

LA AJENIDAD DEL ÁRBITRO HACE A SU NATURALEZA JURISDICCIONAL

THE ALIENNESS OF THE ARBITRATOR
MAKES HIS JURISDICTIONAL NATURE

A ALIENAÇÃO DO ARBITRO
TORNA A SUA NATUREZA JURISDICCIONAL

ENRIQUE MALEL (*)
HEIDY OLIVER VIQUE (**)

RESUMEN. En el marco de actuación de una Asociación Civil ciertos actos de sus asociados se someten a decisiones de la propia entidad, que los califica en el marco del objeto social y los enjuicia en mérito a su adecuación o no con los fines perseguidos.- Se busca determinar si la situación, similar a las que son sujetas al arbitraje cumple o no con los atributos necesarios para ingresar en dicha categoría.

PALABRAS CLAVE. Arbitraje. Función jurisdiccional. Independiente. Subordinación. Asociación civil.

ABSTRACT. In the framework of action of a Civil Association, certain acts of its associates are subject to decisions of the entity itself, which qualifies them within the framework of the corporate purpose and judges them based on their suitability or not for the purposes pursued.- Wanted determine whether or not the situation, similar to those that are subject to arbitration, meets the necessary attributes to enter that category.

KEY WORDS. Arbitration. Jurisdictional function. Independent. Subordination. Civil association.

RESUMO. No âmbito de ação de uma associação civil, determinados atos dos seus associados estão sujeitos a decisões da própria entidade, que os qualifica

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Escribano Publico. Correo electrónico: enriquemalel@gmail.com

(**) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Escribana Pública. Profesora Grado 1 Técnica Forense y Taller de Derecho Procesal .UDELAR, 2019 - 2021. Correo electrónico: heidyov@gmail.com

no âmbito do objeto social e os julga em função da sua adequação ou não com os fins pretendidos. Procura-se determinar se a situação, semelhante às que são objeto de arbitragem, atende ou não os atributos necessários para entrar nessa categoria.

PALAVRAS - CHAVES. Arbitragem. Função jurisdicional. Independente. Subordinação. Associação civil.

1. Presentación

En el marco de actuación del asociado a una Asociación Civil se encuentra su sujeción a decisiones de la propia entidad, que califica sus actos u omisiones cumplidos en el marco del objeto social, los enjuicia e inclusive aplica sanciones o correctivos cuando no coinciden con los fines perseguidos.-

A pesar de su aparente similitud con el juzgamiento del árbitro en un asunto sometido a su conocimiento, tal actuación procedimental que, en cualquier caso, debe guardar las garantías del debido proceso carece de los elementos definitorios de la jurisdicción ejercida en el proceso arbitral.

En el íter de diferenciar entre una y otra situación puede encontrarse la característica definitoria del agente - árbitro, esto es, la ajenidad total del mismo y del Tribunal que integra, para con el litigio y con las partes.

A su partir, podrá concluirse, en forma lógica que las partes no puedan designar a sus abogados patrocinantes en calidad de árbitros y que éstos no deban realizar convenios particulares por honorarios con sus designantes.

2. Introducción

Al fin de encontrar la esencia de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje conlleva necesariamente diferenciar la existencia de instancias propias de las asociaciones civiles de diverso tipo, que inclusive se nominan “Tribunales arbitrales”, Tribunales de Honor, Tribunales de conducta ética, política, profesional o gremial, pero que no constituyen arbitraje y cuyas decisiones tampoco tienen la fuerza de laudo.-

En los diversos estatutos analizados, múltiples órganos derivados de aquellos tienen competencia para emitir “juicios” que se imponen a los socios de la institución, con consecuencias obligatorias que aproximan al lector a la confusión aunque más no fuere terminológica.

Estas comisiones formada por socios de la propia institución reciben pruebas, actúan de oficio o a pedido de parte, respetan los principios del debido proceso (en el mejor de los casos) y dictan resoluciones que luego son ratificadas u homologadas por el órgano directivo para conformar la voluntad definitiva de la Asociación a la que pertenecen.-

3. La persona jurídica se expresa a través de sus órganos

En toda agrupación humana que se constituya como tal, actuando como persona jurídica, aunque formalmente y de acuerdo a los distintos sistemas jurídicos no lo sea, por falta de reconocimiento o por hallarse en vías de lograrlo, se tiene una serie de órganos cuyos soportes serán en definitiva personas físicas que habrán de expresar una voluntad que la asociaciónn per se no tiene.

