

LOS HECHOS EN EL ARBITRAJE

Por **Jorge A. Rojas**

1.- INTRODUCCION

Resulta por demás atinada la elección –por parte del coordinador, Dr. Augusto M. Morello- del tema central de esta obra en homenaje a Clemente Díaz, pues si existió un tema sobre el que trabajó aquel destacado procesalista en forma minuciosa, fue el de los hechos en el proceso.

¿Son hechos los que constituyen el objeto de la prueba? O ¿Son las afirmaciones vertidas por las partes sobre aquellos hechos? ¿Cuándo tiene carácter jurígeno un hecho para su tratamiento en el proceso? ¿Cuándo esos hechos tienen sirven para fundamentar una pretensión? ¿Cuándo los hechos son inoficiosos o inconvenientes para una parte?

Toda esa temática fue abordada por Clemente Díaz, en un trabajo relacionado con su forma de exposición, que fue excelente por su claridad¹, y en una obra estupenda, por su profunda simplicidad, llamada “La demanda civil”².

Hoy, en su homenaje, y como reconocimiento a su valioso aporte a la ciencia procesal, nos toca en suerte ocuparnos de los hechos dentro del arbitraje, tema que por sus particularidades, requiere una serie de distinciones previas.

Ello se debe a que es necesario aclarar qué son los hechos por una parte, o a qué hechos hacemos referencia cuando aludimos al arbitraje; y por otra, conceptualizar a los diversos sistemas arbitrales, por eso el desarrollo de este trabajo se hará en base a esas dos líneas.

2.- LOS HECHOS Y SU CONCEPTUALIZACION

El punto de partida consiste pues en precisar qué son los hechos, o para ser más precisos, si existe alguna diferencia entre los hechos que son objeto de un proceso judicial, y aquellos que conforman el objeto de un proceso arbitral.

Nos adelantamos a señalar que no existe ningún tipo de diferencia entre ambos. Es decir siempre estamos refiriéndonos a una misma unidad conceptual, que individualizamos con el vocablo “hechos”, término que interpretamos como un acontecimiento del devenir mundano, que pasa en el

¹ Trabajo titulado “La exposición de los hechos en la demanda”, publicado en la revista jurídica La Ley 83-182, sec. doctrina.

² Que hizo bajo el seudónimo de Carlo Carli, Ed. Lex, 1973.

tiempo, y deja un rastro en un objeto que lo registra³, aprisionándolo de modo de constituirse en una fuente de prueba para el proceso⁴.

Esta distinción permite evitar una disquisición de contenido filosófico, entre la verdad llamada “material”, de la denominada “formal”, interpretando por la primera a la realmente acontecida, y por la segunda, a la que surge del desarrollo de un proceso judicial.

Desde esta premisa se advierte que los hechos, como objeto de comprobación, han pasado en el tiempo, y solamente es posible elaborar su reconstrucción, o bien, si aún no acontecieron, estimar su ocurrencia futura a través de determinados cálculos probabilísticos⁵.

Decía Borges: “el tiempo es la sucesión”, ello pues es un constante devenir en el cual los hechos se presentan impregnando la realidad, que así los refleja, y a su vez permite su registración por las personas.

Estos hechos (como registros) de la realidad, la doctrina tradicionalmente los ha clasificados en materiales (sobre las cosas), o personales (vgr. un testigo que percibió algo a través de sus sentidos). Y en esa línea se preguntaba aquél notable estilista ¿qué es el momento presente? Respondiéndose: aquél en el que consta un poco de pasado y un poco de porvenir.

El presente en sí es como el punto finito de la geometría, en sí no existe. No es un dato inmediato de nuestra conciencia. Pues bien; tenemos el presente, y vemos que está gradualmente volviéndose pasado, volviéndose futuro⁶.

Por eso parafraseando a Platón, dice Borges del tiempo: que es la imagen móvil de la eternidad, distinguiendo –según Plotino- tres tiempos: el presente, cuando hablo, es decir, cuando hablé porque ese tiempo ya pasó y es un momento que pertenece al pasado; y luego tenemos otro que es el presente del pasado, que lo llama memoria; y finalmente un tercero, que es el presente del porvenir, que viene a ser lo que imagina nuestra esperanza o nuestro miedo⁷.

La importancia de este aspecto, que tiende con carácter previo a delimitar el campo de trabajo, se vincula no sólo con la prueba de aquellos hechos, en un determinado proceso –sea judicial o arbitral- sino fundamentalmente con las afirmaciones vertidas por las partes en sus escritos

³ Falcón, Enrique M.; Tratado de la prueba, Ed. Astrea, 2003, T. I, p. 92, señala precisamente que los hechos –por ser pasados- sólo existen en los registros que dejan en los objetos.

