



Universidad de
San Andrés

UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS

DEPARTAMENTO DE DERECHO

**APLICACIÓN INCORRECTA DEL DERECHO ELEGIDO POR
LAS PARTES: ¿CAUSAL DE NULIDAD?**

AUTOR: FÉLIX POGGIO

LEGAJO: 25232

MENTOR: JULIO CÉSAR RIVERA (H)

VICTORIA- SAN FERNANDO – BUENOS AIRES- ARGENTINA

ABRIL, 2017

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, en el que las partes se someten, por su propia voluntad, a la decisión de un tercero o terceros, para dirimir un conflicto.

Varias son las ventajas del arbitraje, a saber:

- 1) Neutralidad: los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral, al igual que los jueces, deberán permanecer independientes, imparciales y neutrales a las partes. Pero además, las partes eligen la sede del arbitraje y moldean el procedimiento al cual deberán regirse los árbitros para llevar a cabo el proceso.
- 2) Especialidad: en transacciones complejas donde la materia de la controversia vaya más allá del entendimiento que un juez puede tener, las partes en un arbitraje pueden elegir un árbitro cuya especial idoneidad se ajuste a las necesidades del conflicto, teniendo en cuenta que los árbitros pueden tener un determinado nivel de expertise con respecto a los negocios que los jueces no tienen.
- 3) Flexibilidad: las partes pueden pactar el procedimiento que regirá el proceso.
- 4) Economía: como las partes pueden elegir cómo será el proceso arbitral, el arbitraje puede ser un proceso ajustado y eficiente que tiene menores costos que el de dirimir la disputa mediante un tribunal judicial.
- 5) Confidencialidad: ya sea por el Reglamento del Tribunal al que se han sometido las partes, o porque así lo han volcado en la cláusula arbitral, todo el conflicto se resuelve dentro de un ámbito de confidencialidad.
- 6) Celeridad: generalmente, los arbitrajes se llevan a cabo en tiempos mucho menores a los de los tribunales judiciales. Esto se debe a que las partes pueden renunciar a ciertos recursos contra el laudo arbitral –equivalente a una sentencia judicial–.
- 7) Ejecución del laudo arbitral conforme a la Convención de Nueva York: los arbitrajes tienen el gran beneficio que implica tener una Convención Internacional que les brinda una enorme ventaja en el sentido de que se ahorra el trámite engorroso que representa reconocer y ejecutar una sentencia judicial en otro país que el que la dictó. De este modo, si tanto el país donde se dictó el laudo como aquél donde quiere ejecutarse son partes contratantes de la Convención, las partes tendrán podrán ejecutar sus laudos de manera más fácil y ágil.

A pesar de tener elementos que lo asemejan a un proceso judicial, pueden remarcarse algunas diferencias entre el arbitraje y la justicia ordinaria. El origen de la jurisdicción de los jueces y

árbitros es distinto; la de los primeros es constitucional¹, mientras que la de los segundos es convencional. Luego, el alcance de su jurisdicción también es distinto: la de los jueces es general, mientras que la de los árbitros se circunscribe a las cuestiones sometidas por las partes en el acuerdo arbitral. Por último, los jueces tienen imperium para ejecutar la sentencia aun mediante la coerción, algo de lo que carecen los árbitros, por lo que es importante la tarea de colaboración que tienen los jueces estatales para con el arbitraje.

Debe destacarse que el sometimiento de las partes al arbitraje tiene, en palabras de Caivano², dos efectos, uno positivo y otro negativo.

El efecto negativo se produce al momento en que las partes se someten al arbitraje, por cuanto esto implica la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en los procesos arbitrales. Esto se explica en el hecho de que su jurisdicción ha sido renunciada.

El efecto positivo es aquel que surge de dotar a los árbitros de la competencia necesaria a fin de resolver las divergencias suscitadas.

En un mundo en donde hay cada vez mayores transacciones que conectan partes que poseen diferentes sistemas jurídicos, los conflictos entre las partes de cada contrato pueden ocasionar serias dificultades. Al ser de naciones distintas, cada parte puede tener expectativas disimiles y grandes diferencias culturales.

En este sentido, el arbitraje brinda una respuesta jurídica al fenómeno de la globalización, ya que concilia estas diferencias y dificultades, lo que lo convierte en el mecanismo de resolución de conflicto más difundido a nivel de comercio internacional.

Por ello es deseable que este medio alternativo de solución de disputas se desarrolle y consolide en la Argentina, sobre todo teniendo en cuenta que al mundo hoy lo caracteriza la globalización y, por ende, las transacciones internacionales que involucran distintas partes provenientes de distintos países con leyes y sistemas legales diferentes.

A pesar de estas ventajas, su desarrollo en Argentina se ha llevado a cabo no sin algunos obstáculos. Es sabido que algunos jueces son reticentes a esta “justicia privada” –como es llamado el arbitraje por algunos sectores del derecho argentino–.

¹ El artículo 116 de la Constitución establece que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”.

² CAIVANO, Roque J., *Control Judicial en el Arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pág. 189.

También las partes pueden ser reticentes a su uso. Esto se debe a que una vez que se ha dictado un laudo, es difícil luego ejecutarlo si luego la parte vencida interpondrá toda traba a su disposición en el país de la ejecución del laudo. Cada parte puede intentar imponer la jurisdicción de su país de origen para anular un laudo o intentar la denegación de su reconocimiento, no solo porque le es familiar, sino porque hay una desconfianza generalizada de los tribunales de los países de las contrapartes.

A esto debe sumársele la tarea de control que algunos jueces llevan a cabo a pedido de parte, dado que bajo determinadas circunstancias el laudo puede ser considerado nulo por las leyes del país, ya sea este el de la sede del arbitraje, o aquel en donde se intenta ejecutar el laudo.

En este trabajo analizaré una particular situación. Intentaré descifrar herramientas y razones para responder a una singular pregunta: la aplicación incorrecta o errónea por parte de los árbitros de las leyes sustantivas aplicables —es decir, las leyes que a las partes elijen que los árbitros usen para resolver el fondo de la cuestión—, ¿determina la nulidad del laudo arbitral?

El arbitraje es de suma importancia para solucionar las diferencias que las partes puedan tener. En este sentido, la extensión de las facultades de los jueces para revisar la interpretación del derecho que hacen los árbitros puede ser un factor fundamental que las partes pueden tener a la hora de elegir la sede de un arbitraje.

Igualmente, la jurisdicción nacional debe cooperar con la jurisdicción arbitral para que la voluntad de las partes pueda cumplirse —en tanto y en cuanto los árbitros carecen de poder de imperio— y para ejecutar el laudo arbitral. Esta cooperación es fundamental en materia cautelar y probatoria, para que el arbitraje no pierda sentido.

Es por ello importante resolver esta incertidumbre, para que la Argentina no solo pueda dar certeza sobre el actuar de sus jueces en los términos antes mencionados, sino también para que sea deseable como sede de un arbitraje internacional.

El fin del trabajo, entonces, será echar luz sobre esta situación. Se intentará dar certidumbre sobre las consecuencias que se pudieran seguir de este posible escenario en el que los árbitros aplican incorrectamente la ley aplicable al caso.

A estos fines, resulta procedente hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar, se analizará en lo pertinente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CPCCN”) y el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCCN”). De

igual forma, se analizará la jurisprudencia en el tema, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”, “la Corte” o “Alto Tribunal”) y la de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (en adelante “CNCCom”).

En segundo lugar, se analizará la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, “Ley Modelo”) y cómo ésta es interpretada por la jurisprudencia de algunos países, cuyas leyes se han basado en alguna parte o en el todo de la Ley Modelo.

En tercer lugar, cabe aclarar que el presente trabajo tendrá en consideración únicamente el análisis de la nulidad de laudos dictados en arbitrajes de derecho, en donde los árbitros deben aplicar la ley elegida por las partes para laudo, en contraposición con el arbitraje de amigables compondores, quienes laudan en equidad, esto es, sin sujeción a legislación o derecho positivo alguno sino según su saber y entender.

En cuarto lugar, es primordial entender que todo análisis será hecho sobre la base de arbitrajes comerciales, en contraposición a los arbitrajes de inversión.

Finalmente, se llegará a una conclusión y se harán propuestas respecto al tratamiento que debe darse al tema.

II. LA NULIDAD DEL LAUDO Y LA REVISIÓN DE LOS ERRORES EN EL DERECHO ARGENTINO

A. UN CONTROL JUDICIAL, AUNQUE MÍNIMO, ES INEVITABLE

La jurisdicción de los árbitros, esto es, su facultad de resolver conflictos e impartir justicia, proviene de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía de la voluntad crean un acuerdo arbitral mediante el cual libran toda controversia –actual o futura– naciente de una relación jurídica a la decisión de uno o más árbitros.

Como anteriormente expliqué, al someter estas cuestiones al arbitraje, las partes se sustraen de la jurisdicción judicial. Se trata, entonces, de una “excepcional competencia que le es

confiada [a los árbitros] y que le[s] permite conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, les correspondería decidir a los jueces”³.

Pero ello no quiere decir que las partes han renunciado total y absolutamente a todo control judicial, por cuanto del arbitraje derivan efectos que tienen naturaleza pública. Los laudos hacen cosa juzgada y procuran la obtención de un resultado concreto que ponga fin al conflicto, que el Poder Judicial compulsivamente debe ejecutar, ya que el laudo arbitral es equiparado con una sentencia judicial.

En este orden de ideas, señala Caivano que “[p]artiendo de la base de que los árbitros ejercen una función netamente jurisdiccional y que [...] la noción de jurisdicción tiene fuertes connotaciones públicas, una primera aproximación al tema pareciera indicar que el control judicial de los laudos, aunque limitado, es inevitable.”⁴

El control judicial es deseable, ya que otorga seguridad jurídica y es un medio de verificar que las garantías constitucionales han sido respetadas. Pero el desarrollo del arbitraje es importante siempre y cuando éste sea ágil y eficaz –en conjunción con las otras ventajas ya mencionadas, como la celeridad, la economía, la informalidad, etc.–, por lo que este control no debe obstaculizarlo de tal modo que pueda perder las mencionadas características.

B. EL CONTROL JUDICIAL EN EL DERECHO ARGENTINO

En el proceso arbitral, la mayor o menor amplitud del control judicial depende de dos cosas: por un lado, de la *lex arbitrii* –es decir, la ley del donde, o conforme a cuya ley, se dictó el laudo– y, por el otro, de lo que hayan pactado las partes, es decir, del acuerdo arbitral. Así, es la voluntad de las partes la que determina el alcance de este control. Este puede ser maximizado o minimizado, pero siempre habrá un mínimo irrenunciable.

En el derecho argentino las partes pueden elegir someter al laudo arbitral al recurso de apelación, que “otorga a los jueces una autoridad revisora amplia, que incluye el fondo o los méritos del laudo”⁵; facultad ésta que tienen conforme al art. 758 CPCCN, que establece que

³ CSJN, 08/05/07, "Techint Compañía Técnica Internacional SACEel c. Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas de Liquidación y Nucleoeléctrica Argentina SA".

⁴ CAIVANO, Roque, *Control Judicial...*, pág. 107.

⁵ CAIVANO, Roque, *Control Judicial...*, pág. 189.

contra el laudo caben los mismos recursos que contra las sentencias judiciales, siempre que no hayan sido renunciados en el compromiso arbitral.

Del juego de los artículos 758 y 760 CPCCN, se deduce que las partes están facultadas a renunciar al recurso de apelación, no así a los recursos de aclaratoria y de nulidad.

El recurso de aclaratoria “persigue que el propio árbitro que dictó el laudo le ponga remedio a errores materiales, aclare conceptos oscuros o supla omisiones, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no modifique lo substancial del laudo”⁶.

Finalmente, el recurso de nulidad sólo permite a los jueces una revisión limitada de la validez del laudo bajo las causales de nulidad que establece el CPCCN –y lo dispuesto por el CCCN, sobre el cual me expediré más adelante–, sin poder extenderse sobre el fondo o los méritos del laudo. Tal como establece Caivano, este recurso “suscita un control limitado, que impide al tribunal de alzada entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión, debiendo circunscribirse a declarar su validez o su nulidad”⁷.

Así surge también de variada jurisprudencia argentina⁸. De esta manera, se ha dicho que “[r]esulta menester destacar que lo importante es que con el planteo de nulidad se debe atacar la eventual ilegalidad del fallo por la existencia de un vicio que lo nulifiquen, sin que corresponda analizar la justicia o injusticia del pronunciamiento”⁹ y que “el juez debe limitarse a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez del laudo, es decir, controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia”¹⁰.

Asimismo, se ha mencionado que “[p]retender, a través del recurso o acción de nulidad, la revisión del fondo del asunto resuelto por los árbitros, significaría abrir una instancia de alzada

⁶ GUALTIERO MARCHESINI, Martín, “Revisión judicial de los laudos arbitrales nacionales”, *La Ley*, 2002-A , 1151. Disponible en: AR/DOC/3225/2001.

⁷ CAIVANO, Roque, *Control Judicial...*, pág. 196.

⁸ Ver CNCom. Sala C, 3/6/03, “Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation s/ queja”; íd. Sala E, 22/12/15, “Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Alberto Martin Y Otro s/Recurso De Queja (OEX)”; íd. Sala D, 08/08/07, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”; CNCom de la Capital Federal, 25/10/06, “Decathlon España S.A. c. Bertone, Luis y otro”.

⁹ CNCom, Sala E, 22/12/15, “Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Alberto Martin Y Otro s/Recurso De Queja (OEX)”.

¹⁰ CNCom, Sala D, 08/08/07, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”; íd. Sala C, 3/6/2003, “Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation s/ queja”; íd. Sala A, 5/8/04, “KCK Tissue S.A. c/ Citibank NA s/ queja”; íd. Sala F, 20/03/14 “Caputo S.A. c/Emprendimientos Inmobiliarios Arenales S.A. y otra s/Incumplimiento de contrato”; íd. Sala B, 03/04/14, “NSB S.A. y otros c. A.A. S.A. y otros s/ organismos externos (nulidad del laudo arbitral)”; CNCom de la Capital Federal, 25/10/06, “Decathlon España S.A. c. Bertone, Luis y otro”, entre otros.

no prevista, para obtener un pronunciamiento contrario a los principios que rigen la materia, poniendo en cabeza de los jueces una facultad jurisdiccional de la que carecen”¹¹.

Queda claro, entonces, que dado que el objeto del recurso de nulidad versa sobre cuestiones formales y de procedimiento, éste no habilita a los jueces a revisar el fondo de la cuestión y el modo en el que la controversia ha sido resuelta por los árbitros. Esto significa que un laudo podrá ser nulo si y solo si las causales taxativamente¹² establecidas por el CPCCN lo permiten, a saber:

- falta esencial del procedimiento (art. 760 CPCCN);
- laudo dictado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos (art. 760 CPCCN);
- laudo que contuviera en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí (art. 761 CPCCN).

En síntesis, el control judicial está determinado, en principio, por las partes, quienes pactan su extensión en el acuerdo arbitral, así como también la determinación del objeto de la divergencia, el procedimiento arbitral y el derecho aplicable que los árbitros utilizarán para resolver el conflicto.

C. ANÁLISIS DEL CONTROL JUDICIAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, Y EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL

Ya se ha explicado cuáles son los tres supuestos de nulidad de los arts. 760 y 761, pero será necesario desmenuzarlas para un mayor entendimiento, y para poder discernir finalmente si la aplicación incorrecta del derecho configura una causal de nulidad.

Por otra parte, se analizará el art. 1656 del CCCN, cuya parte final ha suscitado algunas dudas en cuanto al alcance de la revisión judicial de los laudos.

1. CAUSALES DE NULIDAD DEL CPCCN

a. Falta esencial del procedimiento

¹¹ Ver CNCom, Sala D, 08/08/07, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”.

¹² Ver ROJAS, Jorge, “Vías de impugnación del laudo arbitral”, *ED*, 210-836, p. 6. Disponible en: <http://www.jorgearojas.com.ar/pdf/doctrina/vilauarb.pdf>. Ver, asimismo, RIVERA, Julio C., *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007, pág. 344.

