

ARBITRAJE Y RECURSO EXTRAORDINARIO

Por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini

Comentario sobre la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 1/06/2004 en los autos “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/Proceso de Conocimiento” publicado en “La Ley” Pág. 5, el 20/IX/04 y en “Comunicándonos”, órgano de la “Rama y Capítulo Argentino de Miembros Individuales de la Federación Interamericana de Abogados”, N° 9 octubre de 2004, Bs. As. Argentina.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo dictado recientemente en la causa “Cartellone c/Hidronor”, ha ratificado su postura que viene manteniendo en reiterada jurisprudencia de respetar la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho que efectuaron los árbitros en su laudo, sin dejar por ello de corregir con la nulidad, cuando los términos del laudo contraríen el interés y el orden público, cuando abarcan puntos no comprometidos en el acuerdo arbitral, cuando no decide el punto sometido a su resolución, cuando se viola las condiciones o formas impuestas por las partes, o en definitiva que el laudo sea inconstitucional, ilegal o irrazonable.-

Revoca la Corte el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal dictado por su Sala III, que rechazó el recurso de nulidad contra el laudo interpuesto por la demandada, fundamentándose en que los agravios conducían a que el Tribunal examinara la justicia o equidad del pronunciamiento arbitral que las partes habían renunciado a apelar, pronunciándose solamente en cuanto a la queja que los árbitros habían fallado “*ultra petita*” al decir que la actualización de los reclamos de la actora debía efectuarse desde enero de 1985 en contra de lo dispuesto en el compromiso arbitral en que aquella parte había señalado que las sumas en cuestión estaban actualizadas a febrero del mismo año. Para descartar ese agravio, la Cámara examinó el punto 3 del acta compromisoria, en la que se había estipulado que los aspectos dependientes y accesorios de las cuestiones sometidas a arbitraje podían ser alterados y agregó que la actora estaba por ello habilitada para plantear el modo de ajuste tal como lo hizo en su demanda y el árbitro para hacer lugar a la pretensión con ese alcance, sin que ello importara laudarse más allá de lo comprometido.-

Ya había dicho la Corte con anterioridad que “es nulo el laudo que transforme las pretensiones de una de las partes introduciéndolas como integrante de la litis, variando así el compromiso” (Fallos: 290: 458) como ocurrió en este caso en análisis en que el importe total de la demanda se precisó en valores a **febrero de 1985** aumentándola luego la reclamante inconsultamente expresando los valores al mes de **enero de 1985**.- En efecto, la actora al formular el reclamo por la vía administrativa actualiza esas sumas en cuestión a febrero de 1985 y ante la falta de resolución del órgano administrador sometió esa misma cuestión y esos mismos valores a decisión arbitral; no estando por tanto habilitada posteriormente a que aquellos mismos valores se actualizaran desde enero de 1985, pues de este modo no determinaba o cuantificaba definitivamente el reclamo, sino que sumaba un mes a la actualización, lo que suponía **variar lo pactado** en el compromiso arbitral. Por tanto, es nulo el laudo que avale la variación por parte de uno de los litigantes de lo expresamente pactado por ambos en el compromiso arbitral.-

Por otra parte, al utilizar los métodos de actualización monetaria, cuando se aplica una tasa bancaria, en el caso de este laudo se utilizó la del Banco de la Nación Argentina para los documentos sobre certificados de obra para operaciones a 30 días, puede llevar a resultados desproporcionados, injustos, distorsivos de la realidad, que atentan contra el interés y orden público y contra el derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional.-

Según la explicación dada por la perito contadora, si se utilizan las pautas contractuales pactadas para el caso de mora de la comitente en los pagos, que es la actualización por el índice de precios al por mayor no agropecuarios total con más un interés del cinco por ciento anual, la suma que se debería reconocer a la actora se incrementaría desde febrero de 1985 a abril de 1991, 8,0525 veces, es decir que se multiplicaría por ocho, si en cambio se aplican las tasas del Banco Nación, que son las que resultan del laudo, el factor multiplicador ascendería a 29,5580. Es decir, que según lo pactado por el contrato para el caso de mora por cada \$ 100 el incremento de Febrero/85 a Abril/91 sería igual a \$ 805,25; en cambio según lo estipulado por el laudo esos mismos \$ 100, en igual período, pasarían a ser \$ 2.955,80, es decir 3,67 veces más de lo pactado, como para no decir que ésta desproporción lesiona el derecho de propiedad.-