⁴ Conforme la distinción que hacía Sentis Melendo, entre fuentes y medios de prueba, como registros los primeros, anteriores al proceso, y como mecanismos los segundos a través de los cuales acreditamos en juicio aquello que sucedió (Sentis Melendo, Santiago; Revista Argentina de Derecho Procesal, Las fuentes y los medios de prueba, 1968, II, p. 40 y ss.).

⁵ Falcón, Enrique M.; Ob. cit., p. 101.

⁶ En esa línea el filósofo español Miguel García-Baró, sostiene que el tiempo no es sino un transcurrir, que fluye, agregando: que “...el tiempo hace cualquier cosa menos detenerse, y esta carrera sin tregua es el hilo mismo de la vida y, por así decirlo, la trama de las sensaciones. Nunca dejamos de sentir, y nunca abandonamos el tiempo. Estamos siempre ahora; pero nunca se extiende el ahora a más de un imperceptible instante” (García-Baró, Miguel; Introducción a la teoría de la verdad, Ed. Síntesis, Madrid, 1999, p. 35).

postulatorios, referidas a los hechos, pues a eso tenderá el posterior desarrollo de cualquier etapa probatoria.

Esto significa estratificar, consolidando un momento del pasado, exponiéndolo en la demanda⁸, para tender luego a su reconstrucción a través de la actividad probatoria a desplegar en el proceso arbitral o judicial.

Desde esta premisa, que atiende a señalar que las partes concentran su actividad probatoria en la demostración de la ocurrencia de un suceso en un tiempo determinado, a través –en primer lugar– de las afirmaciones vertidas en sus escritos postulatorios, para pasar, en una segunda etapa, a la producción concreta de los medios de prueba, a través de los cuales se extraen, de aquellas que fueron fuentes de prueba, los extremos fundantes de sus pretensiones, nos quedará todavía un tercer estadio para permitirle, primero a las partes, y luego a la jurisdicción –como decía Clariá Olmedo– su apreciación, es decir ponerle un precio (como evaluación), a esos medios probatorios, de modo de permitir conocer a través suyo cuál de las dos posiciones en el pleito es la verdadera.

Se advierte así que la importancia de los hechos en el proceso es central, pues sobre ellos, no sólo se construye la reclamación de las partes, sino que además se justifican o convalidan, y se procede finalmente a su reconocimiento o a su desestimación, circunstancias frente a las cuales no existe ningún tipo de variación entre el proceso judicial y el arbitral.

Ello se debe a que ambos son métodos adversariales para dilucidar un conflicto, en donde las partes se encuentran enfrentadas, sosteniendo posturas divergentes sobre una misma cuestión, sea por diferencias en los hechos, o sea por su disímil encuadramiento legal, o por ambas razones a la vez, pero en definitiva confrontando esas posturas en aras a la demostración de sus pretensiones.

La importancia de esta aclaración previa sobre los hechos, se advierte en este último aspecto, pues se destaca que sea uno u otro el proceso que las partes hayan decidido transitar, siempre se tratará de un método de heterocomposición de carácter esencialmente adversarial⁹.

Por lo tanto, los hechos que van a ser objeto de un proceso judicial, tienen similares características a los de un proceso arbitral, la pregunta que cabría sería: ¿qué aspectos conviene tener en cuenta para encontrar algunas diferencias, si es que ellas existen?

⁷ Borges, Jorge Luis en Borges Oral, Ed. Brujuna, España, 1980, p. 95 y ss.

⁸ Entendida concretamente como el acto mediante el cual se ejercita el derecho de acción, manifestándose el deseo de que la voluntad de la ley sea actuada (Chiovenda, José; Principios de Derecho Procesal Civil, Ed. Reus, Madrid, 1977, T. I, p. 85).

⁹ El arbitraje, es reconocido como un método alternativo de resolución de disputas, sin embargo ello no debe hacer perder de vista, que dentro de los diversos mecanismos que existen, unos –como los indicados– son adversariales, porque importan un enfrentamiento entre las partes litigantes; y otros pueden ser identificados como no adversariales, pues más que un enfrentamiento, por más que exista un conflicto, requiere de una tarea conjunta de ambas partes, en forma directa (transacción), o asistida por un tercero (mediación o conciliación), para que colaborando mutuamente encuentren una fórmula adecuada a sus intereses para superar el conflicto que mantienen.

La más relevante radica en su tratamiento, pues en el proceso arbitral existe –entre otras características- una mayor intermediación por parte de los árbitros con los hechos, con las partes y con las pretensiones que en ellos se sustentan.

Teniendo en cuenta esta pauta, conviene señalar algunas distinciones conceptuales dentro del arbitraje, pues más allá de considerar que puede resultar poco frecuente su operatividad conforme su regulación dentro del Código Procesal, es necesario efectuar algunas aclaraciones sobre las diversas figuras que el arbitraje presenta, y por ende los sistemas a que se ajusta su desarrollo.

