

# seis papeles DE TRABAJO

seis

Segunda

---

Jornada de

---

Arbitraje

---

Institucional

---



Defensoría del Pueblo de la  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

 **Defensoría del Pueblo de la  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

*Dra. Alicia Pierini*

---

Adjuntías

*Arq. Atilio Alimena*

*Sr. José Palmiotti*

*Sr. Gerardo Gómez Coronado*

*Dr. Andrés Elisseche*

*Prof. Graciela Muñiz*

---

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Venezuela 842

Tel.: 4338-4900 / 0810-333-3676

Correo Electrónico: [consultas@defensoria.org.ar](mailto:consultas@defensoria.org.ar)

---

Pierini, Alicia. Segunda Jornada de Arbitraje Institucional: papeles de trabajo 6 . - 1a ed. -

Buenos Aires : Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.

128 p. ; 22 x 15 cm.

ISBN 978-987-25058-3-7

1. Derechos Humanos. I. Título

CDD 323

Fecha de catalogación: 07/01/2010

---

Papeles de trabajo

# SEGUNDA JORNADA DE ARBITRAJE INSTITUCIONAL

**Intervenciones y ponencias presentadas durante el encuentro  
organizado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires el 16 de septiembre de 2009.**



# índice

---

<b>Presentación</b>	<b>6</b>
<b>Palabras de bienvenida</b>	
La cultura del arbitraje. <i>Por la Dra. Alicia Pierini</i>	<b>7</b>
<b>Mesa I</b>	
<b>Por qué se necesita una ley de arbitraje</b>	
<i>Por el Dr. Roque Caivano</i>	<b>14</b>
<b>El problema cultural del arbitraje en la Argentina</b>	
<i>Por el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi</i>	<b>21</b>
<b>Rueda de preguntas</b>	<b>29</b>
<b>Mesa II</b>	
<b>Valoración jurídica del reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</b>	
<i>Por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini</i>	<b>38</b>
<b>El arbitraje hoy. Asignaturas pendientes</b>	
<i>Por el Dr. Gabriel Binstein</i>	<b>44</b>
<b>Tipos de arbitraje previstos en el reglamento del servicio de Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires</b>	
<i>Por el Dr. Roberto Bianchi</i>	<b>49</b>
<b>De la mediación al arbitraje</b>	
<i>Por la Dra. Ana María Bargiela</i>	<b>54</b>
<b>Rueda de preguntas</b>	
<b>Moderadora:</b> <i>Dra. Flavia Goldcher</i>	<b>60</b>
<b>Mesa III</b>	
<b>El arbitraje desde la perspectiva de los jueces</b>	
<i>Por la Dra. María Gómez Alonso Díaz Cordero</i>	<b>68</b>
<b>Las medidas cautelares en el arbitraje</b>	
<i>Por el Dr. Jorge A. Rojas</i>	<b>76</b>
<b>Rueda de preguntas</b>	
<b>Moderadora:</b> <i>Dra. Nora Cattáneo</i>	<b>86</b>
<b>Mesa IV</b>	
<b>La experiencia brasileña en el arbitraje de consumo</b>	
<i>Por el Dr. Joao Alves Silva</i>	<b>96</b>
<b>La revisión judicial de los laudos arbitrales</b>	
<i>Por el Dr. Raúl Aníbal Etcheverry</i>	<b>102</b>
<b>El control de la constitucionalidad por parte del árbitro</b>	
<i>Por el Dr. Julio César Rivera</i>	<b>109</b>
<b>Ronda de preguntas</b>	
<b>Moderador:</b> <i>Dr. Gustavo Murano</i>	<b>117</b>

# | Presentación

---

Adhirieron a esta jornada la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, también el subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial del Ministerio de Justicia de la Nación, el Dr. Alejandro Grossman, y el intendente de La Plata, intendente municipal, Dr. Pablo Bruera.

La transcripción que aquí brindamos corresponde a la jornada que tuvo lugar el 16 de septiembre de 2009 y que fuera organizada por el Centro de Conciliación y Arbitraje y la oficina de Relaciones Institucionales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El evento contó con la presencia de prestigiosos especialistas nacionales e internacionales, quienes expusieron sobre los últimos conocimientos y avances en materia de arbitraje como método de resolución de conflictos.

El principal objetivo de dicho evento académico radicó en la presentación del arbitraje como un sistema superador de resolución de conflictos, alentando al debate mediante los aportes en la materia.

La Dra. Alicia Pierini, Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estuvo a cargo de la apertura.

---

# Palabras de bienvenida

---

## La cultura del arbitraje

---

*Por la Dra. Alicia Pierini\**

Muchas gracias por estar aquí, sobre todo a quienes son personal jerárquico de la Defensoría, en esta nueva jornada que es continuación de la primera, que fue el año pasado y que también fue exitosa y fundamentalmente nos permitió instalar algo en lo que venimos trabajando desde hace ya varios años: los métodos alternativos en la resolución de conflictos y, dentro de ellos, como una instancia importante, el Centro de Arbitraje.

El Centro de Arbitraje que tiene la Defensoría del Pueblo de la Ciudad está representado aquí por sus responsables: la Dra. Nora Cattáneo, la Dra. Flavia Goldcher y el Dr. Gustavo Murano; y es para nosotros un honor poder trabajar juntos escuchando y aprendiendo de maestros del Derecho como son los que tenemos en este momento, el Dr. Vanossi y el Dr. Caivano, y coordinando la Dra. Susana Ayala que es la responsable legal y técnica de la Defensoría del Pueblo.

El Dr. Alejandro Grossman, quien ha sido designado subsecretario de Justicia de la Nación, nos ha mandado sus saludos y su adhesión, pero obviamente no está en este momento aquí por razón de sus funciones actuales.

Dada la bienvenida y el agradecimiento, quiero comentar muy brevemente las razones por las cuales este organismo de la Constitución, como es la Defensoría del Pueblo, tomó a su cargo la misión de lograr la visión de construir herramientas que nos vayan permitiendo un mayor acceso a la Justicia por parte del conjunto de nuestro pueblo a partir de métodos alternativos, como la mediación, como la conciliación y como el arbitraje. Y en el marco de toda una programación de lograr el acceso a la Justicia sin restricciones, comenzamos, primeramente, por crear los instrumentos que nos permitieran llegar con el Derecho organizado temáticamente hacia el conjunto de la sociedad. Por eso, allá por el año 2004 o 2005, creamos el sitio web [ciudadyderechos.org.ar](http://ciudadyderechos.org.ar) que alberga la totalidad del Derecho vigente en la Ciudad con sus reglamentaciones, con la jurisprudencia más importante, con las referencias acerca de los organismos no gubernamentales que

también cooperan en la asistencia, en el patrocinio o en el asesoramiento gratuitamente, y con las referencias que corresponden al Derecho nacional que tiene incidencia en la Ciudad, y por supuesto a todo el Derecho Constitucional y supranacional, que es para nosotros la base fundamental.

Una vez que logramos poner ese sitio web, que también fue muy discutido con los colegas en reuniones que hicimos en la sede generosamente prestada por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires para acordar cómo íbamos a realizar la división temática para ordenar todo el Derecho vigente por temas, de modo que la gente tuviera acceso de manera más directa; una vez que logramos acordar eso y acordamos las modalidades y los elementos que iban a integrar esta página, pudimos ponerla en marcha y acometimos los siguientes pasos: uno de ellos fue fortalecer el Centro de Mediación. Como todos ustedes saben, la mediación es algo más que una herramienta para que las partes se encuentren y, al encontrarse, puedan también encontrar la manera de dirimir sus conflictos. La mediación es, como todos los medios alternativos para la resolución de conflictos por vías no confrontativas, una actitud, es una política cultural que nosotros queremos difundir desde la Defensoría del Pueblo, que tiene que ver con la no confrontación cuando es innecesaria, que tiene que ver con la construcción de métodos para la convivencia pacífica, entendiendo que el conflicto es natural dentro de la sociedad en el marco de las relaciones humanas, pero que también hay distintas maneras de abordarlos.

El Centro de Mediación, con la mediación comunitaria o mediación vecinal o el estilo de mediación que haga falta, se encuentra permanentemente a disposición de la sociedad de esta Ciudad, tiene una excelente repercusión y es muy utilizado por los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires.

En un segundo paso agregamos otros dos elementos: la conciliación y el arbitraje. La conciliación significó pensar, reflexionar e interesar a la población de la Ciudad de Buenos Aires en la posibilidad de que algunas de las controversias que tienen con los vecinos pudieran ser conciliadas y que el ámbito para esa conciliación estuviera también en la Defensoría del Pueblo de la Ciudad. Así fue que logramos el año pasado firmar un convenio con el jefe de Gobierno de la Ciudad a instancias de la Procuración y estamos trabajando desde entonces; digo "estamos", pero en

realidad, los equipos que están a cargo de los medios alternativos para la resolución de los conflictos lo están haciendo; y se vienen resolviendo decenas de conflictos que de otra manera hubieran terminado en el fuero contencioso administrativo, quizás en el fuero laboral, porque estamos iniciando también la campaña para alcanzar que, incluso, los conflictos de empleo público puedan ser conciliados con intervención de esta Defensoría del Pueblo.

La idea es bajar el índice de litigiosidad que hay en la Ciudad, bajar los decibeles de las confrontaciones a partir de asumir las tareas concretas y de asumirlas protagónicamente; como institución de garantías y también como institución de control nos interesa la vigencia del Derecho, pero la vigencia del Derecho puede ser alcanzada desde muchos métodos. Lo primero que queremos difundir tiene que ver con los alcances del Derecho, tiene que ver con la persuasión, con las convicciones mutuas y, cuando hay conflictos que parecerían irresolubles, nosotros queremos desescalarlos y transformarlos en acuerdos. Para eso la mediación y para eso la conciliación en el convenio firmado con la Procuración de la Ciudad.

Abordamos también la cuestión del arbitraje, algo que nos importa muchísimo, no solamente por todo lo que tiene de método alternativo a la justicia ordinaria sino porque realmente es una administración de justicia que está absolutamente al alcance de toda la sociedad, que es más rápida, menos onerosa, y que tiene o puede llegar a tener la misma eficacia que la justicia de los tribunales comunes que todo el mundo conoce. Claro que para esto hay que ir generando una cultura social, una cultura en los referentes sociales acerca de que el arbitraje a veces sustituye y otras veces complementa el sistema general de administración de justicia y que el arbitraje es un medio válido en una sociedad que de arbitraje lo único que conoce es de los árbitros de fútbol o lo que aprendieron en la escuela sobre arbitraje internacional por las fronteras litigiosas que tenía nuestro país.

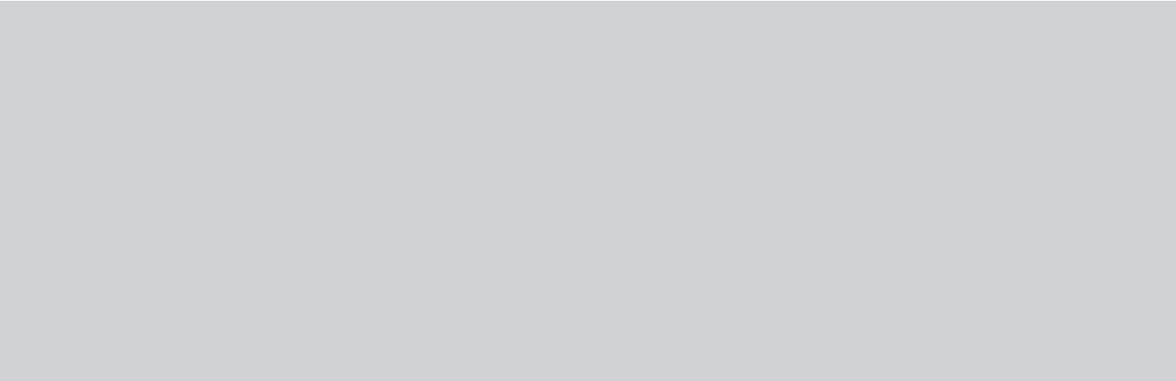
El poder llevar una cultura de arbitraje significa un esfuerzo que estamos haciendo, hablando con administraciones de consorcios, hablando con compañías de seguros, buscando la manera de ir resolviendo problemas que aparecen normalmente, que llegan a nosotros como institución, por estas herramientas nuevas o no tan nuevas, pero que estaríamos en condiciones de ponerlas más al alcance de nuestra sociedad. También para eso contamos en su

momento con el aporte generoso, incluso crítico, del Dr. Caivano que nos permitió, de una primera propuesta que teníamos para el reglamento de arbitraje en la Defensoría del Pueblo, ir modificándolo e ir construyendo el reglamento que tenemos, creo, mucho más ajustado de lo que en principio teníamos propuesto gracias a los aportes que nos hicieron muchos colegas de gran prestigio y, principalmente, de la Corte recibimos el aporte del Dr. Caivano. Por eso para nosotros son maestros los que tenemos en este primer panel; les agradecemos poder seguir aprendiendo de ustedes, poder ir mejorando, perfeccionando las pautas de nuestro Centro de Arbitraje, porque cuanto más capacitados estemos, más podremos ayudar a generar esta cultura del arbitraje en nuestra sociedad que, en general, cuando vemos en los medios que la gente dice "creo en la Justicia", la verdad que es una fe verdaderamente encomiable porque muchos, a veces, la hemos perdido. Creemos que hay que mejorar el sistema de administración de justicia que existe y que una de las maneras de mejorarla es también cooperar para que no se colapse, para que se descongestione y quede abierta una vía para que el resto de la sociedad pueda generar otros métodos de impartir justicia igualmente válidos, igualmente legítimos y que siguen defendiendo el Derecho; porque no es la justicia de los tribunales la única posible en las materias que son transables y que, por lo tanto, son arbitrables; deberíamos tener una fuerte cultura del arbitraje para que realmente se descongestione el sistema de administración y se dedique a aquellas cuestiones que, por ser de orden público, necesitan indefectiblemente tratamiento estatal.

Después de este breve racconto de por qué la Defensoría del Pueblo tomó a su cargo esta tarea que intentamos hacerla cada vez mejor, aprender de los que tienen más experiencia, los que tienen conocimientos abrevados no solamente en la doctrina sino también en la práctica, sólo me queda agradecerles que estén aquí y, modestamente, que me permitan sentarme con el público y escucharlos atentamente.

