

Jurisprudencia Argentina

BS. AS. 03 / 08 / 2005

• ISBN 987-1178-88-3 / SUPLEMENTO DEL FASCÍCULO N° 5

DIRECTOR: Alejandro P. F. Tuzio

2005 - III

Suplemento

- **DERECHO
ADMINISTRATIVO**

- COORDINADOR: Carlos A. Botassi
- COLABORADORAS: Nidia K. Cicero y Denise Bloch

Contenido

DOCTRINA

Control de constitucionalidad en el marco de un arbitraje

Por Estela B. Sacristán. Pág. 2

Reflexiones en torno a la legitimación de las asociaciones de usuarios

Por Gerónimo Rocha Pereyra. Pág. 8

El recurso ictícola y su titularidad: la evolución acaecida en el ordenamiento jurídico argentino

Por Javier D. Guiridlian Larosa. Pág. 25

JURISPRUDENCIA ANOTADA

Contratos administrativos (En particular): Concesión de servicios públicos – Electricidad – Entes reguladores – Competencia – Daños y perjuicios – Irregular prestación del servicio (Corte Sup., 5/4/2005), p. 45.

Breves anotaciones sobre los límites de la “competencia” de los entes reguladores en la solución de conflictos en la jurisprudencia del caso “Ángel Estrada”

Por Eduardo Mertehikian. Pág. 60

Seguridad social: Obras sociales – Deficiente cumplimiento de la obligación de entrega de medicamentos – Pacientes con sida – Daño moral – Prueba (C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 1ª, 27/8/2004), p. 65.

La defectuosa prestación de cobertura médica a portadores de sida y el daño moral

Por Eduardo L. Gregorini Clusellas. Pág. 75

Poder de policía: De las actividades profesionales – Sanciones aplicadas por colegios o consejos profesionales – Control judicial suficiente – Inconstitucionalidad de las leyes 13325 y 13329 – Provincia de Buenos Aires (C. Cont. Adm. La Plata, 28/6/2005), p. 80.

El sistema de juzgamiento de casos en materia administrativa en la provincia de Buenos Aires. Una insuperable decisión judicial sobre los nuevos contenidos de la justicia administrativa en la Constitución provincial de 1994

Por Inés A. D'Argenio. Pág. 93

BIBLIOGRAFÍA. Pág. 96

Control de constitucionalidad en el marco de un arbitraje

Por Estela B. Sacristán

SUMARIO:

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

I. PLANTEO

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

Ahora, un sector de la doctrina ha sustentado la posibilidad de que ese control de constitucionalidad sea ejercido no sólo en procesos que se lleven a cabo por ante órganos judiciales, sino también en el marco de los arbitrajes. En tal sentido, se ha sostenido que existe competencia arbitral para resolver una cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad (1).

La cuestión no es menor. Considérese tan sólo que en un proceso arbitral podría hallarse naturalmente involucrada la constitucionalidad de una ley o de un decreto posterior al contrato en el cual fue pactado el arbitraje. En épocas de intensa intervención estatal en las relaciones jurídicas privadas en razón de emergencias (2), el supuesto de una norma de orden público que incide

"desde afuera" del contexto contractual, "modificando" en forma sustancial el significado de una u otra cláusula convencional, bien puede suscitar el análisis de la validez constitucional de esa norma interventora en tanto aplicada al caso. A su vez, esa norma de orden público, que incida en el contrato, en tanto posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral, podrá ameritar el respectivo planteo de inconstitucionalidad por alguna de las partes en el proceso arbitral.

Asimismo, yendo más lejos, podría argüirse acerca de la posibilidad de que un tribunal arbitral ejerciera el control de constitucionalidad de esa ley o decreto de oficio; o una de las partes, en un arbitraje, podría solicitar que se le hicieran extensivos los efectos del laudo dictado en otro proceso arbitral, en el que se declarara la inconstitucionalidad de una norma. Como puede verse, las posibilidades son infinitas y constituyen digna arena para el debate.