Así, el Consejo o Comisión Directiva será el encargado de la administración diaria de todos los negocios, la Comisión Fiscal examinará las cuentas y cada uno tendrá un cometido propio, de igual manera se instauran este tipo de comisiones que consideran la conducta de sus miembros, sus posibles desviaciones de fe, de ética, de estrategias, todo de acuerdo a los fines que persigue la entidad.-

Se crean así verdaderos jueces entre iguales, muchas veces formado por los que profesan esa ciencia, arte o religión por ser considerados una suerte de Maestros, que examinan el comportamiento y que deciden luego de escuchar al involucrado, de modo que se constituyen en un verdadero tribunal para el caso que se les plantea.

Más arriba se señalaba que incluso esta resolución es homologada por el Consejo Directivo y por tanto adquiere la calidad de decisión de la persona jurídica, dicho esto sin que importe que, agrupamientos que no ostentan personería jurídica, ejercitan dicha prerrogativa a nombre del grupo y no a título personal de los emitentes de la misma.

Y aún contra estas decisiones pueden interponerse recursos de reposición y/o de apelación ante el órgano máximo que en general será la Asamblea, de modo que se establece una verdadera doble instancia de control de sujeción de los hechos al Derecho aplicable, cualquiera sea el contenido de las normas en aplicación.

4. La decisión en la vía institucional

Es entonces evidente que a nivel institucional en primer lugar se conforma un órgano para que se expida ante posibles desvíos de sus socios en los aspectos involucrados en el objeto social de agrupamiento, es asimismo necesario que al establecerse ese órgano se sujete de algún modo la forma de composición garantista del mismo y en algún caso inclusive - que luego se mencionará - se le permite al socio designar un integrante para su propio juzgamiento.

Ante esa conformación objetiva - subjetiva se plantea para su consideración, un desajuste entre la conducta esperada y la realizada y se esgrime

una pretensión, individual, grupal o colectiva, para que los destinatarios emitan una decisión de conformidad de la misma para con las normas de la institución, sea la ley, el Decreto, el estatuto, los reglamentos internos o la que fuere siempre que se constituya como un imperativo para el socio.

Se expresó supra que esa comisión realiza actos con perfil procesal desde que define su propia competencia, reúne prueba con o sin noticia del involucrado, este puede plantear la suya y tener un período mínimo para evacuar la vista previa al fallo (lo que a veces es olvidado y es a la vez motivo de nulidad) y emite un decisorio, por lo que puede apreciarse de modo semejante al ejercicio jurisdiccional, que se acentúa con la perspectiva recursiva.

Por ende habrá de analizarse si hay aquí ejercicio de función jurisdicente o algunas características propias de la misma le excluyen de este extremo, teniendo en cuenta que caracterizan al árbitro la ajenidad y el dictado de una resolución con autoridad de cosa juzgada, no sin antes deslindar algunas situaciones análogas que se dibujan con claridad y que por ello siguen reglas propias, según se dirá en el próximo numeral.

5. El peritaje decisorio

Es usual establecer en los compromisos de compraventa o en los boletos de reserva la condición de que los títulos sean buenos a criterio del Escribano que queda designado para el negocio definitivo, insertando en la misma cláusula que si las observaciones de este no fueran aceptadas por el enajenante el asunto se somete a resolución de la Asociación de Escribanos, e incluso es de uso agregar que la resolución de la entidad será inapelable para las partes.

En el caso, la comisión que corresponda emite un dictamen indudablemente técnico, que constituye una opinión pericial y ésta se impone a las partes por la característica que le fue impresa, esto es, que sea inapelable.

En esto no existe discrepancia alguna, pero imagínese la posibilidad de que un tercero fije el precio de la compraventa conforme es permitido por la legislación, en cuyo caso habría que hacer una renovada precisión aún sin constituirse en arbitraje.- En este supuesto deberá analizarse la forma y el modo cómo el tercero fija ese precio, pues si lo hace de acuerdo a parámetros objetivos tal como una tasación por hectárea o por metro cuadrado construido, allí el sujeto está actuando como perito decisorio determinando el precio en forma irrecorrible, pero si lo hiciese de acuerdo a consideraciones de tipo subjetivo dejaría de ser un perito, fijaría el precio de acuerdo a si el bien “le gusta” o “no le gusta” entonces evade el ámbito de la pericia, en lo que debe tenerse especial cuidado al derivar una decisión importante como el precio a un tercero.