3.- PRECISIONES SOBRE ARBITRAJE

No es casual haber colocado las aclaraciones formuladas sobre los hechos, con carácter previo al arbitraje, toda vez que su utilización no es una cuestión menor a la luz del tratamiento que merece un proceso de esa índole, básicamente por la labor desplegada por los árbitros, y el principio de intermediación, con una connotación mucho más fuerte que la que se observa en un proceso judicial. Es de destacar, que el primer lugar en donde nuestro ordenamiento adjetivo contempla al arbitraje, es en el trámite de ejecución de sentencia¹⁰, con lo cual se advierte, que los hechos del proceso ya han recibido su análisis y encuadre por parte de la jurisdicción, cabiendo eventualmente sólo evaluar la mejor forma de efectivizar una sentencia, aspecto para el cual el arbitraje, más allá de su poco frecuente utilización en los usos forenses, está presente, y conviene analizarlo.

El segundo lugar en donde se aborda el arbitraje, es en el libro VI del Código Procesal, a partir de los arts. 736 y ss. (Título I).

Conviene tener en cuenta que este proceso arbitral, como se desprende de la simple lectura del Código, es el arbitraje llamado de iure (o iuris), esto es de derecho, pues los árbitros deben resolver la cuestión que se le somete a decisión, a través de la concreta aplicación del derecho.

A continuación, en el título II de ese libro VI (arts. 766 y ss.), se desarrolla el juicio de amigables componedores, en el cual el árbitro deberá dirimir la contienda conforme a equidad (ex aquo et bono), o como se decía antiguamente “a verdad sabida y buena fe guardada”, lo que implica una distinción importante respecto al tratamiento de esos hechos.

Finalmente el título III, estructurado sobre la base de un solo artículo (el 773), contempla la llamada pericia arbitral, respecto a la cual existe un tratamiento diverso con relación a los hechos que pueden ser objeto de sometimiento a ella, en los procesos arbitrales antes indicados.

¹⁰ Establece la primera parte del art. 516 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que: “siempre que las liquidaciones o cuentas fueren complicadas y de lenta y difícil justificación o requirieren conocimientos especiales, serán sometidas a la decisión de peritos árbitros o, si hubiere conformidad de partes, a la de amigables componedores...”

Por lo tanto, teniendo presente estas aclaraciones, ese tratamiento de los hechos en el proceso arbitral, merece algunas diferenciaciones, pese a la zona de penumbras que existe dentro de esos sistemas, lo cual permite extraer conclusiones diversas, reflejadas en su funcionamiento más que en los hechos en sí mismos, pero que evidentemente tienen una directa incidencia sobre ellos.

4.- OTRAS DISTINCIONES EN MATERIA DE ARBITRAJE

Corresponde también tener en cuenta la forma en que se puede desembocar en la constitución de un tribunal de arbitraje.

Es posible que se haya estipulado en un contrato, la forma a través de la cual se resolverán las disputas, circunstancia que importa el establecimiento de una cláusula denominada "compromisoria", esto es la posibilidad que las partes de antemano quieren acotar y despejar, la forma de resolver cualquier conflicto, sustrayéndose a la jurisdicción judicial para someterse a la decisión de árbitros (en su caso iuris o de equidad)¹¹, que eventualmente ya estén constituidos como un tribunal de carácter institucional, o bien que ellas mismas designen al efecto (ad-hoc).

Esto tiene importancia pues permite advertir un comportamiento, en donde si bien aquella previsión tiene carácter eventual, se habilita en el conocimiento del posible conflicto, a un tribunal distinto al judicial, del cual los litigantes se sustraen expresamente, en tanto y en cuanto el conflicto así lo permita¹².

Pero por otro lado, existe la posibilidad de que las partes enfrenten el conflicto una vez suscitado, es decir, que sin cláusula compromisoria, decidan someterse igual a la competencia de uno o más árbitros para dirimir su disputa.

Ello, en ese supuesto, se puede lograr a través del compromiso, es decir del sometimiento -posterior al conflicto- a un determinado tribunal arbitral, proponiéndoles a los árbitros (de derecho o equidad) los términos dentro de los cuáles aquél debe ser dirimido¹³.

Sobre la base de lo expuesto, cabe la posibilidad de analizar otro tipo de distinciones en materia de arbitraje, con la consiguiente incidencia que ello importa para el tratamiento de los hechos.

¹¹ Ver en idéntico sentido Redenti, Enrico; El compromiso y la cláusula compromisoria, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ed. Ejea, 1961, Serie Breviarios de Derecho, p. 15 y ss.

¹² En este sentido es importante tener en cuenta, que para que sea efectivamente procedente esta sustracción de las partes a la jurisdicción judicial, el conflicto, conforme lo normado por el art. 737 del Código Procesal debe ser susceptible de ser sometido a transacción (conf. arts. 832 y ss. del Código Civil).