Como denominador común, puede afirmarse que la doctrina ha definido esta causal como un quebrantamiento serio e inequívoco de la garantía constitucional de la defensa en juicio¹³. En similar sentido, Marchesini¹⁴ apunta que es la violación de los recaudos mínimos que garantizan la libertad de defensa en juicio y la igualdad entre las partes. De idéntica manera se ha expresado Caivano¹⁵, quien primeramente asimila la expresión “falta esencial del procedimiento” a la violación a la garantía del debido proceso. Más adelante, menciona una serie acabada de ejemplos que la configuran: cuando se vulnera la garantía constitucional de la defensa en juicio, cuando se omiten las formalidades prescriptas en el compromiso o en la ley procesal, cuando se viola la bilateralidad del proceso, cuando existe una omisión infundada de recibir la causa a prueba no obstante existir hechos controvertidos, o de practicar una prueba conducente para la decisión del litigio.

Seguidamente, Caivano aclara que la labor de los jueces exigirá que discernan entre las formalidades intrascendentes y aquellos recaudos mínimos que deberá tener todo acto jurisdiccional, por lo que para el citado autor la omisión de formalidades intrascendentes no engendra nulidad sino la violación de los recaudos mínimos que aseguran la defensa en juicio, la bilateralidad del proceso y la igualdad de partes, entre otras cosas.

Por otra parte, Caivano advierte que “[u]na aplicación concreta derivada de esta causal es la violación al principio de congruencia” ya que si el objeto de la condena no es congruente con los términos de la demanda, sino el resultado de una alteración de la acción deducida, se produce un transgresión al susodicho principio.

Rojas define la causal como un quebrantamiento serio e inequívoco de la defensa en juicio, pero llama la atención acerca de la amplitud interpretativa que se ha tenido en miras al momento de analizarlo. De este modo, atiende el hecho de que la causal ha sido definida tanto como un quebrantamiento de principios, a punto tal que se evidencie una verdadera inexistencia del debido proceso (punto de vista tanto sustancial), como la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado garantías de regularidad del contradictorio (punto de vista formal). El autor se ha pronunciado a favor del punto de vista sustancial.

¹³ Ver *ibíd.*, p. 644; ROJAS, Jorge, *Vías de impugnación...*, p. 4. Disponible en: <http://www.jorgearojas.com.ar/pdf/doctrina/vilauarb.pdf>.

¹⁴ Ver GUALTIERO MARCHESINI, Martín, *ob. cit.*, p. 4.

¹⁵ CAIVANO, Roque, *Control Judicial...*, pág. 217, quien afirma que “la falta esencial del procedimiento puede asimilarse a la violación a la garantía del debido proceso.”

A su vez, enfatiza que la violación de esta garantía importa la del debido proceso legal, “lo que engarza directamente con el derecho a la jurisdicción que tiene todo justiciable, sea porque se lo violente restringiéndolo o desnaturalizándolo, vulnerándose así la letra de los arts. 16, 17, 18, 19, 28, 33, entre otros, de la Constitución Nacional, al igual que el bloque de constitucionalidad que ella incorpora a través del inc. 22 del art. 75.”¹⁶

Por último, este jurista concluye que el laudo debe estar motivado de manera tal que su fundamentación sea suficiente para no constituir un pronunciamiento ilegal por arbitrario, y que deberá respetar las reglas básicas que hacen a su construcción.

En similar sentido se ha expresado Rivera¹⁷, quien enfatiza que además de ser un quebrantamiento serio e inequívoco de la defensa en juicio, esta causal se configura cuando se omiten las formalidades prescriptas en el compromiso o en la ley procesal o se viola la bilateralidad del proceso. El autor sostiene que el texto del art. 760 “alude a falta en el *procedimiento* y por ello se vincula este recurso con estrictas cuestiones de trámite que se denuncian a través de una vía de gravamen excepcional y puramente contingente [esto es, el recurso de nulidad]. De allí se parte para afirmar que el órgano revisor debe analizar únicamente el vicio *in procedendo* y, en su caso, corregir y devolver las actuaciones para continuarlas a partir del acto que motivó la impugnación. En fin, se concluye que el artículo 760 está pensando en los errores de procedimiento...”¹⁸.

Bianchi, por su parte, propone que “[s]e entiende que debe tratarse de una violación muy seria del debido proceso, tal que ponga a la parte en indefensión.”¹⁹ No obstante, en cuanto a la mencionada causal, lo más importante que señala el autor es que, si bien no cree que exista en el CPCCN una obligación de motivar el laudo, la falta de motivación podría equivaler a una falta esencial del procedimiento sólo si de ella se infiere que realmente el tribunal arbitral no aplicó el derecho convenido por las partes, o el que hubiera elegido el tribunal arbitral, en su caso, y ello en la medida en que constituya una violación del orden público. Esto es, para que la falta de motivación equivalga a una falta esencial del procedimiento, el tribunal arbitral deberá prescindir del derecho elegido por las partes o por él mismo, y esto además deberá efectivamente violar el orden público. Para el autor, la nulidad por falta esencial del

¹⁶ Ver ROJAS, Jorge, “Revisión de los laudos arbitrales en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-B, 706. Disponible en: AR/DOC/459/2016.

¹⁷ Ver RIVERA, Julio C., *Arbitraje Comercial...*, pág. 644.

¹⁸ Ver RIVERA, Julio C.; “Nulidad del laudo arbitral por la no aplicación del derecho elegido por las partes”; *La Ley*; 01/12/2010, p. 162. Disponible en: AR/DOC/7829/2010

¹⁹ Ver BIANCHI, Roberto A.: “La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento”, *Rev. JA*, 2003-II-77.

procedimiento tendrá éxito en la medida en que quien la plantee pruebe que ha sido perjudicado en cuanto al derecho de defensa en juicio, a la igualdad de trato procesal o al principio del contradictorio; “en suma, a principios irrenunciables que amparan a todos los justiciables, aun cuando recurren a la ‘justicia privada’”.

Gelli entiende que la sentencia arbitraria es “... la negación del debido proceso legal o adjetivo y del derecho a obtener una sentencia justa”²⁰.

Como puede apreciarse, cierta jurisprudencia y autorizada doctrina consideran una relación íntima entre esta causal y el debido proceso legal. Para entender mejor qué es este principio de tan cabal importancia, será importante definirlo.

La Constitución reconoce el debido proceso legal en su Preámbulo, y en sus arts. 16, 18 y 33.

El Preámbulo enuncia los objetivos de carácter general de la Constitución, entre los cuales se encuentra el de *afianzar la justicia*. Interpretado y aplicado por la Corte Suprema en casos particulares, este objetivo sirvió para otorgar valor operativo al Preámbulo. Basta con ver el caso “*Pérez de Smith, Ana M. y otros s/pedido*”, en donde el Alto Tribunal reconoció el valor normativo del Preámbulo y la obligación de todos los poderes del Estado de cumplir con sus objetivos.

El art. 16 reconoce la igualdad formal para los habitantes argentinos, lo que a los extranjeros, igualdad que está explícita en el art. 20, que contiene una declaración de igualdad para los extranjeros.

El art. 18 es la norma más importante en lo referente al tema, por cuanto contiene una serie de garantías procesales que hacen al debido proceso. Según Gelli, las garantías procesales se inician con el derecho a la jurisdicción, es decir, con el derecho a petitionar ante tribunales judiciales la emisión de una sentencia justa.²¹ Lo mismo aplica, en su caso, ante tribunales arbitrales, que deben actuar y respetar los mismos principios y garantías que los tribunales judiciales.

El art. 33, finalmente, contiene una fórmula que garantiza derechos implícitos que se sustentan en la soberanía popular y la forma republicana de gobierno.

²⁰ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 278.

²¹ Ver GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 276.

En suma, como garantía del derecho de defensa en juicio, este principio requiere que el proceso pueda desarrollarse de manera útil y eficaz pero siempre protegiendo y resguardando a la parte, esto es, sin violar garantías constitucionales y sin omitir las reglas básicas inherentes a la función jurisdiccional.

Lo descripto por los autores arriba citados se encuentra en consonancia con lo establecido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que ha sostenido que esta causal procede cuando se evidencia una verdadera inexistencia del debido proceso²². De similar forma, por ejemplo, su Sala B ha dicho en el caso *“NSB S.A. y otros c. A.A. S.A. y otros s/ organismos externos (nulidad del laudo arbitral)”*, que para encontrarse frente a la causal de falta esencial del procedimiento, debe existir “defecto formal o ineficacia de acto alguno que hubiera podido llegar a afectar la garantía de la defensa en juicio de los contendientes.”

La jurisprudencia también ha definido que la invalidación del laudo por falta esencial del procedimiento se funda en la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio²³, y que su admisibilidad se halla sujeta, entre otras cosas, a la existencia de defecto formal o ineficacia del acto –que en el caso debe ser esencial, con afectación de la defensa en juicio–²⁴.

b. Laudo dictado fuera de plazo

El Tribunal Arbitral debe laudar en el tiempo elegido por las partes, las que pueden elegir pautas de su propia autoría –denominado arbitraje ad hoc– o regir el procedimiento a lo establecido en una determinada reglamentación, perteneciente a determinada institución arbitral.

²² Ver CNCom, Sala F, 20/03/14, “Caputo S.A. c/Emprendimientos Inmobiliarios Arenales S.A. y otra s/Incumplimiento de contrato”, íd. Sala D, 08/08/07, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”, entre otros.

²³ Ver, por ejemplo, CNCom, Sala D, 07/02/11, “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto S.A. c. Constructora Iberoamericana S.A.”; íd. Sala D, 08/08/07, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”; íd. Sala F, 20/03/14 “Caputo S.A. c/Emprendimientos Inmobiliarios Arenales S.A. y otra s/Incumplimiento de contrato”; íd. Sala B, 03/04/14, “NSB S.A. y otros c. A.A. S.A. y otros s/ organismos externos (nulidad del laudo arbitral)”, entre otros.

²⁴ Ver CNCom, Sala D, 08/08/07, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”; íd. Sala D, 12/07/2002, “Total Austral SA c/Saiz, Francisco Santiago s/recurso de nulidad”; CNCom de la Capital Federal, 25/10/06, “Decathlon España S.A. c. Bertone, Luis y otro”; CNCom, Sala B, 21/04/14, “Pluris Energy Group Inc. (Islas Virgenes Británicas) y otro c. San Enrique Petrolera S.A. y otros s/ organismos externos”.

No cumplir con lo estipulado por las partes –ya sea las reglas de su propia autoría o las de una reglamentación ya existente– en el tiempo exigido significa que los árbitros ya no están actuando dentro de los límites de su jurisdicción –cuya extinción se produce una vez vencido el plazo pautado–, sino que se han extralimitado.

Así lo ha sostenido la Sala A de la CNCom., quien afirma que fallar fuera de plazo “...conlleva la pérdida de la jurisdicción arbitral, salvo que la demora hubiera sido consentida expresa o tácitamente por las partes.”²⁵

c. Laudo dictado sobre puntos no comprometidos

Los árbitros deben resolver toda cuestión sometida a su decisión. Así lo establece el art. 792 CPCCN. Cabe aclarar que de no cumplirse con este requisito, se estaría violando el derecho de defensa, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y art. 2º, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto es así ya que las partes, al someterse a la jurisdicción arbitral, renuncian a la jurisdicción judicial, por lo que no pueden volver a petitionar ante los jueces estatales lo sometido a los árbitros.

Es pertinente señalar que la garantía constitucional de la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por el incumplimiento por parte de los árbitros de su deber de decidir las controversias sometidas a su decisión (art. 792 CPCCN). De otra manera, se estaría privando a la parte de acceder a la justicia y se lo estaría poniendo en una situación de indefensión al no permitírsele presentar volver a plantear nuevamente la cuestión.

Además se estaría violando el principio de congruencia, que prohíbe que los árbitros decidan más allá de la jurisdicción otorgada por las partes, es decir, manda que la decisión de los árbitros sea adecuada a lo petitionado por las partes en el acuerdo arbitral. Esto es así de acuerdo al art. 754, que impone límites materiales y temporales a la jurisdicción arbitral.

Asimismo, este principio exige también que el laudo contenga claros argumentos de manera tal de seguir un hilo conductor que otorgue coherencia entre los argumentos y la decisión final.

²⁵ Ver CNCom, Sala A, 11/11/2008, “Otto Garde y Cía. S.A.I.C.F. E I. c. Multiespacios San Isidro S.A. y otros”.

A modo de síntesis, toda cuestión arbitrable sometida a arbitraje debe ser resuelta dentro del plazo convenido y de manera total por los árbitros, quienes pueden solamente pronunciarse sobre aquellas cuestiones pactadas por las partes en el acuerdo arbitral, ya que su jurisdicción tiene origen en la voluntad de las partes.

Con respecto al laudo dictado sobre puntos no comprometidos, autorizada doctrina²⁶ y jurisprudencia²⁷ consideran que comprende los vicios que implican un apartamiento al principio de congruencia en el aspecto objetivo, sólo invocable cuando el Laudo omite decidir alguna cuestión esencial incluida en el compromiso –denominado laudo *infra petita*–, excede el alcance de cualquiera de las cuestiones sometidas a su consideración –*ultra petita*– o resuelve temas extraños a ella –llamado laudo *extra petita*–.

d. Laudo que contuviera en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí

Hemos visto que un laudo arbitral es asimilado por el derecho argentino a una sentencia judicial y, al igual que esta, este necesariamente viola el principio de congruencia si contiene decisiones contradictorias entre sí. Esto se explica en el hecho de que debe haber una correlativa conexión y armonía en el laudo de manera que pueda determinar el derecho que a cada parte le corresponde sobre las peticiones realizadas.

Por ejemplo, la Sala A de la CNCom. ha definido la causal como aquella que se configura “...cuando un laudo contuviera —en el mismo acto— fundamentos contradictorios, derivando de ello su ineficacia intrínseca al impedir su ejecución, lo que equivale a afirmar que se trata de un acto arbitral inválido.”²⁸

Por lo tanto, en la medida en que haya incompatibilidad en su parte dispositiva y haga imposible la ejecución del laudo, éste será susceptible de anulación.

2. EL ART. 1656 CCCN

²⁶ Ver RIVERA, Julio C., *Arbitraje Comercial...*, pág. 647; PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. IX, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, nro. 1458, p. 168.

²⁷ Ver CNCom, Sala B, 21/04/14, “Pluris Energy Group Inc. (Islas Virgenes Británicas) y otro c. San Enrique Petrolera S.A. y otros s/ organismos externos”.

²⁸ Ver CNCom, Sala A, 11/11/2008, “Otto Garde y Cía. S.A.I.C.F. E I. c. Multiespacios San Isidro S.A. y otros”.

Un análisis aparte merece este artículo en su último párrafo, que determina que: “[l]os laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.”

En su parte final, la norma remite a las causales de nulidad “conforme con las disposiciones del presente Código”. Se discute cuáles son las causales a las que remite. Hay dos posibles interpretaciones: se refiere a las causales de nulidad para los actos jurídicos –Título IV del CCCN–, o bien es una remisión al CPCCN. Lo cierto es que dado que el CCCN no posee disposiciones referentes a la nulidad del laudo –excepto cuando estipula la nulidad de la cláusula que confiere a una parte una situación de privilegio en cuanto a la designación de los árbitros, conforme a su art. 1161–, pareciera que es una remisión vacía. Sabido es que las normas han de ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico, por lo que habrá de estarse por las causales de nulidad del CPCCN. En definitiva, la remisión que establece a las causales de nulidad “conforme con las disposiciones del presente Código”, está reglada en los Códigos Procesales (v. gr. arts. 760 y 771 CPCCN y concs.).

La norma, que pareciera estipular la irrenunciabilidad de la impugnación judicial del laudo que fuera contrario al ordenamiento jurídico, ha dado lugar a variadas interpretaciones, y ha recibido numerosas críticas por su extrema vaguedad e imprecisión conceptual.

Aunque algunas voces sostienen que con la sola invocación de que el laudo contraría el ordenamiento jurídico, el laudo puede ser revisado, convirtiendo al arbitraje en una justicia de primera instancia, lo cierto es que la Sala E CNCom., en el caso “*Olam Argentina S.A. c/ Cubero*”, resolvió que la tesis correcta es que la expresión reseña únicamente a los recursos de nulidad, ya que “...esta conclusión es la que mejor se ajusta a una interpretación finalista de la norma (conf. CCyC: 2).”²⁹, opinión que comparte también su Sala A.³⁰

Sin embargo, cabe advertir que la Sala B en el caso “*Díaz, Rubén Héctor c/ Techint Cía. Técnica Internacional SACEI s/ recurso de queja (OEX)*”, realizó un examen de oficio del laudo impugnado para revisar si era contrario al ordenamiento jurídico, si bien no encontró razones suficientes para habilitar el estudio de planteos nulificatorios. Esto significa que es posible que

²⁹ CNCom, Sala E, 22/12/2015, “*Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Alberto Martin y otro s/Recurso de queja*”.

³⁰ CNCom, Sala A, 12/04/2016, “*Amarilla Automotores S.A. c/ BMW Argentina S.A. s/ recurso de queja*”.

el laudo contenga defectos que habiliten el mencionado estudio, pero la Sala no se pronunció acerca de si estos planteos nulificatorios se refieren a las causales de nulidad del CPCCN, o al capítulo 9 del título IV del libro primero del CCCN.

Entendiéndolo de la misma manera que ha hecho la CNCom., este párrafo final sigue la inmensa mayoría de las legislaciones de arbitraje, en el sentido de que respecto al laudo es irrenunciable el recurso de nulidad.

D. PRIMER ACERCAMIENTO A LA CUESTIÓN

Del análisis de todas las causales de los arts. 760 y 761 CPCCN, puede observarse que se destacan dos principios cuya violación la jurisprudencia y la doctrina invocan: el de congruencia y el de derecho de defensa.

Cuando las partes se someten al juicio arbitral, estas determinan el objeto de la controversia, el procedimiento arbitral y el derecho aplicable que los árbitros utilizarán para resolver el conflicto.

El derecho aplicable, cabe señalar, trasciende el plano normativo. Este comprende todas las fuentes formales y no formales que “confluyen a integrar el sistema conocido como *derecho* de un determinado Estado.”³¹ En esta compleja trama de textos legales, leyes análogas y principios valorados a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, el árbitro pueda cometer un error al aplicar el derecho argentino, máxime si éste es extranjero y proviene de un sistema legal distinto al nuestro –por ejemplo, del common law–.

La primera observación que cabe es que debe distinguirse si el árbitro comete el error en el ejercicio discreto de su jurisdicción. En otras palabras, la distinción vital a los fines de anular un laudo por causales vinculadas al derecho aplicable radica en definir si el Tribunal arbitral en ejercicio de su jurisdicción aplicó erróneamente el derecho elegido por las partes o si aplicó un derecho distinto al elegido en ejercicio deliberado de un poder que no tiene.

Si el error arbitral se produce cuando el árbitro hace ejercicio de su jurisdicción para interpretar el derecho argentino, entonces no puede sostenerse que necesariamente será viable la anulación del laudo. Ahora, si el árbitro deliberadamente no observa, ignora o elige otra ley que no sea la elegida por las partes, entonces el laudo podrá ser dejado de lado o anulado.

³¹ RIVERA, Julio C., “Juicio de árbitros”, *La Ley*, 12/01/10, p. 170.

En un primer acercamiento, entonces, pareciera que el derecho argentino no encuentra una causa clara de nulidad en la aplicación incorrecta de la ley aplicable, salvo que esa aplicación se aparte tanto de la elección realizada por las partes que configure una efectiva prescindencia del derecho elegido por las partes.

E. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD Y LAS CAUSALES DE NULIDAD DEL LAUDO

Dentro del análisis propuesto del CPCCN, algunos importantes fallos que ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial merecen un punto aparte, para describir así los estándares de revisión que aplican los tribunales argentinos. Por último, se analizará la doctrina de la arbitrariedad que utiliza la Corte para revisar sentencias.

1. José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.

El caso, de fecha 01/06/2004, trataba de un contrato de obra pública entre José Cartellone S.A. -el contratista- e Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor) -el comitente-, en el que la primero le pidió al segundo que le abonara los "mayores costos efectivamente devengados y no reconocidos por irrepresentatividad sobreviniente del sistema de reajuste de precios" y la diferencia entre los montos que se le abonaron por la ejecución de ciertos ítems y trabajos.

Las partes optaron por resolver sus diferendos mediante el Tribunal Arbitral de Obras Públicas (TAOP), quien debía decidir la controversia en un laudo final e inapelable. Hidronor interpuso recurso de nulidad y ante el rechazo de la Cámara, interpone el recurso de apelación, que es concedido por la Cámara a pesar de haber sido renunciado en el compromiso arbitral.

El Alto Tribunal consideró una injusticia lo decidido en el laudo, ya que entendió que se había expandido el objeto del proceso arbitral, y que la tasa aplicada por el Tribunal Arbitral para

laudar “conduce a un resultado desproporcionado e irrazonable”³² y “prescinde de la realidad económica”³³.

Lo más llamativo fue el alcance que la Corte le otorgó a la renuncia que las partes pueden hacer de los recursos. A pesar de que el laudo era total, definitivo e inapelable –esto es, se había pactado la inapelabilidad del laudo–, el Alto Tribunal estableció la posibilidad de revisar un laudo arbitral, aun cuando las partes hubieran renunciado al recurso de apelación, si el laudo es inconstitucional, ilegal o irrazonable.

Para esto, examinó los arts. 19 y 1197 del Código Civil antiguo, por un lado, y los arts. 872 y 874, por el otro, dándole preeminencia –o primacía– a los últimos, sin aparente razón. Excepto por el art. 872, los demás artículos, hoy derogados, encuentran su igual en los arts. 13, 944, 948 y 959 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que disponen esencialmente lo mismo.

Sin embargo, cabe mencionar al art. 959, que consagra el principio universalmente acogido de la obligatoriedad de los contratos, de modo que las partes quedan obligadas a cumplir el contrato tal y como ha sido libremente convenido por ellas. La obligatoriedad de los contratos encuentra fundamento constitucional en el art. 19 y protección constitucional en el art. 17, por lo que hay una cierta paradoja en el hecho de que la Corte ignore la voluntad de las partes –sobre todo teniendo en cuenta que la Corte sostuvo en el fallo “*Bourdieu c. Municipalidad de la Capital*” que la noción constitucional de propiedad comprende *todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, ya sea que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos*, es decir, reconoce que la propiedad comprende los derechos emanados de un contrato³⁴–.

a. Por qué no es aplicable al tema en cuestión

A poco que se analiza con mayor profundidad la doctrina y sus antecedentes, varias razones hacen plausible una interpretación en el sentido de que la doctrina sentada en el fallo

³² CSJN, 01/06/2004, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”

³³ *Ibíd.*

³⁴ Autor desconocido (01/08/2015). Art. 959 del Código Civil y Comercial Comentado. Buenos Aires, Argentina: UniversoJus. Recuperado de <http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-959>.

“*Cartellone*” no es aplicable al universo concerniente del presente trabajo –esto es, los laudos voluntarios–, sino que se ciñen a laudos dictados por el TAOP.

i. Los casos conciernen siempre a arbitraje obligatorio, específicamente a laudos dictados por el TAOP

Se ha explicado anteriormente que el caso trataba de un contrato de obra pública entre José Cartellone S.A. -el contratista- e Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor) –el comitente–, en el que las partes optaron por resolver sus diferendos mediante el Tribunal Arbitral de Obras Públicas (TAOP), quien debía decidir la controversia en un laudo final e inapelable. Hidronor interpuso recurso de nulidad y ante el rechazo de la Cámara, interpone el recurso de apelación, que es concedido por la Cámara a pesar de haber sido renunciado en el compromiso arbitral.

Sin embargo, el Alto Tribunal consideró una injusticia lo decidido en el laudo, y a pesar de que el laudo era total, definitivo e inapelable, dejó asentado que un laudo puede ser revisado, aun cuando las partes hubieran renunciado al recurso de apelación, si es inconstitucional, ilegal o irrazonable.

Pero la doctrina asentada en “*Cartellone*” comenzó a desarrollarse muchos antes. Ya desde “*Color v. Max Factor*”, se vislumbraba el comienzo de un criterio positivo respecto al control judicial de los laudos arbitrales, pero siempre respetando la voluntad de las partes.

En “*Aion*” nace la arbitrariedad como causal de nulidad, no obstante *siempre ciñéndose a los laudos del TAOP*. En este caso, citando el precedente 322:298 –que en lo pertinente alegaba que no cabe recurso judicial alguno respecto de las decisiones del TAOP–, la Corte sostuvo que no procede el recurso extraordinario deducido contra la decisión del Tribunal Arbitral de Obras Públicas, “toda vez que no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de la Corte Suprema.”³⁵

En este sentido, dos años más tarde la Corte volvió pronunciarse respecto a la revisión judicial de los laudos del TAOP: en “*Meller*” rechazó el recurso extraordinario contra el laudo emanado del mencionado Tribunal Arbitral, fundándose en que estos laudos son irrevisables y que no se advertía arbitrariedad –citando el precedente “*Aion*”–.

Como puede apreciarse, la principal razón por la cual puede interpretarse que “*Cartellone*” se limita solo a los laudos obligatorios, y por ende no debiera ser aplicable al presente trabajo, es

³⁵ CSJN, *Fallos*, 325:2899.

porque la Corte elaboró esta doctrina siempre con respecto a laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas (TAOP). Esto hace a “*Cartellone*” un caso excepcional: el laudo fue decidido por un organismo administrativo que ejerce funciones judiciales, esto es, su poder jurisdiccional no tiene como fuente la voluntad de las partes, sino la ley. Y esto es lo importante, ya que hay una gran diferencia entre este y los arbitrajes propiamente dichos: el primero es *obligatorio* y su funcionamiento es regulado por ley, mientras que los segundos son voluntarios y están regulados por el CPCCN.

Y es que acceder a la jurisdicción del TAOP es opcional, y esta "opción" por la jurisdicción arbitral del TAOP sólo puede ser ejercida por la contratista; la administración queda entonces sometida a la jurisdicción arbitral forzosa por la exclusiva voluntad de la parte contraria, lo que convierte a este arbitraje en uno obligatorio.

Los votos en disidencia de Fayt y Petracchi en el precedente “*Meller*” son esclarecedores al respecto. Los jueces sostienen que el TAOP “no constituye un verdadero tribunal de arbitraje, sino un organismo administrativo con facultades jurisdiccionales, pues no se cumplen las premisas fundamentales del juicio arbitral, esto es, la *libre elección de los jueces* –prevista sólo para el contratista– y su imparcialidad –dos de sus tres miembros son funcionarios públicos–.”

Con razón apunta Macias que:

“[a] partir de que se considera al Tribunal Arbitral de Obras Públicas como un órgano administrativo jurisdiccional puede entenderse que las decisiones de éste se encuentren sujetas a revisión judicial. La propia Corte ha dicho en reiteradas oportunidades que las decisiones de los tribunales administrativos deben ser revisables por el Poder Judicial [‘Fallos’ 230:261; 232:663, entre otros.]. Por el momento, la aplicación de los principios que surgen de [...] ‘*Cartellone*’, se limita a decisiones que provengan del tribunal administrativo creado por el artículo 55 de la Ley Nº 13.064 de Obras Públicas. La Corte no ha extendido este criterio más allá de la jurisdicción que se comenta. De hecho, para arbitrajes institucionales entre particulares la Corte ha reconocido la plena validez de la renuncia a apelar los laudos arbitrales.”³⁶

En su último párrafo, el autor está mencionando nuevos pronunciamientos de la Corte que han acotado la doctrina: estos son “*Cacchione, Ricardo C. c/ Urbaser Argentina S.A.*” y “*Pestarino de Alfani, Mónica c/ Urbaser Argentina S.A.*”

En ambos casos –esto es, tanto en “*Cacchione*” como en “*Pestarino de Alfani*”– la Corte denegó el recurso extraordinario interpuesto por la actora, y consideró improcedente la

³⁶ Macias, Francisco A.. “El caso “EACA-Sideco”, ¿un nuevo ‘Cartellone’?”. *Marval, O’Farrell & Mairal*. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=5352>.

posterior queja, al entender que “ha sido interpuesto directamente contra la decisión adoptada por un tribunal arbitral cuya jurisdicción para intervenir en la controversia fue *libremente* convenida por las partes, quienes renunciaron expresamente a interponer recursos judiciales, ya que en tal caso los jueces *sólo* pueden intervenir por vía del art. 760, segundo párrafo, del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuyo marco cabría admitir la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en caso de configurarse los extremos previstos en el art. 14 de la ley 48.”³⁷³⁸

Asimismo, otra razón que hace plausible pensar que la Corte ciñó implícitamente el caso a los laudos del TAOP es que en “*Cartellone*” cita el precedente de Fallos 292:223, que refiere también a un arbitraje obligatorio. En el caso la Corte decidió sobre un recurso extraordinario interpuesto por la Cooperativa Eléctrica y Anexos de General Acha Ltda., contra un laudo del Tribunal Paritario Nacional para los Trabajadores de Luz y Fuerza que la condenó a reconocer a un trabajador en una categoría superior a la suya. Allí el Alto Tribunal analizó la cláusula compromisoria que estipulaba que las reclamaciones sobre la aplicación del Convenio Colectivo vigente se atendían en último término por el susodicho Tribunal, y concluyó que el *carácter obligatorio* del artículo que instituyó el compromiso arbitral era un acto válido y lícito, sin perjuicio de lo cual las partes podían recurrir a los organismos estatales.

ii. El caso “Cabrera”

No es, por tanto, razonable pensar que la Corte pueda contradecirse tan amplia y abiertamente, máxime si se tiene en cuenta que la misma composición de jueces que decidió “*Cartellone*” fue quien resolviera el caso “*Cabrera*”, en donde el Supremo Tribunal mantuvo la doctrina que indica que, al tratarse de derechos patrimoniales —de los cuales su titular puede disponer e incluso renunciarlos expresa o tácitamente—, si el actor aceptó someterse a un determinado régimen jurídico, no puede luego sustraerse de las consecuencias de dicho acto. Únicamente puede hacerlo si aporta elementos probatorios con entidad suficiente que permitan afirmar que el acto por el cual aceptó renunciar sus derechos patrimoniales resulte inválido por encontrarse viciada su voluntad.

³⁷ CSJN, 24/08/2006, “Cacchione, Ricardo C. c. Urbaser Argentina S.A.”

³⁸ CSJN, 11/03/2008, “Pestarino de Alfani, Mónica c/ Urbaser Argentina S.A.”

Asimismo, en el considerando 5 dejó establecido que la renuncia tácita de los derechos patrimoniales ocurre cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que se atribuya a su conducta, importan acatamiento de las disposiciones susceptibles de agraviar a dichas garantías o suponen el reconocimiento de la validez de la ley que se pretende impugnar.

Es relevante destacar el voto del ministro Fayt en el considerando 3, en donde destacó la aplicación de la doctrina de la que el Tribunal hizo mérito en "*San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo*", según la cual "el sometimiento voluntario sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación con base constitucional toda vez que no puede ejercerse una protección judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz"³⁹.

iii. Doctrina de los propios actos

Por otra parte, no puede la Corte contradecirse, en tanto la doctrina de los propios actos le es aplicable, de acuerdo al precedente "*Cía. Azucarera Tucumana SA c. Estado Nacional s/ expropiación indirecta*", en donde el Supremo Tribunal recalcó que "[u]na de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado.", en tanto "[e]l actuar contradictorio que transunta deslealtad resulta descalificado por el derecho", por lo que "[c]uanto más alta es la función ejercida por los poderes del Estado, tanto más les será requerible que adecuen aquéllas a las pautas fundamentales sin cuyo respeto la tarea de gobierno quedará reducida a un puro acto de fuerza, carente de sentido y justificación."⁴⁰

Por esta razón, no puede el Alto Tribunal, en numerosas ocasiones, resolver que las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales son insusceptibles de recursos judiciales y ajenas, por lo tanto, a la apelación del art. 14 de la ley 48⁴¹, ni sentar como principio general que si las partes

³⁹ CSJN, 13/7/2004, "Cabrera Gerónimo Rafael y otro c/ P.E.N.".

⁴⁰ CSJN, Fallos, 312:1726.

⁴¹ Ver en fallos CSJN, "Amelcom American Electrical C° Sociedad Com. e Ind. J. Wlewis & Cía", Fallos, 239:357 (1957); "Servente y Magoglia", Fallos, 252:109 (1962); "Pedraza, Fausto R. c. Pedraza de Molina, Fanny E. y otros", Fallos, 255:13 (1963); "Kinbaum Ferrobeton S.A. c. Administración General de Obras Sanitarias de la Nación", Fallos, 261:27 (1965); "Pirelli Cables c. ENTel", Fallos, 322:298 (1999); "Aion S.A. y Natelco S.A.I.C. c. E.N.Tel.", A.269 XXXV (2000); "Meller Comunicaciones SA c. ENTel" Fallos, 325:2893 (2002), entre otros.

pactaron libremente el arbitraje para la resolución de las divergencias no cabe acudir a la justicia para rever una decisión adversa a sus intereses⁴², para luego decidir exactamente lo contrario.