Los motivos por los que la C.S.J.N. decreta la nulidad del laudo son dos: a) exceso del laudo en cuanto a lo establecido y pactado en el compromiso arbitral declarando parcialmente procedente el recurso ordinario y b) Conculcación del orden público por ser violatorio del derecho de propiedad y por tanto inconstitucional, injusto, ilegal e irrazonable (fallos 292: 223).-

Hay dos principios insoslayables en el arbitraje:

1) que los árbitros deben laudar dentro del marco del compromiso arbitral o cláusula compromisoria, no deben excederse de la materia que se sometió a arbitraje por las partes y
2) que los árbitros tienen como función ineludible e inalienable la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho y el laudo que dicten en esas condiciones será inapelable. No obstante, cuando el árbitro se aparta de lo pactado en el compromiso arbitral o bien su laudo es inconstitucional, ilegal o irrazonable puede recurrirse a la justicia ordinaria a través del recurso de nulidad o bien el recurso extraordinario que son irrenunciables y serán procedentes aunque las partes hayan pactado lo contrario pues esto hace al interés y orden público, a la salud comunitaria y a la salud de los medios alternativos de resolución de conflictos atento que, so pretexto que una materia sea pasible de ser sometida a arbitraje por las partes, no es admisible que por vía del laudo se puede transgredir la Constitución Nacional. Igual respeto merece el derecho a la libertad que el derecho a la propiedad y ambos derechos constitucionales deben ser guarecidos por la Corte, vestal de nuestra Carta Magna. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus fallos ha sido muy respetuosa de la institución del arbitraje. Nunca ha admitido que ante un fallo arbitral desfavorable, se intente el recurso extraordinario fundado en la inexistencia de control judicial suficiente, pues cuando la sede arbitral fue libremente pactada no se viola la garantía de defensa en juicio por ser el laudo inapelable ante la justicia, ya que ello deriva de la propia conducta discrecional del recurrente (Fallos 237: 392, 289: 158, 302: 1280) y el árbitro elegido por las partes, no es comparable con un juez especial o comisión especial

para que juzgue un hecho, que si caería en éste último caso atrapado por el Art. 18 de la Constitución Nacional.-

Así también la Corte ha declarado que es arbitrario y debe ser dejado sin efecto el laudo arbitral que da por existentes pruebas que no lo son, que afirma su competencia en asertos dogmáticos y que prescindió de aplicar el Derecho vigente; ya que si el laudo da por supuesto lo que debía estar ciertamente probado, la decisión pasa a apoyarse en conjeturas o presunciones, convirtiendo el laudo en un acto judicialmente descalificable. (Fallos 290: 458).-

En el ámbito internacional el recurso extraordinario fue declarado improcedente cuando existe un tribunal arbitral pactado con jurisdicción internacional aceptada. *Caso "Fibraca c/Salto Grande"*.

La Corte en el caso "Chiorzo c/Salto Grande" dijo que no son revisables las decisiones del tribunal arbitral intentadas con el argumento que la decisión es anticonstitucional, por privarlo del acceso a la jurisdicción en violación a los arts. 8 y 125 del Pacto de San José de Costa Rica.-

En los autos "Color S.A. c/Max Factor Argentina" declaró inadmisibile el recurso extraordinario alegando que quién se beneficia con las ventajas del arbitraje libremente pactado no puede pretender la revisión judicial.-

