saco roto una decisión absolutamente legítima de los justiciables de someterse a la competencia de un tribunal arbitral para dirimir un conflicto absolutamente privado.

alquileres a cuyo respecto se debía analizar la constitucionalidad de la normativa de emergencia que una de las partes había impugnado.

Esto hace a un plano distinto de la materia arbitrable, pues se involucra directamente en la función jurisdiccional, esto es la aplicación o no de determinada norma para resolver el diferendo, y este aspecto es de la esencia del iudicium del que goza todo tribunal arbitral, y nada tiene que ver con el imperium.

En este sentido conviene tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde comienzos del siglo pasado ha sostenido que aún siendo el propio Gobierno Nacional el involucrado en un proceso arbitral, “está obligado a la formación del tribunal arbitral que ha de resolver las tarifas a cobrar en el Puerto de Rosario, en cumplimiento de la cláusula contractual que estableció la jurisdicción de los árbitros para las divergencias que se suscitaren, sin que ello pueda ser obstáculo el que pueda tenerse que considerar alguna cuestión constitucional”³⁵.

6.- A MODO DE CONCLUSIONES

Como se ha señalado, ni cabe desvirtuar al arbitraje con interpretaciones que son más históricas que reales, ni menos aún se puede presumir una especie de restricción, ni para su viabilidad, ni para su desarrollo, por la sencilla razón que esto se enfrenta lisa y llanamente con la realidad, de la cual la jurisdicción judicial no se puede abstraer³⁶.

³⁵ Fallos 173:221; más aún corresponde que se tenga en cuenta que antes de eso la propia Corte Suprema había resuelto que “establecido en una ley de concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral “todas las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y los concesionarios”, sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato, alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluida de las que deben someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes; tanto más que, en el caso, la demandada misma reconoce implícitamente que el contrato se halla vigente, al pedir en la reconvencción, que la Corte Suprema declare su caducidad, y que tratándose de una convención bilateral, no es ella revocable por la sola voluntad de una de las partes” (Fallos 128:402).

³⁶ Este fallo comentado alude también a una interpretación restrictiva y excepcional del arbitraje, pero no nos reiteramos sobre ello pues el tema sobre ya tuve oportunidad de abordarlo, señalando la falaz interpretación en la que se incurre, conforme la doctrina de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “La cuestión de la competencia en el arbitraje” (publicado en la Revista Jurídica E.D. del 10/7/08, p. 1 y ss.). Sin embargo, el efecto de esta interpretación como se señala en este fallo se ha propalado por varios tribunales (vgr. CNCAF, Sala II, 4/9/08, in re “Amet Constructora S.R.L. c/Segba –en liquidación- s/Contrato de Obra Pública”, en el cual el tribunal reitera este concepto equívoco), que han dejado de lado concepciones más acordes con la realidad, sin advertirse que todos los derechos son disponibles, y esa debe ser la regla. La excepción es la indisponibilidad, es decir contrariamente a lo que se viene resolviendo, y muestra elocuente de ello son los propios precedentes del Máximo Tribunal que se han citado en este

Morello y Quevedo Mendoza señalaron en esta línea que “El Estado ya no tiene el monopolio de la actividad, función o potestad jurisdiccional. También reside ella en los árbitros, cuyo cometido por delegación y reglamentación legal en el núcleo de su connotación exhibe identidad en el quehacer tal como si fueran y obraran como jueces; digámoslo de modo concluyente: dan solución a un conflicto, declaran el derecho, definen la composición justa que asegura entre y para las partes e, igualmente en dimensión social, la paz y la justicia. Tan evidente es este paralelismo de comportamiento entre los jueces y los árbitros que un jurista tan profundo como es el académico Jaime Anaya advierte la necesidad de no transplantar al arbitraje los rasgos y estilos que se viven en el proceso judicial. Un calco de este tenor, ya lo dijimos hace tiempo, no haría sino repetir de manera estéril un ballotage innecesario que para nada mejoraría las espléndidas posibilidades que porta el arbitraje, como inequívoca manifestación jurisdiccional”³⁷.

El control de constitucionalidad difuso tiene como carácter distintivo que la sentencia que se dicte produce efectos únicamente entre las partes, con lo cual el alcance de la cosa juzgada, tanto desde el punto de vista objetivo, como subjetivo, no tendrá ningún tipo de incidencia en otro nivel, lo que lleva a la necesidad de contemplar otro tipo de estándar distinto al de la gravedad institucional que se pretende advertir con una declaración (que puede no ser tal) de esa índole, pues en modo alguno se puede pensar en una proyección diversa a la de las partes involucradas.

Resultaría impensado no permitir que en un proceso arbitral, se deje de lado una labor primordial que hace al debido proceso legal, como es el control de constitucionalidad, que corresponde ejercer sobre la normativa aplicable al caso, pues por esa vía se abortaría cualquier desarrollo del sistema arbitral. Si hay una actividad jurisdiccional de la índole que aquí se aborda debe haber control constitucional. Lo contrario implicaría exponer a los árbitros a aplicar –aún contra su voluntad- una norma de rango inferior por sobre un precepto constitucional, lo que resultaría inadmisibile.

trabajo.

