

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B

NSB S.A. y otros c. A.A. S.A. y otros s/ organismos externos (nulidad del laudo arbitral)
• 03/04/2014

2ª Instancia.— Buenos Aires, abril 3 de 2014.

Vistos: 1. a) A. A. S.A. y A. H. A. interpusieron a fs. 1/10 recurso de **nulidad parcial**, contra el Laudo Arbitral Final dictado de acuerdo con las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de 1997, de la CCI el 23/11/2012.

Invocaron que la nulidad se verifica por cuanto se pactó que el Tribunal estaría integrado por tres árbitros, y que el Laudo impugnado fue suscripto por sólo dos de ellos.

Agregaron, que las decisiones en las que no hubo unanimidad entre ambos árbitros firmantes fueron resueltas por el solo voto del Presidente del Tribunal. Alegaron que ello importa un **vicio esencial del procedimiento** acaecido durante la etapa del dictado del Laudo.

Impetraron la nulidad de las siguientes decisiones: N) indicada en el punto 1° del Capítulo IX del Laudo (pretensiones de las partes demandantes), G) y M) indicadas en el punto 2° del Capítulo IX del Laudo (pretensiones de las partes demandadas), y las indicadas en el punto 3° del Capítulo IX del Laudo.

Señalaron que en el caso la nulidad se encuadra en el cpr 760, en tanto no se plantea juicio sobre el fondo de las controversias respecto de las cuales ha versado el arbitraje, sino que la **impugnación se basa en faltas esenciales del procedimiento y defectos formales del Laudo.**

Insistieron en que esta nulidad apunta exclusivamente respecto de las decisiones tomadas únicamente por el Presidente.

b) NSB S.A., J. E. B., P. B. de M., M. del S. B. de R. L., L. B. de M. y S. Ú. B. de C. contestaron el traslado a fs. 18/29 solicitando el rechazo del planteo de nulidad articulado.

Expresaron que bajo la apariencia de un recurso de nulidad, las demandadas intentan una apelación sobre el fondo del Laudo dictado por el Tribunal Arbitral, y que ninguna de las causales previstas en el cpr 760 y 761 se encuentran presentes en el caso.

2. Las partes se sometieron a un arbitraje institucionalizado, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, el cual establece que "Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora el Laudo que se dicte y se considerara que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente" (artículo 28, inciso 6°).

3. Conforme las constancias del proceso, el 26.4.11 se suscribió el Acta de Misión (Art. 18, Reglamento de Arbitraje de la CCI) (fs. 162/182) y se celebró un Acuerdo de Armonización con el arbitraje CCI 17.122 (fs. 183/5), siendo incorporados los anexos respectivos que contemplaban los puntos de litigio acordados y en conflicto entre los sujetos intervinientes.

4. El recurso de nulidad.

El artículo **760** del Cód. Procesal de la República Argentina, preserva dos caminos para habilitar la intervención de los tribunales de justicia: la aclaratoria y el **recurso de nulidad, este último**

fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos.

El artículo 761 agrega, como causal de nulidad, al Laudo que contuviere en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí.

Esta apertura de la vía judicial es restringida pues **a diferencia de la apelación, el recurso de nulidad no habilita a las partes a requerir la revisión del Laudo en punto al objeto sustancial de juzgamiento. El juez debe limitarse a controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos formales** que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia.

a) Falta esencial de procedimiento.

Esta causal refiere a la invalidación del Laudo arbitral fundada en la existencia de **vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio**. Su admisibilidad se encuentra subordinada a la presencia de los requisitos procesales necesarios para impetrar una nulidad: existencia de defecto formal o ineficacia del acto —que en el caso debe ser esencial, con afectación de la defensa en juicio—, el interés jurídico en la declaración y actuación no convalidada (CNCom., Sala D, in re "Total Austral S.A. c. Saiz, Francisco Santiago c. recurso de nulidad", del 12/7/02).

Como se anticipó, **la falta esencial del procedimiento que la nulidicente invoca, es el hecho de haber sido el Laudo firmado por dos árbitros**, y que el modo en que se dictó, implicó alterar el procedimiento al que las partes se sometieron.

En el caso concreto, el deceso del árbitro Dr. ... acaeció una vez dictado el Laudo sometido a aprobación de la Corte; eso es, estando cerrada la instrucción de la causa.

Al respecto, el artículo 12 (5) del "Reglamento de Arbitraje de la CCI" dispone: "Después de cerrada la instrucción de la causa, en lugar de sustituir a un árbitro que ha fallecido o ha sido destituido por la Corte según los párrafos 1 y 2 del artículo 12, la Corte podrá decidir, cuando lo considere apropiado, que los árbitros restantes continúen con el arbitraje".

La Corte decidió continuar con el arbitraje que, como se dijo, resultó "definitivo" (art. 7° (4)).

Debe destacarse que esa decisión de continuar el procedimiento con los dos árbitros restantes, fue adoptada luego de haber escuchado a las partes, conforme lo dispone la segunda parte del artículo 12 (5) que prescribe:

"...Al tomar dicha decisión, la Corte tomará en cuenta la opinión de los árbitros restantes y de las partes, así como cualquier otra cuestión que considere pertinente en las circunstancias".

