

¿REVISION O RESCISION DEL LAUDO?

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

En el caso que antecede existen diversos aspectos que pueden ser materia de análisis, sin embargo considero que existe uno que resulta primordial y que el Tribunal ha manejado con absoluta solvencia y claridad que consiste en el alcance que tiene el recurso de nulidad en el arbitraje.

Sin embargo no sería cierto el comentario si no existiera algún tipo de discrepancia interpretativa en la labor desplegada por la Sala, que precisamente radica en el matiz que le ha dado al recurso de nulidad, a partir de su apoyo en el tristemente célebre antecedente de la Corte Suprema que fue el caso conocido como "Cartellone"¹.

Es de destacar que ab initio no se puede menos que coincidir con las líneas generales que sigue el pronunciamiento analizado en punto al recurso de nulidad desarrollado, pero no puede desvirtuarse este medio impugnativo a través de una interpretación que lejos de ser correcta, se aparta de los lineamientos que distinguen al mentado recurso, desde luego pese a la observancia que pretende la Sala al precedente de la Corte Suprema, aspecto sobre el que centraremos este análisis, en aras a pretender demostrar que por vía del régimen que posee en el arbitraje el recurso de nulidad también se puede arribar a conclusiones similares a las obtenidas, con solo advertir que el vicio en el procedimiento que consagra el ordenamiento adjetivo, resulta mucho más maleable que la sesgada mirada que se le pretende atribuir.

2.- ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD²

Es importante destacar que son dos cosas absolutamente distintas, el recurso de nulidad, que contempla el Código Procesal en el art. 253, y el que contempla en el Libro VI el mismo ordenamiento para el arbitraje, toda vez que tienen regímenes totalmente diversos, que permiten su clara diferenciación, más allá que se genera cierta confusión a partir de su denominación.

¹ Fallos 327:1881

² Tuve oportunidad de desarrollar este tema en forma específica en el trabajo El Recurso de Nulidad en el arbitraje, Revista de Derecho Procesal 2007-1-267, Ed. Rubin zal-Culzoni.

La doctrina, ya desde Carnelutti, ha distinguido conceptos que aparecían superpuestos, pues en el viejo derecho romano se distinguía entre una sentencia nula y una injusta. De tal forma, se sostenía que mientras la segunda era impugnabile dentro de un determinado lapso, pues de lo contrario quedaba consentida, la primera en cambio no podía adquirir nunca la calidad de *res iudicata*.

Que una sentencia fuera nula, significaba (del lat. *nec ulla*), en la vieja legislación hispana, “ninguna”³, esa es la traducción que recibía, de ahí la confusión que a veces plantea el acto nulo y el inexistente.

Sin ánimo de remontarnos a antecedentes históricos que nos llevarían a la querela *nullitatis inasabilis* y la *restitutio in integrum*⁴, lo cierto es que bien señalaba Carnelutti, que invalidación e impugnación resultaban conceptos limítrofes, entre los cuales convenía precisar con detenimiento sus diferencias⁵, toda vez que bajo un cierto aspecto, la nulidad de un determinado acto hace presumir su injusticia.

Es así como se gestaron originariamente dos recursos, que son el de apelación y el de nulidad, que apuntaban a “atacar” una sentencia cuando era injusta, para lo cual se requería su *revisión*, en el primer caso; o bien, a impugnarla cuando era inválida, porque evidenciaba vicios in procedendo, esto es vicios intrínsecos específicamente en la construcción de la sentencia, lo que implicaba su *rescisión*, en el otro supuesto.

Todo ello al margen de considerar la otra vía para atacar algunos vicios, si se daban en el desarrollo del procedimiento, esto es por vía del incidente de nulidad.

En el caso de la apelación, se apuntaba a atacar los errores in iudicando, es decir aquellos vicios de juzgamiento. Sin embargo, tanto en la antigüedad como en la época moderna, la querela *nullitatis* primero, y el recurso de nulidad después, terminaron siendo absorbidos por el que conocemos actualmente como recurso de apelación⁶.

Este fenómeno que se dio ya desde tiempos remotos, que consiste como señala toda la doctrina en la absorción de la invalidación en la impugnación (Palacio, Podetti, Rivas, Hitters, entre otros), significó

³ Hitters, Juan Carlos; *Técnica de los Recursos Ordinarios*; Ed. Librería Editora Platense, 1988, p. 505.

⁴ Señala Chiovenda que la querela *nullitatis inasabilis* se refería a algunas nulidades de procedimiento y de sentencia que sobrevivían al transcurso de todo término de impugnación, a diferencia de la querela *nullitatis sanabilis*, que se refería a nulidades para hacerlas valer en un cierto término; que con el tiempo se unificó en la apelación. Mientras que la *restitutio in integrum* se concedía como remedio contra la falta de defensa, y siendo ésta defectuosa, o en caso de haberse descubierto nuevos elementos de decisión (errores, falsedad de un documento, nuevos documentos, etc.) (Chiovenda, José; *Principios de Derecho Procesal Civil*; Ed. Reus, Barcelona; T. II, p. 545).