³⁷ Morello, Augusto M. y Quevedo Mendoza, Efraín, op. cit., p. 208.

Además, aparece una vez más en escena la importancia del rol que cabe asignarle a las partes, toda vez que son ellas quienes deciden comprometer en árbitros su caso, según los ordenamientos procesales que decidan observar, las que eventualmente pueden requerir de aquellos que se pronuncien sobre la eventual validez o invalidez constitucional de un determinado precepto, de controvertirse su aplicación, pues no es esa una atribución que posean los árbitros per se, sino que actúan conforme las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso.

Lo contrario importaría otra desvirtuación del debido proceso por la violación del principio de congruencia, ya que si se restringe esta facultad a los árbitros, cuando las partes así expresamente lo hubieran requerido, se los conminaría a dictar un laudo viciado de nulidad, por resultar citra petita, al omitir pronunciarse sobre cuestiones debidamente articuladas por las partes interesadas, más allá que por esa vía se permitiría desvirtuar cualquier compromiso arbitral.

En esta misma línea, se enrola la capacitación que se advierte imprescindible en abogados y jueces, a cuyo efecto conviene tener en cuenta la vehemencia con la que señala Rivera, la incompreensión judicial que existe sobre el arbitraje³⁸, cuya línea de razonamiento parecería ahora transcurrir por una especie de interpretación restrictiva que no existe como parámetro interpretativo, ni en la doctrina ni menos aún en la jurisprudencia del más Alto Tribunal, como surge en el sublite, que lo único que provoca –como bien señala el distinguido jurista– no es más que un efecto no deseado en desmedro de los intereses de nuestro propio país, que desde luego excede holgadamente la simple desinterpretación que se pueda producir en un arbitraje doméstico, proyectándose a niveles tal vez impensados que hace al fomento de las inversiones y la seguridad jurídica que se pretende para su radicación³⁹.

³⁸ Véase Rivera, Julio C.; *Incompreensión judicial del arbitraje*, J.A. 2008-III- fasc. 13 del 24/9/2008, p. 1 y ss.; en donde destaca más allá de que no existe sustento para una interpretación restrictiva del arbitraje, diversos pronunciamientos judiciales que denotan una clara hostilidad interpretativa con respecto a una institución respecto a la cual, por la vía que se señala, es evidente que se torna difícil lograr explorar sus bondades.

³⁹ Los jueces también gobiernan, y esto no puede obviarse, solo que lo hacen a través de sus sentencias, por eso se advierte, salvando las distancias por el alcance de las proyecciones, que esto es similar a los efectos contrarios que puede provocar una medida de gobierno como por ejemplo la incautación de los fondos de pensión para contener un posible default, sin advertir el shock de desconfianza y que no se sabe si se podrá revertir, que provoca que los depositantes retiren sus fondos de las entidades financieras para refugiarse en el dólar, agravando así la retracción de la

Dentro de la visión globalizadora que existe en la actualidad en el mundo de los negocios y, el desarrollo que han tenido sistemas como el arbitraje, al amparo de los inconvenientes que genera el propio Estado por su ineficiencia, sus omisiones, su ineptitud, o las razones que se quieran encontrar, es evidente, que nada de ello puede menoscabar el derecho a la jurisdicción de cualquier justiciable, porque este se ha convertido también en un derecho humano esencial.

Por lo menos así lo ha concebido el bloque de constitucionalidad que ha adoptado la República Argentina a partir de su reforma constitucional de 1994, y lo había consagrado también su más Alto Tribunal, quien sentó como doctrina que “el derecho a la jurisdicción, que integra el de defensa en juicio, consiste en la posibilidad efectiva de ocurrir ante un órgano competente –judicial, administrativo o arbitral- que permita ejercer actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona y sus derechos, sin que pueda hablarse de derecho de defensa, ni de debido proceso, sin la presencia de un tribunal que de conformidad con un procedimiento legal, dé cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales”⁴⁰.

Desde esta perspectiva global, asociada a la ya recordada crisis del Estado moderno, se refuerza la idea originaria que describe los derechos fundamentales como “humanos”, línea en la que sostiene Ferrari, siguiendo a Ferrajoli, que pierde consistencia su radicación cívica y política, que no puede estar asociada con aquél (con el Estado), pues la organización internacional basada en las relaciones entre Estados, no dispone aún de los instrumentos necesarios, en especial en material jurisdiccional, no sólo para equilibrar los derechos contrapuestos, sino, sobre todo, para vencer las resistencias que siempre se interponen en el camino de su reconocimiento y disfrute, para lo cual agrega, que no debe olvidarse en efecto que los derechos fundamentales siempre han sido conquistados contra alguien que tenía el poder, de hecho o de derecho, de negarlos, y por ello también de suprimirlos⁴¹.

economía (diario La Nación del 10/11/08, 1ra. secc., p. 6).

⁴⁰ Fallos 323:2418.

⁴¹ Ferrari, Vincenzo; Derecho y Sociedad; Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2006, p. 152.