---





MESA I

**Papeles de Trabajo**

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

# mesa I

*Dr. Roque Caivano*

*Dr. Jorge Reinaldo Vanossi*

*Moderadora: Dra. Susana Ayala Ferraro*

## Por qué se necesita una ley de arbitraje

---

*Por el Dr. Roque Caivano\**

Muchas gracias a la Defensoría, a Alicia y a los organizadores, Flavia Goldcher, Susana Ayala Ferraro y Gustavo Murano, por la gentil invitación que me han hecho, no sólo a participar sino a abrir esta importante jornada que ya empieza a ser un clásico en Buenos Aires, y además por el privilegio de compartir el panel con mi querido amigo Jorge Vanossi.

El título de mi charla es "Por qué se necesita una ley de arbitraje" y quiero, además de hacer mención a las razones por las cuales creo que se necesita una ley de arbitraje, también referir cuáles son los aspectos en los cuales se necesitaría que la ley fuese reformada, porque eso, en definitiva, nos da también una idea de las razones por las cuales se necesita.

A poco que se observen cuáles son las deficiencias que tiene la regulación actual del arbitraje en nuestro país, va a ser mucho más evidente la necesidad de que esta legislación sea reformada. Sería muy largo y excedería el tiempo de que disponemos hacer exhaustiva mención de todos los aspectos que consideramos criticables de la actual legislación sobre arbitraje que, como ustedes saben, está en el ámbito nacional contenida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 736 en adelante. Simplemente vamos a referir lo que consideramos son los principales obstáculos que la legislación plantea.

En primer lugar, nuestra legislación ni siquiera contempla la posibilidad de arbitrajes institucionales, pareciera haber sido concebida como una legislación destinada a regir arbitrajes *ad hoc* y arbitrajes que nacieran en el seno de un proceso judicial, de allí quizá la inclusión de las normas del arbitraje en el Código Procesal, paradójico a poco que se observe que el Código Procesal es el cuerpo de normas destinadas a regir los procedimientos judiciales y el arbitraje es un método que tiene como principal efecto y propósito excluir las causas de conocimiento de los tribunales judiciales.

¿Qué consecuencias produce no tener normas que contemplen la existencia de arbitrajes institucionales?, que la ley omite completamente considerar la posibilidad de que las partes al someterse a arbitraje institucional estén al mismo tiempo sometándose a un cuerpo orgánico de normas de procedimiento

que generalmente contemplan cuestiones tales como la designación de los árbitros, los sistemas de recusación y sustitución de los árbitros, las normas de procedimientos propiamente dichas, las formas de incorporar la prueba al proceso, y una serie de cuestiones de naturaleza procesal que, si bien son puramente instrumentales, no dejan de ser un instrumento necesario para que el árbitro pueda lograr su cometido principal que es dictar un laudo que resuelva el fondo de las cuestiones que han sido sometidas a su consideración. La ley debió haber contemplado la existencia de arbitrajes institucionales, dándole absoluta fuerza a las normas reglamentarias que, al someterse a un arbitraje institucional, las partes están incorporando de manera convencional.

En segundo lugar, nuestra legislación no distingue arbitraje doméstico de arbitraje internacional y hay un abismo de diferencia entre arbitraje puramente doméstico y arbitraje con componentes internacionales. Es una discusión que actualmente se está dando en el seno de la comunidad jurídica internacional si las legislaciones sobre arbitraje deben ser monistas o dualistas, esto es, si los países deben regular el arbitraje doméstico con un cuerpo de normas y el arbitraje internacional con un cuerpo de normas diferente o si las mismas normas deben aplicar tanto a arbitrajes domésticos como internacionales; la realidad es que las más modernas tendencias avanzan hacia una regulación única en arbitrajes domésticos e internacionales, siendo los ejemplos más paradigmáticos la Ley de Arbitraje de España del 2004 y la reciente Ley Peruana de Arbitraje del 2008. Sin embargo, cuando uno observa las razones por las cuales tanto España como Perú han decidido ir a un sistema de regulación única de arbitraje doméstico e internacional, en ambos casos se advierte que el fundamento principal que llevó a los legisladores de esos países a adoptar este temperamento es que consideraban que sus respectivas sociedades, los actores de sus respectivas sociedades -los abogados, los empresarios, los jueces- estaban suficientemente preparados para manejar los arbitrajes domésticos sobre la base de las reglas imperantes en los arbitrajes internacionales. Justamente, la existencia de una cultura arbitral -tema del que nos va a hablar Jorge Vanossi- es lo que generó la conveniencia de regular en una única norma tanto el arbitraje doméstico como el arbitraje internacional. Mi impresión es que la Argentina está muy lejos de estar en condiciones de regir los arbitrajes domésticos con parámetros vigentes en las normas de

arbitraje internacional y sigo creyendo que aquí y ahora sigue siendo conveniente desdoblar la regulación, adoptar un conjunto de normas destinadas a reglar los arbitrajes internacionales que esté en sintonía y a tono con lo que el mundo está haciendo, y, en todo caso, dejar las particularidades, las idiosincrasias que puedan estar enraizadas en nuestra sociedad como parte de la regulación del arbitraje puramente doméstico; pero no exportar particularidades propias de nuestras costumbres forenses al ámbito del arbitraje internacional, que ciertamente no lo tolera.

El tercer aspecto crítico de nuestra legislación es la regulación del acuerdo arbitral. Ustedes seguramente están familiarizados con la terminología de "cláusula compromisoria" y "compromiso arbitral", siendo la cláusula compromisoria el pacto mediante el cual las partes se someten a arbitraje respecto de cuestiones futuras todavía inexistentes; y el compromiso arbitral, el pacto que se refiere al sometimiento a arbitraje de controversias ya existentes y que, por lo tanto, pueden ser definidas con cierto grado de precisión. No es nuevo que considero el compromiso arbitral como uno de los lastres del arbitraje por las implicancias prácticas que tiene la exigencia legal de obligar a las partes a celebrar un acuerdo respecto del arbitraje en el peor momento de la relación jurídica, que es cuando ya tienen una controversia entre ellos y uno aspira a satisfacerla por la vía del arbitraje y muy probablemente el otro aspire a que la cuestión termine siendo dilucidada en sede judicial. La necesidad de celebrar compromiso arbitral es fuente de problemas, fuente de roces entre las partes, absolutamente innecesarios, es fuente de demoras y es fuente además de un mecanismo de intervención judicial destinado a solucionar el problema que es peor que el problema en sí mismo, porque obliga a las partes a litigar sobre el contenido del compromiso arbitral sin poder todavía empezar a litigar sobre las diferencias de fondo que los separan. Ciertamente, en materia de acuerdo arbitral también es notable la ausencia de la figura en nuestra legislación del principio de la separabilidad del acuerdo arbitral que se ha impuesto como un principio básico del Derecho del arbitraje en el mundo, y que básicamente consiste en sentar, como cuestión de principio, que la cláusula arbitral es un contrato separable del contrato en el cual está inserto y que, por lo tanto, no se trasladan en la cláusula arbitral de manera automática, necesariamente, todos los vicios que pudieran acarrear la nulidad del contrato

principal; de modo que, con la recepción del principio de la separabilidad del acuerdo arbitral, lo que se logra es que el acuerdo arbitral pueda subsistir, no obstante las vicisitudes que pueda sufrir el contrato en el cual está inserto respecto de condiciones de existencia o validez. Abro un paréntesis, el hecho de que no esté contemplado en nuestra legislación no ha sido obstáculo para que en una media docena de casos la Cámara Comercial haya interpretado que el acuerdo arbitral es separable; de modo que es posible, aun con nuestra vetusta legislación, sostener que el principio de la separabilidad es de aplicación al Derecho argentino; entonces hay que hacer toda una construcción teórica que permita llevar desde el análisis de los principios generales en materia de nulidad de los contratos a concluir que la cláusula arbitral puede no ser nula, aun siendo nulo el contrato que la contiene. La existencia de una norma clara como la que tienen todas las leyes del mundo que siente de una vez y para siempre el principio de la separabilidad haría las cosas mucho más fáciles.

Finalmente, en materia de acuerdo arbitral, nuestra ley sigue apegada a la exigencia de forma escrita que todavía sigue siendo un requisito exigido por la mayoría de las legislaciones del mundo, pero que debe advertirse, empezó a quebrarse esta prácticamente total hegemonía de la exigencia de acuerdo escrito, fundamentalmente, a partir de la reforma en el año 2006 de la ley modelo UNCITRAL, la ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de la legislación española, la legislación peruana y algunas otras legislaciones que han ido empezando a hacer de la exigencia escrita un requisito absolutamente residual, y admitiendo que el acuerdo arbitral deba expresar la inequívoca voluntad de las partes de someterse a arbitraje expresada de un modo claro y concreto, no importa que sea escrito o de cualquier otra forma que permita después probar su existencia, en caso de discusión.

En cuarto lugar, nuestra legislación es también deficiente en punto a las facultades de los árbitros para dictar medidas cautelares. Mi interpretación -algunos me habrán escuchado alguna vez- es que, aun con esta legislación, no hay duda acerca de la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares; pero sin embargo, las hubo durante mucho tiempo, fue necesario un enorme esfuerzo doctrinario para lograr instalar la idea de que los árbitros no están impedidos de dictar medidas cautelares, sin perjuicio de que la

falta de imperium, que es connatural a los árbitros, pueda traer alguna dificultad a la hora de ponerlas en ejecución forzada. De cualquier forma, todas las leyes del mundo hoy tienen claramente previsto que los árbitros pueden dictar medidas cautelares. Más aun, la actual legislación peruana contiene algunas novedades en esta materia, por ejemplo, que respecto de las medidas cautelares dictadas en sede judicial antes de la instalación del tribunal arbitral, antes de la constitución del tribunal arbitral, el tribunal arbitral actuará como instancia de apelación de las medidas cautelares judiciales. Y esto no es ciencia ficción, me tocó intervenir este año en un arbitraje con sede en Perú, regido por la ley peruana, en el cual había medidas cautelares dictadas en sede judicial que se apelaron y el tribunal arbitral las revocó por entender que el Poder Judicial no había fundado debidamente la necesidad de esas medidas cautelares.

Finalmente, el sistema de control judicial del arbitraje que propugna nuestro Código Procesal es malo por donde se lo mire, tanto por exceso como por defecto, ni siquiera es un problema de haber optado por un esquema de mayor control o de menor control, es malo, decididamente malo porque, primero, no contempla la regla ya también usual e indiscutida en el mundo internacional del arbitraje, el principio conocido como "Kompetenz-Kompetenz", esto es, el principio conforme el cual los árbitros están autorizados a decidir en primera instancia cualquier cuestionamiento que las partes efectúen a su propia competencia o jurisdicción, lo que por cierto incluye los cuestionamientos a la arbitrabilidad de la materia, el alcance del laudo arbitral, etcétera. La falta de incorporación del principio Kompetenz-Kompetenz permite que en ocasiones se suscite un control judicial prematuro sobre la jurisdicción de los árbitros, que es, precisamente, el que intenta bloquear el principio Kompetenz-Kompetenz basado en la idea de que no importa que esa decisión finalmente esté sujeta a un control judicial, que de hecho lo está, lo que importa es que los árbitros tengan la prioridad en el conocimiento y decisión de las cuestiones atinentes a su propia jurisdicción.

La circunstancia apuntada de exigir la celebración del compromiso arbitral y la solución que se da para el caso de que esto no se logre, que es la acción del artículo 742 del Código Procesal, la denominada "acción para la constitución del tribunal arbitral", que en rigor de verdad es una acción destinada a obtener la

celebración forzada del compromiso arbitral, genera, de hecho, un control judicial prematuro e innecesario, porque, finalmente, si las partes se niegan a incorporar determinadas cuestiones, como aquellas que los árbitros van a decidir, porque alguna de ellas considera que están fuera del alcance del acuerdo arbitral o no son de aquellas susceptibles de resolverse por arbitraje, finalmente, quién resolverá la cuestión será el juez en instancias del artículo 742 a contramano de la tendencia mundial que, como vimos, preconiza la idea de que los árbitros son los jueces de su propia jurisdicción, al menos de manera inicial.

La otra contra que tiene nuestra legislación y absolutamente al revés de lo que venimos señalando es que, por ejemplo, no contempla un recurso judicial contra la decisión de los árbitros de declararse competentes mediante una decisión preliminar. Saben ustedes que cuando se plantea una cuestión de competencia de un tribunal arbitral -del mismo modo que ante un tribunal judicial- el árbitro puede decidirla como cuestión previa o decidirla conjuntamente con el laudo final. Si la decide conjuntamente con el laudo final, declarándose competente o incompetente, no habrá mayores dificultades porque, en definitiva, esa decisión remitirá a la naturaleza del laudo y será susceptible de los recursos habilitados por la ley contra los mismos laudos; el problema es cuando el árbitro decide declararse competente o incompetente mediante una decisión preliminar. Nuestra ley no contempla ninguna previsión de estas decisiones, de modo que puede pasar que los árbitros se declaren competentes en una decisión absolutamente cuestionable y la parte agraviada por esa decisión tenga que llevar adelante todo el procedimiento, y después plantear la nulidad del laudo final con un dispendio de la actividad jurisdiccional que pudo haberse evitado mediante un control judicial oportuno, que es el que -dicho sea de paso- conceden todas las legislaciones del mundo desde la ley modelo UNCITRAL en adelante.

Finalmente, el control judicial de los laudos finales también es inadecuado; nuestra ley es, junto con el Código Procesal Civil francés y alguna otra legislación que se me escapa en este momento, la única que contempla la posibilidad de un recurso de apelación, salvo renuncia. Me sobrarían los dedos de una sola mano para contar aquellos casos en los cuales es admisible un recurso de apelación con un pacto expreso, pero la nuestra va todavía un paso más allá, conserva el recurso de apelación sólo con no renunciarlo.

La tendencia mundial es que el laudo sólo sea susceptible de revisión judicial por causales de nulidad taxativamente establecidas por la ley y no en instancia de apelación.