⁵ Carnelutti, Francesco; *Instituciones del Proceso Civil*, T. I, p. 555.

⁶ Hitters, Ob. cit., p. 506.

la extinción del recurso de nulidad como un recurso autónomo y diferenciado de la apelación, ya que parafraseando a Podetti, como magistralmente lo describió Carnelutti, mientras la invalidación actúa sobre la legalidad del acto, la impugnación lo hace sobre su justicia, con lo cual resultaría antieconómico la subsistencia de los dos recursos, ya que la impugnación es más radical pues, no sólo ataca el mal en su raíz, sino sustituye el acto conforme a la justicia del caso⁷.

Obsérvese que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, señala en su art. 253 que “el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia” y agrega más adelante, como nota distintiva, que implicó el agotamiento del reenvío, típico de este recurso, que si el tribunal de alzada declaraba la nulidad de la sentencia, debía resolver también sobre el fondo del litigio.

Aquí se asienta uno de los errores en los que habría incurrido el Tribunal del recurso en el fallo analizado, partiendo para ello del pronunciamiento de la Corte in re Cartellone, que la misma Sala se encarga de destacar los innumerables comentarios desfavorables que ha recibido de parte de la doctrina.

Este aspecto esencial a tener en cuenta, se apoya fundamentalmente en que por vía del recurso de apelación, se cumplimentan las dos facetas que tradicionalmente lleva a cabo un tribunal de alzada cuando se somete una cuestión a su decisión.

Por un lado, el *iudicium rescindens*, que no es otra cosa más que el juicio de rescisión, esto es casar el fallo, anularlo, dejarlo sin efecto, en caso de que adolezca de vicios in iudicando o in procedendo (competencia negativa). Mientras que por otro lado, repone ese fallo que dejó sin efecto, con uno nuevo, operación que se denomina *iudicium rescissorium*, esto es, emitir un juicio o un pronunciamiento de reposición del que se dejó sin efecto (competencia positiva).

Esas operaciones eran idénticas tanto en la apelación como en la nulidad, de ahí que se haya absorbido la invalidación por la impugnación, pues en mérito al principio de economía procesal, el tribunal de alzada operaba en idéntico sentido en ambos supuestos, lo que torna estéril la distinción.

Con lo cual, se advierte de lo expuesto, la clara diferencia que existe entre el recurso de apelación y el de nulidad, pues en su esencia el primero apunta y conlleva naturalmente al *rescissorium*, y tiene un objeto distinto del segundo (nulidad), ya que opera sobre la hipótesis de una resolución válida, pero con errores de juzgamiento.

⁷ Podetti, J. Ramiro; Tratado de los Recursos, Ed. Ediar, p. 248.

Sostiene Hitters que al desaparecer el reenvío, se desvanecen las diferencias que existen entre las dos vías, pues si la alzada rescinde el fallo, debe componerlo en sentido positivo dictando otro (esto es el *iudicium rescissorium*)⁸.

Como se advierte de lo expuesto hasta aquí, está por demás claro que la invalidación ha sido absorbida por la impugnación, entendiéndose por tal, que aquella sentencia que aparecía viciada de nulidad, motivo por el cual correspondía su invalidación, pues presentaba algún vicio de procedimiento en su construcción (vgr. carencia de fundamentos, u omisiones de tratamiento de cuestiones debidamente articuladas, entre otros), la vía impugnativa a utilizar resulta el recurso de apelación pues está insito dentro suyo el de nulidad, conforme las previsiones del art. 253 del Código Procesal.

Resulta importante destacar estos aspectos, en cuanto a la competencia negativa que se ejerce en el recurso de nulidad y la positiva que se le adosa en la apelación, a los fines de poder marcar las diferencias que se suscitan en el ámbito del arbitraje, pues allí el recurso de nulidad se constituye en una figura diversa y por ende autónoma, pese a su denominación similar, ya que tiene caracteres propios que permiten su clara distinción del recurso que contempla la parte general del Código Procesal.

A todo ello cabe agregar a su vez, que existen diversos sistemas arbitrales, que consagran una mayor o menor amplitud en las diversas causales de nulidad antes señaladas, por lo tanto, dependerá a su vez de la autonomía de la voluntad de las partes el sometimiento a un determinado régimen arbitral a los fines de determinar este aspecto⁹.

Sin perjuicio de ello, si existe uniformidad en punto a la admisibilidad de la denominada *lex fori* (ley de la sede del arbitraje), como pauta reguladora de la interferencia judicial de la que puede ser objeto un proceso arbitral, esto es, en sentido amplio, la posibilidad de sometimiento a revisión (o rescisión) judicial.