Esa potestad se confiere a comisionistas de reconocido prestigio con el cual el delegante tiene una relación de confianza en el negocio que desarrolla y debe diferenciarse a su vez del remate en el cual el precio lo fija un tercero pero emerge de una puja regulada por ley con intervención de otras personas.

En estas hipótesis se halla en común la presencia decisoria de personas ajenas a los contratantes, quienes sustentan intereses contrarios, pero que son repuestos a un estado de equilibrio por mecanismos predisuestos de carácter heterónomo, sin llegar al grado del arbitraje en ninguno de los casos revisados.

6. La heterocomposición del litigio

Pues en las situaciones analizadas si bien existen intereses contrarios y aparece la figura de un tercero que interviene para su resolución, aleja la situación de la autocomposición ya que no son las predisponentes las que deciden pero son las que establecen los mecanismos adecuados para arribar a una solución de la diferencia.-

La heterocomposición presupone la presencia de un tercero que soluciona la controversia en cuanto las partes involucradas no logran resolverla por las formas normales de negociación y de acercamiento mediado donde una persona extraña interviene pero no decide.

El tercero en la instancia está facultado por la Ley o por las partes con respaldo de Ley para dictar un postulado, con forma de juicio, del cual emerge una obligación para una de las partes o para las dos con carácter de interdependencia, de modo tal que su emisión deja saneado el debate y por concluida la discusión.-

Las características atribuidas al decisor, configuran naturaleza jurisdiccional a su decisorio y por ende participa de los caracteres de la Jurisdicción, así, con mayúscula.

7. El árbitro ejerce función jurisdiccional

En tal sentido el árbitro es uno de esos sujetos que la ley coloca entre los contendientes para sanear el debate y para pronunciarse con eficacia definitiva sobre la discusión.

Por ende cumple con los postulados de la jurisdicción, tal como está definida la función por la ley, en tanto función de “juzgar” y “hacer ejecutar lo juzgado”, en ambas vertientes el sujeto árbitro pronuncia una conclusión que se ajusta a determinados puntos en debate y sobre los cuales emite un

laudo que la norma jurídica le agrega carácter sustancialmente decisorio, por sobre el juicio de otro sujeto privado que carece de ese valor, aun cuando en esencia tuviera mayor enjundia en sus postulados o superior criterio en su aplicación objetiva o subjetiva.

En el arbitraje son las propias partes las que legitiman el juicio y son estas las que se sujetan a sus resultados.

E inclusive a la posibilidad de ejecución que manda hacer a través de la intervención de la fuerza pública, que aun teniendo todo el imperio, está constreñida a las formaciones lógicas y equitativas del árbitro, no podrían ejecutar otra cosa que lo decidido, ni más allá, ni menos, ni de otro modo o forma.

La Justicia oficial, el Poder Judicial, debe remitirse al cumplimiento de la construcción del árbitro y a ella debe prestarle fuerza oficial, llevando a efecto lo juzgado.

Pero, entonces que es lo que califica al árbitro como tal, característica también del Juez que define su perfil en relación a las partes, esto es, inclusive para los árbitros electos por las partes, su ajenidad al conflicto, aspecto que para el que escribe parece definitorio en la cuestión.

8. El árbitro es ajeno a las partes

El árbitro, a pesar de su indisimulable posición respecto de la parte que lo nombra, aunque no fuere más que por conocer su opinión doctrinaria sobre un asunto, parece bien claro que nadie va a elegir a un sujeto, docente, doctrino o el que fuere, que públicamente haya sustentado una posición diferente a la que favorecería a su parte en el pleito, pues debe suponerse que normalmente el sujeto no acciona o no reacciona en contra de sus intereses y resulta obvio señalar que nadie elige a quien eventualmente va a emitir un voto en su contra.