Dos palabras finales respecto del porqué. Lo que llevo dicho demuestra a las claras por qué es necesaria una ley de arbitraje: porque la regulación actual es ineficiente y esta ineficiencia se traduce en problemas prácticos y operativos de las partes que deciden someterse a arbitraje, lo que al mismo tiempo genera un problema no menor en un momento en que el arbitraje ha comenzado a tener una mayor expansión. Tener una mala ley de arbitraje cuando no hay arbitraje, no es un problema; el problema es cuando tenemos una legislación inadecuada y empezamos a tener muchos arbitrajes; se hace mucho más evidente que la legislación no soporta ese impulso y, además, impide el desarrollo del arbitraje. Aquel que ha tenido que soportar un arbitraje problemático, controvertido, interferido judicialmente como consecuencia de las deficiencias de nuestra legislación, es probable que no atribuya el problema a la legislación en sí misma, sino al método que eligió para resolver su conflicto, con lo cual, termina el arbitraje teniendo mala prensa, considerándose por los usuarios como un método inadecuado, ineficiente o problemático cuando, en rigor de verdad, ese no es un problema del arbitraje sino de la forma en que nuestro legislador lo ha regulado.

De modo que lo dicho, en honor a la brevedad, me releva de cualquier consideración adicional; Jorge seguramente les va a comentar cómo debería encararse una reforma legislativa, no es que no se haya hecho, intentos hubo para todos los gustos y colores, simplemente, lo que no hubo fue quizá la convicción de las autoridades políticas de la necesidad de encarar esta reforma. Muchas gracias.

*\* Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas; profesor adjunto en Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la UBA; profesor en las maestrías de Asesoramiento Jurídico de Empresas de las universidades Austral en Buenos Aires, Rosario, Siglo XXI en Córdoba, San Andrés y Buenos Aires; profesor del master en Derecho Internacional, Inversiones y Comercio de las universidades de Heidelberg y de Chile; desde 1988 es gerente jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales; practica el arbitraje*

*independiente en casos locales e internacionales; es director del programa de Entrenamiento en Arbitraje para los alumnos de la UBA; consultor internacional convocado por la Comisión de Justicia del Congreso de Perú y consultor internacional para asistir en la formación de mediadores y árbitros en varios países de la región; autor y co-autor de cinco libros y de más de ciento veinte trabajos publicados en la Argentina y en el exterior.*

---

## **El problema cultural del arbitraje en la Argentina**

---

*Por el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi\**

Muchísimas gracias por la generosa invitación para participar de esta reunión que es tan significativa y tan importante; y me conmueve también compartirla con el amigo Roque, con quien compartimos muchos puntos de vista. A mí me toca la parte más dura, que es hablar de las peripecias que se deben a una raíz cultural o incultural por las cuales el arbitraje tropieza con tantos obstáculos.

Creemos que en el tema del arbitraje hay que luchar frente a un problema cultural; hay sin ninguna duda una serie de prejuicios en virtud de los cuales se ha creado una atmósfera, una sensación térmica desfavorable al arbitraje o con muchas reservas respecto de él, lo cual lleva a que todo lo que hemos conocido hasta ahora, narrando las vicisitudes que el arbitraje ha tenido, ya sea a nivel legislativo o a nivel judicial, pueden seguir repitiéndose en la medida en que no se concientice a los agentes y protagonistas que, en definitiva, tienen que decidir respecto de la suerte del arbitraje acerca, no sólo de las ventajas sino de las virtudes ínsitas o propias que tiene el arbitraje. Eso va a llevar algún tiempo porque la cosa no es novedosa, es decir, con una jurisprudencia errática de la Corte Suprema, porque no podemos decir que sea la definitiva, ni la de este año, ni la del año pasado, ni la del año próximo; porque, además, la Corte tiene siete miembros y le sobran dos, de modo que el día que tenga la composición que la ley fija, que son cinco, habrá que ver quiénes son mayoría y quiénes son minoría en este tema; con lo cual, el valor de la

seguridad jurídica, en lo que al arbitraje se refiere, dista mucho de dar certidumbres o permitir aplicar una regla de calculabilidad -que esa es la seguridad jurídica- acerca de la suerte futura del arbitraje. Bastante antes de que se planteara a nivel legislativo el tema de la ley modelo UNCITRAL, que yo tres veces presenté en el Congreso, en la Cámara se planteó el tema de la Convención de New York o de la Convención de Panamá -había unos favorables a una y otros, favorables a otra de esas convenciones- para que la Argentina convirtiera alguna de las dos en ley suprema, para que, después de haber suscripto los textos, se le diera el trámite constitucional a través del Congreso. En el caso concreto, se presentó el proyecto en la Cámara de Diputados para adherir y hacer ley vigente la de New York, considerando que convenía apostar a esa con mayor certeza. Nunca el Congreso había aprobado un acta internacional que no emanara de un proyecto enviado por el Poder Ejecutivo; es verdad que cuando un tratado se celebra entre la Argentina y otro u otros países, es el Ejecutivo el que envía luego el proyecto al Congreso para seguir el trámite institucional de la aprobación, pero acá se trataba de darle vigor interno y valor externo para que los jueces lo pudieran aplicar a una convención sobre ejecución de laudos arbitrales. Costó meses, por no decir años, convencer a la Cancillería de que no era ningún pecado mortal que por la vía legislativa se iniciara en una Cámara del Congreso la aprobación, como cualquier proyecto de ley, ya que la Constitución es muy clara y dice que los proyectos de ley se pueden presentar por cualquier diputado o cualquier senador o por envío del Poder Ejecutivo, salvo cuando hay alguna excepción prevista, como es el caso de la Ley de Coparticipación, que no se ha sancionado todavía y que nunca se va a sancionar porque no quieren que se sancione. Vencido ese obstáculo, que era de trámite, vino el prejuicio ideológico, que felizmente también pudo ser vencido. Había un legislador muy respetable al cual recuerdo con gran cariño por su actuación, que había sido, además, un gran gobernador de la Provincia y devino uno de los jefes políticos más importantes del país, ya fallecido; y en la comisión nos dijo a todos: "pero la Convención de New York, eso es imperialismo, eso es lisa y llanamente bajarse los pantalones ante el avance imperialista"; entonces le dije que lo invitaba a almorzar o a tomar un café; conversamos y lo único que llevé fue la lista de países que ya habían adherido a la Convención de New York, donde estaban:

La Unión Soviética, China Comunista, Vietnam, Checoslovaquia, Polonia, la República Popular de Albania y así sucesivamente; con lo cual, me dijo "tiene razón, no está el imperialismo de por medio" y firmó. Y debo decir en homenaje a la honestidad de este hombre, por el cual sigo sintiendo un gran respeto y cariño, que tuvo la sinceridad y la honestidad de decir que se había equivocado, que había tenido un prejuicio ideológico a una norma que en realidad se refería a una materia que era *supra* ideológica, porque estaba involucrado todo el tema del comercio internacional y de las relaciones que tienen que tener los países a los efectos de asegurar la administración de justicia, de la cual la ejecución de los laudos arbitrales es un punto vinculado con la ejecución de resoluciones que están equiparadas a las decisiones judiciales; es decir, cooperación judicial internacional.

Respecto del arbitraje, ha acaecido con la ley UNCITRAL algo semejante. Cada vez que está por salir surge un pero. Es infalible. El primer proyecto se presentó a fines de la década del 80; el segundo proyecto se envió por el Poder Ejecutivo en el año 2002, con la firma del presidente y la del ministro que habla, o sea que llevaba la voz oficial del Poder Ejecutivo. Ese tuvo la suerte de que se aprobara en el Senado por la labor y el tesón de una gran senadora, que lo sigue siendo, profesora de Derecho, la Dra. Liliana Negre de Alonso, senadora nacional por la provincia de San Luis, quien entendió perfectamente que la ley UNCITRAL era realmente ventajosa para el país y para todos nosotros y servía, incluso, para evitar que colapsara la justicia, como otra serie de ventajas y de virtudes. Pero cuando pasa a la Cámara de Diputados no consigue llegar a la sanción porque se repite de nuevo la historia; era la última sesión del año, no hubo *quórum*; en ese momento en que está prácticamente por decidirse la sanción aparece el ministro de Justicia en ese entonces, muy amigo, jurista del interior destacado, que pidió al bloque oficialista que se detuviera porque podía afectar los trámites ante el CIADI. No tenía nada que ver con las actitudes ante el CIADI, porque la ley UNCITRAL era también para asuntos internos y externos, es decir, estaba totalmente desorientado este buen hombre respecto de los peligros que él veía. Pero consiguió que fracasara la sanción, veía fantasmas donde no los había. Pero bastó eso para que nunca más prosperara el tema, nunca más hasta el día de hoy a nivel parlamentario.

El proyecto de la entonces diputada Falbo es posterior a otro que presentara yo como ministro unos meses antes, insistiendo con la redacción que el Senado había enviado y que era realmente la correcta, la que tenía ya la aprobación de media Cámara y había caducado por haberse cumplido ya ese plazo de la famosa ley Olmedo, en virtud del cual, si a los dos años no es tratado un proyecto, hay que darle nuevamente estado parlamentario.

Cuento todo esto no para aburrirlos, sino para que ustedes vean que no va a ser fácil llegar a convertir en ley argentina, por ejemplo, la ley modelo UNCITRAL u otra que se le parezca y que involucre arbitrajes internos y/o internacionales.

Pero el prejuicio es falso, estoy convencido; por lo pronto hay que tener presente que la Corte se pone en actitud más rigurosa en materia de laudos arbitrales que lo que hace cuando decide respecto de la arbitrariedad de las sentencias y las declara nulas. Y si el laudo es, en definitiva, el equivalente a una sentencia, ¿por qué hay que aplicar un criterio distinto, cuando es una sentencia judicial o cuando se trata de un laudo y ponerse más rigurosos todavía, cuando es el laudo arbitral? Esa es mi pregunta.

De las tantas definiciones que hay de sentencias arbitrarias tomemos una solamente al pasar, la de Esteban Limas, que fue nada menos que treinta años secretario de la Corte y después juez de la Corte Suprema hasta 1966, quien escribió sobre este tema y decía que la arbitrariedad era un error inexcusable, es decir, el error inexcusable como causal, error que puede haber en cualquier sentencia porque *errare humanum est*; hay errores que son excusables: un mero error de cómputo, un mero error formal, que no es sustancial, que no afecta la estructura básica de la cuestión, para eso está el recurso de nulidad o la acción equivalente, pero no una situación que difiere con la explicación que habían dado en el sentido de que el caso Cartellone con Hidronor era muy, pero muy especial. Digo esto porque fui árbitro en Cartellone, no puedo abrir juicio en detalles porque me comprende las generales de la ley, y este laudo fue anulado; en realidad lo que fue anulado es el laudo del árbitro tercero; pero lo que ha ocurrido, en definitiva, es que el efecto que ha causado esta intervención de la Corte ha sido un retroceso respecto de lo que la Corte entendía por el arbitraje y la forma de facilitar y convalidar el arbitraje. Y ese retroceso, esa regresión, va a ser difícil de recuperar, porque no hay una jurisprudencia posterior que indique inequívocamente que se

acepta el arbitraje. Cuando se trata de arbitraje entre particulares, sí, puede ser que existan fallos de la Corte favorables, pero basta que el Estado sea parte para que surjan los peros y los obstáculos; por ejemplo, hace algunos años la Corte había aceptado como lo más natural y nadie había objetado, el Estado tampoco, someter a arbitraje un pleito entre Siemens y NASA, esta era una empresa del Estado, totalmente del Estado, vinculada con la construcción de Atucha II. Y no hubo objeción respecto de la jurisdicción arbitral y salió el fallo arbitral, pero después, uno o dos años más tarde, en un caso de Techint, también con NASA, la Corte ya con otra composición distinta, invoca el artículo 116 de la Constitución, vinculado con la competencia de la Justicia Federal, de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores y dice que la Nación, en principio, sólo puede ser llevada ante sus propios tribunales. Es decir que directamente no acepta y plantea que la cuestión puede ser suscitada si hay un problema de orden público en cualquier etapa del proceso.

Existe un fallo viejísimo, tomo 151, página 324 de los fallos de la Corte, donde insiste y machaca otra vez la Corte en aquella época y en la actual composición no todos ellos, que: "La Nación, en principio, sólo puede ser llevada ante sus propios tribunales y toda excepción a dicha regla debe hallarse claramente establecida, ya que la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva en razones de la excepcional competencia que le es confiada a los árbitros y que les permite conocer en cuestiones que en el orden normal de las instituciones le correspondería decir a los jueces". Yo pregunto, entonces, qué podemos decir respecto de los casos en que el Estado ha sometido a árbitros internacionales, no cuestiones patrimoniales, no cuestiones en que todo lo transable es arbitrable, que es la regla general: todo lo que es materia de transacción -como bien decía Roque- puede ser sometido a arbitraje, sino cuando el Estado ha sometido a arbitraje el territorio, que es un elemento componente del Estado junto con la población y el Derecho. El territorio ha sido sometido varias veces a arbitraje, a veces hemos ganado -pocas- y otras veces hemos perdido -muchas- y nadie dijo nada, es decir que el Estado no había objetado, sino que incluso había aceptado y convalidado procedimientos arbitrales en donde está en juego un elemento fundamental constitutivo del propio Estado. De modo que no hay coherencia, hay una jurisprudencia errática, hay muchos prejuicios, hay una gran falta de cultura en este tema. Pero, por

supuesto, hay algunos apoyos, por ejemplo, quiero destacar el del diario La Nación que, entre otros, hizo un editorial el 20 de noviembre de 2006 apoyando el proyecto de UNCITRAL, con nombre y apellido, que habíamos insistido en presentar otra vez, pero predicando en el desierto, es decir, sin tener mayormente eco respecto del resultado. Yo creo que la Corte, más que cuidarse de los árbitros, tendría que cuidarse de otros rivales, los árbitros no son rivales de la Corte ni rivales de los jueces, al contrario, los árbitros le alivian la tarea a quienes haciendo ejercicio de la autonomía de la voluntad y aplicando el artículo 1197 del Código Civil deciden encomendarle la dilucidación de una controversia a otros jueces, que no se llaman "jueces" sino, "árbitros", y que, desde luego, tienen sus límites, porque ha habido nulidades del fallo que están fundadas en el exceso por haber abusado de su competencia.