Estas líneas apuntan a un reducido objeto: analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema, la normativa pertinente y las opiniones doctrinarias, a fin de indagar en dos cuestiones: por un lado, si se hallan habilitados los

(1) Morello, Augusto M., "¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?", en ED 198-467/470, esp. p. 468: "Siendo el asunto arbitrable (...) el tribunal arbitral no tiene cortapisas para asumir y definir [cuestiones], en las que necesariamente han de dilucidar, el tema referido a la constitucionalidad de las normas enjuiciadas"; Palacio, Lino, "Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario", en LL 2003-F-1184/1189, esp. p. 1188: "No existen a mi juicio razones válidas que se opongan a la respuesta afirmativa [acerca de las atribuciones para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes o de otros actos de gobierno involucrados en los casos]"; Palacio, Lino, "Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad", en LL 2004-D-19/20, esp. p. 20: "Vislumbro como una circunstancia auspiciosa que los tribunales arbitrales del país (...) resuelvan hallarse en condiciones de emitir pronunciamiento en los supuestos de inconstitucionalidad". Con sustento en la sentencia que allí comenta, Bianchi, Roberto A., "Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad", en JA 2003-IV-75/79, esp. p. 79: "De la correcta solución de primera instancia, confirmada por la sala E, surge que los árbitros tienen, dentro del marco de lo jurídicamente disponible y efectivamente comprometido, amplia competencia para entender en las cuestiones que les fueron sometidas por las partes, con la facultad implícita de declarar la validez o invalidez constitucional de normas jurídicas, incluso si están contenidas en leyes o actos de orden público".

(2) Ampliar en Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", t. II, 2002, Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, ps. 423/425, esp. p. 424.

árbitros para ejercer el control de constitucionalidad; y por el otro, si los árbitros están obligados a ejercerlo. A tal fin se reseñan las posturas que avalan tales propuestas, formulándose las conclusiones pertinentes.

II. LA TESIS DE LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS PARA EJERCER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

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

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

Cabe recordar que la jurisdicción arbitral y la jurisdicción judicial se han visto equiparadas, y ello surge de diversos precedentes jurisprudenciales.

En el plano del léxico, los árbitros han sido considerados, indistintamente, jueces (3), jueces particulares (4), jueces privados (5) o avenidores (6). La jurisprudencia de la Corte Suprema da cuenta de que ya en la legislación (7) como en la doctrina anterior a la década del '20 se daba, tanto a los árbitros *iuris* como a los amigables componedores, el nombre genérico de "jueces avenidores" (8). De allí que el mismo alto tribunal haya oportunamente admitido la expresión "justicia arbitral" (9), libremente pactada; de allí que —muy posteriormente— se haya interpretado que el término "juez", plasmado en el art. 772 CPCCN. (t.o. 1981, LA 1981-B-1472), equivale al concepto amplio de juzgador (10). Tan significativa parece ser esta equiparación entre árbitros y jueces que se ha sostenido que las apreciaciones hechas en un escrito, con evidente propósito de ofensa a la persona de un árbitro, pueden ser castiga-

das con penas disciplinarias por el juez a quien se presentó el escrito, aun con posterioridad a la emisión del laudo (11).

La jurisdicción arbitral se yergue en jurisdicción esencialmente única o excluyente (12), contexto en el cual los árbitros actuarían en virtud de: (i) una transferencia que opera previa prórroga o sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían los tribunales del Poder Judicial (13); (ii) en aquellas materias disponibles (14). La dualidad apuntada ha sido implícitamente reconocida desde antiguo (15) y posee la virtualidad de deparar que los árbitros desempeñan una actividad mixta, convencional por su origen mas jurisdiccional por su naturaleza (16). Por cierto, se ha señalado que la jurisdicción arbitral no causa agravio a la garantía del juez natural: "La convención sometiendo a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica inhabilita luego a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos sobre la base de que no son los jueces naturales del pleito" (17); ha dicho la Corte Suprema. Ello, en la inteligencia de que la violación a dicha garantía opera en casos en que a un litigante se le haya formado una comisión o se le haya designado un juez especial para que lo juzgue, extremos que no se dan cuando interviene árbitros (18), y en armonía con la regla conforme a la cual son renunciables las garantías constitucionales acordadas exclusivamente en beneficio de los derechos de propiedad (19).