Ello no quita ni un ápice cuanto se dirá, pues aun así el árbitro sigue siendo “ajeno” a las partes y al conflicto, ya que no pertenece a la esfera del litigante ni es parte del conflicto propiamente dicho.

En cuanto no sería árbitro el Abogado empleado a sueldo, incluido en las estructuras de la empresa de una de las partes, sino una persona externa, ni puede serlo alguien que garantice de una u otra forma una situación favorable a la designante o desfavorable a la contraparte.

Y obvio es señalar que tampoco el árbitro está vinculado al conflicto, pues de otro modo no podría resolverlo, sino que él mismo debería someterse a la decisión de otra persona ajena al mismo, sea un Juez o sea un Árbitro,

perdónese la reiteración “ajeno” al litigio, pudiendo esto reproducirse en iguales términos hasta el infinito, o más bien, hasta encontrar a alguien que por no hallarse dentro mismo del conflicto de intereses, entonces si pueda resolverlo.

Esta afirmación recuerda un episodio de años atrás en el cual el Juez Letrado se enfrenta con un expediente en vía de apelación del Juez de Paz, el que se enfrentó con un incidente de recusación, en el cual decidió su propia causa, señalando que no daría curso a la incidencia – se reitera – contra él mismo, por resultar manifiestamente equivocado el libelo del abogado y por tanto habiendo decidido que él no sería recusable, entonces siguió entendiendo en la causa.- Aunque parezca imposible de comprender el propio juez de primera instancia “juzgó en su propia causa” no remitió el incidente a consideración del Juez letrado, es decir su superior procesal (que se halla fuera del enfrentamiento, que le es ajeno, que en tal caso será de la parte recusante por un lado, con el Juez recusado por otro) y lo definió él mismo, ingresando, desde luego en una nulidad en cascada que afectó todas las actuaciones posteriores.

Por supuesto decidiéndose la recusación de modo favorable a la pretensión incidental, pues como suele decirse, si bien en la presentación originaria podría haber sido inadmisibile, la respuesta del recusado fue tan comprometedora que inhibió al propio Juez pues se inmiscuye en su propia causa, que hasta allí solo era un incidente de recusación que debía contestar, como cualquier demanda y decidirse por el órgano superior procesal.

9. ¿Es ajena la S.C.J. Cuando impugna las leyes por inconstitucionales?

Para poner a prueba lo que viene de decirse, véase que el órgano cabeza del Poder Judicial, en el caso la Suprema Corte de Justicia es la única que puede declarar que una Ley es inconstitucional de acuerdo a sus competencias constitucionales.

Pero es del caso y se ha dado en múltiples ocasiones, que es precisamente el Poder Judicial que impugna por inconstitucional una Ley, por ejemplo de presupuesto, en la cual se modifican de modo irregular las remuneraciones de los Magistrados, entonces es la propia Suprema Corte de Justicia la que impugna ante la Suprema Corte de Justicia, por lo que viene a plantearse si el órgano permanece ajeno, en ese caso, a su propio interés.

De seguido se señala que todos los Ministros de la Corte se inhiben de actuar, pues es claro que tienen responsabilidades como administradores del presupuesto de ese Poder y que en esa defensa han impugnado la regularidad constitucional de una ley, pero, en ese caso la Corte debe integrarse

con Ministros de los Tribunales en lo Civil más inmediatos que así vienen a integrar el órgano que había quedado vaciado del soporte subjetivo por abstención.

Estos Ministros que ahora integran la Corte son en realidad subordinados al Poder Judicial, en cuanto refiere a la parte administrativa, no así en lo jurisdiccional, en lo que gozan de autonomía e independencia.

10. ¿Pueden los ministros de tribunales subrogantes de los miembros de la S.C.J. Juzgar en este supuesto?

Si se toma por base que todos los Jueces son parte de la estructura del Estado, entonces nadie podría juzgar al Estado, lo que sería una conclusión manifiestamente inaceptable, por lo que se debe ser especialmente amplio en una concepción de ajenidad respecto de la cosa pública a juzgar.

Pero en el caso de los Ministros de Tribunal de Apelaciones en lo Civil que subrogan a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia por su abstención en el planteamiento de inconstitucionalidad, se presenta un problema adicional en cuanto son subordinados administrativos de aquellos a los que debe juzgar, con el consiguiente efecto cascada de que todos los demás que deben emitir sentencia en el caso promovido también serán subordinados.