Tal como advierte González Campaña, “[la Corte] no ha dudado en rechazar todo planteo de constitucionalidad contra las sentencias emanadas de la jurisdicción arbitral libremente convenida por los interesados, dado que ‘ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los consagrados por las leyes procesales, en las cuales ha de buscarse remedio a los agravios que el laudo hubiese podido ocasiona’”⁴³. Aquí el autor cita varios fallos, a saber: CSJN, "*Muzlera de Machado, Carlota c. La sucesión de Juan Bernardo Yurraspe*", Fallos, 118:247 (1913); "*Gutiérrez, Rafael, y otra c. Editorial Kapeluz S.R.L.*", Fallos, 237:392 (1957); "*Genisetto de Giacomone, Dominga, y otras c. Giacomone, Aldo Juan*", Fallos, 250:408 (1961); "*De Caro, Antonio c. Caputo S.A.*", Fallos, 274:323 (1969); "*Icer S.A. c. Molinos Florencia S.A.*", Fallos, 296:230 (1976); "*Echenique y Sánchez Galarce S.A. c. Tietar S.A.*", Fallos, 306:455 (1984); "*De Nitto, Juan*", Fallos, 308:116 (1986), entre otros.

De lo anterior, entonces, se colige que a más de no constar como causal de nulidad, lo que decidió la Corte fue pensado para los laudos del Tribunal Arbitral de Obras Públicas.

b. Críticas al fallo

Por lo demás, el mentado caso ha sido duramente criticado por diversos autores.

González Campaña advierte sobre el peligro que encierra “*Cartellone*”, a saber: “el desconocimiento de obligaciones asumidas y de los derechos adquiridos por leyes o contratos, y la tolerancia de un actuar contradictorio del Estado, que primero se somete a arbitraje y renuncia a apelar el laudo, luego lo apela y la justicia, por último, le abre el recurso, y modifica a su criterio aquello que considera irrazonable.”⁴⁴ El autor considera que los distintos conceptos jurídicos citados en el fallo –interés público en el considerando 13, orden público en los cons. 14 y 17, la ponderación de la realidad económica en los cons. 17 y 18, el menoscabo de la verdad jurídica objetiva en los cons. 17 y los límites a la moral y las buenas costumbres, en el

⁴² CSJN, *Fallos*, 181:306.

⁴³ GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, “Desnaturalización del arbitraje administrativo”, *La Ley*, 2004-E, 493. Disponible en: AR/DOC/1962/2004.

⁴⁴ *Ibíd.*

cons. 17–, son indeterminados y sólo marcan estándares abstractos o patrones de conductas, cuya ambigüedad deja lugar a un amplio margen interpretativo.

Montaldo, por su parte, critica el hecho de que con este fallo, el Supremo Tribunal ha sumado un costo transaccional innecesario –enfrentar un litigio en sede judicial–, trastocando de esta manera la voluntad de las partes –que han querido un mecanismo rápido de resolución de disputas–, y creando fuertes contra-incentivos para la contratación con el Estado.

Desde la perspectiva del arbitraje como método alternativo de solución de controversias, el autor del presente trabajo cree que “*Cartellone*” resulta ser negativo en lo que respecta a la autonomía de la voluntad – que optan por la inapelabilidad de las decisiones arbitrales-, la seguridad jurídica y la agilidad que lo caracterizan. Que la Corte realice un juicio intrínseco de la equidad y razonabilidad de lo decidido por los árbitros, pese a que las partes habían convenido su inapelabilidad, conforme lo autoriza la legislación procesal, brinda incertidumbre y neutraliza la decisión de decidir mediante arbitraje cuestiones que no comprometen otros intereses que los de las propias partes.

La Corte debiera volver a las raíces asentadas por el voto en disidencia del juez Boggiano en “*Color S.A. c. Max Factor*”. En el considerando 6 el ministro sostuvo que

“[El arbitraje] no es ajeno a cierto control judicial [...] La mayor o menor amplitud de aquel control depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación, por no haber renunciado a él en oportunidad de pactar el arbitraje [...] o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales, en el supuesto de que [...] hayan renunciado a aquella apelación y solo dispongan del recurso de nulidad. [...] En ese marco, al juez le corresponde respetar esas renunciaciones -a la jurisdicción judicial natural, en general, y a la posterior revisión por los jueces del Estado, en particular- sin atender a las posteriores retractaciones que solapadamente puedan intentar las partes como consecuencia de una resolución adversa, so pena de desnaturalizar el instituto del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios.”⁴⁵

Más adelante, en el considerando 7 el magistrado aclara que “[s]i las partes libremente y en materias disponibles se sustrajeron a la autoridad decisoria de los jueces estatales, no es competencia de esta Corte suplir mediante la vía indirecta de la revisión amplia de la sentencia del a quo [...] las deficiencias de juicio o de criterio de los árbitros, la mayor o menor equidad de su pronunciamiento o su acierto o error.”⁴⁶

⁴⁵ CSJN, 17/11/194, “*Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina s. laudo arbitral s. pedido de nulidad del laudo*”.

⁴⁶ *Ibíd.*

Bien podría entenderse que este fallo vulnera la letra de los arts. 17 –nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe; en este caso, no poder renunciar al recurso de apelación en cualquier situación– y 19 –el derecho de propiedad, que comprende cualquier clase de derecho incorporado al patrimonio de una persona, como el derecho a tener un laudo final e inapelable, es inviolable– de la Constitución Nacional.

2. Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro

En el caso “*Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro*”, de fecha 20/09/2004, la Sala E consideró que no procedía la ejecución de un laudo arbitral que condenó parcialmente a la parte demandada a abonar una indemnización por daños, pero que, sin embargo, le impuso a la parte vencedora unas costas tan altas que superaron el monto otorgado por los daños. En este sentido, la Cámara interpretó la doctrina de la arbitrariedad de la Corte Suprema como aquella que coloca a la parte en posición de indefensión. Así, sostuvo que la violación al debido proceso y la garantía de la defensa en juicio por incurrir el laudo en arbitrariedad le causa indefensión a la parte, lo que haría que esa decisión no sea reconocida.

Pero además la Cámara ponderó que no resulta razonable que los Estados reconozcan cualquier solución foránea, sino que debe tratarse de una solución justa.

3. Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.

En el caso “*Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.*”, de fecha 08/08/2007, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial determinó una importante doctrina en relación con el recurso de nulidad. Por un lado, la Cámara reitera en más de una ocasión que el recurso de nulidad habilita la juez solamente a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez de aquél. Así, establece la Cámara que el recurso de nulidad solo da lugar a una revisión formal de la validez del laudo bajo las causales de los arts. 760 y 761 CPCCN.

De este modo, le atribuye al recurso de nulidad, en el plano conceptual, una única función, cual es la de la revisión de vicios de orden formal. Esto significa que no es propio del recurso la

consideración de cómo se ha resuelto la controversia. Por el contrario, la Cámara ha dicho que su misión es la de controlar el cumplimiento de los recaudos que la legislación considera indispensables para una buena administración de la justicia. Así, la Cámara hace suyas las palabras de Caivano, en el sentido de que la revisión del fondo de la cuestión decidida en el laudo implicaría abrir una instancia de alzada no prevista, para obtener un pronunciamiento contrario a los principios que rigen la materia, poniendo en cabeza de los jueces una facultad jurisdiccional de la que carecen.

Con respecto al recurso de nulidad, la Cámara aclara que no está previsto para atacar presuntos errores *in iudicando*, entendido este como aquel que el tribunal comete cuando incurre en grave equivocación concerniente a la relación jurídica sustancial. Este error puede versar sobre los hechos *–in facto–* o sobre el derecho *–in iure–*.

Así, el primero se relaciona a los hechos del fondo del asunto que se debe resolver. El segundo “se configura cuando el tribunal equivoca la regla legal de derecho sustancial (ley, doctrina, jurisprudencia o costumbre) aplicable en la causa o yerra en la interpretación que de la misma realiza”, como bien explica Abellaneda⁴⁷. Este autor amplía el concepto de error *in iure iudicando* –error de derecho–, y menciona que este vicio acaece cuando el tribunal aplica una norma de derecho sustancial que no es la que se adecua al caso concreto sometido a juzgamiento, o bien cuando –aunque la regla jurídica de fondo aplicada sea la correcta- el magistrado la interpreta de una manera equivocada. Esto es, se configura cuando el tribunal comete el error de aplicar una ley inaplicable o en aplicar mal la ley aplicable.

Esto quiere decir que el recurso de nulidad no es el medio adecuado de impugnación para corregir errores de derecho en que pudiera haber incurrido el árbitro al momento de laudar. En idéntico sentido se ha expresado diversa jurisprudencia⁴⁸ con relación a las sentencias judiciales, asimiladas, como ya se ha visto, por el derecho argentino a los laudos arbitrales.

⁴⁷ ABELLANEDA, Ramón, “Teoría de las impugnaciones en el proceso civil. Una especial mirada hacia la técnica y práctica de los recursos en la ley 8465”. *Revista Abeledo Perrot Córdoba*, 9 (2012): 949.

⁴⁸ Ver CNCom, Sala E, 05/11/99, “San Pablo, Cía. de Fabricación de Azúcar, quiebra” (“El recurso de nulidad procede cuando el pronunciamiento adolece de vicios o defectos de forma o construcción que lo descalifiquen como acto jurisdiccional, es decir cuando se ha dictado sin sujeción a los requisitos de tiempo, lugar y forma prescriptos por la ley adjetiva, pero no en hipótesis de errores “in iudicando” que, de existir, pueden ser reparados por medio del recurso de apelación.”); CNCiv, Sala K, 23/02/2004, “Cortes, María Eva c. Di Stefano, Carlos y otros” (“El recurso de nulidad no es el adecuado cuando lo que está en tela de juicio no es el fallo en sí mismo sino los vicios “in procedendo” -que encuentran adecuado encuadre en el incidente de nulidad- o los vicios “in iudicando” o sea, los pretensos errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido el magistrado de grado al elaborar su pronunciamiento.”); CNCom, Sala E, 04/11/2003, “Sokolowicz, Abraham c. El Abuelo S.A.” (“Es

Ahora bien, al tratar la posible arbitrariedad del laudo arbitral, afirma que toda vez que brindó razones que, más allá de su acierto o error, explican con claridad su razón de ser y que se bastan a sí mismas para tener por adecuadamente fundado el laudo, la tacha de arbitrariedad es descartada. En otras palabras, si el laudo brinda las razones de por qué decidió como decidió y esas razones no pueden ser controvertidas eficazmente por la parte nulidicente, entonces no podrá ser anulado por arbitrario.

En síntesis, la Cámara en "*Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.*" deja sentado que: 1) debe tenerse en consideración lo pactado; 2) que la doble instancia no constituye un requisito constitucional de la defensa en juicio y que es renunciable; 3) que de renunciarse el recurso de apelación, se entiende por renunciada la amplia revisión a que da lugar el mencionado recurso de apelación; 4) ergo el control judicial solicitado por el recurrente debe limitarse a las causales de nulidad de los artículos 760 y 761 invocadas, y a una interpretación restrictiva de la supuesta violación del orden público –considerada como causal de nulidad conforme la Ley Modelo (artículo 34, 2, b, ii), que es tomada como referencia en materia arbitral por nuestro ordenamiento, a falta de una adecuada legislación, ya que “refleja los principios generalmente admitidos en la materia”⁴⁹–.

4. Edf International S.A. c. Endesa Internacional (España) y otros s. arbitraje

Por su relevancia, este caso merece un apartado para la explicación de sus hechos, y un análisis de qué ha fallado la Cámara y cómo lo ha hecho.

En el caso, de fecha 09/12/09, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó un controvertido fallo que establece el alcance que tiene la revisión que pueden realizar los tribunales locales sobre los laudos arbitrales en el marco de un recurso de nulidad.

En un contrato de compraventa entre EDF International S.A. (EDFI), por un lado, y Endesa Internacional S.A. e YPF S.A., se acordó la compra de acciones de las empresas Easa y

improcedente declarar la nulidad de la sentencia en hipótesis de errores "in iudicando" que pueden ser reparados por medio del recurso de apelación en cuya virtud el tribunal de alzada puede examinar los hechos y el derecho con plena jurisdicción."); Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 03/09/2008, "Lemos, Ricardo Javier c. S.A. Organización Coordinadora Argentina" ("Resulta ajena al estrecho ámbito de conocimiento del recurso de nulidad la imputación de errores in iudicando, como también la eventual transgresión de principios procesales y garantías consagrados en la Constitución Nacional."), entre otros.

⁴⁹ CNCom., sala E, 26/09/88, "Welbers S.A., Enrique C. c. Extraktions-Technik Gesellschaft Fur Anlagenbav M. B. M.".

Edenor por parte de la primera a las últimas. Ese acuerdo fue complementado por dos convenios, uno de los cuales contenía una cláusula que estipulaba una compensación a favor del comprador (EDF International) si el tipo de cambio vigente al tiempo de la celebración del contrato se alterara. Otra cláusula estipulaba un reajuste del precio de las acciones, que se haría en función de una revisión tarifaria que las partes previeron se realizaría el 31/08/02.

EDFI enfatizó que esta alteración del tipo de cambio, denominada “contingencia”, se hallaba definida en el contrato de la siguiente manera: “A los efectos de esta carta se entiende por Contingencia la desvinculación del tipo de cambio oficial del peso argentino con el dólar USA, cualquiera que sea la causa que la produzca”⁵⁰.

Según destaca la Sala interviniente, el Tribunal arbitral tuvo por producida esta contingencia antes del 31 de diciembre del 2001, pese a que la ley 25.561 que derogó el art. 1 de la ley 23.928 –que establecía la convertibilidad del peso argentino con el dólar estadounidense y el euro– entró en vigencia en enero del 2002, por lo que ordenó la compensación a favor de EDFI. Para esto, consideró que la alusión a cualquier causa que produjera la desvinculación corrobora que era amplia la gama posible de causas que podían provocarla y dar lugar a una compensación. Así, el tribunal expresó que la desvinculación prevista en el acuerdo incluía causas o acontecimientos basados en derechos y en hechos.

En ese aspecto, la Cámara afirmó que el Tribunal “[t]uvo presente lo alegado por Edfi en torno del feriado dispuesto el 20.12.01 para el día siguiente y, sobre la base de una apreciación del ‘contexto económico y sociopolítico dentro del cual el feriado cambiario fue declarado e implementado por el BCRA’, concluyó que ese feriado había significado una alteración de las bases mismas de la convertibilidad dispuesta por el art. 1 de la ley 23.928.”⁵¹ Esto quiere decir que la alteración del contexto económico y socio-político importó la alteración de las bases mismas de la convertibilidad dispuesta por el art. 1 de la ley 23.928, lo que se tradujo en la configuración de la contingencia.

El Tribunal arbitral entendió que la desvinculación del tipo de cambio importaba, según el lenguaje utilizado por las partes, causas o acontecimientos basados en derechos y en hechos. De allí que la mayoría del Tribunal haya admitido que aunque el feriado cambiario no derogó la ley de convertibilidad, sí tuvo el efecto de suspender su operatividad y el Régimen de Convertibilidad, lo que produjo finalmente la contingencia.

⁵⁰ CNCom., sala B, 09/12/09, “Edf International S.A. c. Endesa Internacional (España) y otros s. arbitraje”, p. 2.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 3.

Pero la Cámara anuló el laudo en su totalidad. Para decidir así, basó su decisión en tres puntos: en una falla procedimental del laudo, un apartamiento de lo comprometido y la arbitrariedad del laudo. La Cámara entendió configurada una falla procedimental dado que el Tribunal arbitral no partió de la base de que no estaba derogada la ley 23.928, apartándose de la aplicación del derecho sustantivo, con lo cual consideró que existió un defecto en el procedimiento en la etapa del dictado del laudo. Así, entendió configurada la nulidad del laudo al apartarse de la aplicación del derecho, toda vez que éste consideró -por mayoría- producida la desvinculación a pesar de la vigencia de la ley 23.928, violando así el acta de misión a la que debía ajustarse el Tribunal, y apartándose de lo comprometido por las partes en el acta de misión en punto a la ley aplicable.