Asimismo, se percibe un cierto grado de equiparación entre los árbitros y los jueces en el aspecto remunerativo. La equiparación con los jueces se funda en razón de la actividad jurisdiccional que desarrollan, ya señalada; empero, también se ha equiparado a los árbitros con los conjuces en virtud del carácter transitorio con

- (3) "Blanco, Guillermo y otro v. Petroquímica Bahía Blanca", Fallos 320:700 (1997 [JA 1998-IV-3]), voto de los Dres. Petracchi y Bossert, consid. 7, párr. 2°; "Bullrich, Adolfo v. Empresa del Ferrocarril del Sud", Fallos 49:325 (1892), esp. p. 337.
- (4) "Color S.A. v. Max Factor Sucursal Argentina", Fallos 317:1527 (1994), disidencia del Dr. Boggiano, consid. 6.
- (5) "Blanco, Guillermo y otro v. Petroquímica Bahía Blanca y otro", Fallos 320:700 (1997), voto del Dr. Vázquez, consid. 7.
- (6) "S.A. Puerto del Rosario v. Gobierno Nacional", Fallos 152:347 (1928), esp. p. 351.
- (7) La referencia es a la partida III, tít. XXII, ley XXIII; puede verse la edición facsimilar de "Las Siete Partidas del rey don Alfonso el Sabio" en el sitio de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla.
- (8) "S. A. Puerto del Rosario v. Gobierno Nacional", Fallos 152:347 (1928), esp. p. 351.
- (9) *Íd.*, nota 6., esp. p. 350, con cita de "S.A. del Puerto del Rosario v. Gobierno de la Nación", Fallos 146:373 (1926).
- (10) "Caputo, José L. y otros v. Estado Nacional", Fallos 314:1857 (1991 [JA 1992-II-385]).
- (11) "Bullrich, Adolfo v. Empresa del Ferrocarril del Sud", Fallos 49:325 (1892).
- (12) *Íd.*, nota 6, p. 351.
- (13) *Íd.*, nota 4, consid. 6.
- (14) *Íd.*, nota 4, consid. 7.
- (15) "Filareto, Kanaci v. Cía. de Seguros Trasatlánticos", Fallos 15:23 (1874), esp. p. 26; "Querencio, Carlos M. v. Benítez, Gregorio", Fallos 45:296 (1891); *ídem*, n. 4.
- (16) "Yacimientos Carboníferos Fiscales s/tribunal arbitral", Fallos 320:2379 (1997).
- (17) "Griskan, Isaac v. Soc. Reisz y Cía.", Fallos 187:458 (1940), consid. 2.
- (18) "Griskan, Isaac v. Soc. Reisz y Cía.", Fallos 187:458 (1940), consid. 3.
- (19) *Íd.*, nota 17.

que tanto unos como otros ejercen la función materialmente jurisdiccional (20). En esta línea interpretativa, se ha señalado que la ley 21.839 de Arancel de Abogados y Procuradores, en tanto aplicada para regular los honorarios de los árbitros, es extraña a la índole de las funciones desempeñadas (21), y se ha propiciado la adopción del Reglamento de Conciliación Facultativa y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional -ICC.- para utilizar como pauta para la regulación de honorarios en los juicios arbitrales (22).

Además, en el específico contexto del art. 749 CPCCN., como se ha previsto que el tribunal arbitral cuente con un secretario, los criterios para la fijación de la remuneración de dicho funcionario deberán ser los previstos por las partes, y en caso de ausencia de convención entre las partes, según se entendiera, se considerará la remuneración de los funcionarios judiciales que colaboran con el juez en la administración de la justicia (23).