Pero ¿qué es "orden público"? Se nos enseñaba en la facultad que era un *minimum* jurídico indisponible e inderogable por las partes, es decir, un *sustratum* de normas de carácter imperativo, por ejemplo, las que rigen las capacidades de las personas, los delitos que están en el Código Penal, etcétera. Esto no se puede disponer o convenir entre las partes, algo que convierta en no delito lo que es delito o que convierta en una persona mayor de edad a quien es menor de edad. Pero el concepto de orden público se utiliza hoy en día para todo, y cuando algo se utiliza para todo, resulta que no sirve para nada, porque si todo es orden público, en definitiva, ya nada va a ser orden público. Y ya prácticamente no hay ley que no tenga un artículo final que diga "esta ley es de orden público", es ya un sellito reiterado; con lo cual, obviamente, llegaría un caso en el cual ni aun los pleitos entre particulares podrían someterse a arbitraje si hubiera un roce elemental en una cuestión vinculada con un tema salarial, por ejemplo, un tema remunerativo en que haya normas del Derecho del Trabajo que, en principio, muchas de ellas son de orden público. Estoy yendo por la vía conjetural, es una hipótesis, esperemos que no ocurra. Es decir que la desconfianza hacia el arbitraje lleva a que se cree un fantasma y para combatir un fantasma hay que concientizar y culturizar, no hay otro camino; de modo que yo creo que se pueden seguir presentando infinidad de proyectos, yo he insistido hasta la finalización de mi mandato el 10 de diciembre de 2007, pero es predicar en el desierto en la medida en que no den luz verde aquellos que tienen la potestad legislativa de decidir y decir

qué es lo que se puede aprobar y qué es lo que no se puede aprobar en el Congreso.

Por iniciativa privada, por iniciativa particular, por iniciativa, incluso, de legisladores pertenecientes al oficialismo, es difícil que prospere un proyecto de esta envergadura si hay en los altos niveles ministeriales un prejuicio y una prevención contra el arbitraje y contra los árbitros; es imposible superar ese muro. A veces pienso que, acaso, pueden creer algunos que los árbitros van a ganar más que un juez, con diez meses de sueldo, es decir, van a tener una remuneración muy superior al año judicial. No siempre es así. Hay arbitrajes muy modestos. Doy dos experiencias que conozco: los dos tribunales de arbitraje permanentes en el Uruguay, a los que no se ha acudido, no sé por qué razón en el tema de las pasteras, destinado uno para el Río Uruguay y el otro para el Río de la Plata, que tienen la misma composición, uno de los cuales, el más activo funciona desde hace más de un cuarto de siglo, donde nunca nadie jamás ha planteado la invalidez del arbitraje y sigue funcionando y sigue resolviendo pleitos. La Argentina y el Uruguay forman parte de ese tribunal. Es evidente que hay contradicciones también: cuando nos conviene el arbitraje, que siga el arbitraje, si no nos conviene el arbitraje, entonces, los jueces de la Corte o los legisladores deciden que no prospere una ley de arbitraje, el teorema es así.

Pero mi conclusión es optimista, aunque ustedes no lo crean. Yo creo que algún día, de tanto machacar, se va a encontrar un punto correcto. El doctor Roque Caivano es autor de varios trabajos y tesis a favor del arbitraje, pero así como él, el fallecido maestro Augusto Mario Morello y otros autores han hecho literatura profunda sobre este tema; y me apoyo en Morello porque este autor ha criticado el caso de Cartellone con Hidronor, señalando el abuso de exquisitez con que la Corte quiso proceder en el asunto, cuando después le pasan por encima mostrando montañas de inexactitudes. Las inexactitudes pasan y se las deja correr tranquilamente sin tomarlas en cuenta; bueno sería que la Corte se ocupara más de otra cosa, como que se ejecuten sus fallos, caso Sosa, caso Badaro, me refiero a casos concretos donde dictan sentencias magníficas, en Sosa ya van tres fallos, en Badaro, dos; como así también dan conferencias magníficas sobre la independencia judicial y después no se cumplen esas sentencias. Las de los árbitros, felizmente, sí se cumplen, siempre, y es mejor

que miren cómo están dentro de su casa antes de criticar al arbitraje y a los árbitros.

Nada más y seguiremos esperando la solución.

*\* Abogado con diploma de honor de la UBA; doctor en Derecho y Ciencias Sociales en tres universidades nacionales, con tesis sobresaliente, fue catedrático titular en Derecho Constitucional, Derecho Político y Derecho Público en las universidades nacionales de Buenos Aires y La Plata; fue secretario académico de la Universidad de Buenos Aires, director del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Universidad Nacional de La Plata.*

*Ha sido presidente de la Federación Argentina del Colegio de Abogados, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado; ha ejercido cuatro veces funciones como diputado del parlamento argentino; recibió el premio Kónex de platino por el mejor desempeño legislativo en la década 1983-1993; es autor de diecisiete libros y más de trescientos ensayos; fue ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Argentina en el año 2002, secretario letrado de la Corte Suprema, director de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior; consultor honorario de la Procuración General de la Nación; secretario general del Consejo Nacional Económico Social; conjuer de la Corte Suprema de la Nación desde el año 2002.*

*En el orden internacional, fue miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional cuya presidencia aún ejerce; miembro fundador del CADI, fue presidente del Inter-American Bar Association; presidente del Comité Jurídico Interamericano; miembro del Comité Jurídico de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional; es en la actualidad presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires y miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya.*

## Rueda de preguntas

---

**Pregunta desde el auditorio:** El problema de la unificación del régimen doméstico e internacional, el problema que suscita qué es el concepto de orden público local, que en Argentina va camino a ser de orden público hasta el bolsillo de los particulares, y el internacional, donde es muchísimo más acotado el concepto de orden público; ¿cómo puede conciliarse en un ordenamiento único esa doble concepción del orden público?

**Dr. Caivano:** En materia de arbitraje internacional, cuando hablamos del orden público, hay que tener bastante cuidado en definir de qué clase de orden público estamos hablando. Porque la propia falta de contorno que tiene el concepto de orden público ha llevado a que haya varios órdenes públicos: orden público de elección, orden público de protección, orden público doméstico, orden público internacional, etcétera.

En lo que respecta al arbitraje, me parece que hay que entender que el concepto de orden público -que es causal, por ejemplo, de nulidad de los laudos en las legislaciones sobre arbitraje comercial internacional o en las convenciones como la de New York o la de Panamá- no es el conjunto de normas imperativas de un Estado, sino, el conjunto de principios básicos de un ordenamiento jurídico que no puede ser vulnerado por una sentencia extranjera o por una sentencia dictada en el territorio nacional. Si no estamos hablando del orden público como un conjunto de normas imperativas, sino como conjunto de principios esenciales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico de un país y que harían repugnantes a los principios básicos de ese país la admisión de una sentencia que los vulnere, por eso es que el concepto de orden público puramente doméstico no tendría ningún sentido en materia de arbitraje, ni siquiera en materia de arbitraje doméstico, podría virtualmente tenerlo en relación con el concepto de "arbitrabilidad", si se entiende que un determinado derecho está concedido en razón del interés público y no del interés particular del titular de ese derecho, ese derecho pasaría a ser un derecho indisponible o relativamente indisponible, no susceptible de transacción y, por lo tanto, no arbitrable; aunque también en esto hay una tendencia muy fuerte a señalar que el hecho de que una determinada cuestión esté regida por normas imperativas no necesariamente impide que la cuestión

sea arbitrable sino que, en todo caso, somete la decisión del árbitro sobre esas cuestiones a un control judicial posterior por vía de un recurso de nulidad a fin de que el Poder Judicial verifique la compatibilidad de la solución dada por el árbitro al caso con la solución pretendida por el legislador en una norma imperativa, de modo que exista una coincidencia entre el interés público tutelado por la norma y el interés público resguardado por el laudo arbitral por vía de la nulidad.

**Dra. Alicia Pierini:** Una pregunta motivada por la interesantísima charla del Dr. Vanossi; usted hablaba de la Corte, de los legisladores según los contextos políticos en cada circunstancia, y mi pregunta es, ¿no tendríamos que apuntar, en verdad, a difundir las ventajas del arbitraje en nuestros propios colegas abogados para que encuentren las ventajas respecto de su ejercicio?, así como nos pasó con el tema de mediación. En el año 90 yo estaba en la Subsecretaría de Justicia cuando empezamos a trabajar en temas de mediación, y las primeras resistencias fueron de los colegios de abogados hasta que le encontraron la vuelta y se dieron cuenta de que era una nueva manera de ejercer nuestra profesión desde otro punto de vista. Hoy la mediación está, no solamente aceptada, sino que nuestros colegas se capacitan en mediación en distintos centros de capacitación. Mi pregunta es: ¿no será que tenemos que aunarnos nosotros para influir en nuestros colegas, trabajar más sobre el campo de los abogados, sobre la Facultad de Derecho, sobre los nuevos egresados para crear cierta masa de opinión que luego va a modificar los sistemas de justicia?

**Dr. Vanossi:** Sí, totalmente de acuerdo con usted, doctora, yo iría más lejos, el problema está en la fábrica, y la fábrica está en las facultades de Derecho que son los que producen los jueces y los árbitros, salvo los tribunales arbitrales que admiten en su composición integrantes que no sean abogados. Pero en la Facultad de Derecho muy poco o nada se habla del arbitraje. Yo recuerdo que cuando era estudiante de Derecho, nunca escuché hablar del arbitraje, salvo incidentalmente al pasar en Derecho Procesal; y había profesores como el ya fallecido Dr. Lino Palacios que tenía una gran aversión por el arbitraje, como lo demostró cuando fue subsecretario y autor de una reforma en un gobierno de facto al Código Procesal. De modo que, si la fábrica no cambia la mentalidad en el seno de quienes se forman en ese establecimiento, después emprender o remontar la corriente

adversa es más difícil. Si en las facultades hubiera realmente un señalamiento de la importancia del arbitraje como vía paralela a la vía propiamente judicial, ya de entrada el abogado saldría preparado para eso, predisuesto a favor y no en contra; y como hay tantos abogados entre los legisladores, aparte de los jueces, también hay muchos abogados en el Ejecutivo, ese manto, esa atmósfera de prejuicio quedaría superado. Pero, mientras subsista la formación que se recibe en las facultades, va a haber inconvenientes. Hay casos de gente muy preparada, de gran capacidad que han sido jueces de la Corte, por ejemplo, el Dr. Belluscio, que es amigo mío, tiene alergia por el arbitraje.

**Dr. Caivano:** Perdón, un pequeño comentario con relación a eso; sin dejar de ser cierto lo que señala Jorge, debo hacerme cargo de que en los últimos años ha habido algunos cambios significativos en esto; la Facultad de Derecho de la UBA, por ejemplo, en el nuevo plan de estudios ha incorporado -es insuficiente y estamos de acuerdo en que es insuficiente-, por lo menos dentro del ciclo profesional orientado de la última parte de la carrera, materias obligatorias relacionadas con métodos alternativos, no específicamente con el arbitraje, pero con métodos alternativos; hay materias optativas, empieza a haber, por suerte, cada vez más; sigue siendo una isla dentro del océano, pero no deja de ser al menos algún punto de inflexión en esto y, de paso, ya que estamos paso el aviso de que la Facultad de Derecho de la UBA, desde el año pasado está organizando una competencia internacional de arbitraje entre alumnos universitarios de distintas universidades, y hemos tenido la participación de 24 universidades, la mitad de las cuales son argentinas y la otra mitad son desde Panamá a Chile, de casi todos los países de América Latina, con el objetivo, precisamente, de empezar a despertar el interés de los alumnos -son alumnos los que competen- respecto del arbitraje y del arbitraje comercial internacional, y que además se empiecen a familiarizar un poco con la forma en que se resuelve un conflicto por la vía del arbitraje.

**Intervención desde el auditorio:** En la Facultad de Derecho de la UNR hace seis años que tenemos Negociación y Mediación como materia, ahora vamos a reformar el plan de estudios y vamos a tenerla ya no como optativa, que es como está ahora, sino como obligatoria. En la medida que yo pueda superar este tabú también respecto del arbitraje, va a ser más fácil también para mí enseñarlo.

**Dra. Susana Ayala:** Yo quiero agregar -porque el Dr. Caivano no lo va a decir- que nosotros sabemos que es uno de los árbitros y de los defensores del arbitraje que más tiempo le dedica a los alumnos y que creo, realmente, que el arbitraje se debe enseñar en la fábrica, lo hemos visto en el seminario al que concurrimos en Paraguay, que dedicó cinco horas de una mañana para atender a mil doscientos, mil trescientos alumnos interesados en el tema del arbitraje, y quiero destacarlo porque sé que en esta mesa él no lo va a decir.

**Dr. Vanossi:** Yo quiero agregar algo más, porque, Sartori, el gran politólogo, inventó la expresión "video política", y es verdad, estamos inmersos en una cultura mediática, los medios tienen una influencia mayor que el libro, mayor que el aula, mayor que todo, es así, nos guste o no; y los que buscan justicia o los que buscan la solución a una controversia o buscan la forma de evitar el pleito judicial -que son los particulares o un particular frente al Estado, según los casos-, la inmensa mayoría no son abogados, o pertenecen a otras profesiones o a ninguna profesión; a los que están en otro tipo de actividades, no les llega lo que pasa en las facultades de Derecho, que entre públicas y privadas son algo más de cien en todo el país. Que se haga una buena experiencia en la UBA, me parece excelente, lo mismo en alguna privada; pero en la inmensa mayoría no hay un pie de igualdad con el Derecho Procesal en el aspecto procedimental, una concientización acerca del valor propiamente dicho que tiene el arbitraje. Entonces, hay que ir a los medios, hay que conseguir espacios o programas o participación en debates, en mesas redondas, en lo que sea que se vea por la televisión o que se escuche por la radio, porque ahí están los destinatarios que pueden, en definitiva, pedir el arbitraje: fulano contra mengano, perengano contra sultana, etcétera; no es un problema solamente de abogados, un error en la política pro arbitraje es que nos ceñimos exclusivamente al sector que tiene pergamino de abogado, ya sea que se desempeñe en un lado o en otro del mostrador. Hay que trascender a la sociedad, las verdaderas revoluciones son los cambios culturales, hay que cambiar la cultura de prevención del cuco o fantasma del arbitraje. Nada más.