¹³ Redenti, Ob. cit., p. 13 y ss. sostiene en este sentido que el compromiso aparece como un acto compuesto mediante el cual una o más personas (partes) convienen encomendar y encomiendan a una o más personas distintas (árbitros), quienes aceptan y asumen el encargo de decidir determinadas controversias surgidas entre las primeras (partes), lo cual implica que éstas excluyen con ello hacerlo decidir por la autoridad judicial.

Sirva como ejemplo, señalar, entre otros, la constitución del tribunal. Y dentro de ella la designación de un árbitro o tribunal ad-hoc, o uno de carácter institucional.

Sencillo es inferir que en el primer caso, se elige a uno o más árbitros para que resuelva la controversia, mientras que en el segundo supuesto, se acude a un tribunal ya constituido, el cual generalmente cuenta con un reglamento orgánico propio para su funcionamiento.

Este último es el que se utiliza frecuentemente a nivel internacional, para dirimir disputas entre empresas multinacionales, circunstancia que también amerita marcar una distinción entre el arbitraje local o nacional, y el internacional¹⁴.

Con relación a este último, se destaca el que lleva a cabo en distintos países del mundo la Cámara de Comercio Internacional¹⁵, la cual brinda la posibilidad de realizar una mixtura entre los arbitrajes ad hoc e institucional, toda vez que si bien se trata de un arbitraje organizado, da a las partes la posibilidad de elegir sus árbitros –con asiento en diversos lugares del mundo- bajo su supervisión, para desarrollar el arbitraje del que se trate¹⁶.

En estos casos que mencionamos, resulta evidente que si la labor que llevan a cabo los árbitros está impregnada de una fuerte connotación del principio de inmediatez, tanto con las partes, como con los hechos que se traen al proceso, la cuestión que puede suscitar la distancia, puede tornar inoficioso o inadecuado el proceso arbitral, si se piensa que puede quedar en manos de uno o más

¹⁴ Es importante destacar que existe otra legislación –al margen de nuestro Código Procesal- que contempla también al arbitraje como método de solución de conflictos. Sirva como ejemplo, en el caso del llamado arbitraje internacional, uno que toca muy de cerca de nuestro país, que es el sistema adoptado por el Mercado Común del Sur (Mercosur), que la República Argentina integra junto a Brasil, Paraguay y Uruguay, desde la celebración en 1981 del Tratado de Asunción, aprobado por el Congreso Nacional a través de la ley 23.981. Precisamente este Tratado estableció como sistema de solución de controversias el arbitraje, a través de un acuerdo complementario que se conoció como Protocolo de Brasilia, creado por la Decisión 1/91 del Consejo del Mercado Común, el cual entró en vigencia a partir del 24 de abril de 1993, luego de la ratificación por parte de Uruguay, el último de los países signatarios que cumplió con esa formalidad, permitiendo así la operatividad de mecanismos que buscan brindar mayor seguridad jurídica a los contratantes. Ello se complementa con la ley 24.578, que consiste en la ratificación por nuestro país del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional (que se extiende también hacia los laudos arbitrales); la ley 24.579 que aprueba el Protocolo sobre medidas cautelares dentro del Mercosur; la ley 24.668 que ratifica el Protocolo llamado de Buenos Aires, sobre jurisdicción internacional en materia contractual; con las leyes 25.222 y 25.223 sobre la aprobación del Acuerdo complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional que nuestro país aprobó a través de la mencionada ley 24.578, y la aprobación del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial entre el Mercosur y las Repúblicas de Bolivia y Chile.

¹⁵ Su sede se encuentra en París, en donde funciona desde el año 1923 una Corte Internacional de Arbitraje, cuya Secretaría se encarga de la atención directa de todos los arbitrajes que se desarrollan en distintos lugares del mundo bajo su supervisión.

¹⁶ Obsérvese que el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, señala en su art. 4, ap. 3, que la demanda además de contener una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a la demanda, con una indicación de las pretensiones y en lo posible de sus montos, agrega que deberá también precisar la designación del árbitro que se requiera y asimismo el número de los que integrarán el tribunal y la forma de selección conforme las previsiones de los arts. 8 a 10 del reglamento. Con lo cual se puede advertir, que al igual que en nuestro país, se sigue la teoría de la sustanciación para la exposición de los hechos. Esto es, un relato pormenorizado e histórico de los fundamentos fácticos en los cuales se sustentan las pretensiones, con el agregado mencionado anteriormente en relación a la elección de los árbitros.

árbitros que están fuera del lugar asiento del conflicto, y por ende divorciado de la realidad que se vive en aquél país, sea por resultarles extraña la cultura, por existir pautas de comportamiento que pueden ser desconocidas por el árbitro, o bien por razones de índole técnica que tienen que ver con la concreta aplicación del derecho.

