

## ¿RECURSO O PROCESO?

Por Jorge A. Rojas

### 1.- INTRODUCCION

Surge de la relación que hizo el Tribunal interviniente sobre los antecedentes de la causa, que la demandada dedujo recurso de nulidad en los términos del art. 760 del Código Procesal contra lo decidido por el único árbitro que intervino en el proceso arbitral sustanciado entre las partes.

Parece bien resuelto por la Sala, conforme las propias previsiones adoptadas por las partes contratantes, la forma en que se constituiría el Tribunal arbitral ad hoc que habían acordado, y la mecánica que se debía observar para su conformación y consiguiente desarrollo de su tarea.

Precisamente uno de los presupuestos procesales esenciales que hacen a la constitución válida de cualquier tribunal jurisdiccional, está representado por la competencia del órgano interviniente, que se refleja en todo ordenamiento procesal -en sentido negativo- como excepción de incompetencia, es decir la inhabilidad de quien pretenda actuar arrogándose facultades para dirimir una controversia cuando en verdad no las posee.

No se conocen del fallo los pormenores que llevaron a la actuación del único árbitro que pronunció el laudo, pero sí surge del pronunciamiento de la Sala interviniente que no se habrían observado las pautas establecidas por las propias partes contratantes para la integración de ese Tribunal.

De ahí entonces que se haya declarado la nulidad del laudo porque existió un vicio esencial en el procedimiento, configurado por la defectuosa conformación del tribunal, y como surge del art. 760 del Código Procesal, un pronunciamiento de esas características esta fulminado con la nulidad, tal como lo decidió la Cámara.

Sin embargo, la cuestión que merece algún reparo y convendría analizar es la forma en la que la Sala aborda el tratamiento del recurso de nulidad, pues a lo largo del desarrollo del pronunciamiento se genera la duda si estamos frente a un medio de impugnación o frente a un nuevo proceso.

### 2.- ¿RECURSO O PROCESO?

Más allá que se accedió al pronunciamiento de la Cámara Comercial por vía de un recurso de queja, que es el que permitió la declaración de admisibilidad del recurso de nulidad que permitió el pronunciamiento de la Cámara, surge una preocupación por la forma en que se trató ese recurso cuando analizó la legalidad del pronunciamiento impugnado.

Obsérvese que el lenguaje que utiliza la Sala, luego de hacer una descripción minuciosa de las razones que justifican su declaración de nulidad por la defectuosa integración del tribunal arbitral, que la llevan a interpretar que se habría configurado la causa del vicio esencial en el procedimiento, lo que trae aparejado la pérdida de validez legal de todo el proceso desarrollado, señala *que existen otras razones para admitir la “demanda”*.

El énfasis y entrecorillado me pertenecen y es a los fines de destacar que según el tribunal lo que era un recurso ahora lo trata como una demanda, y agrega para que no queden dudas al respecto que “la demandada en la sustanciación del recurso de nulidad” (es decir alude a la actora que habría resultado la recurrida), “no ha contestado críticamente los argumentos impugnatorios de Outback” (sic) (que es la demandada recurrente).

Y a renglón seguido sostiene: “La lectura de la contestación recursiva –que constituye la contestación de demanda de nulidad- no exhibe una respuesta específica a muchas de las tachas formuladas en la demanda” (sic).

Como se advierte de lo expuesto y resaltado, lo que era un recurso de nulidad parecería –a estar al lenguaje utilizado por la Sala- que se transformó en un nuevo proceso en donde el recurso sería una demanda y la contestación del traslado del memorial una contestación de demanda, lo que no puede resultar menos que preocupante.

Pero para reafirmar esa posición por demás llamativa, agrega al final de ese párrafo la Cámara que “...la Sala hace notar que la exposición de American Restaurant (la actora en el arbitraje, aquí recurrida) intentando contestar el argumento de Outback (la demandada recurrente), *no satisface el requisito exigido por el art. 356 inc. 1ro. del Código Procesal*” (sic).

El énfasis puesto al resaltado entre comillas, no sólo indica que la transcripción es textual de la letra del fallo, sino que la Sala confirma lo que veníamos insinuando, es decir, que a esta altura el tratamiento que le brinda al recurso de nulidad es similar al de un nuevo proceso en donde el recurso se transformó en una demanda y la contestación del memorial en una contestación de demanda.

Exime de todo comentario el aserto referido al art. 356 inc. 1ro. del Código Procesal que precisamente establece las cargas que debe observar el demandado al contestar una demanda para que su emplazamiento resulte ajustado a derecho.

Obsérvese que éste se configura en un nuevo presupuesto que la Sala dice haber tenido en cuenta para fundamentar su decisión, que eufemísticamente lo podríamos denominar “no haber contestado la demanda en los términos del art. 356 del Código Procesal”.

Dos párrafos más adelante insiste, señalando que podría argumentarse, como lo ensaya la actora (la recurrida) en su “contestación de demanda” que su contraparte habría consentido la intervención de un único árbitro... Es decir, insiste

en que la contestación del traslado del recurso de nulidad sería una contestación de demanda y que la actora así lo debería haber observado??

Y luego agrega para sembrar más confusión aún y transformar así el tratamiento de un recurso en una especie de “proceso”, que “con respecto a la falta de anteriores acciones judiciales impugnatorias de la actuación de éste (haciendo alusión al árbitro único), basta observar que su omisión no convalida un procedimiento irregular y que, por sobre todo, éste proceso judicial que nos convoca es el resultado de una *acción de nulidad*” (sic).

Como se puede inferir, no se conoce con claridad el terreno dentro del cual desarrolla su actuación la Sala interviniente, pues aquello que se señaló al comienzo que era un recurso parecería que dejó de serlo y se transformó en una acción de nulidad (con una demanda y una contestación), pese a que concluye el fallo señalando en el pto. 9 que las costas del “recurso de nulidad” se imponen a la vencida.

### 3.- DISTINCIONES

Un recurso de nulidad en el ámbito del arbitraje resulta operativo no para analizar la justicia o injusticia de un pronunciamiento, es decir, para revisar lo decidido, sino para que eventualmente se pueda “rescindir” (anular) lo decidido, es decir analizar la legalidad del pronunciamiento que haya sido materia de impugnación y consiguientemente anularlo. Este es el significado de la rescisión<sup>1</sup>.

Mientras en la apelación la alzada puede ejercer una doble competencia, es decir tanto negativa como positiva, pues abre su conocimiento a los agravios que expresa el apelante, para que se revise la eventual injusticia de lo decidido y se reemplace el pronunciamiento por otro, en caso de admitirse la fundabilidad del recurso. En cambio, en el recurso de nulidad la competencia de la alzada, en materia arbitral siempre es negativa.

Solo puede casar y anular el fallo, esto es lo que se conocía en el viejo derecho romano como *iudicium rescindens*. Mientras en la apelación la alzada puede reponer el fallo que revocó con otro, esto es lo que se conoce como *iudicium rescissorium*. En materia arbitral ello solo se puede hacer a pedido de las partes, que resignarían así el sometimiento al tribunal arbitral y así podría la alzada reponer el fallo con un nuevo pronunciamiento, siempre que –conforme lo dispone el Código Procesal- cuando únicamente la nulidad ataca al laudo (art. 761).

---

1 Este tema fue desarrollado en “El recurso de nulidad en el arbitraje”, Revista de Derecho Procesal 2007-1-267; en donde se señaló que se trata de un recurso diverso al que contempla la parte general del Código Procesal, no sólo porque la invalidación fue absorbida históricamente por la impugnación, de ahí el sometimiento del recurso que contempla el art. 253 del Código Procesal dentro de los pliegues del recurso de apelación, sino porque en éste no solo sigue operativo el reenvío por la competencia negativa que ejerce la alzada, sino además porque tiene causales específicas.

Pero esto pertenece al ámbito natural del recurso de nulidad que es el que parecería haberse deducido en este caso, por la actitud que trasunta la Cámara cuando se ocupa del caso, y por lo normado por el art. 763 del Código Procesal, ya que la acción de nulidad solo resulta operativa como mecanismo impugnativo de un laudo arbitral, cuando es dictado por un tribunal que debe expedirse como amigable componedor; esto es, que los árbitros no deben resolver apegados rigurosamente a la letra de la ley, sino que con fundamento en la equidad, o según su leal saber y entender, pueden adaptar la norma a las circunstancias del caso morigerando –si fuera necesario- su aplicación.

Y éste no podría ser el caso de autos, ya que la Cámara se encarga de señalar claramente desde el comienzo, que se aboca al conocimiento de un recurso de nulidad, ya que si el arbitraje fuera de amigables componedores, el mecanismo impugnativo deducido resultaría improcedente en mérito a los principios de consumación y unicidad que existe en materia recursiva<sup>2</sup>.

Cuando se plantea una acción de nulidad (art. 771 del Código Procesal) ante el juez de primera instancia (no ante la Cámara), es cuando se plantea una demanda, con todo el significado que ello importa. En esa caso, el juez debe disponer correr traslado a la contraparte, para que comparezca y a su vez la conteste, y aquí si eventualmente se puede inferir que resultaría de aplicación lo sostenido por la Cámara, en cuanto a la aplicación de las pautas del art. 356 del Código Procesal, pues allí se debe contestar una demanda, que por lo informado desde el comienzo del fallo no parece ser este supuesto.

Este constituye un mecanismo impugnativo diverso al anterior, en donde la vía de ataque para que se rescinda lo decidido es una demanda y por ende nacen ahí cargas diversas a las que existen en un recurso<sup>3</sup>.

Por eso también son diversas las cargas que se le imponen al demandado y al recurrido. Ello se desprende claramente del juego armónico de los arts. 265 y 356 del Código Procesal. Mientras el recurrente tiene que hacer una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que considere equivocadas, señalando los vicios in indicando (de juzgamiento) o in procedendo (de procedimiento) en los que pudo haber incurrido el juez de grado inferior al construir su sentencia, sobre todo teniendo en cuenta la operación de subsunción jurídica que debe formular; a su vez, la tarea que cabe al recurrido -como carga fundamental- será defender lo decidido si se hubiera hecho lugar a su pretensión.

---

2 El principio de consumación importa la pérdida del recurso por haberse utilizado errónea o deficitariamente la vía recursiva incoada, por lo que no puede reiterarse el planteo para enmendar el error aunque el término no hubiere fenecido. Mientras que el principio de unicidad importa que la resolución que se ataca tolera un solo carril impugnativo y no varios. Ver Hitters, Juan Carlos; Técnica de los recursos ordinarios, Ed. Librería Editora Platense, p. 38 y ss.

3 Esto requiere distinguir dos conceptos totalmente diversos como son impugnación, que es el género y los recursos que son una de sus especies, por eso una demanda puede constituir un mecanismo impugnativo como el caso señalado de la acción de nulidad en el arbitraje de amigables componedores (Véase la distinción entre la impugnación y los recursos en Rivas, Adolfo A.; Tratado de los Recursos Ordinario, Ed. Abaco, T. I, p. 33 y ss.).

Esto no es lo mismo que la carga que se le impone al demandado en la contestación de demanda conforme lo preceptuado por el art. 356 del Código Procesal.

En este supuesto el demandado debe reconocer o negar categóricamente, todos y cada uno de los hechos invocados por el actor, del mismo modo se debe expedir con relación a la documentación que se le atribuye. Con lo cual como se puede advertir de la lectura de esa norma, se generan tres alternativas posibles para el demandado.

Una es el reconocimiento de lo que manifieste el actor en su demanda, con lo cual esos hechos que se hubieran reconocido eventualmente quedarán exentos de prueba.

Otra alternativa es la negación, esto es, frente a un hecho afirmado por una parte y negado por la otra nace el hecho controvertido, que si resulta relevante y conducente será objeto de prueba.

Finalmente queda una tercera categoría que es la admisión, es decir, la presunción iuris tantum que surge de los hechos que son respondidos de manera evasiva o imprecisa o eventualmente resultan omitidos en la contestación de demanda. Allí nace una presunción de verdad que si el demandado no destruye por prueba en contrario, el juez podrá tenerlos por ciertos.

Como se puede apreciar de lo expuesto, se trata de estadios totalmente diversos dentro del proceso, tanto arbitral como judicial y confundir la carga impuesta por el ordenamiento procesal para contestar la demanda, con la que se le habría hecho pesar al recurrido en el fallo en comentario, sería como subvertir sin fundamento alguno la realidad del marco jurígeno dentro del cual se debe sustanciar un recurso, y mucha mayor preocupación se genera cuando se apoya el decisorio -como uno de sus fundamentos- en ese aspecto.

#### **4.- CONCLUSIONES**

La carga procesal es el imperativo legal que la ley ha puesto en el propio interés de la parte, en la clásica conceptualización que ha hecho James Goldschmidt, con lo cual confundir el tenor de una carga procesal dándole la categoría de nuevo proceso al desarrollo de un recurso, sería no solo subvertir el orden de un proceso, por la alteración que se produciría en su estructura, sino además importaría sembrar más dudas que certezas en un terreno que ya de por sí genera preocupaciones inmerecidas en el trato que recibe de la jurisdicción judicial.

Sería preferible que la labor docente que también puede desarrollar el Tribunal sea simplificada señalando los aspectos por los cuales no se conformó adecuadamente el tribunal arbitral y la necesidad de dejar a salvo un derecho humano

esencial como es el acceso a la jurisdicción para obtener reparo o protección adecuada frente a la eventual irregularidad que se pudo cometer en su constitución.

Para ello no es necesario desvirtuar el uso de institutos absolutamente claros, como confundir sistemas que tienen que ver unos con la etapa introductoria del proceso y otro con la impugnativa, en donde las conductas y por ende las cargas que deben observar las partes difieren en virtud del propio desarrollo de las actuaciones.

La proyección que tienen pronunciamientos como el que motiva este comentario ha sido reconocida expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sugiriendo a los jueces una ponderación mucho más cuidadosa para que no se aparten del análisis de las consecuencias que pueden aparejar sus fallos<sup>4</sup>, precisamente porque esa labor docente que debe atribuirse la judicatura tiene que propender a beneficiar al justiciable brindándole claridad y certeza, que no son más que caras de la misma moneda que se llama seguridad jurídica.

---

<sup>4</sup> Ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "...no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los Índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma" (Fallos:302:1284).