**Intervención desde el auditorio:** Amén del tema de las facultades, la pregunta para mí es por qué los abogados, desde hace muchos años, le temen al arbitraje, entonces, creo que hay que acudir al Colegio de Abogados, porque, hasta que formemos

a los jóvenes, lo cual, efectivamente va a ocurrir, también hay montones de abogados que están dentro de los colegios que desconocen el arbitraje y cuando uno desconoce algo, le teme; el abogado está muy mediatizado por el escrito y tanto la mediación como el arbitraje son procesos de inmediatez, entonces, creo que también la difusión tiene que ser a partir de los colegios, que los colegios empiecen a comprender y empezar a preguntarles a los abogados qué les pasa con el arbitraje, como qué les pasó con la mediación. Si la mediación no se hubiera implementado obligatoria no tendríamos mediación, esa es la realidad y la mediación sirvió, más allá de las críticas. Entonces, como esto no se puede hacer obligatorio, difundirlo entre los abogados -aparte de otros profesionales y aparte de la comunidad- para ver cuáles son las ventajas; y también desarmar esa idea de que el arbitraje sería, como la mediación, una privatización de la Justicia, que es lo que debe pasar con muchos jueces y con muchos abogados. No es una privatización, son opciones que se presentan para que la gente pueda resolver los conflictos.

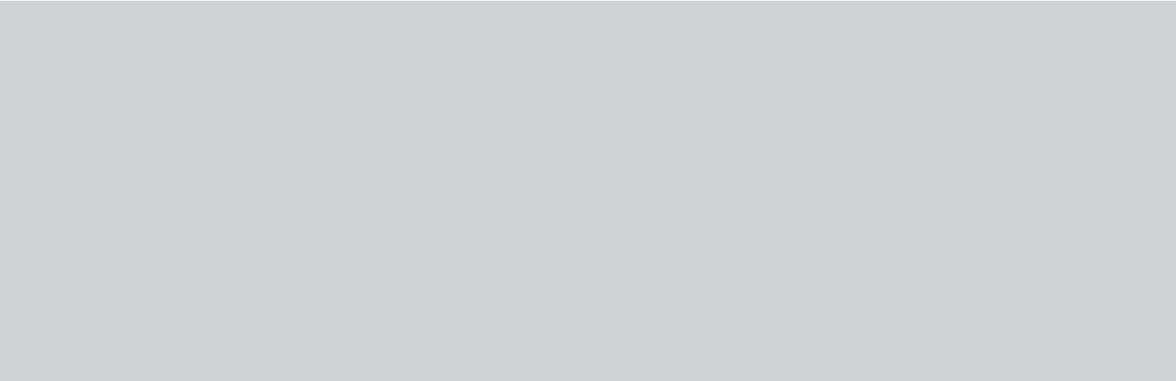
**Intervención desde el auditorio:** ¿No sería bueno establecer el sistema que tienen algunos estados de los Estados Unidos de conceder a los tribunales la facultad de pasar consultivamente si no hay acuerdo de las dos partes o directamente de forma vinculante un pleito que tiene una sentencia?, esto existiendo a nivel de Corte, ¿no le parece que en el futuro de la ley, una manera de difundir el arbitraje es establecer este sistema y obligatorio para el caso de que se haya vencido para el juez el plazo para dictar sentencia?, vinculante o no, por supuesto, según haya o no acuerdo de las partes.

**Dr. Vanossi:** Puede ser, las diferencias culturales con el país que usted menciona son muy grandes, de modo que no sé cuál sería el resultado, no lo podemos predecir, pero no hay peor gestión que la que no se hace, de modo que se podría ensayar, comenzar a ensayar en alguna parte con algún espacio de determinadas materias y ver si se traslada, si esa especie de transferencia da resultado. Imponerlo por una norma puede ser tan virtual como las tres veces que la Constitución habla de juicio por jurados, el que nunca apareció, y de aparecer, tendría que hacerlo segmentadamente y progresivamente, es decir, empezar por ciertos delitos a ver qué pasa, porque no hay una cultura de jurados, salvo lo que se ve por televisión en las series. Por norma,

está probado que hay normas que no se cumplen porque en la sociedad no hay conciencia o creencia favorable para hacerlo. De todos modos, se podría ensayar. Lo peor es no innovar, no cambiar, no ensayar nada, no probar nada y seguir con más de lo mismo, porque cuando se sigue con más de lo mismo se termina con peor de lo mismo. Esa es una regla histórica.

---





---

## MESA II

**Papeles de Trabajo**

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

# mesa II



*Dr. Gualtiero Martín Marchesini*

*Dr. Gabriel Binstein*

*Dr. Roberto Bianchi*

*Dra. Ana María Bargiela*

*Moderadora: Dra. Flavia Goldcher*

## **Valoración jurídica del reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

---

*Por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini\**

Muchas gracias a la Defensoría del Pueblo y, especialmente, muchas gracias a todos quienes nos acompañan por el interés que han tenido en acompañarnos en nuestras disertaciones.

Me toca a mí el tema de la valoración jurídica del reglamento arbitral y, en especial, en cuanto al reglamento arbitral de esta Defensoría del Pueblo.

Quizá quiera poner una visión un poco más optimista en este tema, porque, frente a lo que nos dijeron los ilustres panelistas que nos precedieron en el uso de la palabra, al no tener una ley de arbitraje y al tener que regirnos por el Código de Procedimientos, antiquísimo e inadecuado frente a las normas actuales, lo que podemos hacer para mejorar esa situación dentro de lo que es el ámbito del arbitraje es el reglamento arbitral y lo que se dio en llamar "valoración jurídica". Recordemos: arbitraje es libre acuerdo de voluntades; el arbitraje pertenece al Derecho Privado, es un acuerdo, es un contrato, es cláusula compromisoria -ya lo manifestaron- que está inserta en el contrato, y es libre acuerdo de las partes. Pero no olvidemos que "arbitraje" también es jurisdicción, es decir, el ciudadano retoma en sus manos aquella jurisdicción que ha delegado en los jueces a través del Poder Judicial, en las constituciones nacionales o provinciales, la retoma como soberano en sus manos y la entrega a una persona llamada "árbitro". Quiere decir que los que somos árbitros tenemos la jurisdicción otorgada no por el Estado, el Poder Judicial, sino otorgada por las partes. Diferencia que tenemos con los jueces: el juez tiene el *imperium* y el *judicium*, nosotros tenemos sólo el *judicium*; para aquellos que no son abogados, el juez tiene la fuerza, la coacción de aplicar lo que ha resuelto y el árbitro, como el juez, tiene la facultad de decidir las cuestiones sometidas.

Ese pequeño recordatorio nos da para decidir que también en el reglamento arbitral tenemos la facultad de elegir el reglamento de arbitraje que queramos, porque el reglamento arbitral es la norma procedimental que va a regir todo el arbitraje. Es el código de

procedimientos que va a regir el arbitraje. Entonces, las partes pueden dictar un propio reglamento, sin atenerse a ningún otro prefijado o pueden adoptar uno de los reglamentos nacionales o internacionales que existen a disposición y aplicar ese reglamento o aplicarlo con las modificaciones o *aggiornamentos* que requieran.

En el orden internacional, podemos mencionar el reglamento de UNCITRAL dado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil en el año 1976; les aclaro que nos tocó varias veces utilizarlo, tiene varios aspectos que hay que *aggiornar*; por ejemplo, nuestro Centro de Arbitraje y Mediación ha *aggiornado* ese reglamento y ha tomado algunos otros, el de la Cámara de Comercio Internacional de París, por ejemplo, que es otra norma, y otras que las hemos propuesto para darle una actualización. Quiere decir que con veinte artículos se ha mejorado o puesto a punto el reglamento de UNCITRAL. También podría mencionar el Tratado de Comercio Internacional de París o las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje o las reglas de arbitraje de la Cámara internacional de Londres. En el orden local también podemos mencionar que los colegios de abogados -por ejemplo, la Federación Argentina de Colegios de Abogados- tienen su reglamento: el Colegio Público de Abogados tiene el suyo; el Colegio de la Ciudad de Buenos Aires tiene el suyo y otros centros, como el de la Defensoría del Pueblo, tiene su reglamento; también, que en general, se sigue la normativa internacional, mucho más actualizada que las que tenemos nosotros, ya hemos escuchado a los panelistas anteriores que nos han dicho cuáles eran los defectos, pero eso lo podemos adecuar.

En el provincia de Buenos Aires también tenemos el reglamento de los colegios de abogados. El colegio de la provincia de Buenos Aires dio un modelo de reglamento. Son reglamentos modelo que los van adoptando los distintos colegios y las partes pueden ir estableciendo normas en la audiencia preliminar, porque en el arbitraje podemos establecer un periodo de prueba mucho mayor que 30 ó 40 días; podemos establecer 10 ó 15 días para la contestación de una demanda; podemos ampliar demanda en cualquier altura del proceso. En eso consiste la flexibilidad que debe tener el reglamento. La flexibilidad es totalmente amplia, pero tiene una limitación que es lo que muchos autores llaman "la carta magna del arbitraje". Esta limitación es el derecho a la libertad, que es plena, la libertad de la defensa en juicio, pero tiene que

retenerse con un trato igualitario a las partes: no puedo darle a A menos de lo que le di a B. Igualdad y libertad son dos pilares que deben regir todo el aspecto del arbitraje.

Entonces, como característica, hemos dicho que la flexibilidad es totalmente amplia, las partes pueden darse su propio reglamento arbitral, pero hay un piso que es la igualdad a las partes y lo que se le permite a uno se le debe permitir al otro. Asimismo, el tribunal arbitral debe respetar el derecho de defensa y prueba, el de alegar y el trato igualitario también entre las partes. Vemos cómo acogen estos aspectos las legislaciones modernas. Me voy a remitir a la ley modelo de UNCITRAL, ya no al reglamento sino a la ley modelo actualmente reformada; la última reforma es del 2004, en la cual su artículo 18 reconoce el derecho a la igualdad y a la oportunidad de cada parte a ejercer sus derechos. Y el artículo 19 reconoce la libertad para convenir el procedimiento. Fíjense que esa ley modelo adoptada, por ejemplo, por Chile y también por Perú, nos habla en el artículo 19 de la libertad para convenir el procedimiento.

La ley sueca, por ejemplo, impone a los árbitros conducir la controversia en forma imparcial, práctica y rápida, dando igualdad de oportunidades a las partes. Esta ley sueca data de 1999. La ley del Reino Unido, de 1997, dice que el tribunal arbitral debe actuar frente a las partes de manera equitativa, imparcial y dando una oportunidad razonable para argumentar. La ley española, ley 60 de 2003, puesta en práctica a partir de 2004, nos dice que el tribunal arbitral debe tratar a las partes con igualdad, dando oportunidad de hacer valer sus derechos, convenir libremente el procedimiento para la actuación de los árbitros quienes decidirán sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de la valoración de las pruebas.

Como ven, igualdad entre las partes y también amplitud de los árbitros para decidir, sobre todo, en cuanto a la admisibilidad de las pruebas.

Los doctores mexicanos llaman a esto "la carta magna del arbitraje": igualdad y libertad de defensa. Evidentemente es un aspecto que debemos tener plenamente presente, de los cuales hay ciertos derivados, por ejemplo, de no atender el árbitro a las partes a solas, sino citarlas a audiencias en forma conjunta, citar a cuantas audiencias sean necesarias para que las partes puedan tener una libertad plena de expresarse frente al otro y que el otro tenga libertad de peticionar también el derecho que peticiona su contrincante.

Con estos aspectos que he dado como valoración jurídica del reglamento arbitral en general, quiero pasar al reglamento de conciliación y arbitraje de la Defensoría del Pueblo. Es amplio y está a su disposición en la web. Podemos decir de este reglamento de la Defensoría del Pueblo que es un servicio objetivo, porque el reglamento garantiza los principios de libertad de elección del árbitro, menor formalidad, mayor rapidez, especialidad, excelencia, confiabilidad, economía; fundamentalmente quiero subrayar esto: muchos dicen que el arbitraje es caro, que el arbitraje es para los ricos. Muy equivocado el concepto. El arbitraje, en cuanto a la rapidez de la resolución del conflicto, deja de ser oneroso y pasa a ser mucho más económico que la utilización de la justicia ordinaria. Consideremos el factor tiempo: muchas veces un juicio de nulidad de asamblea, por ejemplo, tarda décadas en resolverse, otros de orden civil, a lo mejor, generaciones. Frente a eso, podemos decir que un juicio arbitral donde los plazos están totalmente acotados, se hace en cuanto a economía de tiempo y recuperación del derecho mucho más ágil, mucho más rápido y mucho menos oneroso.

Como característica debo señalar que tiene un centro coordinador que lleva el registro de árbitros y postulantes, recibe las solicitudes de arbitraje, propone al secretario del tribunal arbitral y hace todos los diligenciamientos: resuelve las recusaciones, asesora, lleva estadísticas, entre otras cosas. También se dedica a proponer los árbitros a las partes para que designen dentro de los árbitros de la lista y sortear luego el árbitro que va a ser el presidente.

En cuanto a los árbitros, tienen competencia para entender en toda cuestión que sea transable -aspecto trillado para todos ustedes-, donde no esté afectado el orden público ni los intereses de terceros. Establece también los requisitos e inhabilidades que se tiene para ser árbitros. Los requisitos son a veces más exigentes que los de los magistrados, puesto que hay por lo menos quince años de ejercicio de la profesión o de la magistratura, como también una alta versación en Derecho adquirida a través de los artículos o libros que tenga publicados, de la docencia y demás, todo lo cual es evaluado para calificar a los árbitros.

En cuanto a las partes, pueden presentarse solas o con patrocinio letrado, está previsto también el patrocinio jurídico gratuito; se establece un secretario del tribunal arbitral que tiene como misión impulsar el proceso y resolver cuestiones incidentales que podrán luego ser revisadas por el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral se conforma por un árbitro que está elegido - como les dije- por cada una de las partes y un tercero por sorteo, que está especializado en la materia de la cual se va a tratar. No es admisible la recusación sin causa que acogen los códigos de procedimientos y, en caso de ser causada, resolverá el titular del centro coordinador.