Surge de la lectura de la causa, que la Corte aprobó el proyecto de Laudo Final enviado por el Tribunal Arbitral el día **22/10/12**, recogiendo las deliberaciones y decisiones adoptadas. Y que el día **23/10/12** se produjo el fallecimiento del co-árbitro Dr. ..., sin que éste tuviera oportunidad de firmarlo.

Nótese en ese sentido la comunicación de los restantes árbitros, dirigida a la CCI en la que se daba cuenta de lo siguiente: "*...Confirmamos a Uds. que el proyecto de Laudo elaborado por el Tribunal y aprobado por la Corte Internacional de Arbitraje en su sesión del 22 de octubre de*

2012, constituye el resultado de la deliberación del panel con la expresa aprobación del Dr. ..., de fecha 10/10/12" (ver expediente arbitraje CCI 17122 13/146).

Por su parte, la comunicación de fecha 1/11/12 expresó: "Como se adelantara en la comunicación de fecha 25 de octubre de 2012, el Laudo aprobado por la Corte refleja el resultado de las deliberaciones del Tribunal y resultó aprobado por el Dr. ..." (ver expediente arbitraje CCI 17122, 13/165).

En base a lo expuesto, no se encuentra acreditada en el caso la causal de nulidad invocada, pues **no existió defecto formal o ineficacia de acto alguno que hubiera podido llegar a afectar la garantía de la defensa en juicio** de los contendientes. La Corte no hizo otra cosa que aplicar el "Reglamento de la CCI" al que ambas partes se sometieron clara e inequívocamente.

El Proyecto de Laudo dictado por el Tribunal Arbitral fue aprobado dos veces por la Corte de la CCI antes del fallecimiento del Dr. ..., y ésta se vio necesitada de volver a considerarlo —y aprobarlo— cuando el Tribunal Arbitral se lo envió nuevamente para su aprobación final luego del deceso de aquél (ver fs. 118 y fs. 119, puntos 23 a 26).

La falta de firma del Laudo que imputa la demandada nulidicente obedece a una clara manda del Reglamento de la CCI que en su artículo 27 dispone:

"Antes de firmar un Laudo, el Tribunal deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún Laudo podrá ser dictado por el Tribunal Arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte".

El Laudo dictado refirió: "El presente Laudo ha sido deliberado por los tres miembros del Tribunal Arbitral, con la participación del Dr. ... Las decisiones que fueron adoptadas por mayoría durante las deliberaciones del Tribunal aparecen por tanto en la parte decisional del presente Laudo como siendo adoptadas por decisión del Presidente, mientras que las decisiones que fueron adoptadas por decisión unánime de los tres árbitros siguen apareciendo como decisiones unánimes, siendo adoptadas por los dos árbitros restantes" (ver fs. 158, punto 51).

Resulta inaudible el argumento de la nulidicente en punto a la inaplicabilidad al caso del artículo 25 (I) del Reglamento de la CCI, que prescribe: "Cuando el Tribunal Arbitral esté compuesto por más de un árbitro, el Laudo se dictará por mayoría. A falta de mayoría, el presidente del Tribunal Arbitral dictará el Laudo por él solo".

La alegación del nulidicente implica afirmar —el absurdo— que no existieron dos votos sino uno, el del presidente, a lo largo de todas las decisiones cuya nulidad parcial se impetra.

No parece racional que una parte que considera que existieron causales de excepción en las deliberaciones de los árbitros y no objetó formalmente la competencia del tribunal, ante el tribunal mismo haya seguido adelante con el caso, para una vez dictado el Laudo solicitar la nulidad del procedimiento.

Se ha dicho en autos que antes de informar la decisión, la Corte comunicó a las partes que previo al fallecimiento del Dr. ..., el tribunal arbitral ya había deliberado y que el Profesor ...

había participado en ella y se encontraban esas deliberaciones volcadas en el Laudo enviado por el tribunal arbitral a la Corte para su aprobación. Está probado que el Laudo fue aprobado por la Corte antes de su deceso.

Y es prueba fundamental de este hecho que esta comunicación está suscripta por todos los árbitros, inclusive por el designado por Accor, quien votó en disidencia en la solución final.

Lo anterior se vincula estrechamente con el capítulo de la deliberación.

Esta es una de las áreas más importantes en cualquier procedimiento arbitral y sería erróneo pensar que sólo el Laudo debe ser el objeto de ella.

De hecho la mayor parte del tiempo, el tribunal está obligado a tomar decisiones de procedimiento, antes que el caso esté listo para ser decidido.

Todas las decisiones están sujetas a deliberación, sin importar si califican como Laudo o simplemente como un acto de administración del procedimiento (DERAINS, Yves, "The Arbitrator's Deliberation". *American University International Law Review* 27, nro. 4 (2012): 911-923).