También es importante destacar un aspecto de importancia fundamental, como es la elección de la legislación aplicable, sin perjuicio de lo cual es de señalar que en la actualidad el arbitraje se ha constituido en el mecanismo de resolución de conflictos más utilizado a nivel mundial, sea por una razón de agilidad en los trámites, o de abaratamiento en los costos, o de mayor seguridad por la

⁸ Hitters, Juan C.; Ob. cit., p. 518.

⁹ Ejemplo de lo expuesto surge de la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuyo art. 34 establece causales taxativas de nulidad del laudo arbitral.

especialidad de los árbitros que participan en ellos, lo cierto es que las transacciones internacionales generalmente son resueltas por vía arbitral¹⁰, desarrollándose de esta forma un nuevo concepto de la que se ha denominado *lex mercatoria*, toda vez que junto a la legislación tradicional, se viene dando un fenómeno muy particular, que es la creación de un nuevo sistema, con usos y normas propios que se han incorporado a los arbitrajes por las propias prácticas comerciales, la cual ha sido considerada como un ordenamiento que resulta expresión -en palabras de la Corte de Casación italiana- de la *business community* o *societas mercantile*¹¹.

3.- EL AMBITO OPERATIVO DEL RECURSO DE NULIDAD EN EL ARBITRAJE

El recurso de nulidad, resulta operativo no sólo en el arbitraje voluntario, sino además en el necesario (aquel impuesto por la letra de la ley), y es fundamental tener en cuenta que únicamente funciona como tal dentro del arbitraje de derecho, pues en la amigable composición sólo se puede revisar el contenido de un laudo por vía de acción y no de recurso (art. 771 Cód. Procesal).

Por lo tanto, corresponde tener en cuenta, en un arbitraje doméstico, que las convenciones de las partes no pueden dejar de lado la letra de la normativa procesal, desde luego de neto orden público, en punto a algunos aspectos que resultan indisponibles para ellas.

Sirva como ejemplo, las previsiones del art. 760 del Código Procesal que textualmente dice: “la renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad de los de aclaratoria y nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos”.

La cita es por demás elocuente, y tiene que ver con dos aspectos esenciales que distinguen este sistema arbitral. En primer lugar, la materia objeto del litigio siempre debe ser susceptible de ser

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo L.; *Teoría de la Decisión Judicial*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 37. En idéntico sentido Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández De La Gandara, *El arbitraje comercial internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 38; quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países.

¹¹ Galgano, Francesco; *La globalización en el espejo del derecho*; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 69. Dicho autor cita allí un precedente también de la Corte de Casación francesa, la que se hace eco de la italiana, sosteniendo que la *lex mercatoria* está constituida por “reglas de derecho” verdaderas y propias, que las partes pueden válidamente elegir en lugar de cualquier derecho estatal, y las pueden elegir, en el arbitraje internacional, los mismos árbitros, si las partes les cedieron a ellos la elección del derecho aplicable. Ese precedente es del año 1991, pero además cita el autor otro precedente de un tribunal italiano que es de 2003, por el cual se estableció que la nueva *lex mercatoria* es un ordenamiento consuetudinario autónomo respecto a los ordenamientos estatales y el arbitraje internacional es la sede idónea a juzgar los hechos que se ponen en contraste con esa nueva *lex mercatoria*.

sometida a transacción por las partes, con lo cual, cobra vida el viejo adagio -quien puede lo más puede lo menos- si es posible para las partes disponer de sus derechos y sustraerse a la competencia de los tribunales oficiales del Estado, con mucha más razón pueden disponer de las formas que estimen convenientes para dirimir sus controversias, entre ellas, las vías impugnativas.

De ahí que sea usual en la gran mayoría de los arbitrajes, que las partes ya desde el momento mismo que suscriben su cláusula compromisoria, renuncien a la interposición de todo tipo de recursos, entre ellos el fundamental es el de apelación, a los fines de evitar la “judicialización” de su trámite¹².

No obstante ello el art. 740 del Código Procesal va más allá aún y admite la renuncia de los recursos en el arbitraje, incluyendo al de nulidad, pero con un límite absolutamente claro, que son las previsiones del art. 760 del Código Procesal.

Esos casos son: que exista una falta esencial del procedimiento; que se hubiera fallado el caso fuera de plazo; o bien, que se hubiera fallado sobre puntos no comprometidos.

Con lo cual parecería, sin mayores esfuerzos interpretativos, que existen dos ámbitos claramente diferenciables dentro del recurso de nulidad, uno que resultaría disponible para las partes, y otro que importaría un límite concreto y preciso que no puede ser sobrepasado.