La Cámara sostiene en el considerando 13 que los arbitrajes iuris –o de derecho– deben ser motivados, ya que deben respetar “ésa y todas las demás garantías procesales establecidas por la Constitución (arts. 17 y 18, Const. Nac.).”⁵². En el siguiente párrafo se expone y comenta que “[d]e ninguna manera sería aceptable formalmente un laudo proveniente de árbitros iuris que no se ajuste a tales requisitos, o sea que incurra en arbitrariedad o no se encuentre razonablemente fundado.”⁵³

Aquí conviene detenerse. La Cámara utiliza en ese considerando la doctrina de arbitrariedad para determinar la nulidad del laudo, cuando proyecta al examen del mismo las razones que ha llevado a la jurisprudencia, especialmente la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a considerar cuándo una sentencia o resolución judicial es arbitraria. Así es como cita el controvertido fallo “*José Cartellone Construcciones Civiles SA c/ Hidroeléctrica Norpatagónica SA o Hidronor S.A.*”⁵⁴, en el que la CSJN estableció la posibilidad de revisar un laudo arbitral, aun cuando las partes hubieran renunciado a los recursos de apelación, si el laudo resulta inconstitucional, ilegal o irrazonable.

En síntesis, la Cámara entiende que todo laudo que no se ajuste a tales requisitos –esto es, la motivación del mismo y el respeto por todas las garantías procesales que establece la Constitución–, incurre en arbitrariedad o no se encuentra razonablemente fundado. De esta manera, como también aclara la propia Cámara, proyecta las razones para considerar una sentencia arbitraria al laudo arbitral. Admite, de este modo, el uso de la doctrina de las

⁵² *Ibíd.*, p. 9.

⁵³ *Ibíd.*, p. 9.

⁵⁴ Ver CSJN, *Fallos*, 327:1881.

sentencias arbitrarias para impugnar judicialmente un laudo por ser éste inconstitucional, ilegal o irrazonable.

Para entender qué es lo irrazonable, resultan explicativo equiparar la razonabilidad como un contenido de justicia cuyo opuesto es la arbitrariedad, que es asimismo inconstitucional. El acto irrazonable o arbitrario no solo es defectuoso sino también inconstitucional. Hay, entonces, una relación íntima entre la arbitrariedad y la irrazonabilidad, dado que una conlleva a la otra.

a. Implicancias del fallo

Las consecuencias del fallo pueden ser peligrosas.

Usar la doctrina de las sentencias arbitrarias para anular un laudo implica expandir los supuestos de nulidad que se encuentran en el CPCCN, y ya se ha visto que la lista es taxativa. Esto quiere decir que las causales son limitadas y se reducen únicamente a las volcadas por el legislador en el Código.

En este punto, Anaya tiene dicho que "...debe ponerse especial cuidado en no incurrir en la judicialización del arbitraje más allá de los límites demarcados por la legislación, para evitar que el control conduzca a la desnaturalización del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios"⁵⁵.

La Sala B asimila la aplicación incorrecta del derecho con una falta esencial del procedimiento, lo que configura una causal de arbitrariedad por estar el laudo inmotivado. Así puede apreciarse cuando sostiene que el laudo "... no es una derivación razonada del derecho vigente al tiempo en que los hechos debía suceder para surtir el efecto querido por las partes."⁵⁶, expresión utilizada por la Corte para tachar de arbitrarias a las sentencias judiciales.

Por último, es pertinente resaltar que la Sala disiente con otras Salas acerca de qué configura una falta esencial del procedimiento, como se ha mostrado más arriba.

En síntesis, pareciera colegirse de su lectura que el mero error de derecho es una causal de nulidad por falta esencial del procedimiento, pero también por laudarse sobre puntos no comprometidos. Es decir, un laudo que aplique erróneamente el derecho podrá ser anulado no

⁵⁵ Cit. en "CNCom, Sala D, 07/02/2011, "Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto S.A. c. Constructora Iberoamericana S.A.".

⁵⁶ CNCom., sala B, 09/12/09, "Edf International S.A. c. Endesa Internacional (España) y otros s. arbitraje", p. 9.

sólo bajo dos de las cuatro causales de nulidad que establece el CPCCN, sino también a través de la doctrina de las sentencias arbitrarias.

Por último, el fallo considera que el derecho aplicable sólo debe ceñirse a la aplicación del derecho en el plano normativo jurídico, al agotar la cuestión enteramente en la ley 25.561 que derogó la convertibilidad. El fallo critica que el Tribunal Arbitral “hizo evaluaciones relacionadas con las consecuencias socioeconómicas de actos administrativos... De allí que aludiera en reiteradas ocasiones a lo que ocurría en la realidad, o en la práctica”⁵⁷, algo que considera “impropio” de un arbitraje de derecho.

La Cámara sienta como doctrina que un laudo sólo será válido si se basa en leyes en el sentido legislativo de la palabra. Ese es el alcance con el que interpreta la aplicación del derecho argentino. Caso contrario, el laudo será pasible de anulación por ingresar en el examen de puntos no comprometidos en la cláusula compromisoria.

Pero, como se ha visto más arriba, el derecho comprende no solo las fuentes formales sino también las informales, “[c]on lo cual no resultó un exceso del tribunal arbitral ni una inadecuada sustitución del derecho argentino aplicable por otro el que haya tenido en consideración disposiciones que si bien no emanaron del Congreso como leyes en sentido formal, sí fueron expedidas por autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas.”⁵⁸

b. Críticas al fallo

El fallo admite variadas críticas.

Por empezar, indica que “[d]ebe observar que este tribunal es el llamado para resolver si es admisible o no cada recurso de nulidad concedido [por el Tribunal arbitral]...”⁵⁹, a pesar de lo cual, no realiza tal tarea. Y esto es importante porque la Sala, al no analizar los recursos concedidos, reconoce la admisibilidad de recursos improcedentes. Las partes demandadas (Endesa e YPF), por un lado, enfatizaron que la alteración del tipo de cambio tuvo lugar después del 31/12/2001, concretamente con el dictado de la ley 25.561 del 6/1/2001, y que el feriado cambiario tendieron a mantener las reservas. La parte actora, cabe destacar, funda la

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 9.

⁵⁸ RIVERA, Julio C.; *Nulidad del laudo arbitral...*, p. 171.

⁵⁹ CNCom., sala B, 09/12/09, “Edf International S.A. c. Endesa Internacional (España) y otros s. arbitraje”, p. 6.

tacha de nulidad en que no habría motivos para afirmar que las partes del contrato de compraventa accionaria no condicionaron la corrección del precio a la revisión tarifaria, que no se hizo.

Se aprecia conducente señalar, entonces, que los recursos de nulidad se basan en discrepancias interpretativas, cuestiones de hecho y valoración de la prueba –el feriado cambiario, la entrada en vigencia de la ley 25.561 recién en enero de 2002, la derogación de la ley 23.928, etc.–, cuestiones dignas de un recurso de apelación y ajenas a la naturaleza del recurso de nulidad.

Lo que realmente estaba en juego era una divergencia interpretativa, no la validez o invalidez del laudo; la Cámara pareció fundar la nulidad que dicta solamente en una diferencia interpretativa entre el razonamiento del Tribunal Arbitral y la Sala que falló en última instancia. Ella interpreta que el alcance que podía darse a la palabra contingencia en el Acuerdo estaba limitado al sentido oficial del tipo de cambio; el Tribunal Arbitral, por otro lado, da un alcance interpretativo más amplio. Esto puede apreciarse más precisamente cuando la Cámara sostiene que la argumentación de los árbitros “no debió obviar que lo que las partes habían previsto al definir la ‘contingencia’ había sido un cambio en la paridad oficial entre el peso y el dólar estadounidense, establecida por acto estatal, que fue la ley 23.928.”⁶⁰

Esto también queda claro cuando asevera que “ciertamente, la desvinculación, podía acaecer por causas indeterminadas para dar fundamento a la compensación, pero el alcance que deba darse a la gama de posibles causas desvinculatorias no pudo llegar al extremo de hacer fincar en realidades económicas o sociales, o en dificultades derivadas de restricciones cambiarias, la alteración de un tipo de cambio que las partes quisieron que fuera únicamente el oficial.”⁶¹ Sin embargo, incurre la Cámara en una contradicción cuando agrega más adelante: “Quiere decir ello que el tribunal arbitral debió decidir lo que estimara pertinente en derecho, pero *sobre la base que la desvinculación predicada en el acuerdo complementario no se había producido antes del 31.12.01*”⁶².

Aquí la Cámara, además de contradecirse, se inmiscuye en algo que le es ajeno: la apreciación sustancial de lo decidido, algo que le está vedado a la Cámara, y que la misma Cámara reconoce que no puede hacer. Según lo estima la Sala interviniente, el tribunal arbitral debió

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 8.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 9.

⁶² *Ibíd.*, p. 9.

decidir lo que estimara pertinente en derecho, pero siempre y cuando interpretara el derecho tal y como lo hace ella, esto es, siempre y cuando interpretara que la desvinculación no se había producido antes del 31/12/2001. Esto es peligroso por cuanto es una intromisión de la Cámara, que termina excediéndose en los alcances dados al recurso de nulidad, analizados anteriormente con el caso "*Mobil c. Gasnor*".

En suma, se excede en la tarea que se propuso realizar, máxime cuando la Sala analiza la fundabilidad e impugnabilidad y no la admisibilidad del laudo, basándose en los argumentos recursivos de las partes, que aluden a diferencias en los hechos y las pruebas. La Sala se inmiscuye en cómo debió haber fallado el Tribunal arbitral, tarea que no le corresponde y que no habilita el recurso de nulidad.

Podría interpretarse, entonces, que el tribunal puede arrogarse una función de la que carece: la de examinar cuestiones de fondo bajo el pretexto de la arbitrariedad del laudo.

Esto no sólo confunde los bordes que delimitan la revisión que permiten los recursos de apelación, por un lado, y los recursos de nulidad, por el otro. También permite al control judicial ir más allá de los límites establecidos por la jurisprudencia citada ut supra, en punto al efectivo cumplimiento de los recaudos formales y no a la revisión del objeto sustancial.

Esto también difumina el umbral bajo el cual puede anularse un laudo según el Código Procesal Civil y Comercial.

Por último, no puede interpretarse que el laudo pueda caer dentro del catálogo de sentencias consideradas arbitrarias por haber sido dictas sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito. El tribunal arbitral valoró todas las palabras, no ignoró ninguna de ellas. Aquí se suscita una clara discrepancia entre los puntos de vista de las partes y del árbitro, que la Corte no ha considerado como suficiente para descalificar a una sentencia de su validez jurisdiccional⁶³.

El fallo ha sido criticado por autorizada doctrina. Rojas, por ejemplo, llama la atención acerca de que "si las partes habían acordado que el Tribunal debía resolver si se había producido una contingencia en un tiempo determinado, y consiguientemente si ello traía aparejado una alteración del sinalagma, mal puede interpretarse que aun tratándose de hechos públicos y

⁶³ CSJN, *Fallos*, 294:309.

notorios se debe privilegiar el derecho porque el arbitraje es de derecho, dando espaldas a la realidad.”⁶⁴

Para este autor, lo que decide la Cámara constituye una divergencia interpretativa sobre el alcance de determinados hechos de la realidad argentina, que hacen a la posible justicia o injusticia del laudo, pero no a su invalidez o anulación. En ese aspecto, lo que critica el mencionado autor es que la Sala utiliza ciertos parámetros para analizar los recursos de nulidad, pero no ya su admisibilidad, sino su fundabilidad y su justicia, algo ajeno a la naturaleza del recurso de nulidad. Así, para Rojas esto “[q]uiere decir, que como el propio Tribunal lo reconoce, si bien es juez del recurso no se detiene en el análisis de su admisibilidad, sino que apunta directamente a su fundabilidad, lo que configura una desvirtuación del sistema recursivo en materia arbitral.”⁶⁵

Rivera⁶⁶ subraya la importancia que tiene la dificultad que reside en establecer la distinción entre prescindencia del derecho aplicable y error de derecho, por un lado, y error de derecho *acceptable* y error de derecho *grosero* –que transforma al laudo en inicuo o importa lisa y llana prescindencia del derecho aplicable–, por el otro. El autor entiende que sólo el error grosero puede dar lugar a la nulidad del laudo. De esta forma, indica que “... el recurso de nulidad comprende, en la noción de *falta esencial del procedimiento*, a la violación de la garantía del debido proceso que se produce con el laudo arbitrario o inicuo, y que tal arbitrariedad puede derivar de un grosero error de derecho que importe efectivamente la prescindencia del derecho aplicable.”⁶⁷

Para el autor, un laudo que aplique erróneamente el derecho, y que sea injusto o arbitrario según ha dispuesto la Corte de acuerdo a la doctrina de las sentencias arbitrarias –analizada más abajo–, sólo podrá ser anulado si el error implica directamente que los árbitros han ignorado por completo la ley aplicable.

F. DOCTRINA DE LA ARBITRARIEDAD

⁶⁴ Ver ROJAS, Jorge A., “El arbitraje y la equidad”, ED, 18/11/2010; Nro. 12.631, p. 9.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 5.

⁶⁶ Ver RIVERA, Julio C.; “Nulidad del laudo arbitral por la no aplicación del derecho elegido por las partes”; *La Ley*; 01/12/2010.

⁶⁷ RIVERA, Julio C., “Juicio de árbitros”, *La Ley*, 12/01/10, p. 166.

Como se vio más arriba, tanto la Corte Suprema como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial han dejado abierta la puerta para aplicar esta doctrina en la anulación de un laudo.

Mucho se ha hablado de esta doctrina, mediante la cual un laudo puede ser impugnado a través del recurso extraordinario federal, generalmente invocándose la renuncia al recurso de apelación y la arbitrariedad del laudo.⁶⁸

Aunque la Corte habló de la doctrina en el *obiter dictum* del fallo “*Rey c. Rocha*”⁶⁹ de 1908, en el que quedó claro que las sentencias arbitrarias eran aquellas desprovistas de todo sustento legal y no aquellas basadas en una simple interpretación errónea de las leyes⁷⁰, lo cierto es que el primer caso en el que se dejó sin efecto una sentencia por ser tachada de arbitraria, fue en el caso “*Victoria Storani de Boidanich e Hijos v. Ansaldi, Imperiale y Bovio*”⁷¹, en el que se mantuvo el mismo criterio de arbitrariedad de “*Rey c. Rocha*”, fundándose la Corte en su tarea de velar por el cumplimiento de los altos deberes de justicia que le corresponden.

Es así que el Alto Tribunal se ha expresado, en el caso “*Carlozzi c. Tornese*”, en el sentido de que “la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido [...] ser procedente el recurso no obstante tratarse de aplicación de normas procesales o de derecho común y de cuestiones de hecho, cuando la sentencia recurrida era arbitraria y carente de todo fundamento jurídico [...] Pero arbitrariedad solo la hay cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto al caso...”⁷².

Señala Gelli⁷³ que el recurso extraordinario federal constituye el instrumento procesal mediante el cual se habilita, en última instancia, el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema. Este tiene dos esferas distintas de aplicación: por un lado, aquella que nace del art. 14 de la ley 48, en donde en principio sólo opera el recurso ante la presencia de una “cuestión federal”; siendo ajenos a ésta los temas de hecho y prueba, los procesales y los de derecho “no

⁶⁸ Ver ROJAS, Jorge, *Vías de impugnación...*, p. 6. Disponible en: <http://www.jorgearojas.com.ar/pdf/doctrina/vilauarb.pdf>.

⁶⁹ CSJN, *Fallos*, 110:432.

⁷⁰ “...el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes, a juicio de los litigantes...”.

⁷¹ CSJN, *Fallos*, 184:137.

⁷² CSJN, *Fallos*, 207:76.

⁷³ María Angélica Gelli. “Dilemas del recurso extraordinario federal.” *Emergencia Económica y Recurso Extraordinario*. Diciembre 2003: 32.

federal” (de derecho común y local); por el otro, la esfera que surge de la sentencia arbitraria como cuestión federal. La cuestión federal, en consecuencia, surge de la sentencia arbitraria, aunque lo decidido en esa sentencia trate de temas de derecho “no federal”.

Para entender la admisibilidad que cabe respecto del recurso extraordinario federal ante un arbitraje, es pertinente hacer algunas precisiones. Primeramente, es necesario diferenciar dos tipos diferentes de arbitraje. El primero es el arbitraje voluntario, en donde siempre que se trate de una materia disponible, se privilegia la libertad de contratación de las partes y son ellas las que libremente buscan como solución a sus conflictos. El segundo es el arbitraje obligatorio, en donde el legislador fuerza a las partes a resolver determinados conflictos mediante el arbitraje, por lo que se privilegia no ya la voluntad de las partes y su libertad de contratación, sino lo que dice la ley.

Como bien explica Rojas, “si estamos en el ámbito del arbitraje obligatorio, es posible que nos encontremos frente a la posibilidad, que se admita el recurso extraordinario federal, en el supuesto que se reúnan los requisitos que hacen a su admisibilidad”⁷⁴.

En el arbitraje voluntario, el máximo Tribunal tiene dicho, en reiteradas ocasiones, que no procede el recurso extraordinario federal respecto de las decisiones de la jurisdicción arbitral libremente pactada por las partes, pues esta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la intervención de la Corte, salvo a través de los recursos consagrados por las respectivas leyes procesales, por medio de los que ha de buscarse remedio a los agravios posibles ocasionados por el laudo respectivo⁷⁵, que no son otros que los recursos de aclaratoria y de nulidad.

Esto se vincula con la doctrina que ha sentado desde antiguo la Corte, en el sentido de que el recurso extraordinario sólo procede contra pronunciamientos de tribunales de justicia, carácter que es propio de los que integran el Poder Judicial de la Nación y de las provincias, y que cabe extender a los organismos administrativos con facultades jurisdiccionales legalmente previstas, cuyas decisiones no pueden reverse por vía de acción o recurso⁷⁶.

⁷⁴ Ver ROJAS, Jorge, *Vías de impugnación...*, p. 6. Disponible en: <http://www.jorgearojas.com.ar/pdf/doctrina/vilauarb.pdf>.

⁷⁵ CSJN, *Fallos*, 237:392, 274:324, 289:158, 296:230 y 231, 301:594, entre otros.

⁷⁶ CSJN, *Fallos*, 301:594, 306:455, entre otros.

De este carácter arriba descrito están excluidos los tribunales arbitrales por cuanto cuando las partes se someten a esta jurisdicción, están renunciando al Poder Judicial. Esto significa que los laudos arbitrales son insusceptibles de recurso extraordinario⁷⁷.

1. CAUSALES DE ARBITRARIEDAD

Pese a que existen una gran cantidad de causales, el criterio sostenido para la procedencia de la arbitrariedad no es uniforme, sino que los vicios detectados para su viabilidad se desprenden de la lectura de cada fallo; sin embargo, siempre referidos a la vulneración de alguna garantía o derecho que quebrante la vigencia del texto constitucional⁷⁸.

Aunque no se pretende ser exhaustivo sino ejemplificativo, pueden mencionarse algunos ejemplos que se relacionan con el tema del presente trabajo y que podrían encuadrarse en una causal de nulidad por errores arbitrales en la aplicación del derecho. Para esto se recurrirá a Sagüés, quien en el capítulo XI de su libro *“Compendio de derecho procesal constitucional: control de constitucionalidad, recurso extraordinario, acción de amparo, hábeas data, hábeas corpus, acción declarativa de inconstitucionalidad”* presenta con claridad una serie de alternativas de causales de arbitrariedad.

Pero primero cabe hacer una serie de aclaraciones.

El autor divide a la arbitrariedad en normativa –hipótesis de sentencia arbitraria por no resultar una derivación razonable de la normatividad en vigor–, fáctica –pronunciamientos que no evalúan idóneamente a los hechos y a las pruebas– o concurrente –una sentencia que suma una o varias arbitrariedades, ya sean normativas o fácticas–.

La que compete a este trabajo, esto es, la arbitrariedad normativa, es englobada por Sagüés en seis subclases: sentencias infundadas, o inadecuadamente fundadas; sentencias con exceso ritual manifiesto; sentencias incongruentes; sentencias anti-preclusorias, o que violentan el principio de cosa juzgada; sentencias auto-contradictorias y sentencias inválidas.

⁷⁷ CSJN, *Fallos*, 250:408, 255:13, 302:1280

⁷⁸ Manduti, Cecilia Laura. "Examen histórico y evaluación de la jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto a la procedencia del recurso extraordinario." *Sitio Web de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta*. Disponible en: <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=17>. 21/05/2012. Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta. 4/7/2016.

Varias de las causales de arbitrariedad normativa pueden ser invocadas para obtener la nulidad del laudo por errores en la aplicación del derecho, por lo que será necesario desarrollarlas para su mayor comprensión.

Dentro de las subclases arriba mencionadas, la más ajustada a un error arbitral en la aplicación del derecho es la primera, es decir, las sentencias infundadas o inadecuadamente fundadas.

Aquí el autor menciona que es condición de validez de las sentencias que sean fundadas y, por ende, que constituyan una derivación razonada del derecho vigente; que como regla general una sentencia debe expresar el derecho que rige el caso, consignando los preceptos normativos vigentes o los principios jurídicos, doctrinales o jurisprudenciales a que se ajuste la decisión; y por último que una sentencia es arbitraria tanto en el supuesto de una carencia absoluta de motivación –es decir, la que excluye la consideración de las disposiciones de la ley esenciales para la solución de la causa– como en el supuesto de que sólo tenga una fundamentación aparente e inhábil –por ejemplo, la que se limita a citar dispositivos legales sin expresar los fundamentos de su adecuación al caso concreto–.

Luego indica que la Corte Suprema, en diversas oportunidades, ha utilizado el concepto de “fundamentos mínimos suficientes” como pauta elástica para apreciar si hay o no motivación válida de los fallos, utilizando así diversos criterios en gran parte discrecionales para el Alto Tribunal, tales como “fundamentos bastantes”, “debida fundamentación” o “fundamentación seria”.

No obstante, comenta Sagüés que según la misma jurisprudencia de la Corte Suprema, hay un límite –impreciso– a la serie de dispensas estatuidas para la obligación de citar normas jurídicas: la necesidad de determinar la regla general de derecho aplicable a la causa, puede operarse con la referencia en el fallo a la jurisprudencia, a la doctrina o incluso a normas obvias que no requieran declaración expresa; *pero lo que no debe ocurrir es que lo argüido no permita vincular la solución del caso con el sistema legal vigente, en otra forma que por la libre estimación del juez.*

Cabe aclarar que el autor menciona una abundante lista de situaciones que la Corte Suprema ha elaborado, en donde la descripción normativa no es indispensable. Entre ellas, es pertinente señalar una de especial importancia, principalmente para el caso “*EDFI c. Endesa*”: si la sentencia no cita expresamente normas, pero la solución dada al pleito se apoya en la apreciación de los hechos del litigio y en la interpretación de las relaciones contractuales de las

partes. A pesar de que sí citó expresamente normas – el decreto del Banco Central que determinó el feriado bancario–, cuando el tribunal arbitral decidió el caso, no hizo más que interpretar el sentido dado por las partes a la “contingencia”, y no determinó –como sí lo hizo la Cámara luego– que las partes le hayan dado un sentido “oficial”, sino más amplio.

A modo de ejemplo, pueden señalarse una serie de casos que Sagüés plantea.

En primer lugar, las sentencias que arremeten contra la ley. Como caso extremo, menciona los supuestos de sentencias intencionalmente *contra legem*, aclarando que la directriz de la Corte Suprema lleva a descalificar como arbitrarias a las resoluciones judiciales que, entre otras cosas, reforman, derogan, mutilan, inaplican, alteran o crean intencionalmente un texto legal. Nótese que no figura como un supuesto de arbitrariedad el aplicar erróneamente el derecho, sino el de inaplicarlo. Esto sigue la tesis propuesta por Rivera, quien opina que debe efectuarse una división entre errores *acceptables* y errores *groseros*, que transforma al laudo en inicuo o importa lisa y llana prescindencia del derecho aplicable.

En segundo lugar, sentencias basadas en normas inexactas. Es el caso de fallos que se fundan en un precepto cuyo texto invocado difiere del verdadero. En este sentido, Sagüés alega que si la disparidad es significativa para la dilucidación de la causa, se configura una causal de arbitrariedad. El autor del presente trabajo considero que esta causal podría tener éxito para anular el laudo únicamente si la disparidad implica una variación sustancial tal de la norma que la desconfigura totalmente, lo que termina produciendo su falta de aplicación.

En tercer lugar, supuestos de fallos con fundamentos ambiguos. Sagüés considera este caso como un tipo de sentencia que se basa solamente en la voluntad de los jueces, si las resoluciones del caso se basan en razones equívocas o confusas que no resultan adecuadas para dar fundamento jurídico a lo resuelto.

En cuarto lugar, sentencias que desconocen o se apartan de la norma o del principio aplicable. Aquí Sagüés alude al caso de fallos que *no aplican*, esto es, que prescinden u omiten aplicar la normatividad en vigor. Tal prescindencia implica un error de derecho, que hace funcionar la descalificación por arbitrariedad, de acuerdo a precedentes tales como CSJN, *Fallos*, 292:205 – que consideró error de derecho desclasificable por arbitrario una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal, en la que el *a quo* sobreseyó a un hombre pero sin sustentarse en consideración alguna para hacer inaplicable la norma en cuestión– y 503:304:278; 310:132 y 165; 321:394 –que consideró que es arbitraria la sentencia que se aparta

de lo expresamente previsto por la disposición legal que rige el caso, y prescinde la aplicación de ésta sin dar razón valedera— y 655; 323:2481; 324:245 y 309.

Por último, sentencias que interpretan arbitrariamente a la ley. Es la clase de sentencia que puede emplear la norma pertinente, pero que la interpreta o aplica mal. Admite varias posibilidades, desde “errónea” hasta “injusta” o “irrazonable”, pero Sagüés aclara que resulta vital para entender el tema el hecho de diferenciar entre *interpretación no arbitraria* e *interpretación arbitraria*.

El autor afirma que la exégesis *no arbitraria* se compone de tres clases principales: la interpretación errónea simple —el mero error en la interpretación de las normas no es suficiente para calificar a la sentencia de arbitraria—, la interpretación posible —la interpretación de una norma no es arbitraria si no excede el marco de posibilidades que ella brinda— y la interpretación opinable —el carácter opinable de lo decidido no habilita la instancia extraordinaria de arbitrariedad; además, la tacha de arbitrariedad no cubre discrepancias sobre la interpretación de normas de derecho común—.

En cuanto a la interpretación arbitraria, Sagüés presenta una serie de tipos, encasillados en: interpretación *inexacta*, interpretación *desordenada*, interpretación *ineficaz*, interpretación *injusta* e interpretación *temeraria*.

Las dos primeras son las más relevantes porque pueden ser potencialmente las más usadas para buscar la nulidad del laudo por errores en la aplicación del derecho.

La interpretación inexacta se da cuando la sentencia simplemente no ha dicho lo que la ley dice o quiso decir. En lo pertinente al presente trabajo, se engloban dentro de esta clase dos subtipos: la interpretación *equivocada* y la *infiel*.

Con respecto a la primera, Sagüés señala que la Corte dice que las cuestiones de derecho común son en principio ajenas al recurso extraordinario, salvo cuando se pruebe que el aquo actuó defectuosamente por una equivocada interpretación del texto legal aplicable. Tal sería el caso también de la interpretación errónea o incorrecta.

Con respecto a la segunda, el autor indica que la Corte dejó sin efecto una sentencia que acuerda a la norma un alcance impropio, desvirtuando su finalidad y aplicándola no como fue concebida por el legislador a cuya intención debe darse pleno efecto.

En la interpretación ineficaz, Sagüés sitúa dos variantes, ambas denominadas en algunos fallos de la Corte como interpretación “inadecuada”, pero con un sentido que puede ser diverso, a saber: interpretación inconducente, o poco provechosa.

En la primera variante, denominada *inadecuada-inexitosa*, se estaría condenando la exégesis no apta para decidir útilmente el juicio, provocando, así, un ejercicio antifuncional del derecho.

Con respecto a la segunda variante, llamada *inadecuada-inoperante*, el autor refiere a pronunciamientos en donde la Corte descalifica la aplicación inadecuada o distorsionante de la ley que la torna inoperante o torna a la norma letra muerta.

Considero que existe la posibilidad de que estas causales puedan ser utilizadas para anular un laudo, pero no creo correcta esa posibilidad.

Es que los tribunales de justicia solo pueden analizar si hay algún vicio procesal –en oposición a un defecto de juzgamiento– que viole recaudos formales que nuestro derecho considera indispensables para la buena administración de justicia⁷⁹, por lo que sacando el resto de las causales –laudo dictado fuera de plazo, sobre puntos no comprometidos o que contenga decisiones incompatibles entre sí–, queda claro que el error arbitral en la aplicación del derecho no tiene cabida en el CPCCN como causal de nulidad.

Tampoco el marco cognoscitivo del recurso de nulidad es propicio para revisar errores *in iudicando in iure* –esto es, la aplicación de una norma impertinente al caso o la aplicación errónea de la norma aplicable– o la arbitrariedad de los laudos. Así lo expresaron distintas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, por ejemplo, al concluir que una descalificación de esa naturaleza “...basada en la doctrina de la arbitrariedad, no sería propia del marco cognoscitivo del recurso de nulidad, sino del recurso de apelación al que se ha renunciado.”⁸⁰ Para una revisión plena de los hechos y el derecho en juego está el recurso de apelación, que las partes no están obligadas a renunciar, “... por lo que no cabe, por esta vía [del recurso de nulidad], reemplazar un recurso que voluntariamente aquéllas excluyeron del trámite de resolución de esta controversia”⁸¹.

⁷⁹ CNCom, Sala D, 07/02/11, “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto S.A. c. Constructora Iberoamericana S.A.”.

⁸⁰ CNCom, Sala D, 08/08/07, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”; *id.*, Sala B, 21/04/14, “Pluris Energy Group Inc. (Islas Virgenes Británicas) y otro c. San Enrique Petrolera S.A. y otros s/ organismos externos”.

⁸¹ CNCom, Sala C, 21/12/2001, “Cortefilms Argentina S.A. c. Seb Argentina S.A.”

La arbitrariedad en todos estos casos se encuentra en los fundamentos normativos de la sentencia, pero el árbitro solo incumple con su deber de decir el derecho si no aplica el derecho elegido por las partes. Si lo hace erróneamente, el acto jurisdiccional no podrá ser considerado arbitrario porque forma parte de la facultad discrecional otorgada por las partes al árbitro. Este punto de vista se apoya en las tesis propuestas por Bianchi y Rivera, en el sentido de que un laudo podrá ser anulado si prescindió de aplicar el derecho elegido por las partes, o aplicó otro.

En este punto resulta fundamental que mencionar que la C.S.J.N. profundizó en “*Carlozzi c. Tornese*” la distinción entre arbitrariedad y error, expresando que “[...] el error en la apreciación de la ley o en la estimación de las pruebas traídas al juicio, sea cual fuere su gravedad, no hace arbitraria una sentencia en el sentido propio y estricto de la expresión, porque la existencia de error es por sí sola demostrativa de que el pronunciamiento no se ha desatendido de la ley y de la prueba sino que se ha hecho según una interpretación equivocada, es decir tomando como verdadero lo que no lo es, de la primera, y una apreciación también equivocada de la segunda, es decir, que no es un mero acto de arbitrariedad o capricho del juzgador”⁸².

Las partes en un arbitraje decidieron someter su disputa al arbitraje, renunciando a la vía judicial, por lo que debe respetarse su voluntad, máxime si se tiene en cuenta que la Corte tiene dicho que el recurso extraordinario es inadmisibles ante laudos dictados bajo una jurisdicción arbitral libremente pactada.

Al respecto, cabe señalar las esclarecedoras palabras de Palacio, quien enfatiza que:

“[e]n razón de que tal doctrina [de inadmisibilidad del recurso extraordinario en los arbitrajes voluntarios] es aplicable incluso ante el caso de que los árbitros hayan resuelto una cuestión constitucional, no cabe compartir la opinión conforme a la cual el recurso extraordinario sería admisible frente a la hipótesis de producirse *graves errores* o *arbitrariedades* en el pronunciamiento o a un supuesto de gravedad institucional. Corresponde, por consiguiente, acordar primacía a la voluntad de las partes que dispusieron, libremente, la renuncia a la intervención de un órgano judicial, cuya jurisdicción concluye con la que ejerce la Corte Suprema, aunque cabría eventualmente acceder al alto tribunal contra la sentencia judicial dictada con motivo de un limitado recurso de nulidad, cuya deducción es irrenunciable...”⁸³

En síntesis, se está por la tesis que argumenta que solo una prescindencia total del derecho elegido por las partes puede ser considerado una causal de nulidad, sostenida también por Rivera –propone que es una causal de anulación solo el *grosero* error de derecho que

⁸² CSJN, *Fallos*, 207:76 y 77

⁸³ PALACIO, Lino E., “Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario”, *La Ley*, 2003-F, 1184. Disponible en: AR/DOC/10848/2003.

transforme al laudo en inicuo o importe lisa y llana prescindencia del derecho aplicable— y Bianchi —apunta que “la falta de motivación sólo podría equivaler a ‘falta esencial del procedimiento’ si de la falta de motivación se infiere que realmente el tribunal arbitral no aplicó el derecho convenido por las partes, o el que hubiera elegido el tribunal arbitral, en su caso, y ello en la medida en que constituya una violación del orden público”⁸⁴—, entre otros autores.

Al respecto, resulta llamativo señalar que el CPCCN no solo no contiene una obligación de motivar los laudos, sino que esta obligación tampoco surge de la equiparación que se le da al laudo con las sentencias, porque el art. 34 inc. 4 establece el deber de *fundar* las sentencias, y no de motivarlas. Aquí resulta importante seguir la distinción que Sagüés hace entre fundar —esto es, referirla a *normas* de derecho, que servirían de apoyatura al fallo— y motivar —apreciar críticamente el material fáctico del pleito: cuestiones de hecho y prueba—.

De todas maneras, el laudo deberá estar siempre motivado, y si respeta el principio de congruencia, se expide concretamente sobre cada uno de los puntos sometidos a litigio y la decisión se halla provista de fundamentación suficiente —de acuerdo a la CNCom en el caso “*Caputo S.A.*”⁸⁵—, se disipa el riesgo de arbitrariedad.

2. IMPLICANCIAS DE LA DOCTRINA

Si bien en un inicio el recurso extraordinario federal fue pensado únicamente para mantener la supremacía efectiva de la Constitución nacional y de las leyes federales dictadas en su consecuencia, la Corte Suprema, mediante la vía pretoriana, ha ejercido su jurisdicción de manera discrecional para flexibilizar el alcance y el rigor con los cuales examina los requisitos del recurso. De este modo, ha desarrollado la doctrina de las sentencias arbitrarias, con la que ha ampliado notoriamente la procedencia del recurso extraordinario federal.

Pero, ¿es esto deseable?

La doctrina de la arbitrariedad otorga una revisibilidad judicial demasiado amplia. Utilizarla en todo su alcance para los laudos arbitrales puede ser muy peligroso, por cuanto posibilita el tratamiento del arbitraje como una primera instancia judicial. Esto resquebraja la seguridad jurídica y lo priva de sus beneficios.

⁸⁴ BIANCHI, Roberto A.: "La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento", *Rev. JA*, 2003-II-77.

⁸⁵ CNCom, Sala F, 20/03/14“*Caputo S.A. c/Emprendimientos Inmobiliarios Arenales S.A. y otra s/Incumplimiento de contrato*”.

El problema que puede colegirse de la susodicha doctrina es que pareciera dictar, en los hechos, la irrenunciabilidad de cualquier vía impugnatoria, máxime cuando lo que se viola es el orden público –concepto vago e impreciso–, o el laudo es arbitrario, irrazonable o ilegal, todos supuestos sumamente genéricos y abstractos que flexibilizan peligrosamente las causales para la anulación del laudo. Son causales tan amplias como indefinibles.

Los supuestos de nulidad del laudo están explícita y taxativamente enumerados en los arts. 760 y 761 del CPCCN. La causal de nulidad por ser el laudo arbitrario no sólo está fuera del articulado antes mencionado, sino que es vaga e impredecible, y presenta una serie de aplicaciones y formulaciones distintas dependiendo de la Sala que entienda en la causa. Ya se ha descrito el diferente tratamiento que le dan al tema, por ejemplo, las Salas B y E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Pareciera que la Corte ha admitido amplias excepciones al criterio restricto de revisión de los laudos, cuando la decisión cuestionada no cumple con los requisitos mínimos que la sustenten como acto jurisdiccional válido en el marco de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

III. LA REVISIÓN DE LOS ERRORES DE DERECHO EN EL DERECHO EXTRANJERO

Ya se ha descrito cómo la aplicación errónea de la ley no tiene cabida como causal de nulidad bajo el derecho argentino.

Ahora bien, ¿qué sucede en el plano internacional?

La tendencia mundial está por el rechazo o la reducción de la posibilidad de los tribunales judiciales de controlar el acierto o mérito de las decisiones arbitrales⁸⁶, lo que se ha manifestado legislativamente en las diferentes leyes arbitrales modernas en las siguientes formas: (i) negando la impugnación judicial en los casos de laudos arbitrales⁸⁷; (ii) limitando la revisión judicial exclusivamente al recurso de nulidad⁸⁸; (iii) posibilitando la remisión del laudo impugnado al tribunal arbitral a los fines de lograr su modificación o clarificación, de modo tal

⁸⁶ Molinario, Alberto & Mariño, Manuel. “La Corte Suprema de la Nación brinda seguridad jurídica al arbitraje”. *Marval, O’Farrell & Mairal*. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=5324>.

⁸⁷ Ver la Ley de Arbitraje de Portugal para los arbitrajes internacionales.

⁸⁸ Ver, por ejemplo, Ley de Arbitraje de Alemania de 1998, en su capítulo 7, Sección 1059, cuyas causales la ley basa en la Convención de Nueva York; o el Código General de Proceso de Uruguay, que en su artículo 499 estipula que contra el laudo arbitral no habrá más recurso que el de nulidad.

de eliminar las causales de nulidad y preservar la validez del laudo⁸⁹; o (iv) aceptando la validez de las renunciaciones efectuadas por las partes respecto a la utilización de vías recursivas⁹⁰.

Por una cuestión de practicidad, y porque muchas de las leyes más modernas están basadas en o son amigables a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, es que se analizará esta última ley. Esta parte del presente trabajo se enfocará en realizar una breve descripción acerca de la impugnación de los laudos de acuerdo a la Ley Modelo, específicamente su artículo 34.

Cuando se trata de un laudo extranjero que quiere ejecutarse en un país distinto de aquel en cuyo territorio –o conforme a cuya ley– ha sido dictado, cada país tiene distintas normativas a cuyos requisitos deben ajustarse los laudos para ser reconocidos como válidos. Como aclara Caivano⁹¹, esos requisitos son, en principio, privativos de cada Estado y surgen de sus normas internas, aunque distintos tratados y convenciones –v. gr. la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958, Nueva York), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975, Panamá) y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (1999), para la Argentina– han sido elaborados para combatir la excesiva rigurosidad o las protecciones discriminatorias a que sujetan la ejecución de un lado muchos Estados, facilitando de esta manera la circulación internacional de los laudos arbitrales y uniformando los patrones de comportamiento de los Estados en la materia. Esto dota al arbitraje de seguridad jurídica, previsibilidad y certidumbre.

Si bien los recursos tendientes a obtener la nulidad de un laudo se rigen por la *lex arbitrii*, “la ley aplicable a los procedimientos de reconocimiento o ejecución es la del país donde éstos se procuran, incluyendo las convenciones internacionales de las cuales ese país sea parte, en la medida que esas convenciones han sido incorporadas a su sistema legal nacional”⁹².

En este sentido, esto es, cuando de laudos arbitrales extranjeros se trata, resulta fundamental para su reconocimiento y ejecución la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Para esto, el trabajo se valdrá del análisis realizado por los autores Redfern y Hunter.

⁸⁹ Ver, por ejemplo, la Ley Modelo, la Sección 35 de la Ley de Arbitraje Sueca, o la Sección 68 de la Ley Inglesa de Arbitraje, en cuanto determina que la corte ante la cual una parte aplicó para impugnar el laudo, puede remitirlo al tribunal para su reconsideración, en el todo o en parte.

⁹⁰ Ver, por ejemplo, el art. 192 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado, o el art. 1718 Código Civil de Procedimiento belga, que permite a las partes excluir la posibilidad de anular del laudo.

⁹¹ CAIVANO, Roque J., *Control Judicial...*, p. 231.

⁹² CAIVANO, Roque J., *Control Judicial...*, pág. 232.

1. **CAUSALES DE NULIDAD BAJO LA LEY MODELO DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL)**

La Ley Modelo determina que el único método para anular un laudo es mediante una aplicación ante una corte nacional del Estado que haya sido sede del arbitraje, y que las únicas causales bajo las cuales un laudo puede ser dejado de lado son aquellas especificadas en la Ley. Estas causales están basadas en el art. V de la Convención de Nueva York. La intención es dejar de lado todo otro tipo de recurso en contra de los laudos, y que las partes que contemplen acudir al arbitraje en un Estado que haya adoptado la Ley Modelo –o cuya legislación se base en ella–, tengan en claro cuáles son las causales para que un laudo sea dejado de lado.

Lo cierto es que la Ley Modelo establece como regla general la ejecutabilidad de los laudos. Así, su Artículo 35 determina que todo laudo será vinculante y ejecutado. No obstante, también establece excepciones a la regla general recién mencionada. Estas excepciones se encuentran en el art. 34, y en líneas generales son las siguientes:

a. **Incapacidad: acuerdo de arbitraje inválido**

La primera causal acarrea la nulidad del laudo si la parte que intenta su anulación prueba:

“(i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado”⁹³.

Así como las partes en un contrato deben tener capacidad para celebrarlo, lo mismo sucede en un arbitraje. El acuerdo arbitral no será válido si las partes que lo pactaron no son capaces de acuerdo a las leyes de los Estados a los que pertenecen.

Si sucediera que una de las dos partes pactó un acuerdo arbitral sin tener la necesaria capacidad, la Ley Modelo podrá entrar en escenario, ya sea al comienzo del proceso arbitral o al finalizar con el dictado del laudo. En el primer caso, la parte capaz podrá requerirle a la corte competente que no remita a las partes a arbitraje, en base a que el acuerdo arbitral es nulo,

⁹³ Ley Modelo, art. 34(2)(a)(i).

inoperativo o de ejecución imposible.⁹⁴ En el segundo caso, la parte capaz podrá requerir a la corte competente ya sea la nulidad del laudo o el rechazo de su reconocimiento y ejecución, invocando que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba “afectada por alguna incapacidad”⁹⁵.

b. Violación del debido proceso

La segunda causal se configura si la parte que intenta la anulación del laudo demuestra:

“(ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos.”⁹⁶

Determinados estándares procedimentales mínimos deben ser cumplidos para que un arbitraje sea llevado a cabo de manera justa y apropiada. Estos estándares tienen por objetivo que el tribunal arbitral se constituya correctamente, que el procedimiento arbitral se ajuste a lo acordado por las partes, a que éstas se notifiquen del procedimiento y de las audiencias, entre otras cosas. El objetivo de esto es que las partes reciban un tratamiento equitativo y sean escuchadas, con igual oportunidad de presentar su caso y hacer valer sus derechos.

Si bien es aceptada la importancia que tiene para el arbitraje que sea llevado a cabo de manera justa y equitativa, lo cierto es que algunos sistemas jurídicos, como el inglés, intentan definir el alcance de estos conceptos, mientras que otros directamente no poseen una legislación que guíe a las partes o a los árbitros en este sentido.

c. Cuestiones jurisdiccionales

La tercera causal que permite impugnar un laudo se configura si la parte prueba:

“(iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas”⁹⁷.

⁹⁴ Ley Modelo, art. 8(1).

⁹⁵ Ley Modelo, arts. 34(2)(a)(i) y 36(1)(a)(i).

⁹⁶ Ley Modelo, artículo 34(2)(a)(ii).

⁹⁷ Ley Modelo, artículo 34(2)(a)(iii).

Detrás de este artículo subyace algo similar a la causal de nulidad del laudo dictado sobre puntos no comprometidos del art. 760 CPCCN. Si el tribunal arbitral tenía jurisdicción para decidir sobre determinadas controversias, no puede decidir más allá de esos puntos sometidos por las partes. Si el tribunal tiene jurisdicción pero no decide todas las controversias que las partes han querido que resuelva, conservará plena vigencia respecto de las cuestiones resueltas que puedan ser separadas del resto del laudo, y aunque las cuestiones irresueltas hubieran podido cambiar el resultado de lo decidido, las partes no tienen la posibilidad de recurrir el laudo. En otras palabras, un laudo la emisión de un laudo *infra petita* no es una causal de anulación.

d. **Otras cuestiones procesales**

La cuarta y última causal se configura si la parte demuestra:

“(iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de las que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”⁹⁸.

Esta causal pena con la nulidad la inobservancia de lo que las partes han acordado en cuanto a la composición del tribunal arbitral o al procedimiento arbitral que deberá seguirse para llevar a cabo el arbitraje.

De todas maneras, es pertinente aclarar que si hubiera acuerdo de partes en relación con la composición del tribunal o respecto del procedimiento a seguir, pero este acuerdo contraviniera disposiciones obligatorias de la Ley Modelo, este acuerdo podría ser dejado sin efecto.

Existen dos causas adicionales que la Ley Modelo establece que pueden ser esgrimidas de oficio por el tribunal nacional para anular el laudo, por lo que éste será nulo de comprobar el tribunal que:

“(i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje;

o

⁹⁸ Ley Modelo, artículo 34(2)(a)(iv).

(ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.”⁹⁹.

Por un lado, si bien la mayor parte de las disputas comerciales son arbitrables bajo las leyes de la mayoría de los países, la arbitrabilidad puede ser un factor de conflicto.

Es que la Ley Modelo es aplicable solo a disputas susceptibles de resolverse mediante el arbitraje, razón por la cual establece que un laudo arbitral es susceptible de anulación si los tribunales del país donde se llevó a cabo el arbitraje determinan que “la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje” según las leyes de dicho país.¹⁰⁰ Esto es así dado que el arbitraje es un proceso privado de resolución de disputas, pero que tiene consecuencias públicas –por ejemplo, al tener como resultado un laudo que será en principio reconocido y ejecutado por determinados tribunales–.

Por otro lado, la Ley Modelo hace mención a las consecuencias que tiene que un laudo viole el orden público del Estado en donde tomó lugar el arbitraje: en ese caso, los tribunales de la sede del arbitraje pueden anularlo. En este punto los autores advierten que “[e]l hecho de que diferentes Estados tengan diferentes conceptos de orden público significa que hay un riesgo de que un Estado podría dejar de lado un laudo que otro Estado podría tomar como válido.”¹⁰¹

En síntesis, estas excepciones al principio de ejecutabilidad están limitadas a cuestiones de jurisdicción (artículos 34 2) a) i) y 34 2) a) iii)), debido proceso (artículo 34 2) a) ii)), respeto por la composición arbitral o el procedimiento arbitral (artículo 34 2) a) iv)) y orden público y arbitrabilidad de la disputa (artículos 34 2) b) i) y 34 2) b) ii)), pero no se refieren a cuestiones de derecho. Esto es porque la Ley Modelo no contiene disposición alguna que permita apelar un laudo arbitral invocando errores de derecho.

Autores tales como Redfern y Hunter, o Gary Born, coinciden en que el error de derecho no es una causal de anulación del laudo.

En efecto, es de la posición de los primeros dos autores que “... [s]i el tribunal es competente, se observan los procedimientos correspondientes y se respetan las formalidades, el laudo – bueno, malo o regular– es definitivo y vinculante para las partes.”¹⁰²

⁹⁹ Ley Modelo, artículo 34(2)(b)(i) y (ii).

¹⁰⁰ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 576.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 578.

¹⁰² REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 580.

Aunque afirman que es “evidente” el argumento a favor de revisar las decisiones arbitrales con el fin de subsanar errores de derecho, los citados autores advierten que un sistema de arbitraje que confiere un derecho ilimitado de apelación de los laudos arbitrales presenta serias desventajas, y que “[e]n el ámbito internacional [...] la balanza se ha inclinado fuertemente en favor del carácter definitivo del arbitraje en contra de la revisión judicial, salvo en circunstancias muy particulares.”¹⁰³

En este mismo sentido se expresa Gary Born.