En este punto puede pensarse que también el Juez Letrado en lo Contencioso Administrativo que conoce del caso por responsabilidad del Poder Judicial se halla en situación de subordinación, pero no de ajenidad en lo técnico y en lo que refiere a la autonomía de sus decisiones, por lo que debe admitirse que dicte una Sentencia que involucre al órgano del que depende y que obliga al Poder del Estado que integra.

Por tanto puede concluirse que el Juez actúa y lo hace correctamente cada vez que pronuncia un fallo en contra de sus superiores jerárquicos, en este caso de inconstitucionalidad promovida por el propio órgano superior del Poder Judicial, con todos los efectos de la cosa juzgada.

11. En conclusión: una asociación civil no es ajena al conflicto

Podría pensarse de igual modo respecto de los integrantes de un Tribunal interno de una Asociación Civil que pronuncia una sanción contra un socio, pero ello se aparta ostensiblemente de la situación de los jueces y demás miembros del poder judicial, en cuanto, en el caso que se plantea, se tiene a sujetos que aplican una sanción - con audiencia previa del imputado - juzgando a un consocio, mediante el análisis de su conducta llevado a cabo por sujetos que persiguen el mismo fin e interés que el juzgado y participan del interés del grupo, al que no son ajenos.-

En efecto, falta aquí el elemento ajenidad, desde que el integrante de un órgano que analiza la conducta de los integrantes del grupo y que impone una sanción por una considerada desviación a la conducta esperada, en realidad, no es un sujeto venido “desde fuera” del grupo, que sea designado como integrante de un Tribunal arbitral, sino que será parte del mismo conglomerado y participará de sus objetivos y cuando sancione desde luego que estará actuando los intereses del grupo, más como Fiscal que como jurado, dicho esto fuera de los cánones rigurosamente técnicos.

Entonces, cuando un integrante de la comisión de disciplina de un partido político o el integrante de un tribunal de conducta ética de un sindicato analice los actos y hechos de un sujeto que pertenece al mismo, no puede esperar una decisión de un sujeto ajeno a la institución a la que pertenece, aunque desde luego puede reclamar y lógicamente tiene derecho a una decisión justa, pero no podrá pedir que no haya un involucramiento en el tema, pues el decisor estará comprendido como tal miembro de esa institución en las generales de la ley, ya que defenderá ineludiblemente a la misma, a la que pertenece como requisito esencial para ser “juez” del acto o hecho que le toca considerar.

Referencias bibliográficas

- BARRIOS DE ANGELIS, D. *Manual Del Arbitraje*, Montevideo, FCU, 1973.
- BARRIOS DE ANGELIS, D. Mediación y arbitraje: un nuevo concepto de mediación y el arbitraje del Mercosur. *R.U.D.P. No. 2* (1993) pp. 305-313.-
- BRISEÑO SIERRA, H. - *El arbitraje comercial: doctrina y legislación*, México, Limusa, 1988.-
- FIRPO MARTY, O. - Solución de controversias: medios alternativos a la jurisdicción estatal, Montevideo, AEU, 1996. *Jornada Notarial Uruguaya* (Paysandú, 1996).
- GELSI BIDART, A. - un enfoque sobre procedimientos no adversariales y arbitrales en el Mercosur. *R.U.D.P. No. 3* (1995) pp. 305-320.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M. - Algunos comentarios sobre la resolución alternativa de conflictos en el derecho comercial moderno: mediación y arbitraje. En *L.J.U. número extraordinario* (1995) pp. 169-175.
- MALEL, E. - *El Arbitraje Civil y Comercial*, MONTEVIDEO, AEU, 1996
- MALEL, E. - *La Función Notarial en el Arbitraje*, MONTEVIDEO, AEU, 2000.
- MALEL, E. - Hallazgo de la esencia arbitral en esferas de cumplimiento subrogado del laudo. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXII, número 3 - año 2010, p. 645.

SANTOS BELANDRO, R. *Arbitraje comercial internacional: tendencias y perspectivas*, Montevideo, FCU, 1988

VÉSCOVI, E. Eficacia de las sentencias extranjeras y de los laudos arbitrales.
R.U.D.P. No. 2 (1995) P.201-208