Ya en el marco de un proceso arbitral, es dable recordar que no procede la declaración de nulidad de una sentencia arbitral por no haber los árbitros formado tribunal, como estaba consignado en el acta de compromiso, si las partes estuvieron de acuerdo en que el juez nombrara el tercero después de que aquéllos pronunciaron su laudo en discordia (24). Asimismo, los árbitros podrán ser recusados fundando el respectivo pedido (25), aun cuando el rechazo de la recusación no haya merecido mayores fundamentaciones (26). Planteada la contienda, habrá sustanciación de la misma en pos de la salvaguarda del derecho de defensa. Finalmente, fallarán los árbitros conforme a derecho y según lo alegado y probado (árbitros de derecho) o según su saber y entender (amigables componedores) (27). La decisión de los árbitros ha sido denominada "sentencia arbitral" (28), y se ha señalado que la decisión que recae en el arbitraje es una decisión formalmente idéntica a la sentencia (29). En un antiguo precedente se sostuvo

que dictada la sentencia arbitral, así como los jueces carecen de la facultad de explicar sus sentencias pasado el término acordado por la ley, tampoco pueden los árbitros hacerlo expirado aquél (30).

El fallo del tribunal arbitral, cuando tengan lugar los recursos, habría sido equiparado a la sentencia de primera instancia: por ello se ha resuelto que corresponde a las Cámaras Federales de Apelación conocer, en su caso, de los recursos interpuestos contra los laudos pronunciados en causas en que la Nación es parte (31). Específicamente, es dable puntualizar que se ha resuelto que el art. 16 ley 4055 (ALJA 1853-1658-1-182) de Reforma de la Justicia Federal y Creación de Cámaras -artículo que establece que las Cámaras federales conocerán en grado de apelación en segunda instancia en todos los casos enumerados en el art. 3 ley 4055- no es aplicable exclusivamente a los juicios seguidos desde primera instancia ante los jueces federales, sino que también lo es a los casos enumerados en el art. 3 ley 4055 resueltos por tribunales arbitrales (32).

En síntesis, como se sostuvo en el caso "S.A. Puerto del Rosario" (33), en forma indistinta, tanto los árbitros de derecho como los amigables componedores son "jueces".

III. OTROS ARGUMENTOS QUE AVALAN LA HABILITACIÓN DE LOS ÁRBITROS PARA EJERCER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

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

a) Precedentes diversos

En el universo de precedentes consultables sobresale

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

(21) "Rocca, J. C. v. Consultara S.A.", Fallos 322:1100 (1999), votos de los Dres. Boggiano y López, consid. 2, y del Dr. Vázquez, consid. 2.

(22) "Recurso de hecho deducido por Coordinación Ecológica Área Metropolitana S.E.", Fallos 315:3011 (1992), voto de los Dres. Barra y Boggiano, consid. 8.

(23) "Rocca, J. C. v. Consultara S.A.", Fallos 322:1100 (1999), voto del Dr. Belluscio, consid. 6.

(24) "Ermanno Barigozzi", Fallos 96:97 (1902), esp. p. 104.

(25) "José V. Benítez v. FF.CC. del Sud de la provincia de Buenos Aires", Fallos 54:475 (1993), esp. p. 479.

(26) Es el caso "José V. Benítez v. FF.CC. del Sud de la provincia de Buenos Aires", Fallos 54:475 (1993), esp. p. 479, donde se rechazó la recusación planteada casi sin motivación alguna.

(27) *Id.*, nota 8, esp. p. 351.

(28) "Marchissio, Raúl O. y otros v. Del Federico, Dante", Fallos 301:111 (1979).

(29) *Id.*, nota 16, voto del Dr. Vázquez, consid. 27.

(30) "Arteaga, Leopoldo v. Méndez, Juan J.", Fallos 5:131 (1868).

(31) "The Argentine Land and Investment Co. Ltd. v. Gobierno Nacional", Fallos 107:322 (1907), esp. p. 381.

(32) "The Argentine Land and Investment Co. Ltd. v. Gobierno Nacional", Fallos 107:322 (1907), esp. p. 382.