En estos casos puede revestir un carácter trascendente la demostración -también como hechos que hacen a la "suerte" de ese proceso- el derecho extranjero¹⁷, o los usos y costumbres de un determinado lugar.

Ese motivo es el que ha tenido en cuenta la Cámara de Comercio Internacional, para desplegar el arbitraje a nivel internacional, dejando librado la elección de uno o más árbitros, que pueden ser nacionales como extranjeros, a la conveniencia (o intereses), de las partes y las particularidades del conflicto, aspecto sobre el cual tienen relevancia los hechos en que se fundamenten las pretensiones y además, su dimensión o proyección hacia otras latitudes.

5.- LOS HECHOS Y EL ARBITRAJE DE DERECHO

Si lo que más interesa es la mayor intermediación que existe entre las partes, sus pretensiones y la labor desplegada por el tribunal arbitral, la pregunta que cabe formular sería: ¿Cómo es el tratamiento de esos hechos en el arbitraje de derecho?

La respuesta podría ser sencilla, pues el comportamiento observado por los árbitros de derecho es similar al que corresponde a los jueces¹⁸.

En ambos casos –toda vez que la doctrina mayoritaria ya no tiene disidencias en considerar que la función cumplida por los árbitros es netamente jurisdiccional- existen escritos postulatorios, en donde se exteriorizan las posturas asumidas por los litigantes, existe una etapa de ofrecimiento de pruebas, y otra de producción, y finalmente un pronunciamiento, que importa su valoración, que se llamará laudo.

Al momento de su dictado, siguiendo la operación que Couture llamó de subsunción jurídica¹⁹, en primer lugar los árbitros fijarán los hechos, es decir, analizarán qué hechos han sido acreditados en el proceso, lo que significa tener en cuenta cuáles han sido los puntos objeto de compromiso entre las partes.

Ello en razón de que previamente aquellas manifiestan en forma expresa cuáles son aquellos puntos centrales objeto de la controversia, sobre los cuales se requiere el pronunciamiento del tribunal.

¹⁷ Sin perjuicio de lo que acuerden las partes sobre el particular, conviene tener presente la regla establecida en el art. 377 del Código Procesal, en cuanto a la necesidad de probar el derecho extranjero.

¹⁸ Véase Carnacini, Tito; Arbitraje, Trad. de Santiago Sentis Melendo, Ed. Ejea, 1961, Serie Breviarios de Derecho, p. 76 y ss.

Estos son llamados habitualmente como puntos de compromiso, o puntos comprometidos y constituyen la columna vertebral sobre la que se estructura el conflicto habido entre las partes.

Por eso, es importante que en los casos en que no se trate de un tribunal institucional, las partes sean precisas respecto del objeto de la controversia, dándole las facultades adecuadas a los árbitros designados, pues consiguientemente quedarán limitados los medios de prueba que deban desplegarse para la comprobación de aquellos extremos.

De ahí que la controversia quede suficientemente concentrada, como para que luego, al pronunciarse el tribunal, se expida concretamente sobre los puntos de compromiso, lo que marca una impronta muy particular, pues esto hace finalmente a la validez y eficacia del laudo dictado²⁰.

Una vez que el tribunal tiene por fijados los hechos del proceso, procede a su elevación para sumergirlos dentro de la norma, o normas abstractas aplicables al caso, para crear desde allí la norma individual, con características similares a una sentencia judicial.

De tal forma se pone fin a la controversia, ingresándose a la etapa de ejecución si ello fuera menester, para lo cual se debe acudir a la jurisdicción judicial, por carecer de imperium el tribunal de arbitraje para proceder a la ejecución de su propio decisorio.

Ello surge con claridad de las previsiones de los arts. 753 y conc. del Código Procesal, siendo de destacar que la función jurisdiccional que cumple el tribunal, no sólo por su actuación como árbitro iuris, sino inclusive en caso de que lo haga conforme a equidad, es de tal envergadura que ha sido contemplada por el legislador al habilitar su laudo como título ejecutorio con fuerza suficiente para su ejecución (conf. art. 499 y conc. del Código Procesal), producto final del tratamiento recibido por los hechos en el proceso, y la aplicación del derecho por parte de los árbitros.

6.- LOS HECHOS Y EL ARBITRAJE DE EQUIDAD

Conforme lo expuesto hasta aquí, cuadra señalar que no existe ningún tipo de distinción para tener en cuenta en el arbitraje de amigables componedores (o de equidad), con respecto al tratamiento de los hechos que hacen los árbitros iuris.

Solo cabe aclarar que en este sistema se profundiza más aún la intermediación entre las partes y los árbitros, que en el arbitraje de derecho, pues se trata de un proceso desprovisto de formas rigurosas, y las que se establecen, en general son fijadas de común acuerdo por las partes, o bien por el tribunal, cuando se trata de uno de carácter institucional.