Esto es sencillo de interpretar, como coincide la doctrina e inclusive la jurisprudencia, el sentido del recurso de nulidad es dejar a resguardo la garantía constitucional de la defensa en juicio, con lo cual, no es otra cosa que el debido proceso legal lo que aparece en juego, como una clara manifestación del derecho a la jurisdicción que tiene todo ser humano, el que se intenta resguardar con este mecanismo, a fin de evitar un menoscabo hacia un derecho humano esencial.

Por lo tanto cabe interpretar que esa limitación impuesta por la legislación, no es otra que la impuesta por la propia Constitución Nacional, toda vez que no se puede pretender de antemano a que alguien renuncie a una nulidad que eventualmente pueda suscitarse en el futuro, que desde luego, no sabe

¹² Cabe desestimar el recurso de nulidad planteado contra una decisión de un tribunal arbitral, toda vez que del tenor literal del laudo atacado no surge omisión o defecto que lo invalide, ya que dicha pieza, conformada por el voto de los tres integrantes del tribunal, respeta el principio de congruencia, asimismo se advierte que la prueba fue valorada, se aplicó el derecho fijado en el acta de constitución del tribunal y la decisión contó con suficientes fundamentos, disipando el riesgo de arbitrariedad; en consecuencia mal puede atacarse por este medio las conclusiones de dos de los árbitros pues excede la estructura recursiva pretendida, ya que, aun tratándose de un laudo arbitral, el recurso de nulidad no está previsto para atacar errores "in iudicando" y, considerando que el recurrente al someterse al reglamento de arbitraje de la uncitral consintió la inapelabilidad del fallo, tal proceder debe entenderse como una renuncia que las partes hicieron a un mérito acerca de las cuestiones que fueron objeto del laudo, por lo que no cabe, por esta vía, reemplazar un recurso que voluntariamente aquellas excluyeron del trámite de resolución de la controversia (CNCom., Sala C, 21/12/01, en autos “Cortesfilms Argentina S.A. c/SEB Argentina S.A. s/Queja, LD-Textos).

que vaya a acontecer, ni menos aún espera que acontezca, pues se presume que todo pronunciamiento jurisdiccional, más aún siendo de derecho, se ajustará a la preceptiva legal aplicable.

Esto nos lleva a retrotraernos al comienzo de este trabajo, pues aquí es necesario diferenciar los errores in iudicando, es decir de juzgamiento, que son -por esencia- ajenos al recurso de nulidad, pues caen dentro de la órbita de la apelación, de aquellos otros errores que se denominan in procedendo, pues tienen que ver con los vicios en la construcción del laudo en sí mismo.

Por esa vía, tenemos la necesidad de volver a involucrarnos dentro del ámbito que originariamente distinguía entre invalidación e impugnación, es decir aquél que apuntaba a demostrar la invalidez de una sentencia por vicios en su construcción, lo que provocaba que no se pudiera erigir en tal, de aquél otro en donde la sentencia aparecía injusta, ámbito éste reservado al recurso de apelación.

Lo cierto es que aquí la cuestión se transforma en casuística, y si bien Hitters¹³ señala algunos ejemplos sobre el particular, sobre todo destacando que ellos tienen una mera finalidad pedagógica, como una deficiencia en la integración del tribunal, o bien la falta de fecha en el fallo, o en su caso omitir tener en cuenta una cuestión prejudicial, ello no nos permitiría establecer un parámetro o estándar interpretativo de antemano, que permitiera desentrañar el límite que fija el art. 760 del Código Procesal a la luz de las previsiones del art. 741 inc. 5to., sugiriendo la posibilidad del recurso - dada su autonomía- con relación a aspectos que se vinculen con el trámite del proceso arbitral¹⁴, reservándose para el laudo aquél ámbito indisponible que enmarca el art. 760, ello en atención a las previsiones del segundo párrafo del art. 761 del Código Procesal que establece que “se aplicarán subsidiariamente las disposiciones sobre nulidades establecidas por este Código”¹⁵.

¹³ Ob. cit., p. 520.

¹⁴ Sirva como ejemplo de ello, la posibilidad de plantear la nulidad del compromiso, como lo contempla específicamente el art. 643 inc. 1 del Código Procesal de Córdoba, en donde se mantiene la subsunción de la invalidación en la impugnación, admitiendo la vía de la apelación para sostener esa nulidad; para demostrar a su vez, la posibilidad de superar esa vía si es convalidada por las partes, como lo señala específicamente el art. 419 del Código Procesal santafecino, que señala, que esa posible nulidad quedará subsanada si las partes no la oponen dentro del quinto día de notificada la constitución del tribunal arbitral.

¹⁵ Si bien el CPR 758 y ss. solo prevén el recurso de nulidad contra la sentencia arbitral, cuando -como en el caso- son recurridas decisiones post laudo -decisiones que en general habrán de relacionarse con el trámite de cumplimiento del laudo- las mismas parecen recurribles por nulidad ante la jurisdicción judicial, en tanto agraven a alguna de las partes del juicio arbitral y exhiban alguno de los defectos del CPR 760, 2used par., en cuanto esa previsión sea aplicable, por su contenido y alcances, a decisiones post laudo (CNCom., Sala D, 9/9/94, in re “Ballester, Ricardo c/Establecimientos S.E.B. S.R.L. s/Remoción de administradores).