Veamos el procedimiento. El arbitraje se inicia con una simple presentación escrita y una minuta ante el centro coordinador. Luego, a esa minuta se le da traslado para ver si las dos partes están aceptando el arbitraje, se otorga un plazo para la presentación de la demanda con la elección de uno de los árbitros que está dentro del registro y luego la aceptación del reglamento. Esto es fundamental. Aconsejamos que en los contratos, cuando se establece la cláusula compromisoria, se acepte ya el reglamento, por qué reglamento se van a regir, esto es muy importante que aparezca como anexo del contrato que se le hace firmar al cliente, es fundamental tenerlo muy en cuenta en la etapa previa, si no, estaríamos vendiéndole al cliente cinco juicios o cinco presentaciones judiciales, de las cuales estaría: una, para la designación de los árbitros; dos, para la elección del reglamento; tres, para las medidas cautelares, después comenzaríamos con las recusaciones y, por último, estaríamos en la revisión por el recurso de nulidad. Entonces, como ustedes ven, debe estar todo perfectamente bien preparado y, como mencionaron anteriormente a través de una pregunta que se hizo por el recurso de apelación, saben ustedes que nuestro código actúa en forma supletoria, en este caso, el Código de Procedimientos, por lo que, no estando renunciado el recurso de apelación, podría recurrirse la apelación y quien entendería sería el superior, en este caso, la Cámara.

Algo que es digno de destacar es que no se admite la oposición de excepciones ni tampoco se admite la prueba confesional. Las pericias son solicitadas a las facultades de la Universidad de Buenos Aires.

Como procedimiento, tenemos una audiencia preliminar en que los árbitros citamos a las partes y es una primera audiencia en la cual se trata de ensayar una conciliación; en caso de no obtenerse, cuáles pruebas son fundamentales, cuáles pruebas son supletorias, cuáles resultan procedentes y cuáles no, de tal manera que se ordena el procedimiento.

Luego viene la audiencia de vista de causa, donde ya, habiéndose controvertido, se ha producido la prueba, se hace un análisis de la prueba y se puede dictar un laudo a los veinte días. Normalmente convocamos a las partes a que nos expresen con toda claridad cuáles son los puntos a laudar, para evitar el laudo ultra pedita, es decir, más allá de la petición.

La conciliación -como ya dije- debemos intentarla en cualquier momento del procedimiento; las medidas cautelares también se pueden adoptar para evitar la distracción del patrimonio de aquel que pueda ser condenado. Indudablemente, debo destacar que la medida cautelar la adopta el tribunal arbitral pero la aplica el juez de instancia, porque requiere que sea aplicada por el *imperium* que tiene el juez de instancia. El tribunal arbitral puede aplicar sanciones ya que tiene la facultad para prevenir y sancionar, incluso, puede aplicar multas entre los cien y trescientos pesos.

También tenemos el caso del árbitro único en la Defensoría; en aquellos casos menores a dos mil pesos, se puede aplicar con un procedimiento de arbitraje. El laudo, tenemos que dictarlo dentro de los veinte días de la audiencia de vista de causa y debe ser escrito, fundado, definitivo y obligatorio para las partes. El laudo se notifica y se define también en materia de las costas. El laudo es irrecurrible -como dijimos-, sólo corresponde el recurso de nulidad.

En el laudo de amigables componedores las partes pueden decidir que sea a verdad sabida y buena fe probada; es decir, aunque sean árbitros abogados, que no se laude sobre el Derecho. Ese laudo es irrecurrible y sólo puede prosperar la acción de nulidad, en este caso, en primera instancia.

Como corolario podemos decir que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires está otorgando a todos los habitantes de esta Ciudad, para quienes lo quieran adoptar, un servicio de resolución de conflictos que garantiza la libertad de elección de quienes van a dirimir y el tratamiento igualitario de los contendientes, administrado de una forma rápida, ejecutiva, eficaz, confiable, legal, menos formal que la Justicia, flexible, sin costo adicional de honorarios de árbitros, puesto que el árbitro se abona por parte de la Defensoría de acuerdo a una evaluación comparable por horas de trabajo al salario del juez de primera instancia; indudablemente se hace con árbitros especializados en las distintas materias, con la responsabilidad que corresponde, en

forma económica, con igualdad de discreción y con la máxima seguridad para la diligente ejecución de los laudos. Nada más, con esto hemos dado un ligero pantallazo.

*\* Doctor en Ciencias Jurídicas, con tesis sobresaliente; abogado con diploma de honor y escribano; conjuer designado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; árbitro titular de los tribunales de arbitraje institucional del C.O.A.D.E.M., F.A.C.A., Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y el C.I.A.M.; director de Arbitraje de C.I.A.M.; profesor en maestrías y doctorados de las facultades de Derecho de la UBA, la UNLZ y UCES; jurado de tesis; primer premio de la Federación Interamericana de Abogados por su trabajo en Arbitraje como Método de Solución de Controversias en los Procesos de Integración Americanos en el MERCOSUR; publicista con más de setenta artículos publicados y coautor de cinco libros; asesor y consultor.*

---

## **El arbitraje hoy. Asignaturas pendientes**

---

*Por el Dr. Gabriel Binstein\**

Gracias a todos por estar acá y un agradecimiento especial a la Defensoría del Pueblo que ha sido señora en esta materia del arbitraje.

El Dr. Martín Marchesini mencionó la expresión "servicio" y, efectivamente, hay que insertar el arbitraje dentro de lo que podemos denominar "el servicio de justicia", porque la Justicia es un servicio, no nos olvidemos. Para eso tenemos que definir previamente qué modelo de Justicia queremos para un país, por supuesto, de acuerdo con el modelo de país que pretendemos, si no, estaríamos haciendo meramente parches domésticos en los que podrían aparecer determinados intereses corporativos - siempre se habla de los intereses corporativos de los abogados, lo cual es cierto, también se habla de los intereses corporativos de los jueces, es mucho más cierto todavía- y, en general, la Argentina es un país lleno de corporaciones, por lo tanto, parece legítimo también que los abogados nos defendamos dentro de una

estructura que podemos denominar "corporativa". Quiero contar una breve anécdota: cuando yo llegué por vez primera a estudiar en Estados Unidos el posgrado, en Houston me mostraron el funcionamiento de la Justicia y el funcionamiento de los árbitros. Estoy hablando del año 1966. Yo era un muy joven abogado que había tenido la suerte de recibirme con poco más de veinte años y la Fundación Fulbright tuvo la gentileza de aceptar mi aplicación a una beca; me llevaron para mostrarme cómo funcionaban los tribunales arbitrales; yo, con toda modestia, pregunté si los árbitros eran abogados y, entonces, un funcionario del ámbito del arbitraje me preguntaba por qué, yo di el fundamento y ahí me di cuenta de que el fundamento ideológico en las instituciones americanas tiene que ver con el *deal*, es decir, con el acuerdo; la excepción es ir a la acción judicial; la excepción es ir también al arbitraje; por eso es que la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos tiene, como mucho, entre doscientos y doscientos cincuenta casos por año, acá sería hoy por hoy una hipótesis descartada. Y vuelvo a esto del *deal*, porque, en una conversación breve que teníamos con los colegas hace unos minutos, uno de ellos hablaba de que, en definitiva, el arbitraje ronda detrás del 1197, alrededor del 1197 está el principio de buena fe; acá no hay mediación o arbitraje que nos salve si no vamos a proceder con el principio de buena fe, es inútil. El arbitraje es una técnica, la mediación también, entonces tenemos que insertarlo, como dije recién, en el ámbito del modelo de país que queremos y en el modelo de Justicia que podemos pretender.

Cuando hace dos o tres semanas -este es un dato lateral- se anunció que el Senado de la Nación tenía un proceso muy avanzado de un proyecto de ley del diputado Recalde por el cual se hace optativa la conciliación laboral, nos dimos cuenta, efectivamente, de que estamos ante un serio problema, porque la reacción de la corporación judicial es "nos vamos a llenar de trabajo"; claro, esto tiene su parte lógica, quien aspira a ser juez y no quiere trabajar de juez, puede hacer cualquier otra cosa; es decir, lo que tenemos que combatir con toda certeza y decisión es que los jueces están para dictar justicia, si hay muchas causas judiciales, para eso están; pero esto significa que estas instituciones alternativas de resolución de conflictos no tienen una instalación preliminar en esta acción cultural, si culturalmente no lo instalamos, lo otro no va a caminar, porque acá hay intereses

corporativos, hay desconocimiento, pero hay fuertes intereses que no quieren que esto funcione. Por un lado -y no me quiero ganar la animadversión de todos los jueces-, en general a los jueces no les gusta perder poder y evidentemente en el arbitraje hay una delegación de la jurisdicción: está una persona que es idónea, es apta y para un caso determinado; con esto me atrevo a decir que el arbitraje no es una institución unívoca que nos va a salvar a todos, sino que, en ese paso preliminar que mencioné, lo de la buena fe, el principio de la buena fe, lo que los americanos llaman el *deal*, el acuerdo, ese tiene que ser el *sustratum* filosófico de la cuestión, porque si no, no hay manera de solucionar este problema. Recuerdo que recientemente, un juez de primera instancia en lo comercial, en una causa muy importante, para acelerar los tiempos -creo que en otros juicios hacen lo mismo en el fuero- fijaron las audiencias de testigos en los respectivos estudios jurídicos. Esto me parece fantástico, es lo más frecuente en el Derecho sajón: las pruebas no se hacen en el tribunal, se hacen en los respectivos estudios, primer principio de buena fe. Esto yo no sé si podría caminar realmente en Buenos Aires, tal vez podría caminar en ámbitos judiciales más pequeños, en departamentos judiciales del interior del país, donde todo el mundo se conoce y ese control social -nos vemos en el club, en el restaurante y en el cine todos los días- podría funcionar y la mala fe podría ser descartada.

Desde otro punto de vista, tenemos una enorme cantidad de asignaturas pendientes. Por un lado vemos que hay una institucionalización del arbitraje, organismos como el Colegio Público de Abogados, que tiene una destacada comisión que se dedica a este tema; jornadas que realiza la Universidad de Buenos Aires en la Facultad de Derecho con temas que son realmente apasionantes, uno de los cuales, por ejemplo, es la experiencia peruana de arbitrajes con el Estado y también el arbitraje en el proyecto de ley de obras públicas; la Ciudad de Buenos Aires tiene el arbitraje previsto también en el proyecto de ley de obras públicas. Otro tema apasionante es el uso del arbitraje por parte de las agencias estatales, en un conflicto entre agencias estatales u organismos del Estado, la posibilidad de utilizar el arbitraje. Hasta hace poco tiempo era prohibido, era impensable que alguien dijera que un conflicto entre organismos del Estado se pudiera resolver por la vía del arbitraje.

Por otra parte, dentro del campo de las asignaturas pendientes, tenemos estos resultados del CIADI: el CIADI ha sido vendido publicitariamente como un organismo medio diabólico, que ha sido creado para perjudicar al país o algo por el estilo; como en Argentina tenemos historias de teorías conspirativas, somos afectos a las teorías conspirativas, en el CIADI a veces hemos tenido suerte y algunas, no tanto; es decir, hemos tenido fallos favorables; recientemente hemos tenido un par de fallos favorables, pero siempre recuerdo en este sentido la palabra de un ex ministro de Justicia que dijo, textual: si ganamos en el CIADI, aceptamos el fallo, y si perdemos, lo desconocemos; entonces, a mí se me ocurrió decirle, en una mesa redonda, si no era más fácil desconocer los convenios por los cuales Argentina adhería al CIADI, que era mucho más sencillo que hacer el papelón de decir que si gano, acepto y si no gano, no lo acepto, eso de chiquitos hubiera sido que metíamos mula. Eso no es el principio de la buena fe, si nosotros no queremos ir al CIADI, desconozcamos los convenios preliminares y denunciémoslo, que es el mejor sistema.

Otro ámbito poco explotado o desconocido -y acá viene el palo para los conciliadores laborales, muchos de los cuales son mediadores-: cuando una audiencia de conciliación laboral se termina porque fracasa, textualmente se inserta en el convenio que las partes fueron invitadas a someterse al arbitraje. Estamos hablando de conflictos individuales. Automáticamente los conciliadores ponen "oído que fueron las partes, han decidido no aceptar el arbitraje". Recientemente fui a una audiencia y le dije a la conciliadora que íbamos a aceptar el arbitraje; ella suspendió la audiencia, me llamó afuera y me dijo "doctor, ¿qué me está haciendo?, yo de esto no sé nada", y yo le contesté que cómo era posible que no supiera nada si ella llamó y convocó, si convocó tiene que saber cómo sigue el curso de acción. Me propuso llamar a otra audiencia y que yo, en todo caso, le llevara el panorama de esto, a ver cómo había que hacer, porque ella no manejaba el tema. Esto indica otra cuestión: que para ser árbitro hay que saber, no basta con ser un amigable componedor, una buena figura simpática que acerca a las partes; para ser un buen árbitro hay que estudiar Derecho y hay que resolver; y esto, en el ámbito de las conciliaciones laborales es un terreno abandonado, porque en todos los casos, los 180 conciliadores laborales que hay deben ofrecer el arbitraje lo cual no ocurre; quiere decir que hay culpa

probablemente nuestra, de los actores de este proceso, que no insistimos en el tema del arbitraje.

¿Qué pasa con el arbitraje en el Derecho colectivo?, ahí ocurre con mucha frecuencia. En el Derecho Laboral, el laudo arbitral es algo muy frecuente, cuando hay un conflicto colectivo de enorme magnitud y cuando los mediadores fracasan en este tipo de conflictos de toma de fábricas. Tenemos posiblemente en este momento una toma de fábrica en la Panamericana con Kraft-Terrabusi, donde probablemente se someta el tema a la intervención de un árbitro; pero vemos que hay uno de los casos de los petróleos en Santa Cruz donde el arbitraje se realiza y se incorporó el laudo arbitral por el convenio colectivo de los capitanes de ultramar; también está incorporado en el convenio colectivo de todo el sistema de empleados sujetos a la actividad publicitaria y la televisión; lo va a incorporar ahora la Federación de Empleados de Comercio; lo va a incorporar Camioneros, también; entonces, quiere decir que hay un ámbito de desarrollo profesional al que nosotros, los abogados, tenemos que acudir, porque si no acudimos a ese ámbito, van a aparecer aquellos que nos discuten las incumbencias.