¹⁹ Couture, Eduardo J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, 3ra. Ed., reimp. 1990, p. 285.

²⁰ Señala específicamente el art. 760 del Código Procesal que se reputará nulo el laudo cuando los árbitros emitan un pronunciamiento ajeno a los puntos de compromiso fijados por las partes, más allá de la parcialidad de la nulidad, si el laudo admitiera su divisibilidad.

En estos casos, el tratamiento brindado a los hechos, a partir de esta falta de provisión de formas estrictas dentro del proceso, requiere en primer lugar una buena preparación por parte de los abogados; y en segundo lugar, un acabado conocimiento por parte de los árbitros de los términos de la controversia, sumada a una absoluta claridad con respecto a los puntos objeto de compromiso, todo lo cual va a permitir una depuración mucho más acabada del proceso, toda vez que su cariz distintivo radica en la valoración de esos hechos al momento del dictado del laudo.

Ello se debe a que, en este sistema los árbitros van a pronunciar su fallo –por requerirlo así las partes- conforme a equidad.

Por lo tanto, esa valoración, se va a constituir en la piedra angular de este sistema de solución de controversias, ya que a partir de su análisis se construirá un pronunciamiento, que no es que deje de lado al derecho, sino que al resolver conforme a equidad, a lo que propende, es a quitarle el rigorismo que en algunos supuestos tiene el derecho.

De tal forma puede considerarse más “equitativo” por ajustarse a las constancias del proceso, y a la vinculación habida entre las partes, y sus proyecciones sobre el futuro, la aplicación de una norma de derecho en desmedro de otra, cuando las consecuencias que surjan de ellas puedan resultar disvaliosas a la luz del conflicto planteado.

Conviene remarcar que en este tipo de fallos no existe un apartamiento del derecho por parte del árbitro de equidad, sino una morigeración de aquél, o una adecuación a las circunstancias del caso, para evitar algunas confusiones que se advierten en nuestro ámbito, en donde se pretende acercar por ejemplo la mediación al arbitraje, intentando asimilar ambos conceptos, cuando en verdad son esencialmente disímiles.

No existe inconveniente alguno en combinar esos sistemas, pero se trata de mecanismos diversos de solución de conflictos y en esos casos es inmanente a su idea, la existencia de hechos que den sustento a pretensiones encontradas.

Por eso, sin perjuicio de advertir comisiones de estudio, en algunas asociaciones o colegios profesionales, que abordan la mediación y el arbitraje en forma conjunta, conviene destacar que se trata de sistemas totalmente distintos, y que su combinación puede ser potable con una aplicación simple o sencilla, en cuestiones de menor envergadura, o para el funcionamiento de los llamados tribunales de pequeñas causas.²¹

²¹ Sirva como ejemplo de ello los tribunales que se han creado en sede administrativa en defensa de los derechos del consumidor, respecto a los cuales muestra jurisprudencia ha interpretado que: “de conformidad con lo por decreto 276/98: 16, la intervención de la cámaras de apelaciones, solo esta prevista para el caso de laudo dictado por el tribunal arbitral de consumo, tramitado por el procedimiento de amigables componedores debe conocer el juez de primera instancia, maxime cuando-como en el caso- los árbitros manifestaron expedirse según equidad, lo cual descarta la existencia de arbitraje de derecho –arg. CPR:766-.”(CNCom, sala E, 8/5/00, Sol Club Vacation S.A. c/ Tribunal Arbitral de Consumo, LD-textos).

No importa aquí el monto del proceso, sino su trascendencia menor, y la directa involucración de partes enfrentadas, por lo cual es posible trabajar de un modo sencillo con el arbitraje, como salida al fracaso del sistema de mediación o de conciliación.

Distinta es la solución cuando nos enfrentamos con conflictos de difícil solución, o cuestiones de alta complejidad en derecho, en cuyo caso si se opta por un proceso arbitral, y este se desarrolla luego de una etapa conciliatoria previa, si así lo decidieron las partes, el tratamiento que deberán recibir esos hechos va a resultar totalmente diverso a la cuestión menor a la que antes aludíamos.

7.- LOS HECHOS Y LA PERICIA ARBITRAL

En este supuesto, los hechos ya han recibido tratamiento por parte de la jurisdicción judicial o privada, y nos encontramos frente a una sentencia, que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, las cuentas pueden tener tanta complejidad, o las liquidaciones que cabe llevar a cabo pueden ser tan difíciles que requieran la colaboración de expertos en una materia determinada.