(33) *Id.*, nota 6.

un dictamen producido en el caso "UTE." (34), en el cual se solicitaba, en sede judicial, la suspensión del trámite de ejecución del laudo dictado, en un arbitraje de amigables componedores, hasta tanto se resolviera sobre el planteo de incompetencia formulado. En dicho laudo se habría ejercido el control de constitucionalidad.

Pues bien, corrida la vista al fiscal general de Cámara –justicia nacional en lo civil y comercial y contencioso administrativo federal– a fin de que se expidiera sobre la posible cuestión de competencia planteada, en el respectivo dictamen se concluyó en que correspondía desestimar el cuestionamiento formulado (35). A tal fin se consideró, específicamente, que: i) en el caso mediaba la impugnación constitucional de un decreto emanado del Poder Ejecutivo; ii) el arbitraje se había sustanciado y en dicha senda se había planteado la incompetencia del tribunal arbitral, cuestión desestimada por los árbitros; iii) al dictarse el laudo los árbitros se habían pronunciado, incluso, sobre los "problemas constitucionales planteados". Por tanto, dado que en el dictamen citado se falló en contra de la incompetencia planteada, es dable poner de resalto que la doctrina emergente del mismo avala la posibilidad de que los árbitros ejerzan el control de constitucionalidad. Ello, pues el hecho de que los árbitros hubieran fallado sobre la constitucionalidad de la norma –el decreto en cuestión– no impidió que se tuviera a la incompetencia de los árbitros por configurada a los fines perseguidos en sede judicial, vgr., la suspensión de la ejecución del laudo. Ciertamente es que, oído el fiscal general, el tribunal que intervenía en la causa resolvió que debía suspenderse la ejecución del laudo hasta tanto se dirimiera la cuestión de competencia planteada –entre dicho tribunal y el tribunal arbitral–, pues entendió –entre otros argumentos– que se hallaba controvertida la facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de los derechos de las partes (36).

En otra controversia, el caso "T. T." (37), se consideró expresamente, a los fines de la habilitación de los árbitros para decidir cuestiones de constitucionalidad, que "...rige igualmente para los árbitros el deber en que se hallan los tribunales de justicia (*latu sensu* involucrando a los arbitrales) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, compa-

rándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta".

Asimismo, en el caso "Otondo" (38) el juez de primera instancia opinó que "...no existe impedimento con base en derecho que obste al tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a efectos de elucidar la controversia objeto del arbitraje" (39). A su turno, la fiscal general subrogante ante la Cámara coincidió, en lo sustancial, con la sentencia de primera instancia. Y cierto es que para decidir como lo hizo el tribunal que intervenía en la causa se remitió a los fundamentos expuestos por la representante del Ministerio Público ante la Cámara Comercial.

b) Ausencia de cauces predeterminados

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

c) Presupuestos del caso constitucional en sede arbitral

Es que, a fuer de verdad, en la medida en que se reunieran, en el planteo incoado en sede arbitral, el caso constitucional, nada parecería obstar a que el respectivo control pudiera ser efectuado. Desde tal perspectiva, y sin perjuicio del cumplimiento de los recaudos propios para que se tenga por habilitada la vía arbitral, a efectos del control de constitucionalidad deberá verificarse: la existencia de un caso o controversia, lo cual presupone legitimación al efecto; la actualidad del gra-

(34) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2^a, "Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay v. Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s/acción meramente declarativa", del 26/8/2003; en el mismo sentido, la misma sala *in re* "Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay v. Centro Puerto S.A. s/acción meramente declarativa", sents. del 26/8/2003 y 20/5/2003.

(35) El dictamen aludido, del 18/7/2003, se halla publicado en ED 205-87.

(36) Esta resolución, del 26/8/2003, se halla publicada en ED 205-87.

(37) Tribunal de Arbitraje Gral. de la Bolsa de Comercio, Rosario, 19/11/2002, publicado en ED 2004-D-18/21.