En definitiva, creo que quedan muchas cosas por hacer, pero, como dije en un principio, hay un tema cultural que hay que penetrar y resolver. En el ámbito del procedimiento civil y comercial hay un capítulo extremadamente preciso de cómo hacer el arbitraje, pero ¿cómo convencemos a los jueces de hacerlo?, ¿cómo convencemos a los jueces de que deleguen poder?, esto es un problema también de fiabilidad y que, supongo yo, con la fuerte presión en los colegios públicos de abogados, estamos en camino de lograrlo.

Finalmente, el arbitraje es un instrumento más, no es la panacea universal, pero es realmente muy útil y muy ventajoso.

Muchas gracias.

*\* Abogado suma cum laude de la UBA; especialista en asesoría legal de empresas; ex consejero superior de la UBA; estudió su doctorado en la Universidad de Buenos Aires; en el extranjero, en Estados Unidos; árbitro de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires; autor de numerosos libros y artículos y profesor consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*

## **Tipos de arbitraje previstos en el reglamento del servicio de Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

---

*Por el Dr. Roberto Bianchi\**

Muchas gracias a la Defensoría por la invitación; es un placer estar hablando aquí de arbitraje con colegas, y saber que seguiremos después hablando también.

Me parece que es interesante que destaquemos qué elementos diferenciales tiene el reglamento de arbitraje del Centro de la Defensoría, porque hace varias opciones políticas; es decir, se puede conformar distintos tipos de arbitraje; algunas instituciones prefieren cierto tipo de arbitraje, ciertas modalidades y, en realidad, es bueno que así sea, porque, lo que es bueno que pase en materia de oferta de servicios -y esto es, como bien lo dijo Gabriel, un servicio- es que haya variedad, es decir, variedad de oferta. En realidad, lo que le conviene al arbitraje es que haya muchas instituciones que oferten servicios de arbitraje, además le conviene a la Justicia que compitan con ella, y le conviene en realidad al arbitraje que haya otros centros de arbitraje que funcionen lo mejor posible, porque, sin el acicate de la competencia, en general, uno tiende, como decimos los argentinos, a achancharse; así que es bueno que haya otros colegas que lo estén punzando a uno para ocupar el cargo de uno, es bueno que haya otras instituciones que estén compitiendo, nadie tiene que tener rentas aseguradas ni mercados asegurados. Esa es la única manera de mejorar todos.

¿En qué se diferencia la oferta del servicio de arbitraje que hace la Defensoría?, en primer término, lo primero que dice es que ofrece tal y tal servicio de arbitraje, etcétera, y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es de aplicación supletoria; esto quiere decir que lo que no tenga resuelto el reglamento deberá ser resuelto como pueda el Código, que tiene -como dijo hoy Roque- las falencias que ya todos vimos.

La primera opción que hace es que todos los arbitrajes son resueltos por un tribunal colegiado de tres árbitros que, vemos por el artículo 10, es de derecho; además, dice en otro artículo que las partes pueden elegir el arbitraje de equidad o de amigables

componedores. Esta segunda frase está en otro artículo, evidentemente no podemos interpretar que está siendo meramente reiterativa de lo que dice el Código en el 766, que dice que las partes que no hayan elegido una determinada forma de arbitraje se entenderá que es el de amigables componedores; no puede querer decir eso, porque, por otro lado, el reglamento dice que el Código es de aplicación supletoria, por lo tanto, no está reiterando la solución por defecto del 766, sino que tiene una opción por el arbitraje colegiado y de derecho. Esto es muy interesante porque no es común en la Argentina que esto sea así. Personalmente tengo una preferencia por el arbitraje de derecho por defecto, es decir que la solución por defecto sea el arbitraje de derecho; y desde ya, un enorme respeto por la libertad de las partes cuando eligen a otros o me eligen a mí como amigable componedor o para que laude en equidad. Yo, personalmente, con todo lo inseguro que me siento resolviendo una cuestión de derecho por la enorme ignorancia que tengo, en general, aun de las cuestiones más triviales de derecho y el enorme problema que representa dar una solución obligatoria para unas pobres personas que confían en que lo que uno va a resolver está adecuado a Derecho o es en general justo; entonces, imagínense que uno tenga nada menos que, como una especie de legislador universal, casi divino, decir lo que es justo; a mí me resulta mucho más comfortable -con todo lo difícil que es- buscar una solución en los códigos, en la jurisprudencia, en lo que dicen los tribunales; incluso porque tengo la esperanza de que lo que yo vaya a decir -sobre todo si trato de no ser original- va a ser aquello que las partes razonablemente están esperando, porque las partes no vienen a buscar originalidad, sino, en todo caso, una solución tal que el que gana diga "está bien, el árbitro no hizo sino lo que tenía que hacer", es decir, yo no aspiro a más; y el que pierde tendría que decir, idealmente, "y bueno, no me pudo dar más de lo que me podría dar un juez, un juez no me hubiera dado más porque el Derecho es este". Es por eso que yo me siento más comfortable con que la opción por defecto sea, como en este reglamento, por el arbitraje de derecho. Además, dice el reglamento que cuando las partes eligen el arbitraje de equidad, se entiende que es el de amigables componedores, etcétera, y no está del todo claro en la tradición nuestra qué es un arbitraje de amigables componedores, a pesar de que esa es la solución por defecto en la legislación

argentina. Fíjense que es tradicional en la jurisprudencia extranjera de arbitraje -sobre todo de países de sistema continental, es decir, el sistema jurídico y con el tipo de leyes con los que estamos más familiarizados y, en realidad, de donde vienen nuestras normas de Derecho Privado y de Derecho Procesal- que cuando un árbitro que tiene que estatuir en derecho lo hace como amigable componedor o al revés es un flor de problema y debería entrañar la nulidad del laudo a título de una de las distintas causales, según el tipo de legislación. Existen, además, distintas concepciones sobre lo que quiere decir "amigable componedor", así que, yo estoy muy agradecido de que la opción del Centro de la Defensoría sea por defecto de derecho, porque, lo que peor nos vendría sería que alguno de nosotros se equivoque y esto pueda traer la nulidad del laudo y, en general, yo creo que los centros de mediación tenemos que huir como de la peste de toda declaración de nulidad del laudo de uno de nuestros árbitros. Entonces, tenemos que ser muy cuidadosos en eso.

Hay cinco posiciones respecto a qué es realmente "de amigables componedores": las primeras cuatro las tomé del libro de Alan Redfern y Martin Hunter, *Teoría y Práctica del Arbitraje Internacional*, de la edición 2007 en Argentina, editorial La Ley, lamentablemente agotada, 600 ejemplares hicieron nada más para la edición española, y ahí están las cuatro primeras concepciones y una más que está en la casación francesa. Para una de las posiciones, en el arbitraje de amigables componedores hay que aplicar las normas jurídicas vigentes, es decir, el Derecho positivo vigente argentino sería en el caso; pero se pueden obviar las meramente formalistas, como por ejemplo, si hubiera alguna norma que establece los requisitos de validez para un contrato de tal o cual forma, eso, si es formalista en opinión del árbitro o en la concepción de Justicia del árbitro, esa norma la debería poder obviar, si está autorizado a laudar como amigable componedor.

Para otra concepción, que no es exactamente la misma, se deben aplicar las normas jurídicas vigentes, pero se pueden obviar las que traigan efectos demasiado rigurosos, injustos en el caso concreto, es decir, se mete la Justicia como un elemento derogatorio de ciertas normas, las que indica el árbitro; fíjense que no es lo mismo que lo anterior. Nosotros hablamos mucho de arbitraje de equidad y de amigables componedores, pero está ese problemita: ¿a qué forma de amigable componedor nos referimos?

La jurisprudencia argentina, en este caso es pobrísima; yo no conozco un solo caso que haya en la práctica argentina jurisprudencial donde se nos diga que un laudo es válido o es nulo según se cumplió o no como amigable componedor. Así que, hace muy bien el centro en preferir por defecto el arbitraje de derecho.

La tercera posición es: debe decidirse de acuerdo con los principios generales del Derecho, no la concepción particular de equidad que pueda tener alguno de nosotros, porque, por ejemplo, está formado en la ética judía, judeo-cristiana o católica o budista o la que fuera; alguno de los numerosos modelos de éticas y de morales que hay.

En cuarto lugar, como otra posición más, el árbitro podría, si estatuye como amigable componedor, ignorar por completo las normas jurídicas y decidir según se considere justo. Esto es lo que se espera, parece, para la mayoría de la jurisprudencia de los autores nacionales cuando hablan de lo que quiere decir "arbitraje de equidad", pero ustedes se dan cuenta, a medida que estamos enumerando esto, de las distintas posibilidades que hay y el tembladeral que representa esto. Soy enemigo del arbitraje de equidad, como ustedes ven; pero, evidentemente, si me dicen que tengo que laudarlo, tomaré aire, tragaré saliva y lo haré, pero confieso que me resulta bastante complicado.

La última forma es la que se ve en un fallo que descubrí de la casación francesa. Según la casación francesa -lo que no es poca cosa, porque en materia de Derecho Privado, Derecho Civil, Derecho Comercial, es muy importante, es una especie de macro corte, que ilustra a muchos tratadistas italianos, franceses, argentinos, españoles, etcétera-, pueden aplicarse las normas jurídicas, siempre que se justifique que esa es la solución equitativa o que está de acuerdo con la decisión de laudarlo como amigable componedor. Fíjense que esta no es una mala concepción, porque esto es lo que como árbitros quizá nos convenga, seguir la corriente de la casación francesa. Nuestro principal deber como árbitros, si no tenemos más remedio que laudarlo, en un reglamento como el de este centro, será intentar una fórmula de acuerdo que sea instrumentada como un laudo que homologa una transacción, por lo tanto, tiene valor de sentencia, es ejecutable e inatacable por las partes, que son justamente las que lo acordaron en el laudo. A eso tenemos que tratar de aspirar en la mayor parte de los casos. Si no tenemos más remedio y las partes han tenido la desgracia de nombrarnos para que laudem

en equidad, yo, lo que trataría de hacer es buscar un tipo tal de solución que fuera aceptable a la luz de la equidad y no contradictoria con el Derecho vigente. Además, recordemos lo que decían los profesores de Derecho: el Derecho es un mínimo de justicia, entonces, en tanto ese mínimo lo contengan las normas que podemos aplicar, yo pienso que deberíamos aplicar esas normas y, al mismo tiempo, en la medida en que fueran un mínimo de justicia, evidentemente. Pero si son un mínimo de justicia, podríamos decir que la solución de acuerdo con el artículo tal y cual del código tal y cual es esta, esta, lo otro; por otro lado, está la jurisprudencia imperante de los tribunales comerciales de la Capital, la cámara tal, sala tal, dice esto, esto y lo otro; perfecto, ese es el Derecho vigente. Por otra parte, esta es la solución que más consulta la equidad, esta persona no hizo más que entregar lo que se esperaba que entregara y al mismo tiempo fue violada su confianza en términos de equidad, de razonabilidad y de justicia.

La otra opción que hace interesante -aparte del arbitraje de derecho por defecto- es que, creo yo, el reglamento está diciendo que el patrocinio legal es voluntario; ¿en qué sentido voluntario? - y esto es una cosa novedosa- en el sentido de que las partes pueden o no hacerse asesorar por abogados, cosa que me parece muy bien, al fin de cuentas, nuestra profesión es prescindible, somos prescindibles, sobre todo en el arbitraje de equidad. Quién más que las propias partes pueden tratar de convencer a los árbitros de que tienen razón en justicia, en equidad. Incluso, creo que tienen derecho a intentarlo según derecho, es decir, cuando el arbitraje ha de ser un arbitraje juris, también las partes deberían tener ese derecho y, de hecho, esto no es negado por nuestro reglamento. La particularidad del reglamento del centro en el que nos desempeñamos como árbitros es que, para el caso de que una de las partes esté asesorada por un abogado, la otra tiene también que estarlo, es decir, en ese caso, se le impone el patrocinio a ambas, yo creo que se cura en salud el centro y hace bien, porque, como bien dijo Martín Marchesini, hay una carta fundamental que es el trato igual a las partes. Tenemos que cuidarnos de lo peor: de no cometer injusticias y, sobre todo, formales, porque, fíjense, una cosa es laudar en equidad y otra es dar un trato equitativo; tenemos que evitar el trato equitativo; el trato tiene que ser igualitario, hay diferencia entre igualdad y equidad. Es equitativo un árbitro, por ejemplo, cuando comete una

injusticia con uno y, en el segundo tiempo, comete una injusticia con la otra parte para compensar. Dos injusticias. Eso puede ser a la vista del árbitro de football y de otro tipo de árbitro algo equitativo, porque, al fin de cuentas, lo que le quité a uno también se lo quité al otro. Lo que hay que hacer es dar igual trato.

Muchas gracias.

*\* Abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires; árbitro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y del National Arbitration Forum en materia de nombres de dominio en Internet; autor de diversas publicaciones sobre arbitraje y mediación; profesor de Mediación y Arbitraje de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.*

---

## **De la mediación al arbitraje**

---

*Por la Dra. Ana María Bargiela\**

Quiero agradecer a la Defensoría por esta invitación y es un placer haber tenido el honor de compartir este panel con los prestigiosos expositores que me han precedido. Veo también muchas caras amigas, lo que, indudablemente, también me da gusto.

Para hablar de la mediación debemos empezar por ubicarnos en la década del 90 donde se hablaba de una crisis terminal de la Justicia, de una situación de colapso por la que atravesaba la misma debido a la cantidad de causas acumuladas que impedían dar una respuesta adecuada a los conflictos de la sociedad. Es una premisa indiscutible que la Justicia debe ser oportuna, debe llegar a tiempo, porque, si lo hace cuando la persona falleció o la empresa quebró, carece de sentido.