No obstante, ello mismo puede plantearse a las partes antes de iniciar un proceso²², o bien durante su desarrollo, en todos estos supuestos el Código Procesal prevé en el art. 773 la llamada pericia arbitral, instituto de muy poco arraigo dentro de los usos forenses, a tal punto de resultar casi desconocido para los operadores jurídicos, pese a revestir suma utilidad por la sencillez de su procedimiento, su efectividad y eficacia entre otros factores.

Existe una íntima correlación entre el tratamiento de los hechos, y el desarrollo de este otro sistema de solución de controversias que el código denomina pericia arbitral, la cual por sus características se asimila en su desarrollo y consecuencia al arbitraje de equidad²³.

Es llevada a cabo por peritos árbitros, o arbitradores, o árbitros a secas, denominaciones todas que en este caso el codificador en la primera parte del art. 773 ha asimilado a los que tienen a su cargo este tipo de tareas.

²² La pericia arbitral relativa a un conflicto sobre defectos atribuidos por el comprador a las cosas entregadas por el vencedor, debe ser extrajudicial y los tribunales, en todo caso, deben en esta instancia intervenir solamente a los efectos de la designación de quien realizara la pericia, para el caso de no existir colaboración de la contraria, no pudiendo en el marco de estas actuaciones, juzgar acerca de los extremos sobre los cuales deberá resolver el experto, como si ya estuviera en el marco de un proceso judicial corriente(CNCom., Sala E, 5/5/99, Manipul S.A. c/Tega Aparejos, Grúas y Apiladores S.A. s/Pericia Arbitral).

²³ 1. Habiendo identidad de trámite entre la pericia arbitral y el juicio de amigables componedores, resulta aplicable a la primera el CPR: 771, que sanciona la inapelabilidad del fallo que resuelve la validez o nulidad de aquella pericia. 2. Tal interpretación no vulnera la doble instancia, pues en la pericia arbitral la decisión es el dictamen mismo de los expertos; y la vía recursiva compete al juez de primera instancia, a quien el legislador confiere decisión definitiva(CNCom, Sala D, 14/6/89, Graña, Geremias c/Viedma S.R.L. y Otros s/Sumario (E.D. 137-99).

Hay que tener en cuenta con relación al tema que aquí nos ocupa, que el arbitraje aquí se va a llevar a cabo sobre distintos tipos de hechos que podríamos identificar de las siguientes forma:

- a) Sobre hechos que ya fueron tratados y han merecido un pronunciamiento, sea por parte de la jurisdicción judicial, o la privada, pero que han quedado definitivamente resueltos. Sería el caso de su aplicación en el trámite o procedimiento de ejecución de sentencia que contempla el art. 516 del Código Procesal.
- b) Puede darse el supuesto, que se trate de hechos que no han recibido ningún tipo de tratamiento por parte de la jurisdicción, de la índole que ésta sea, y que enfrente a las partes en un determinado camino, esto es su solución por vía de una pericia arbitral, o bien llevar a cabo un proceso judicial o privado para su abordaje y solución. Esta circunstancia dependerá de la mayor o menor ductilidad de los abogados –como operadores jurídicos- en el manejo del instituto que aquí nos ocupa, pues a través de su utilización, puede superarse claramente la necesidad del desarrollo de todo un proceso.
- c) Una tercera variante, puede surgir del tratamiento de esos hechos dentro de un proceso ya iniciado, que surja como consecuencia de las posiciones sustentadas por las partes en sus escritos postulatorios y como resultado de la labor llevada a cabo por la jurisdicción judicial, o la privada, al momento de recepcionar la causa a prueba y considerar junto a aquellas los hechos conducentes para dilucidar la litis, sirva como ejemplo, el quid gestado por la cotización de una acción para definir el monto o valor de la transferencia de un paquete accionario, si ello origina la controversia.

En todos ellos, resulta evidente que la labor que pueda desplegar un experto en una determinada ciencia, arte o profesión, puede adecuar el tratamiento de los hechos de modo correcto, evitando un dispendio laboral y jurisdiccional absolutamente estéril, por inconducente.²⁴

Esta importancia que tiene la pericia arbitral, que en su desarrollo, el código la asimila al juicio de amigables componedores, advirtiéndose un diverso tratamiento de los hechos, en el supuesto que ya se ha realizado el proceso; o antes de su iniciación; o bien durante su transcurso, cuestión que no requiere mayores aclaraciones, sino que conviene destacarla por su importancia como sistema de solución de conflictos, que habitualmente no es utilizado por el operador jurídico.

Sirva como ejemplo para justificar lo expuesto, la modificación introducida en el inc. 1ro. del art. 360 del Código Procesal, que regula la audiencia preliminar, cuando señala al juez la posibilidad

²⁴ Si los efectos fueron estimados diferentes a la calidad estipulada y convenida, por lo que el comprador podría considerarse con derecho a resistirse a su recibo, la determinación de esa falla, vicio o diferencia debió necesariamente ser zanjada a través de peritos arbitradores; puesto que ese es el procedimiento legal estatuido por el CNCom: 476 y el CPR: 473, que es insoslayable e insustituible para las partes e incluso vinculatorio para el juez en caso de disenso sobre las calidades de la cosa vendida (CNCom., Sala C, 28/7/89 in re Rolling Forms c/ Diseco S.A. s/ Sumario, LD – Textos).

de transitar junto a las partes, un avenimiento que ponga fin al pleito a través de una conciliación, o bien a través de cualquier otro medio alternativo de resolución de conflictos.

No existe razón alguna para que los hechos no puedan recibir adecuado tratamiento a través de este sistema, que permite concluir con un conflicto en donde, la cuestión central objeto de debate, tenga que ser precisada, aclarada, valorada, o justipreciada por un experto en una determinada materia.

Si se plantea un conflicto de intereses vgr. respecto a una obra de arte, o una joya, porqué no circunscribir la cuestión a la tarea que le puede caber a un marchand o a un orfebre, de reconocido prestigio para las partes, con lo cual puede quedar agotado el tema en disputa, si estamos en una ejecución de sentencia, o bien, aún antes de desarrollarse un proceso, si lo que es objeto de debate es el valor de aquéllas, o en su caso, porqué no acotar el conflicto a través de la pericia arbitral, asumiendo las partes el compromiso respectivo en los términos que prevé el art. 773 de nuestro ordenamiento adjetivo.

Es difícil que el operador jurídico pueda manejar el sistema del que se trate, cuando no se conoce adecuadamente y por ende, no se encuentra preparado para ello.

El mejor tratamiento que pueden recibir los hechos en el arbitraje es aquél que le permita a las partes conocer primero el sistema arbitral al que se ajustaran, pues los abogados, como primeros “jueces” de la causa, lo somos en tanto y en cuanto conocemos, por nuestra función, los hechos que deberán ser objeto de tratamiento en uno u otro tipo de proceso, de ahí el régimen de los hechos no invocados, o los otrora hechos no aducidos del viejo juicio sumario, pues somos quienes debemos hacer con su presentación, exposición y posterior tratamiento, el manejo más adecuado para propender al resultado pretendido.

8.- LA REVISION DE LOS HECHOS Y EL ARBITRAJE

Existe una particularidad muy especial con respecto a la revisión de los hechos y el arbitraje, es decir a la utilización de los mecanismos impugnativos que resultan susceptibles de ser deducidos dentro de un arbitraje, para su tratamiento en otra instancia.

En general, cabe distinguir como primera medida, el tipo de tribunal que va a desarrollar la tarea. Esto se debe a que no es lo mismo un tribunal de arbitraje ad hoc, que uno institucional, al margen de su calidad nacional o internacional.

Es habitual que las partes en el arbitraje ad hoc decidan someterse a reglas propias que ellas mismas se dictan, mientras que en la variante institucional, adoptan para sí las pautas de los reglamentos a que se sujetan las instituciones que cuentan con este tipo de tribunales.

En esos casos, habrá que analizar qué tipo de mecanismos impugnativos deciden darse para sí mismas, o bien aquellos a los que se ajusten, si se trata de tribunales institucionales, por lo que únicamente cabe aclarar que cuando aquellas acuerdan este tipo de sistemas para la solución de sus controversias, una adecuada y correcta construcción de la cláusula compromisoria, debe contemplar este tipo de revisiones en una instancia distinta que generalmente será judicial, si es que no deciden renunciarla, como en muchos casos lo hacen.

Ello se debe a que siempre la materia del arbitraje se tratará de derechos disponibles, esto es aquellos sobre los cuales pueden llevar a cabo transacciones, y desde luego con esa inteligencia también están facultadas a renunciar a los mecanismos de revisión a los que hubiere lugar.

Sin perjuicio de ello, existe en nuestro ordenamiento adjetivo, una previsión concreta y específica, que señala que a todo evento, aún habiendo renunciado las partes a todo tipo de recursos para revisar lo decidido en un laudo, con la implicancia que ello tiene para los hechos que aquí nos ocupan, en todos los casos se entenderán como irrenunciables los recursos de aclaratoria y de nulidad, especificando concretamente los arts. 760 y 761, las distintas causales por las cuales un pronunciamiento puede resultar nulo.

Por ello, el tratamiento que pueden recibir los hechos en una instancia distinta a la arbitral, se vincula a la posible indagación y comprobación de la existencia de la causal que eventualmente se pueda invocar, a fin de invalidar lo actuado, por las razones que taxativamente prevé nuestro ordenamiento adjetivo, teniendo presente a todo evento que siempre la elección de la vía arbitral importa la sustracción voluntaria de las partes a la jurisdicción judicial²⁵.

²⁵ 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 convenida por los interesados, dado que ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con 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).