Coincidimos con Yves Derains (ex secretario general de la Corte de Arbitraje de la CCI), en que el propósito de las deliberaciones, es la observancia del derecho de defensa y el orden público internacional.

Y el tema tiene su importancia, porque como es sabido la deliberación de los árbitros se vincula estrechamente a la parcialidad o imparcialidad de los miembros del tribunal arbitral.

En ambas causas que se encuentran a decisión consta que durante todo el arbitraje, el presidente del tribunal deliberó con los otros dos árbitros, alcanzándose sobre algunas cuestiones unanimidad como se señala en el Laudo y en otras no. En estas últimas, la opinión decisoria fue la del presidente.

De esto también se dejó constancia en el Laudo.

El poder del presidente del Tribunal Arbitral de decidir solo en ausencia de mayoría ha sido una importante característica de las Reglas CCI desde 1955.

Las Reglas difieren en este aspecto de las Reglas de UNCITRAL (art. 31, inc. 1) y ciertas otras que requieren mayoría en todas las circunstancias.

En contraste la CCI permite al presidente mantener una posición completamente independiente y desalentar una conducta totalmente partisana por parte de los co-árbitros, quienes conocen que el presidente no requiere acordar con uno de ellos en orden a llevar adelante el Laudo.

La mayoría de los Laudos cuando ha sido designado más de un árbitro son unánimes; pocos son decididos por mayoría y los votos y los Laudos con el voto solo del presidente son extremadamente raros (por ejemplo en 1996, solamente un Laudo fue votado por el presidente solo dentro de los 217 Laudos sometidos a la Corte para su revisión durante este año (Véase HASCHER, "Scrutiny of Draft Awards by the Court: 1996 Overview", *ICC Ct. Bull.*, Vol. 8, nº 1

(1997), p. 17. Véase también: the Award in ICC, Case nº 3881 (1984), Note Jarvin, ICC Arbitral Awards 1986-1990, p. 257).

La revisión por la Corte de todos los proyectos de Laudo es una figura distintiva del arbitraje CCI. Esto sirve primariamente para maximizar la efectividad legal de un Laudo, identificando cualquier defecto que pueda ser detectado y aumenta su calidad y persuasión.

b) Arbitrariedad.

También postuló la nulidicente la arbitrariedad del Laudo; sostuvo y que el mismo carece de fundamento legal y fáctico (ver punto 47 sgtes. de fs. 7).

El recurso de nulidad contra el Laudo no está previsto para atacar presuntos errores in iudicando, los que sólo pueden ser reparados por la vía de la apelación (CNCom. Sala C, in re "Cortefilms Argentina SA c. Seb Argentina SA s/ queja", del 21/12/01); y tampoco puede pretenderse elípticamente una revisión judicial de un Laudo arbitral mediante un recurso de nulidad —que limita al juez a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez de aquél— pues, en ese caso, quedaría desorbitada la renuncia al recurso de apelación el régimen arbitral (CNCom., Sala D, in re ""Decathlon España S.A. c. Bertone, Luis y otro s/ proceso arbitral", del 25/10/06; íd., Sala C, in re "Calles, Ricardo y otros c. General Motors Corporation s/ queja", del 3/6/03).

Sin perjuicio de ello es dable destacar que las decisiones adoptadas en este proceso arbitral — cuyo trámite fue objeto de armonización con el Arbitraje CCI 16757—, resultan adecuadas y se corresponden con las cuestiones debatidas y probadas en autos.

Nótese, en lo que aquí interesa, lo expresado en el Laudo en el párrafo 109 cuando se dijo: "En la medida que la Demandada ha explotado el Hotel y detentado el inmueble durante la dilucidación del conflicto, es obvio que debe la contraprestación por la tenencia del inmueble que deriva o tiene causa en el Contrato de Concesión" (fs. 176).

Agregando en ese mismo párrafo, que "Las prestaciones pasadas deben considerarse debidas a la fecha de su correspondiente exigibilidad, en virtud de la mora automática prevista en el artículo noveno, numeral 7 del Contrato de Concesión, y por esa misma disposición, deberán abonarse con el interés pactado en esa cláusula".

En definitiva, en el caso sometido a estudio, no se han aportado a la causa elementos suficientes que permitieran a este Tribunal formar convicción acerca de la procedencia del recurso de nulidad incoado por la parte demandada.

c) Confidencialidad.

En relación a este capítulo deberá estarse a lo resuelto en el día de la fecha en el expediente n° 36108/2012 ("A. S.A. y otros c. NSB SA y otros s/ nulidad de laudo arbitral") cuyos fundamentos se dan por reproducidos en el presente a fin de evitar innecesarias repeticiones.

5. Es inadmisibile la nulidad planteada, con costas (art. 69 Cpr).

6. Notifíquese por Secretaría del Tribunal y cumplida la misma, hácese saber a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, conforme lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada 15/13.

7. Efectivizado lo ordenado en el acápite que antecede, devuélvanse la presentes actuaciones a sus efectos.— Matilde E. Ballerini.— Ana I. Piaggi.— María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero.