

Arbitraje de derecho, de amigables componedores y peritos árbitros: tres precedentes para tomar nota.



Por:  
**Pablo Augusto Van Thienen**  
Director

---

# Arbitraje de derecho, de amigables componedores y peritos ábitros: tres precedentes para tomar nota.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el **CEDEF Law & Finance**.

---

**SUMARIO:** *Abstract.* I. El caso Pizza Rica SA. Arbitraje juris y competencia. – II. El caso Hard Und Derivate. Arbitraje *ex aequo et bono* y competencia. Inapelabilidad del laudo interlocutorio. – III. El caso Riley Sur. Arbitraje de peritos. Inapelabilidad del laudo.

---

## **Abstract.**

Se trata de tres casos judiciales. Dos que han abordado la problemática de la interpretación de las cláusulas compromisorias del arbitraje *iuris* y *ex aequo et bono* y uno que ha resuelto sobre peritos ábitros. Todos temas expresamente previstos en nuestro código de forma y todos temas de interés para la práctica profesional.

Nos interesa tratar estos precedentes pues dejan enseñanzas que valen la pena compartir.

Cada día más se aconseja a los empresarios someter sus diferencias y disputas a la justicia privada evadiendo, de alguna manera, los laberintos y vericuetos de los procesos judiciales tradicionales plagados de formalismos y plazos donde anidan todas las suspicacias para la chicana y la estafa procesal y donde la regla del *Fair Play* está fuera de la cancha.

No hay duda que decidir por una justicia privada responde a una clara percepción de ineficiencia del sistema judicial estatal, ineficiencia que muchas veces se traduce en injusticia.

Nuestro mercado ofrece una canasta de productos para la justicia privada que bien vale la pena explorar. Me refiero al arbitraje de derecho, al arbitraje de amigables componedores y a los ábitros peritos. Estos dos últimos muy poco explorados por la práctica vernácula a pesar de que nuestro legislador los incorporó al digesto procesal hace ya mucho tiempo.

A continuación una síntesis de los principales lineamientos de los tres fallos que quiero compartir:

## **I. El caso Pizza Rica SA. Arbitraje *iuris* y competencia.**

Este caso fue resuelto por la sala C de la CNcom quien fijó el siguiente criterio:

1. *Competencia e interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria:* Competencia arbitral constituye un supuesto de excepción frente a la competencia judicial estatal. Por lo tanto las cláusulas arbitrales deben ser interpretadas en forma restrictiva.
2. *Ámbito de aplicación del pacto arbitral:* debe limitarse a supuestos de interpretación de los contratos o la verificación de cuestiones de hecho quedando excluidas aquellas situaciones en las que se trata de cuestiones de derecho o de aplicación de la ley cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los tribunales estatales.

3. *Reclamo de daños y perjuicios*: derivando el reclamo de daños de un incumplimiento a una obligación contractual y estando las partes debatiendo la interpretación de una cláusula del contrato corresponde que la cuestión sea resuelta por el tribunal arbitral conforme cláusula pactada.
4. *La cláusula compromisoria*: Las partes pactaron que toda controversia derivada de la interpretación y/o ejecución del contrato se someterá a decisión arbitral. Este acuerdo contractual debe respetarse e interpretarse como cláusula de prórroga de jurisdicción siendo procedente el desplazamiento de la competencia de los tribunales estatales a tribunales privados.

Se trata de una cláusula arbitral de derecho. Por esta razón el demandado pretendió debatir en sede judicial la competencia del árbitro para tratar una disputa sobre la interpretación y ejecución de obligaciones contractuales. La sala C fijó un criterio acertado en el sentido de admitir la validez de la cláusula arbitral y el sometimiento de las partes a la justicia privada entendiendo a la cláusula compromisoria como pacto expreso e irrevocable de prórroga de jurisdicción (art. 1197 c.c.).

A pesar del acierto en mi opinión, no queda claro el ámbito de competencia del arbitraje. La sala C pretende ceñirlo a dos materias bien concretas: (i) interpretación contractual y (ii) verificar cuestiones de hecho. Descarta de plano que los árbitros puedan resolver sobre cuestiones de derecho o de aplicación de la ley (*sic*). Semejante extirpación de competencia no surge de la ley formal quien expresamente ordena que *todas las cuestiones susceptibles de ser transadas pueden someterse a la decisión de un arbitraje*. Las cuestiones de derecho y la interpretación de las leyes son materias transables, salvo orden público (arts. 18 y 21 c.c.).

Para darle más eficiencia al sistema arbitral es imperativo evitar *chicanas procesales* como ésta, esto es, cuestionar en sede judicial la competencia del tribunal arbitral cuando el propio digesto dice en forma clara y contundente que *todas las cuestiones transables son arbitrables*. La disputa sobre la interpretación de una cláusula contractual y los daños por responsabilidad calzan *como anillo al dedo*; sin embargo una de las partes optó por zigzaguear dilatando el expediente. El costo transaccional de cargar con las costas de la parte vencida no parece suficiente para desalentar conductas oportunistas como ésta. Siendo esto resulta estratégico diseñar cláusulas contractuales y compromisorias que prevean costos más elevados subiendo las barreras de salida para quien decide chicanear.

## **II. El caso Hard Und Derivate. Arbitraje *ex aequo et bono* y competencia. Inapelabilidad del laudo interlocutorio.**

El caso fue resuelto por la sala D de la CNcom, quien fijó el siguiente criterio:

1. *Competencia*: por principio incumbe al propio tribunal arbitral resolver sobre su competencia. El tribunal arbitral tiene competencia para resolver sobre: (i) la validez del pacto y (ii) si la causa está comprendida en el acuerdo arbitral; aunque esta cuestión pueda quedar sujeta a revisión judicial posterior.
2. *Marco legal*: hay que indagar si en función del régimen aplicable la apelación es posible; es decir determinar si existe alguna norma que habilite el control judicial de la decisión del tribunal arbitral arrogándose competencia.
3. *Arbitraje y control judicial*: el control judicial de los procesos arbitrales es una de las más complejas y polémicas. Pone en tensión el difícil nexo entre el arbitraje y la justicia estatal, coincidiendo en que el nudo del problema consiste en hallar un equilibrio que compatibilice la necesaria autonomía del arbitraje con el igualmente necesario control.
4. *Inapelabilidad del laudo de amigables componedores*: el laudo de amigables componedores es inapelable. En esto la ley formal es categórica. Por lo tanto y por derivación lógica si el laudo definitivo es inapelable con mayor razón deben serlo los laudos interlocutorios como el que decidió la competencia.

5. *La paradoja*: Admitir el recurso de apelación implica admitir el control judicial de una decisión preliminar y denegar ese mismo control respecto de la decisión más relevante como es el laudo arbitral.

Se trata de una cláusula arbitral a secas. Esto es una cláusula que prevé el sometimiento de las partes a decisión final de árbitros pero sin explicar a qué clase de árbitros se someterían. Una cláusula con esta fórmula implica el sometimiento de las partes al arbitraje *ex aequo et bono*. Queda tácitamente desplazado el arbitraje de derecho. Así lo ordena el código de forma civil y comercial de la Nación.

Frente a este silencio contractual la parte actora pretendió cuestionar la competencia arbitral buscando zafar de la incertidumbre que genera someterse a lo desconocido: el arbitraje de amigables componedores.

Digo desconocido porque en nuestra práctica profesional el arbitraje *ex aequo et bono* es una *rara avis* y someterse a jueces que decidan la suerte de nuestros derechos en base a su leal saber y entender es cosa difícil de digerir.

Sin embargo es importante señalar (a fin de despejar dudas) que decidir conforme al leal saber y entender no significa que no se pueda decidir en base a normas de derecho. Lo importante en este tipo de laudos es que al no fundarse el laudo en normas positivas de derecho, aquel se torna inapelable. Y esto sí es bueno.

Si la incerteza está dada por la desconfianza que genera el *leal saber y entender* de la persona árbitro, la cuestión pasa por constituir tribunales privados elegidos por las partes designando árbitros probos, con alto sentido de justicia y equidad y que generen respeto y confianza intelectual. Con esta fórmula se acaban las sospechas y el costo de entrada es muy inferior al de la justicia estatal con años y años de disputa, desgaste y dispendio de gastos y honorarios de abogados, contadores, peritos, etc, etc. Claro está, salvo que la estrategia sea la dilatación. En cuyo caso la elección del tribunal estatal pasará por otro carril.

Interesa rescatar de este precedente la decisión del Tribunal quien termina cortando por lo sano: si el laudo arbitral de amigables componedores es inapelable, con mayor razón un laudo interlocutorio.

Para evitar chicanas procesales como ésta reiteramos los consejos de I anterior.

### **III. El caso Riley Sur. Arbitraje de peritos. Inapelabilidad del laudo.**

El caso fue resuelto por la sala B de la CNcom, quien fijó el siguiente criterio:

1. *Inapelabilidad de la pericia arbitral*: el artículo 337 CPCCN dispone que son de aplicación a la pericia arbitral las normas del arbitraje *ex aequo et bono*. Sobre este tipo de arbitraje el código dispone que los laudos arbitrales de amigables componedores son definitivos e inapelables salvo demanda de nulidad. Por lo tanto no puede proceder la impugnación al laudo dictado por el perito árbitro.

Alguien se confundió o no quiso ver al árbitro perito. Alguien creyó ver en el perito árbitro a un auxiliar de la justicia (perito de oficio) y en rigor de verdad aquel perito es, nada más y nada menos que un juez. Sí, en efecto, un juez cuya función es dictar sentencia sobre temas técnicos, entre ellos: cantidades, calidades, precios, valuaciones, especificaciones, valuación de daños, lucros cesantes, valuación de intangibles, etc. Nada que tenga que ver la interpretación de una cláusula contractual o sobre la aplicación de una norma de derecho. Los peritos árbitros son llamados a dictar sentencia sobre materias de técnicas de puro hecho.

Estos arbitradores técnicos (individuales o colegiados) pueden ser elegidos por un juez o a instancia de parte mediando cláusula contractual arbitral. Sus dictámenes tienen carácter de sentencia aún cuando sean nombrados por los jueces. Esto último puede llevarnos a una seria

confusión: creer que el perito árbitro es un auxiliar del juez cuyo informe pericial puede ser cuestionado o criticado. Nada de eso. Estos peritos dictan laudo arbitral y como tales son inapelables y el proceso carece de toda formalidad. Estas *verdaderas sentencias* están sometidas a las mismas reglas del arbitraje *ex aequo et bono*. Así lo ordena el digesto de forma.

Los operadores del mercado se están haciendo a la costumbre de ver con más frecuencia como los jueces del foro mercantil acuden a estos peritos a la hora de tener que determinar el *quantum* de un reclamo. Se está tornando un uso y costumbre que los jueces estatales deleguen en estos jueces privados la definición de los daños pecuniarios. O sea un juez estatal que recurre al auxilio de juez privado cuyo laudo es irrevisable (*vid.*, comentario II anterior).

La figura del perito árbitro no tiene buena prensa entre nosotros, no goza de confianza suficiente y ha caído en un letargo agobiante. Es la justicia estatal quien está saliendo al rescate de esta figura ágil y dinámica consagrada en el digesto procesal. Son los jueces quienes están revalorizando la función de estos arbitradores.

El empresario huye de este remedio. No sabemos en verdad si es el empresario quien huye o son sus asesores letrados quienes, frente a lo desconocido prefieren la ortodoxia caminando senderos ya transitados por otros, con alguna huella marcada aún a sabiendas de la sinuosidad del trayecto.

No veo, según mi parecer, razones serias para desconfiar de este remedio procesal, ni conozco antecedentes graves para condenarlo definitivamente. Todo lo contrario observo en esta salida arbitral una solución eficiente cuando se trata de discutir cuestiones de hecho. El código de comercio prevé la solución arbitral en el contrato de compraventa mercantil cuando se trata de resolver sobre cuestiones técnicas. Acevedo lo previó hace más de un siglo y medio. En la compraventa internacional es moneda corriente.

Entiendo que esta figura pueda generar reparos a primera vista. Todos queremos una segunda vuelta si la primera nos falla. Todos queremos de alguna manera sacar revancha. Nadie quiere dejar en manos de un tercero la definición final de algo tan sensible como el precio del costo de salida de un negocio. Esta actitud la entiendo y podría adherirme sin mayores contratiempos. Sin embargo delegar en un juez estatal (en primera y segunda instancia) la definición del costo de salida debería generar similares reparos. La *incertidumbre* está presente en ambos procesos. No creo que la justicia estatal nos brinde mayores certezas. Tanto éstos como los peritos pueden errar en su sentencia; me refiero a los aspectos técnicos.

Un dato no es menor: el peritaje arbitral no necesita ser dictaminado por una sola persona (riesgo de falla humana) sino que el peritaje puede estar integrado por un cuerpo colegiado. En este contexto donde cada parte nombra a su árbitro de confianza y éstos al tercero independiente podemos reducir la probabilidad de ocurrencia de lo que he llamado riesgo de falla humana.

Con esto quiero decir lo siguiente: el perito árbitro es una excelente herramienta para dirimir en forma definitiva conflictos sobre cuestión de hecho, el riesgo implícito está en la incertidumbre que genera su nombramiento por un juez dejando en manos de este tercero el costo de salida del negocio, sin posibilidad de apelar. A mi modo de ver las cosas confío en que esta incertidumbre se puede reducir a una mínima expresión mediante la creación contractual de un tribunal arbitral *ad-hoc* nombrado por las partes. Este tribunal entra en acción frente a la disputa contractual (judicial o arbitral).

Bajo este esquema logramos tres eficiencias: (i) reducimos los costes de la incertidumbre, (ii) dejamos que el costo de salida lo definan expertos técnicos en la materia seleccionados y elegidos por las partes y (iii) el costo de agencia lo controlan las partes.

Estos precedentes nos obligan a repensar las bondades del régimen arbitral, en particular el arbitraje *ex aequo et bono* y la pericia arbitral como forma privada de impartirnos justicia.

Atte.,