(38) C. Nac. Com., sala E, 11/6/2003, "Otondo, César A. y otro v. Cortina Beruatto S.A. y otros", publicado en JA 2003-IV-73/75.

(39) Agregándose que tal habría sido el criterio adoptado por el tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en los casos "CIE. R. P. S.A. v. Grinbank", del 19/3/2002, publicada en ED 198-464/467, e "IGT. Argentina S.A. v. Trilenium S.A.", del 5/11/2002.

Doctrina

vamen tal que el mismo no se exhiba inmaduro o tardío; la ausencia de cuestión política no justiciable; entre otros recaudos.

d) *Eventual decisión*

Coadyuvaría a la interpretación propiciada, relativa a la posibilidad, por parte de los árbitros, de resolver sobre una pretensión de inconstitucionalidad planteada en un caso arbitral en el marco del mentado principio de libertad de planteo, lo prescripto tanto en el art. 751 CPPCN, como en el art. 769 CPCCN. Ello, pues en el primero se prevé que si en la cláusula compromisoria, en el compromiso o en un acto posterior de las partes no se hubiese fijado el procedimiento, "los árbitros observarán el del juicio ordinario o sumario, según lo establecieren". Y en el segundo de ellos se alude a que la respectiva sentencia se dicta "según [el] saber y entender", por lo que ello tampoco representaría un óbice para la interpretación propiciada. Por lo demás, las cuestiones constitucionales no se hallan entre las vedadas por el Código ritual (40).

e) *Control a pedido de parte o de oficio*

En el marco de los arbitrajes de amigables componedores, si se atiende a la redacción del art. 754 CPCCN., que prescribe que los árbitros se pronunciarán sobre "todas" las pretensiones sometidas a su decisión, parecería claro que si mediare pedido de inconstitucionalidad deberían pronunciarse sobre él, admitiéndolo o rechazándolo. Respecto de los amigables componedores, señala Fenochietto al comentar el art. 769 CPCCN. que el laudo se pronunciará sobre los puntos enunciados en el compromiso, razón por la cual —cabe inferir— si media pedido de parte para que se resuelva sobre una inconstitucionalidad, también deberán los amigables componedores expedirse sobre ella (41).

Ahora, si mediando pedido de parte el tribunal omitiera resolver la cuestión constitucional, el supuesto parecería tímidamente asimilable a la "falta esencial del procedimiento" (art. 760 CPCCN.) de los arbitrajes de derecho. Tampoco se perfilaría nítidamente la identificación entre esa omisión y el presupuesto "resolver sobre puntos no comprometidos" (arts. 760 y 771 CPCCN.), ya que este último es incompatible con el mentado pedido de parte.

Podría, por ende, argüirse que más razonablemente acorde con la omisión aludida parecería ser la del art. 321 inc. 1 CPCCN. Ello, pues esta última disposición del Código ritual establece que será aplicable el trámite del proceso sumarísimo "cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección". Desde esta perspectiva, si mediando pedido de parte respecto de la mentada inconstitucionalidad el tribunal omitiera resolver sobre ella, podría tenerse por configurada la omisión aquí analizada.

El segundo problema que se vincula con el tema del acápite es el relativo a si los árbitros, sin mediar pedido de parte, pueden resolver sobre una inconstitucionalidad de oficio. Es éste el problema del denominado control de constitucionalidad de oficio, el cual con posterioridad al fallo "Mill de Pereyra" (42) se yergue en concreta posibilidad procesal.

Puede entenderse que en la medida en que en algún momento antes de la emisión del laudo se haya sustanciado el planteo de inconstitucionalidad —esgrimido por vía de acción o de defensa—, nada obstaría a que el aspecto fuera analizado y resuelto en el laudo. Ello, pues esa sustanciación impediría tener por configurado un agravio al derecho de defensa. Mas incluso desde una postura más minimalista, con omisión de esa sustanciación del planteo constitucional, los árbitros se hallarían habilitados para expedirse sobre ese planteo pues resolverán, y sujetos al respectivo deber: (i) para el caso planteado (43); (ii) bajo el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (44); en síntesis, (iii) bajo el "deber" de resolver a la luz del derecho aplicable.