Por empezar, cuando el autor hace su análisis de las causales de anulación de los laudos arbitrales bajo la legislación arbitral nacional, comienza afirmando que es “...fundamental bajo casi cualquier sistema legal nacional que una acción para la anulación de un laudo arbitral internacional no es comparable con una apelación a una sentencia de un juzgado de menor rango”¹⁰⁴, en el sentido de que al momento de revisar el laudo, las cortes no deben juzgar sobre los errores de hecho o de derecho cometidos por un árbitro.

Y aunque reconoce que hay sistemas legales en donde el laudo arbitral puede ser sujeto a anulación por errores sustanciales, advierte que ello no sugiere que errores en el análisis legal o en la evaluación de los hechos sean exceso de jurisdicción o autoridad.¹⁰⁵ Incluso cita varios fallos de autoridades que continuamente sostienen que los errores sustantivos tanto legales como de hechos no son un exceso de autoridad, incluso aunque ellos sean unos errores muy serios.

Luego, Born aborda el tema de que algunas cortes sugieren que un error extremadamente grave puede constituir un exceso de autoridad y, por ende, ser una causal de anulación. El autor afirma que “[c]ualquier análisis de este tipo debe considerarse con especial reserva. Está en considerable tensión con el principio fundamental, reconocido por la Ley Modelo UNCITRAL y tantos otros sistemas legales, de que la Corte peticionada para anular el laudo no revisará la sustancia de lo decidido por los árbitros”¹⁰⁶.

Puede resumirse, del análisis que el autor hace de la anulación de laudos en el ámbito internacional, que:

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 581.

¹⁰⁴ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014, p. 3186.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 3299.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 3301.

- 1) Si el tribunal arbitral falla en cumplir con el acuerdo arbitral al aplicar la ley de una jurisdicción equivocada, el laudo no será anulado porque los laudos no están sujetos a anulación meramente porque los árbitros hayan alcanzado un resultado sustancial incorrecto.¹⁰⁷ En palabras de una corte: “Incluso aunque un acuerdo arbitral requiera del árbitro aplicar una ley o cuerpo de leyes en particular, el fracaso del árbitro en aplicar tal ley no es una un exceso en los poderes dados al árbitro.”¹⁰⁸
- 2) Incluso en aquellos sistemas legales en donde se prevé la revisión sustancial de los méritos en la decisión arbitral –como Estados Unidos o Inglaterra–, varias decisiones de cortes consideran que los errores cometidos en la aplicación de la ley aplicable no configuran un exceso de poder (*excess of power*)¹⁰⁹, ya que lo que hay que determinar es si el árbitro actuó dentro del alcance de sus poderes, y no si lo hizo bien, correctamente o razonablemente.¹¹⁰
- 3) Si un tribunal deliberadamente ignora la ley o contrato aplicables, y alcanza una conclusión basada enteramente en su propia visión, entonces habrá circunstancias muy estrechas bajo las cuales el laudo podrá ser anulado, pero en estos casos, no obstante, el laudo no es anulado porque el tribunal haya incurrido en un error sustancial, sino porque deliberadamente decidió ignorar su mandato de aplicar la ley y, en su lugar, actuó como un árbitro de equidad.¹¹¹

Hay, sin embargo, autores que opinan de manera distinta.

Ferrari y Silberman que cuando una elección expresa del derecho aplicable es ignorada por los árbitros, hay –y debe haber– posibilidades de dejar de lado el laudo o rechazar su reconocimiento, particularmente en aquellas jurisdicciones como la egipcia o la inglesa. En su artículo “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting It Wrong”, explican que para determinar si esto debe ser así, primeramente debe verse si los árbitros han ofrecido una explicación para ignorar la elección expresa hecha por las partes. Se citan ejemplos tales como la inconsistencia de la ley elegida con normas imperativas o el orden público.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 3303 y 3304.

¹⁰⁸ *Alexander v. Blue Cross of Cal.*, 106 Cal.Rptr.2d 431, 438 (Cal. Ct. App. 2001).

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, *B v. A* [2010] EWHC 1626 (QB) (English High Ct.); *Compare Pearlman v. Keepers & Governors of Harrow Sch.* [1978] 3 WLR 736, 743 (English Ct. App.)

¹¹⁰ *AmerixCorp v. Jones*, 457 F.Appx. 287, 291 (4th Cir. 2011)

¹¹¹ BORN, Gary, *ob. cit.*, p. 3303 y 3302.

En la página 317, estos autores exponen su idea de manera clara, en el sentido de que cuando hay una expresa elección del derecho a aplicarse y los árbitros aplican otra ley o fallan en aplicar la elegida, entonces se han excedido en sus poderes (*exceeded their powers*) o han ido más allá del alcance pautado en los términos del acuerdo arbitral.

Pero estos autores distinguen estos casos del caso en donde los árbitros han aplicado la ley aplicable pero de una manera incorrecta. Esto es así porque creen que “las partes deberían tener algún control tanto en el proceso de selección de la ley que será aplicada como en el aseguramiento de que los árbitros hacen lo que ellas quieren que hagan. [...] El argumento vuelve al punto básico de la introducción –que, en general, el arbitraje otorga a las partes sustancialmente una mayor autonomía respecto a la ley aplicable que lo que el litigio en cortes nacionales otorga.”¹¹²

En otras palabras, partiendo del hecho de que la autonomía de las partes es el pilar y el sello más característico del arbitraje comercial internacional, los autores entienden que en esta situación, el laudo que va más allá de lo antes mencionada, podrá ser impugnado judicialmente, e incluso no ser reconocido en sede judicial. Pero entienden, a su vez, que un mero error en la aplicación de la ley de un país en particular no alcanza este umbral, por lo que no podría ser impugnado ni su reconocimiento rechazado.

IV. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

El arbitraje se ha mostrado como una herramienta por demás útil para la resolución de diferencias, ya sean éstas simples o complejas. Sus beneficios son variados, e igualmente importantes.

Pero para que éste tenga éxito deben darse algunas circunstancias.

En primer lugar, se hace fundamental una política que la acompañe. Concepciones erróneas como que es una justicia privada, o el rechazo del reconocimiento de su naturaleza jurisdiccional, ponen trabas a su desarrollo. Con razón propone Bianchi que “[e]s necesario recordar que, para lograr la estabilidad del sistema arbitral como parte de la seguridad jurídica

¹¹² Linda Silberman, Franco Ferrari, “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration”, F. Ferrari and S. Kröll eds., 2010, p. 321. Traducción propia.

en cuanto a la forma misma de hacer negocios y prever las controversias resultantes, es esencial la política que sigan los tribunales en materia de nulidad de los laudos.¹¹³

En segundo lugar, el Poder Judicial y el arbitraje como método de resolución de disputas deben coexistir e integrarse, ayudándose mutuamente. Los jueces deben ser un soporte para el arbitraje, del mismo modo en que deben hacer valer los contratos cuyas diferencias las partes han querido someter a la jurisdicción arbitral. De este modo, cuando las partes libre y voluntariamente someten sus diferendos a arbitraje, se priorizará la seguridad jurídica y el respeto de esa decisión. Así, los acuerdos serán vinculantes para las partes, quienes deberán cumplirlos de buena fe, bajo el principio *pacta sunt servanda* (art. 959 del CCCN).¹¹⁴

Como bien señala Bianchi:

No es la desconfianza hacia el arbitraje lo que debe motivar a los jueces, sino el sostenimiento del arbitraje de calidad. Éste no podría funcionar sin jueces de apoyo, de contralor o de ejecución, es decir, sin una justicia del Estado que esté disponible como instancia de apoyo y también como garantía de los justiciables contra violaciones esenciales del irrenunciable derecho a la defensa en juicio.¹¹⁵

En tercer lugar, el control judicial ejercido durante el procedimiento arbitral deberá siempre revestir carácter excepcional; siguiendo la clara tendencia de las leyes arbitrales modernas a favor de la primacía y el respeto de la autonomía de voluntad de las partes, y por lo tanto, del conjunto de normas por ellas acordado o elegido. Con posterioridad a su dictado, los laudos arbitrales también serán susceptibles de cierto control judicial, pero éste deberá siempre ser restrictivo, intentando respetar al arbitraje como instancia única de juzgamiento de las cuestiones sometidas a decisión de los árbitros –en consonancia con la renuncia tácita que las partes hacen de la jurisdicción estatal–, sin posibilidades de revisión judicial ulterior respecto de los méritos del laudo arbitral, siguiendo también la tendencia mundial. En este sentido, se ha mostrado que, tanto de la jurisprudencia más importante como del análisis que ésta y la doctrina han hecho de las causales de nulidad del CPCCN, puede colegirse que la aplicación incorrecta del derecho no puede causar la anulación del laudo, excepto que esa aplicación incorrecta signifique su total prescindencia.

¹¹³ Ver BIANCHI, Roberto A.: "La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento", *Rev. JA*, 2003-II-77.

¹¹⁴ Ver GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, "Desnaturalización del arbitraje administrativo", *La Ley*, 2004-E, 493. Disponible en: AR/DOC/1962/2004.

¹¹⁵ Ver BIANCHI, Roberto A.: "La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento", *Rev. JA*, 2003-II-77.

Un laudo sólo deberá ser anulado si el Tribunal arbitral deliberadamente elige ignorar su mandato de aplicar la ley; pero si éste cometió un error sustancial en la aplicación de la ley, entonces el laudo no será anulado, porque el error implica que el Tribunal buscó aplicar la ley pero cometió errores en ese intento. Lo importante será dilucidar si los árbitros hicieron el trabajo que se les encargó, aunque lo hayan hecho defectuosamente.

Por otro lado, es por demás recomendable que nuestro Estado cuente con una legislación que haya adoptado una legislación inspirada en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 para poder encontrarse en óptimas condiciones de ser elegido como sede del procedimiento arbitral. Ya ha ratificado la Convención de Nueva York de 1958, pero si quiere que el arbitraje se desarrolle de manera segura, previsible y eficiente, para poder presentarse como un lugar atractivo para los operadores de los negocios internacionales, necesita actualizar su legislación bajo los lineamientos de la Ley Modelo.

En este sentido, es fundamental que el Congreso trate y sancione el proyecto de Ley de Arbitraje Internacional –que sigue los lineamientos de la Ley Modelo– preparado por los Dres. Rivera y Caivano, con las modificaciones propuestas por los camaristas Pablo Heredia, María Elsa Uzal y Susana Najurieta.

Las partes pactan someterse ante la jurisdicción arbitral, y no es ilógico pensar que todo laudo, como también toda sentencia, pueda contener errores. Para ello están los recursos de aclaratoria y de apelación, que las partes no están obligadas a renunciar. Debe generarse un equilibrio que logre compatibilizar la autonomía del arbitraje con el irrecurrible e inevitable control judicial, sin socavar la eficacia del arbitraje.¹¹⁶ Y nuestro sistema jurídico genera este equilibrio, pero siempre que no se confundan el alcance que otorgan los distintos recursos, discutido más arriba.

A pesar de la existencia de los recursos de aclaratoria y de apelación, las partes muchas veces intentan lograr la revisión del laudo mediante el recurso de nulidad, lo que desnaturaliza el arbitraje y hace perder alguno/s de sus beneficio/s. Tal como propone María Laura Velazco, las partes pueden optar por otros mecanismos diferentes para supervisar un laudo arbitral; pero

¹¹⁶ "[D]ebe ponerse especial cuidado en no incurrir en la judicialización del arbitraje más allá de los límites demarcados por la legislación, para evitar que el control conduzca a la desnaturalización del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios". ANAYA, Jaime: "Control judicial del arbitraje", Rev. *La Ley*, 2004-B, 312.

deberán “ser claras al pactar el arbitraje sobre cuáles son los mecanismos que eligen para impugnar el laudo, y esto por un tema de previsibilidad y de seguridad jurídica...”¹¹⁷.

Es que, teniendo en cuenta que el fin último del arbitraje es la de brindar a las partes de un mecanismo de resolución de disputas que sea eficiente y ágil, solo tendrá sentido si las partes pueden estar seguras de que el laudo podrá ser ejecutado más temprano que tarde. Y para ello, será importante que no se convierta en una primera instancia, porque de lo contrario habrá perdido todo sentido.



¹¹⁷ <http://www.medyar.org.ar/entrevista1501.php>

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

LIBROS

BORN, Gary, International Commercial Arbitration, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014.

CAIVANO, Roque J., Control Judicial en el Arbitraje, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

GELLI, María A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2011.

GELLI, María A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2008.

PALACIO, Lino E., Derecho procesal civil, t. IX, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, Buenos Aires, La Ley, 2007.

RIVERA, Julio C., Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007.

REVISTAS

Ramón ABELLANEDA. "Teoría de las impugnaciones en el proceso civil. Una especial mirada hacia la técnica y práctica de los recursos en la ley 8465". Revista Abeledo Perrot Córdoba, 9 (2012): 949.

María Angélica GELLI. "Dilemas del recurso extraordinario federal." Emergencia Económica y Recurso Extraordinario. Diciembre 2003: 32.

ARTÍCULOS

BIANCHI, Roberto A.: "La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento", Rev. JA, 2003-II-77.

GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, "Desnaturalización del arbitraje administrativo", La Ley, 2004-E, 493. Disponible en: AR/DOC/1962/2004.

GUALTIERO MARCHESINI, Martín, "Revisión judicial de los laudos arbitrales nacionales", La Ley, 2002-A , 1151. Disponible en: AR/DOC/3225/2001.

PALACIO, Lino E., "Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario", La Ley, 2003-F, 1184. Disponible en: AR/DOC/10848/2003.

RIVERA, Julio C.; "Nulidad del laudo arbitral por la no aplicación del derecho elegido por las partes"; La Ley; 01/12/2010. Disponible en: AR/DOC/7829/2010.

RIVERA, Julio C., "Juicio de árbitros", La Ley, 12/01/10.

RIVERA, Julio C.; "Nulidad del laudo arbitral por la no aplicación del derecho elegido por las partes"; La Ley; 01/12/2010.

ROJAS, Jorge, "Vías de impugnación del laudo arbitral", ED, 210-836. Disponible en: <http://www.jorgearojas.com.ar/pdf/doctrina/vilauarb.pdf>.

ROJAS, Jorge, "Revisión de los laudos arbitrales en el Código Civil y Comercial", La Ley, 2016-B, 706. Disponible en: AR/DOC/459/2016.

ROJAS, Jorge A., "El arbitraje y la equidad", ED, 18/11/2010; Nro. 12.631.

Linda SILBERMAN, Franco FERRARI, "Getting to the law applicable to the merits in international arbitration", F. Ferrari and S. Kröll eds., 2010.

PÁGINAS WEB

Autor desconocido (01/08/2015). Art. 959 del Código Civil y Comercial Comentado. Buenos Aires, Argentina: UniversoJus. Recuperado de <http://universojus.com/codigo-civil-comercial-comentado/articulo-959>.

Macias, Francisco A.. "El caso "EACA-Sideco", ¿un nuevo 'Cartellone'?. Marval, O'Farrell & Mairal. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=5352>.

Manduti, Cecilia Laura. "Examen histórico y evaluación de la jurisprudencia de la Corte Suprema con respecto a la procedencia del recurso extraordinario." Sitio Web de la Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta. Recuperado de <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=17.21/05/2012>.

Escuela de la Magistratura del Poder Judicial de Salta. 4/7/2016.

Molinario, Alberto & Mariño, Manuel. "La Corte Suprema de la Nación brinda seguridad jurídica al arbitraje". Marval, O'Farrell & Mairal. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/?id=5324>.



Universidad de
San Andrés

AGRADECIMIENTOS

A mis papás, María José Monteverde y José Félix Poggio, por darme la mejor educación posible, adentro y afuera de casa; por ayudarme en los momentos difíciles y enseñarme a no aflojar.

A mi hermana Virginia Poggio, por estar siempre presente, con su vasta ayuda, consejos y apoyo afectivo.

A mi abuela María Marta Ibar, por representar todo lo bueno en un ser humano, y sus incontables almuerzos que tanto me animaron e hicieron ameno el trabajo.

A mis amigos Mark Remete, Franco Serra, Suyai Mendiberri y Ayelén León, porque sin ellos dudo mucho que hubiera podido transitar todo el arduo camino que culminó con esta tesis.

A Sofía Aguirre, por ser mi bastón emocional y afectivo en los momentos difíciles durante el desarrollo del trabajo.