En el considerando 13 de "Cartellone c/Hidronor", se trae a colación el art. 872 del Código Civil que prohíbe que sean objeto de renuncia los derechos concedidos en mira del interés público; y, en el 14 se dice que la renuncia a apelar una decisión arbitral no puede extenderse a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público. Aquí nos detenemos y nos preguntamos que entiende la Corte por orden público y quienes no comparten la doctrina del Alto Tribunal, ven abrirse la puerta a un avasallamiento a la inapelabilidad de los laudos arbitrales pués so pretexto que se afecta este concepto amplio e híbrido a veces, de orden público, se puede decretar la nulidad de un laudo. También advierten y no sin fundamento, que en cuanto la Corte admite que la decisión arbitral podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable dará lugar a que muchos laudos se recurran con fundamento justificado o no de inconstitucionalidad, ilegalidad o irrazonabilidad, términos suficientemente amplios y que dan lugar a muchas interpretaciones.-

Para evitar que esto sea así debemos tener árbitros que no sean sólo abogados, sino verdaderos juristas con gran cultura jurídica, que es el resabio que queda después de haber estudiado y ejercido el derecho durante muchos años. De allí también la conveniencia de recurrir al arbitraje institucional de aquellas instituciones que se hayan ocupado de seleccionar sus árbitros con concursos de oposición y antecedentes que prestigien a la entidad, que será también responsable por ellos ante las partes que han designado por "cláusula compromisoria" o "compromiso arbitral" al ente para que este a su vez elija al árbitro o a los árbitros que tendrán que laudar.-

También tenemos que tener una legislación específica y actualizada sobre arbitraje como ocurre en las naciones más adelantadas, que siga la ley modelo de UNCITRAL, la “aggiorne” debidamente, estableciendo que los árbitros deben ser abogados con no menos de quince años en el ejercicio activo y probado de la profesión o de la magistratura, que privilegie el arbitraje institucional frente al arbitraje “ad hoc” y que obligue también a que las partes se hagan patrocinar por abogados de la matrícula en el proceso arbitral.-

En un laudo arbitral dictado en un proceso dentro de este marco que proponemos, no es tan fácil que el árbitro o tribunal arbitral se exceda del compromiso arbitral como delimitativo del objeto o “*thema decidendum*” del mismo (art. 740, inc. 3° delo C.P.C.C.N) como así tampoco que carezca del “olfato jurídico” necesario para discernir por donde pasa el orden público y que tenga autoridad suficiente para desechar fórmulas matemáticas de actualización automática mediante intereses leoninos, sabiendo que no se puede justificar el enriquecimiento sin causa fundado de una de las partes en un laudo. El árbitro debe de tener aún más que el Juez una noción clara de lo que es resolver un conflicto sin engendrar otro, de hacer justicia, de proveer a la paz social y así con conocimiento del derecho, experiencia y “savoir faire” jurídico, no será fácil que los Tribunales tengan que decretar la nulidad de un laudo o su inconstitucionalidad; su ilegalidad o su irrazonabilidad. No olvidemos que el arbitraje vale por lo que valen sus árbitros.-

Dicho esto propongo a quienes más discrepan con la jurisprudencia en ésta causa de la Corte que no varió su doctrina tradicional asentada en los fallos que mencionan los considerandos, no nos preocupemos tanto porque haya prosperado este recurso pues ha servido para sanear y mejorar el arbitraje y advertirnos a todos quienes estamos en él que debemos ser muy cuidadosos en nuestros laudos y en la selección de quienes serán árbitros.-

Esta doctrina lejos de debilitarlo ha fortalecido al arbitraje, no obstante estemos atentos y con la guardia alta para guarecer, cuidar y hacer crecer esta antiquísima institución que está recobrando vigencia y que será la gran solución para mejorar la atiborrada, alicaída y colapsada administración de justicia por el Estado. Las partes confiarán más en el arbitraje porque sabrán que ante una violación del interés o del orden público por parte del árbitro en su laudo o que se conculquen derechos constitucionales para lo cual no lo han elegido, les quedará el remedio del recurso extraordinario por sentencia o laudo arbitrario o inconstitucional.-

Dr. Gualtiero Martín Marchesini
E-Mail: martinmarchesini@ciudad.com.ar
Web: www.martinmarchesini.com.ar