Esta última afirmación —relativa al derecho aplicable—

(40) Conf. art. 737 CPCCN.

(41) Fenochietto, Carlos E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. 3, 2001, Ed. Astrea, p. 762.

(42) "Mill de Pereyra, Rita A., Otero, Raúl R. y Pisarello, Ángel C. v. Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa", Fallos 324:3219 (2001) (JA 2002-I-737).

(43) Ampliar en Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad", t. I, 2002, Ed. Ábaco, ss. 99 y 276 y ss., y jurisprudencia citada en ambos lugares.

(44) "José Paviglianiti y otros", Fallos 298:78 (1977); "De Souza v. Nación Argentina", Fallos 278:429 (1977); entre muchos otros.

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

f) Jurisprudencia norteamericana

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

Recuérdese el caso "Ruckelshaus" (45). En él dicho tribunal entendió que su pronunciamiento era inoficioso. Empero, agregó que el caso sólo estaría dotado de madurez una vez que se hubiera cumplimentado la etapa arbitral. Y señaló que sólo después de que la pretensión de inconstitucionalidad de la demandada hubiera sido objeto de laudo por un árbitro bajo el régimen aplicable se hallaría el caso maduro a efectos de la revisión judicial; por tanto, elípticamente, se admitió que dicho árbitro se pronunciara sobre la inconstitucionalidad planteada.

IV. LOS DIVERSOS SISTEMAS

Sabemos que en la Argentina, así como en Estados Unidos, los jueces ejercen el monopolio del control de constitucionalidad. Si se asimila a los árbitros con los jueces, éstos se hallarán dotados de competencia para ejercer dicho control. Así, todo ellos deberán resolver el caso bajo el derecho aplicable, acudiendo en primer lugar a la Constitución, la cual, después de todo, es la norma de orden público por excelencia (46).

Empero, en otros ordenamientos —y el caso típico es el ordenamiento anglosajón—, dada la soberanía de que está investido el Parlamento, el *common law* se halla impedido de controlar las leyes emanadas de aquél (47).

Por último, ciertos sistemas, en especial, de arbitraje, prevén que a los casos se les aplicarán (i) las normas de derecho acordadas por las partes; en su defecto, la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables (48). También prevén que (ii) el tribunal arbitral no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley (49). Y agregan que ambos extremos —(i) y (ii)— no impedirán que, previo acuerdo de las partes, el tribunal falle con base en la equidad (50).

Una típica cláusula que ilustra sobre "las normas de derecho acordadas por las partes" es la contenida en el art. 10 (inc. 5) del tratado argentino-alemán aprobado por ley 24098 (LA 1992-B-1770). Ese artículo prevé que "...el tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las partes, del derecho interno de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional" (51).

En esta taxonomía de normas, la norma de rango superior parecería ser el propio tratado binacional y el tratado-marco al cual accede en el plano delegativo internacional (52), sin perjuicio de la invocación, en su caso, de otros tratados vigentes. Ello, pues es a la luz de aquél que se decidirá la controversia ("el tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado"), no obstante la particularidad de que se hallen involucrados otros tratados, lo cual no hace a la hipótesis anotada. De tal manera, en dicha jurisdicción arbitral internacional (53), y en el contexto de la cláusula reseñada, podría declararse la inaplicabilidad al caso de una norma —de derecho interno, posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral— por los fundamentos que dicho tribunal invocare, emergentes de la normativa convencional internacional que gobernare la relación (54).

(45) "Ruckelshaus, Administrator, United States Environmental Protection Agency v. Monsanto Co.", 467 US. 986, del 26/6/1984.

(46) En este sentido, Varposi, Jorge R., "Teoría constitucional", t. II, 1976, Ed. Depalma, p. 21 y ss.

(47) Ampliar en Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad" cit., t. I, ps. 68/69.