En el sublite se dan estas circunstancias a la luz de los planteos efectuados por la intervención (defectuosa o inexistente) de la sindicatura, una vez que la demandada estaba en concurso, y la competencia del Tribunal arbitral una vez decretada su quiebra, y por ende el rol que le cabía a la sindicatura, pero obsérvese que en todos los casos esos aspectos fueron razonablemente abordados por la Sala, inclusive con la complementación brindada por el último de los vocales, cuando destaca al igual que el primero el carácter de “parte necesaria” que le atribuye la ley al síndico, debido precisamente a las características del proceso universal (sea concursal o de quiebra) que importa la existencia de un colectivo que requiere la unificación de su representación.

4.- IRRENUNCIABILIDAD

La autonomía del recurso de nulidad en el arbitraje lleva a reconocer la existencia de un límite representado por la imposibilidad de las partes de renunciarlo –desde luego siempre con referencia al arbitraje de derecho más allá del carácter del tribunal- ya que su existencia arraiga en la letra de la Ley Fundamental que resguarda el debido proceso legal.

Esto debe entenderse en el sentido que hoy no admite ningún tipo de cortapisa el resguardo de toda persona, de su derecho a la jurisdicción, el cual importa, no sólo acceder ante ella, sino además el derecho de ser oído, con todas las implicancias que ello conlleva, es decir, ofrecer prueba, producirla, alegar, impugnar, etc.

Por lo tanto, si bien cuando las partes deciden someter una cuestión a arbitraje, se sustraen a la competencia de los tribunales oficiales del Estado, implicando esto no una simple transacción en sentido tradicional, sino una concreta sustracción a la jurisdicción judicial, cuando de derechos disponibles se trata, no es menos cierto que la actuación del tribunal arbitral pueda presentar algunas fallas que invaliden el laudo.

Estas circunstancias han sido sintetizadas en la letra de la ley en los arts. 760 y 761 del Código Procesal, que constituyen el valladar indispensable para sustentar la legalidad de un laudo arbitral.

Esto es que no debe haber sido dictado fuera de plazo, no debe ser dictado fuera de los puntos sometidos por las partes a la decisión del Tribunal, no deben existir contradicciones entre los fundamentos y la parte dispositiva y la causal más importante a analizar en este caso que se abordará por separado que es la referente a que no debe quedar invalidado por una falta esencial en el procedimiento.

Es sencillo inferir, que un exceso por parte del tribunal en la observancia del plazo fijado para la expedición del laudo, importa la pérdida de la jurisdicción que le fuera conferida por las partes, con lo cual, esta es una causal de nulidad, que aparece con absoluta claridad para su interpretación.

La otra alternativa dentro de esta zona límite, por las restricciones que impone a la libertad de contratación y por ende resguarda el acceso a la jurisdicción, es el supuesto que importa la violación al principio de congruencia, cuando el tribunal emite un pronunciamiento “sobre puntos no comprometidos”¹⁶.

Aquí la distinción que cabe, conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es la distinción entre aquellas sentencias que resuelven por fuera de lo pedido por las partes (extra petita), o bien omiten resolver cuestiones debidamente introducidas (citra petita), o bien se expiden más allá de lo peticionado (ultra petita).

Todas ellas la Corte Suprema las ha considerado, como típicas manifestaciones dentro de las sentencias que denomina arbitrarias. Esto importa la violación al art. 18 de la Constitución Nacional, pues si el tribunal arbitral –como bien lo reconoce la Sala interviniente con apoyo en la doctrina de la Corte Suprema- posee facultades jurisdiccionales, por la función que las partes le encomiendan, y la independencia e imparcialidad que deben mantener, éste se constituye en el juez natural, que en este caso son las propias partes quienes lo eligen por la índole de los derechos involucrados en el conflicto. Por lo tanto, la propia Constitución Nacional, contempla allí el principio de congruencia cuando requiere que el juez (en este caso el árbitro), haga un “juicio previo” para condenar o absolver. Esto no importa únicamente una mirada formal, en el sentido del desarrollo de un determinado proceso, sino que además de ese aspecto adjetivo de suma importancia por cierto, el juicio previo, consiste en el juicio valorativo de parte de la jurisdicción para saber y determinar, cuál de las dos posiciones en el pleito es la correcta, precisamente para acoger o desestimar las pretensiones en juego.

Esta circunstancia da pie para abordar el último aspecto en este análisis que consiste precisamente en poder advertir el significado y alcance del sintagma “falta esencial de procedimiento”, que si bien aparece como un concepto jurídico indeterminado por su vaguedad, no es menos cierto a la luz de lo que llevamos señalado, una aproximación importante para delimitar o precisar su caracterización.

¹⁶ Es violatoria de las garantías de la propiedad y de la defensa en juicio la sentencia que, en materia civil, otorga un derecho mayor que el reclamado por el actor. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la sentencia que desestima la nulidad de un laudo arbitral, impugnado por haber incrementado la condena con la desvalorización de la moneda, no reclamada en la demanda ni incluida como punto del compromiso arbitral (Fallos 273:301).

5.- FALTA ESENCIAL EN EL PROCEDIMIENTO vs. CASO CARTELLONE

Surge acertada la labor desplegada por el Tribunal, y reconozco que la decisión que importa la declaración de nulidad de una compensación, como particularidades que hacen a este pronunciamiento importaría una decisión sobre el mérito, aspecto que le estaría vedado al Tribunal, salvo decisión expresa de las partes en ese sentido, aspecto que no surge contemplado en los términos del fallo en análisis.

Sin embargo, no es menos cierto que la competencia negativa la Sala la ejerció razonablemente y ajustó su labor al verdadero alcance que corresponde atribuirle al recurso de nulidad en el arbitraje, por resultar una figura autónoma dentro de nuestro ordenamiento adjetivo.

No obstante, merece una crítica desde mi punto de vista, el fundamento que se apoya en el caso Cartellone resuelto por el más Alto Tribunal, ya que las circunstancias de ese pronunciamiento varían notablemente del que aquí nos ocupa, y además considero que resulta un precedente totalmente aislado, que aparece entremezclado con un trasfondo político que en nada se compadece con un verdadero razonamiento jurídico, y además que por la vía aquí desarrollada es viable una conclusión similar a la que pretende obtener el Tribunal judicial de ese tristemente célebre caso, desde luego con la diferencia que consiste en el apoyo en el verdadero recurso viable a esos fines.

Sucede que en ese pronunciamiento se accedió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de un recurso ordinario de apelación ante la Corte, contemplado por los arts. 254 y 255 del Código Procesal, pese a que había sido renunciada la apelación por los litigantes, y como fuera expuesto al comienzo de este análisis, el máximo Tribunal del país, ejerció una competencia que no le resultaba atribuible, pues en ningún caso se desprende que ninguna de las dos partes haya solicitado la reposición del pronunciamiento, desvirtuando así la renuncia que se había efectuado al recurso de apelación.

Para ello la Corte omitió tener en cuenta que las partes, no sólo pueden renunciar a la doble instancia que importaría un recurso de apelación porque ella no tiene jerarquía constitucional -por el momento- para la doctrina de nuestro más Alto Tribunal en el ámbito civil, sino que además el apartamiento de las partes a someterse a la jurisdicción judicial es la que debe marcar el límite a esa interferencia judicial.

No se puede analizar la renuncia a un derecho con el cartabón del orden público que utilizó la Corte en un proceso arbitral, donde surgía claro para las partes lo que habían acordado, para ello existe el recurso de nulidad como mecanismo de revisión que permite la eventual *rescisión* de un pronunciamiento arbitral.

Cuando las partes se someten a un tribunal arbitral no renuncian a la jurisdicción judicial –con el alcance que se suele interpretar- sino solo por las razones de conveniencia que conforme la disponibilidad de sus derechos mejor estimen corresponder. Esto no implica la renuncia al acceso a la jurisdicción judicial, lo que aparece en juego –más allá de la disponibilidad de los derechos que les asisten a las partes para comprometer su caso en árbitros- es la violación del derecho a la jurisdicción, como derecho humano esencial resguardado precisamente a través de la aclaratoria y la nulidad que resultan irrenunciables.

Por eso el camino que se transitó para llegar al pronunciamiento del caso Cartellone, ha desvirtuado, no sólo el arbitraje sino además a los recursos de los que se ha valido para ello, como asimismo se ha distorsionado la interpretación que corresponde hacer con referencia a la posible violación del orden público.

Veamos un ejemplo de estas acotaciones: concretamente sostuvo la Corte entre otras consideraciones al resolver el referido caso, que “Es nulo el laudo que transforma las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrantes de la litis y variando así el compromiso” (sic).

Si ello fuera así resulta materia precisamente del recurso de nulidad, y debió ser analizado a la luz de los parámetros de este límite que aquí nos ocupa que es la falta esencial del procedimiento (tanto en Cartellone como en este caso), pues esta causal no se la puede restringir simplemente a un aspecto formal dentro del arbitraje, sino que tiene una veta sustancial que hace a la existencia misma del debido proceso legal, de ahí su irrenunciabilidad, y por ende de allí también su enfrentamiento con las razones que se dieron en Cartellone para sustentar que un laudo puede ser revisado cuando resulte ilegal, irrazonable o arbitrario, aspectos todos pertenecientes a la órbita de la nulidad que impone así por esa vía sustancial, la *rescisión* del laudo y no su *revisión*.