(48) *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (aprobada por ley del Congreso argentino 24353 [LA 1994-C-3101]), art. 42.1.

(49) *Id.*, nota 48, art. 42.2.

(50) *Id.*, nota 48, art. 42.3.

(51) Cláusulas similares se hallan glosadas en Ymaz Videla, Esteban M., "Protección recíproca de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas", 1999, Ed. La Ley, p. 71.

(52) Sobre esta clase de delegación conf. Cassagne, Juan C., "El Mercado Común del Sur: problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación", en "Fragmentos de Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política", 2003, Ed. Hammurabi, ps. 179/199; esp. ps. 183/6.

(53) Tomamos la expresión de Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado", FDA., t. 2, 2003, p. XVIII-14.

(54) Se elabora esta hipótesis sobre la base de lo expresado por Bosch, Juan (h), "La renegociación de los contratos públicos

Curiosamente, al así hacer —esto es, al inaplicar el tribunal arbitral, fundadamente, la norma de derecho interno, posterior a la redacción de la cláusula contractual que establezca la jurisdicción arbitral, norma que colisiona con el tratado—, dicho tribunal llegaría, por una vía diversa, al mismo resultado que se alcanza cuando un tribunal de *common law* inaplica a un caso una norma, o cuando un tribunal judicial argentino o norteamericano declara la inconstitucionalidad de una norma en un caso: la inaplicación al caso o controversia de dicha norma posterior (55). Va de suyo que lo propio podría ocurrir en el supuesto de inaplicación por razones de equidad (56).

V. REFLEXIONES FINALES

Los jueces no son árbitros (57). Mas en muchos aspectos,

como se vio en este trabajo, los árbitros ejercen una función equivalente a la que desempeñan los jueces.

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

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

Reflexiones en torno a la legitimación de las asociaciones de usuarios

Por Gerónimo Rocha Pereyra (*)

SUMARIO:

I. Introducción.— II. Los derechos de los usuarios como derechos subjetivos o derechos de incidencia colectiva. Diferenciación. Consecuencias jurídicas.— III. La actuación de las asociaciones de usuarios en representación de derechos subjetivos, individuales y diferenciados. Requisitos y alcances.— IV. La actuación de las asociaciones de usuarios en defensa de derechos de incidencia colectiva. Requisitos.— V. Los efectos de las sentencias en los procesos en los que intervienen asociaciones de usuarios.— VI. Propuestas para una regulación legal de la legitimación de las asociaciones de usuarios.— VII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Las disposiciones de la ley 24240 (LA 1993-C-3012) y, particularmente, las del art. 43 CN. (LA 1995-A-26), que consagró el amparo colectivo con rango constitu-

cional, han contribuido en nuestro país al reconocimiento normativo de los denominados “nuevos derechos”, o “derechos de cuarta generación”.

Sin embargo, estos avances requieren, a su vez, de una

y los conflictos con los inversores extranjeros”, en ED 203-967/980, esp. p. 980, cuando se refiere a efectos de la pesificación y el congelamiento tarifarios sobre los contratos de obras y servicios públicos.

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

(56) En este sentido, “Oilher, Juan C. v. Arenillas, Oscar N.”, Fallos 302:1611 (1980). En contra: “Guari, Lorenzo y otros v. Provincia de Jujuy”, Fallos 155:302 (1929), esp. consid. 10; “Machado de Morgat, Néida R. y otro v. Jorge O. Morandi y otro”, Fallos 303:1137 (1981).

(57) “Lavandera de Rizzi, Silvia v. Instituto Provincial de la Vivienda”, Fallos 321:441 (1993), voto de los Dres. Moliné O'Connor y López; “Gonzalo, Cándido v. Bernabé Vera, Alonso Alcaráz y otros”, Fallos 190:89 (1941).

(*) Con estas líneas quiero dejar constancia de mi agradecimiento a mi querido maestro Juan C. Cassagne por las enseñanzas y el apoyo que he recibido de él en forma tan constante y generosa.