No es la injusticia de un pronunciamiento la que aparece involucrada en esos supuestos, sino la ilegalidad del pronunciamiento por su irrazonabilidad, es decir su arbitrariedad, o la carencia de ese estándar interpretativo tradicional que utiliza la Corte cuando señala que un pronunciamiento tiene que constituir una razonada aplicación de la preceptiva legal a las circunstancias que se ponen de manifiesto en un proceso.

De tal modo esa “falta esencial en el procedimiento”, requiere su caracterización desde un doble punto de vista que siempre importa un quebrantamiento serio e inequívoco de la garantía constitucional de la defensa en juicio (vgr. no haberse corrido traslado de la demanda correctamente recibir la causa a prueba cuando existen hechos controvertidos, entre otros), aspectos todos que pueden quedar convalidados, como enseña Palacio, en la hipótesis que tácitamente el litigante los consienta¹⁷. De ahí que considerara innecesario el recordado maestro, distinguir entre irregularidades esenciales y no esenciales, como lo había hecho la jurisprudencia.

Sin embargo, Colombo enseñaba que la nulidad que provoca una falta esencial en el juicio, era la máxima de las nulidades, toda vez que al producirse se genera la violación de un precepto constitucional que nos hace enfrentar a un no-juicio, pues sostenía aquel autor que pueden existir otros actos procesales irregulares, que no suponen necesariamente la violación de las forma esenciales del proceso¹⁸.

Esta distinción lo llevó a sostener a Colombo que existen básicamente dos tipos de nulidades procesales, las propias y las impropias. Las primeras son las que derivan de la irregularidad puramente formal del acto, con lo cual resultaría inidóneo para cumplir la finalidad a la que estaba destinado.

Mientras que las impropias serían aquellas en las que el acto no aparece irregular en sí mismo, sino por reflejo, porque su contenido viola alguna norma jerárquicamente superior a la procesal, como por ejemplo la Constitución Nacional (o eventualmente provincial), o una ley de fondo¹⁹.

Este es el supuesto en donde aparece un menoscabo de la legítima defensa en juicio. Su violación 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, 33, entre otros de la Constitución Nacional, al igual que el bloque de constitucionalidad que ella incorpora a través del inc. 22 del art. 75²⁰.

¹⁷ Palacio, Ob. cit., T. IX, p. 142.

¹⁸ Colombo, Carlos J.; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado, Ed. Abeledo-Perrot, 1969, T. II, p. 132.

¹⁹ Colombo, Carlos J.; Ob. cit., T. II, p. 133.

²⁰ A modo de ejemplo, el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el “derecho de justicia”, señalando que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. El art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. En idéntico sentido se puede ver también el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Por eso quizás sea conveniente, con la finalidad pedagógica que antes destacamos en Hitters, que convenga tener presente en la distinción que hacía Colombo, al solo efecto de advertir el alcance que tiene aquella vertiente que llamó nulidades impropias, que siguiendo su propia distinción, tal vez convenga denominarlas esenciales, para advertir así el tipo de proyección que tienen y la razón que pueda existir para invalidar un laudo.

Como se puede apreciar de lo expuesto hasta aquí, en todos estos supuestos siempre aparece violentado un límite representado por el debido proceso legal, sea porque no se hayan observado las formas esenciales del procedimiento, o porque se hubiera dictado un laudo que desde el punto de vista sustancial no supere el umbral mínimo para sostener su legitimidad y resulta viciado de nulidad.

Esto es así toda vez que las dos vertientes que se distinguen en el debido proceso legal, concepto de viejo cuño pero que más allá de sus dificultades para involucrarlo prietamente en una definición, ha permitido su caracterización a través del tiempo, ya que si bien nació como una garantía formal, a través de una figura como la que hoy representa el habeas corpus, merced a su trasvasamiento a las colonias inglesas en América, y el fuerte influjo que ejerció el jusnaturalismo que impregnó a todas las instituciones nacientes bajo el amparo de constitucionalismo y el estado moderno a partir del siglo XVIII, representó una garantía mucho más sustancial.

Este aspecto es dable observarlo en el control de constitucionalidad y de convencionalidad que debe ejercer todo tribunal de justicia –aún arbitral- para la elaboración de su pronunciamiento de mérito pues allí radica el control de razonabilidad que hace todo tribunal entre los hechos fijados en el proceso y el plexo normativo que resulte de aplicación, o los fundamentos que estime necesarios para sustentar su decisión, aunque no se trate de un arbitraje de derecho.

La puesta en correspondencia de los hechos y el derecho no pueden en ningún caso constituir un apartamiento tan grosero como para configurar un pronunciamiento ilegal, irrazonable o arbitrario, en los términos de la doctrina desarrollada por el Alto Tribunal.

Por ello, no es la malhadada doctrina sentada en Cartellone la que corresponde observar para invalidar un pronunciamiento arbitral –total o parcialmente- por nulo, sino que la nulidad –que impone la *rescisión* de un laudo- surge también del grosero apartamiento de un tribunal de justicia (judicial o arbitral) de aquello que representaría una adecuada operación de subsunción jurídica, que importa la razonada aplicación del derecho a las circunstancias del caso fijadas para su juzgamiento.

Ello permite diferenciar el ámbito de la revisión, típica del recurso de apelación, que debería expedirse sobre una eventual sentencia injusta, de la rescisión, natural del recurso de nulidad, que analiza la legalidad del pronunciamiento pues está en tela de juicio su eventual invalidez, ya que a través de ésta última se persigue dejar sin efecto un pronunciamiento de esa índole por la afectación que importa para el derecho de defensa del recurrente, de modo de que una vez anulado vuelva al tribunal de origen²¹.

Determinada la nulidad, parcial²² o total del laudo, el tribunal judicial interviniente, deberá anularlo ejerciendo la potestad antes señalada, y regresarlo al tribunal arbitral, para que a través suyo -si corresponde- o a través de la conformación de un nuevo tribunal, las partes obtengan un nuevo pronunciamiento sobre el conflicto que las vinculó.

Ello se desprende del tercer párrafo del art. 761 del Código Procesal, cuando indica que si el proceso se desarrolló normalmente y únicamente la nulidad fuese del laudo, el juez se podrá pronunciar, reponiendo el fallo (iudicium rescissorium), solo *si las partes así lo peticionaran*.

Lo señalamos, pues es común advertir que frente a un determinado laudo, que las partes no consideren razonable, se intente la vía del recurso extraordinario federal (con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad) para su impugnación, lo cual resulta improcedente, no sólo porque ellas mismas en la mayoría de los casos renunciaron a los recursos (que es lo usual en materia de arbitraje), sino que además la doctrina de la Corte resulta pacífica e inveterada en el sentido expuesto²³.

²¹ Resulta improcedente promover la nulidad parcial de un laudo arbitral dictado por el tribunal de arbitraje designado por convención de partes cuando, como en el caso, surge que se intenta introducir, bajo la figura de la nulidad que contempla el CPR:760, un recurso de apelación con la finalidad de atacar errores in iudicando, al cual voluntariamente renunciaron. Máxime, si del tenor literal del laudo cuestionado no se evidencian omisiones o defectos que lo invaliden o que permitan abrir la vía de la nulidad. El pronunciamiento del tribunal, 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, aventando el riesgo de arbitrariedad; en consecuencia no corresponde cuestionar por este medio las conclusiones del laudo en tanto se excede la estructura recursiva pretendida. De modo pues, que si bien la renuncia de derechos debe interpretarse restrictivamente, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, no cabe aceptar la intromisión de una solapada apelación que fuera materia expresamente dejada de lado por los concertantes, pretendiendo forzar por la vía del CPR:760 la revisión del laudo (CNCom., Sala A, 28/7/05, KCK Tissue S.A. c/Citibank NA Nassau s/Arbitraje, LD-Textos).

²² La circunstancia de que se declare la nulidad parcial del laudo –en el caso, al considerarse afectado, en uno de sus aspectos, el principio de congruencia- no deriva en la invalidez de la totalidad del mismo, pues debido a los particulares elementos que se toman en cuenta para analizar un planteo de este tipo, el sistema arbitral –de origen netamente contractual- permite separar los distintos actos que contiene la decisión para poder declarar la nulidad de alguno de ellos cuando existe divisibilidad objetiva de los distintos puntos tratados (CNCom., Sala C, 3/6/03, E.D. 203-492).

²³ El remedio federal sólo procede respecto de las resoluciones de los tribunales de justicia, carácter atribuible a los integrantes del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y, por extensión, de las decisiones de los organismos administrativos dotados por la ley de facultades jurisdiccionales, no revisables por vía de acción o de recurso. En el caso -en que se dedujo recurso extraordinario contra el fallo del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires-, la apelación interpuesta no cabe respecto de las sentencias emanadas de la jurisdicción arbitral libremente

Todo ello al margen de lo que resolvió la Corte en el caso Cartellone²⁴, que lo hemos considerado lisa y llanamente como un caso aislado, de hondo contenido político, que no alcanza para sustentarse por sí mismo desde un punto de vista esencialmente técnico-legal y menos aún para desvirtuar la doctrina tradicional del Alto Tribunal²⁵.

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 ocasionar (Fallos 306:455).

²⁴ Fallos 327:1881.

²⁵ Ver Rojas, Jorge A.; Vías de impugnación del laudo arbitral, E.D. 210-836, donde también se señala la confusión que se genera entre el recurso de nulidad y el extraordinario federal.