Evidentemente sin justicia la vida del hombre, del ciudadano común, está vacía de contenido. Para entender la demora judicial es útil observar las estadísticas de la Justicia para esa época; y así vemos que, en 1993 tramitaron 184 mil expedientes más que en 1992. En el fuero civil, cada juzgado tramitaba simultáneamente 3.500 causas; sólo se procesaba con resolución final el 10% de los casos; es decir que el congestionamiento llegaba al 90% y, dicho

de otra forma, esto significa que año tras año quedaba un 90% de insatisfechos.

Si observamos la situación en el fuero comercial, en el quinquenio 1990-1995 hubo un 388% de aumento de casos, de 20.263 casos, se pasó a 99 mil casos; se asignaron a cada juzgado 17 causas por día; es decir que cada juez, para estar al día con el despacho, tendría que estar dictando dos sentencias por hora. Estos números hablan por sí mismos de la imposibilidad de la Justicia de dar una respuesta adecuada a los conflictos de la sociedad.

Por su parte, hoy en día los justiciables, los legos, reclaman cada vez más una mayor participación en la solución de los conflictos, por lo que hoy asistimos a una noción transformadora y más participativa de la función de juzgar. Y es que la justicia no es algo que importa solamente a jueces y abogados, sino que atañe a la sociedad toda.

¿Qué entendemos por "justicia"? En un primer sentido podemos entenderla como virtud, como un valor absoluto y, en un segundo sentido, podemos entenderla como el modo de actuarla que es el Poder Judicial. Si pensamos en definiciones de justicia como valor absoluto, cada uno de nosotros puede tener en mente los conceptos que aprendiéramos de Ulpiano, de Justiniano, dar a cada uno lo suyo, lo suyo de cada cual, pero lo importante es saber qué quieren decir las personas cuando dicen "aquí no hay justicia" y es que básicamente aluden a una decisión injusta, aun muchas veces ganando judicialmente; a una decisión tardía y que, además, es impuesta por un tercero neutral que es el juez. No hay mejor justicia que la que las partes se dan a sí mismas.

A partir de esta crisis del sistema judicial, reconociendo el Estado oficialmente esta situación, es que en el año 1992 se dicta el decreto 1480, que declaró de interés nacional la mediación; además, recomendó la redacción de un anteproyecto de ley de mediación y esta ley se sancionó en octubre de 1995 y entró en vigor en abril de 1996. Los días previos de su entrada en vigor, las cámaras de los fueros Civil y Comercial se veían con largas filas para evitar pasar por esa cosa extraña que era la mediación, similar a lo que hemos visto con el corralito. Y en los días posteriores, en las cámaras, solamente se sorteaban 40 ó 50 expedientes como máximo por día. Los mediadores debimos trabajar con el discurso de apertura haciendo docencia de la mediación, no solamente con las partes sino con los propios

letrados de las partes, porque ellos eran en ese momento verdaderos detractores de la mediación.

Los mediadores iniciamos nuestro recorrido en la profesión con contenidos teóricos, sin una práctica que sustente y que ilumine esa teoría. Y con todos estos inconvenientes, es decir, el desconocimiento de los letrados y nuestra falta de práctica, el primer año de la puesta en práctica de la mediación significó que sobre el 100% de los casos sometidos al proceso, un 33% se solucionase en mediación; un 33% no obtuviese acuerdo y fuese a la Justicia y el 33 ó 34% restante no fuera a ningún sitio, tal vez porque se tratara de meras aventuras judiciales. Estos números muestran por sí mismos el éxito de la mediación en su primer año de entrada en vigencia; además, estas estadísticas son fiables porque en 1996 la única mediación que conocíamos era la de sorteo.

En 1998 se dicta el decreto que incorpora la lista de ocho mediadores y, a partir de ese momento, la asignación de mediador por sorteo en el año 2008 en el fuero civil fue menor al 10% de la de 1996. La población hoy accede a justicia a través de un método que sólo envía un 2,4% de ejecuciones de acuerdos por incumplimiento; o sea que hoy podemos decir que la mediación vive fuera del ámbito judicial.

En el año 2008 en el fuero civil se iniciaron 35,19% menos de causas que en 1995 y cabe destacar en este sentido que la población creció, el parque automotor creció y las crisis sociales exigieron un mayor acceso a justicia por parte de los justiciables. Se ha dicho reiteradamente que lo que importa en una sociedad no es la cantidad de conflictos que la misma exhiba, sino cómo son resueltos. Hay que cambiar la forma de resolver los conflictos. La RAC ha demostrado ser un verdadero filtro protector de la majestad de la Justicia a la que debe recurrirse como el último y no como el primer recurso disponible. En este sentido, el congreso de magistrados que se reunió en Salta en el año 2007, convocando a 600 magistrados de todo el país, aconsejó desarrollar soluciones alternativas para los juicios; la Dra. Highton sostuvo que las encuestas muestran que el 85% de la población tiene desconfianza en la Justicia y esto se relaciona con que hay un consenso absoluto en que existe una importante demora; "es nuestra tarea revertirla", dijo la magistrada. En dicho congreso se mencionaron los siguientes promedios de duración de los procesos: en civil-familia, 5,5 años; civil-patrimonial, 6,5 años;

comercial, 5,2 años y contencioso administrativo federal, por citar uno, 10,7 años. Pensando en mejorar esta situación, la Corte Suprema de Justicia dictó la acordada 37/07, por la que se creó la Comisión de Acceso a Justicia, cuya presidente es la Dra. Highton. Dicha comisión impulsa los métodos alternativos para disminuir la litigiosidad y mejorar el servicio de justicia en las distintas jurisdicciones de nuestro país.

A pesar de las recomendaciones efectuadas sobre los métodos alternativos, en agosto de 2009 el fuero comercial se declaró en grave emergencia porque no pueden dar respuestas por la falta de juzgados que exhibe y el exceso de causas que se incrementan con motivo de las crisis nacionales e internacionales. En los últimos once años, el incremento de causas ascendió al 711%. Tenemos que pensar que, en tanto los juzgados civiles, que históricamente eran 30 juzgados con 60 secretarías, y hoy son 110, en el fuero comercial, todavía siguen siendo 26 juzgados con 52 secretarías, como hace 36 años. Además, el fuero comercial tiene el agravante de que el gran caudal de causas que son los concursos y las quiebras y los títulos ejecutivos no pasa por mediación; es decir que tenemos un caudal de 16 mil causas anuales que ingresan y que no tienen cómo obtener una respuesta adecuada y oportuna en ese fuero.

Cabe preguntarse, entonces, qué temperamento puede adoptarse con el porcentaje de mediaciones en las que no se arribó a un acuerdo, antes de acceder a una solución judicial. La respuesta que surge es que, cuando una mediación va a cerrarse sin acuerdo, el mediador debería ofrecer a las partes someter su conflicto al arbitraje en todos aquellos casos en que se trate de derechos disponibles para las partes en los que se pueda transar y no esté comprometido el orden público; es decir que, cuando no sea posible para las partes llegar a un acuerdo sobre el fondo del asunto, puede existir un grado de entendimiento que les permita convenir el sometimiento del conflicto al arbitraje. Para eso el mediador -como ya se ha dicho previamente- deberá estar formado en arbitraje, pues deberá poder explicar a los abogados y a las partes los beneficios de someter el conflicto a arbitraje, en lugar de ir a un litigio que demoraría años en su solución con los riesgos y costas involucradas que ello significa.

No debe olvidarse que los abogados, en general, desconocen el arbitraje y tienen resistencia de pasar de un sistema conocido a

uno desconocido; piensan, en muchos casos, que un laudo tiene un estatus jurídico inferior a la sentencia judicial, por eso, la importancia de las explicaciones que el mediador pueda aportar a los letrados para que puedan optar y decidir por ese método. Es decir que, no siendo viable la autocomposición, se abren a las partes dos opciones: ir al Poder Judicial o ir al arbitraje con exclusión del Poder Judicial. ¿Cuáles serían las ventajas frente al juicio?, las que todos conocemos: celeridad, confidencialidad, especialización en el tema a decidir, economía de recursos humanos y materiales, menor enfrentamiento entre las partes, mayor participación de las partes en el proceso, e intermediación entre las partes y el árbitro, lo que, sin lugar a dudas, no existe en el ámbito de la Justicia.

Quedaría entonces la Justicia como reducto final para aquellos conflictos que no admitan soluciones consensuadas. Es por ello que aconsejar el arbitraje es un deber ético para los mediadores. En la ley 24573 no tenemos previstas normas de ética; sería aconsejable que la futura legislación sí los contemple. Podemos citar, a estos efectos, el Código de Ética anexo a la ley de mediación de la Provincia de Chaco que, en su artículo 15, establece que el mediador informará a las partes sobre otras formas de resolución alternativa de disputas, cuando ello sea aconsejable. Asimismo, el Código de Ética de la American Bar Association y de la American Arbitration Association también establecen como obligación del mediador recomendar a las partes otros métodos RAC cuando resulten pertinentes. Cabe destacar que el mediador también podría aconsejar a las partes distintas instituciones para derivar el arbitraje según el tipo de conflicto y, si lo hiciese en favor del servicio de esta Defensoría, tendría además el plus de la gratuidad.

Desde el punto de vista del honorario del mediador, se trataría de un acuerdo procesal en los términos del artículo 21 de la ley 24573, que en su parte pertinente dispone: "el mediador percibirá por su tarea desempeñada en la mediación una suma fija cuyo monto, condiciones y circunstancias se establecerán reglamentariamente; dicha suma será abonada por la o las partes conforme al acuerdo transaccional arribado". Este artículo, al mencionar el acuerdo transaccional no distingue entre acuerdos parciales o totales sobre el fondo del asunto o sobre la decisión procesal de las partes de

someter el conflicto a otro método RAC, por lo que el mediador tiene derecho a percibir el honorario que se ha devengado por su intervención en el proceso.

¿Puede el mediador actuar como árbitro en el mismo proceso? Esta reflexión se impone. Entendemos que no, porque el mediador ha sido depositario de la confidencialidad de las partes y resulta difícil comprender cómo haría para resolver en una decisión final y obligatoria quien ha conocido los pormenores del caso por las narrativas de las partes.

El Código de Ética del CEMARC, de la Cámara Argentina de Comercio, lo prohíbe expresamente y dice en su artículo 25 que el mediador está inhibido de ser designado árbitro, a menos que ambas partes así lo acuerden. Sería de desear, como ya se ha escuchado durante el día de hoy, que los contratos que suscriban las partes incluyan cláusulas med/arb o arb/med o cláusulas compromisorias, porque siempre es más fácil tener consenso en el disenso cuando no se ha producido el conflicto que cuando el mismo se exterioriza.

Como reflexión final, podemos decir que la mediación y el arbitraje como métodos alternativos de resolución de conflictos posibilitarán desjudicializar los conflictos y permitirán a los justiciables acceder a una solución justa y equitativa, eficiente y ágil, sin necesidad de llegar a la Justicia tradicional, la que será, entonces, el reducto final para aquellos conflictos que no admitan soluciones consensuadas. Muchas gracias.

*\* Abogada, escribana, mediadora, árbitro de los tribunales de consumo y del servicio de Conciliación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires; especialista en docencia universitaria en Ciencias Sociales y Empresariales; formadora de formadores en mediación; presidente de la Comisión de Mediación del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y directora de la Escuela de Resolución de Conflictos de ese colegio; tiene posgrados en Negociación y en Mediación y es autora de trabajos y ponencias en mediación y métodos alternativos de resolución de conflictos (RAC).*

## Rueda de preguntas

---

**Intervención del auditorio:** Al Dr. Binstein, a propósito del tema suyo, yo he encontrado alguna dificultad en dos oportunidades a propósito del problema de la reclamación civil; cuando estábamos de acuerdo en llegar, en la etapa laboral, a un acuerdo por un accidente de trabajo, me dijeron que no, que la cuestión civil ahí no se trataba; si vamos a someter a arbitraje, vamos a someterlo todo, ahí no, únicamente se trataba la parte laboral; por esa razón, en dos casos me ha tocado el fracaso de la solución arbitral. Si estamos para pleitear en otro fuero, no podemos arbitrar parcialmente, por eso yo le quería pedir su reflexión a esta inquietud.

**Dr. Binstein:** En realidad, el mecanismo del Ministerio de Trabajo -ámbito en el cual funciona la conciliación laboral- prevé que el mediador delegue en un árbitro la resolución del conflicto o el laudo, pero, en ese caso, el laudo prevé la totalidad, porque si no tendríamos que fraccionar, esto viene por añadidura; no me hago cargo de algún error que haya cometido la persona que le dijo que ahí se soluciona únicamente el tema laboral; cuando usted lo lleva a arbitraje está solucionando la totalidad.

Dejando de lado si se plantean problemas de orden público, porque en materia de accidentes de trabajo y de la Ley de Riesgos de Trabajo hay fallos de la Corte, es un tema realmente muy complejo que difícilmente se pueda solucionar en la etapa de conciliación; la estadística muestra que las conciliaciones en materia de accidentes de trabajo fracasan, pero fracasan no simplemente por la actitud del conciliador, fracasan muchas veces porque la compañía de seguros no quiere pagar; esto es un dato de la realidad, y porque cree que con la inflación, latente o explícita, es mejor pagar dentro de cuatro o cinco años, y porque, además, muchas veces el que representa a la compañía de seguros en esa instancia, gerente o no, dice "yo no sé lo que va a pasar dentro de cinco años, si voy a estar acá", o sea, el problema se lo tiro al que viene. Esta es una de las razones de por qué muchas veces fracasan en aquellas causas de patrimonialidad importante la mediación y el arbitraje: cuando el presunto deudor sospecha que va a ser condenado dentro de cuatro, cinco o seis años y la inflación corre a su favor, obviamente es un negocio financiero, ¿para qué voy a pagar ahora un crédito de cinco años, cuando es un crédito devaluado?

**Pregunta del auditorio:** Doctores Martín Marchesini y Bianchi: el problema de las cautelares. También hay una experiencia que nosotros hemos tenido en nuestro tribunal arbitral; a veces el pedir auxilio a la Justicia provoca irritación, yo no entiendo por qué razón los registros de la propiedad no admiten, aunque fuera provisoriamente el oficio para la traba de la medida cautelar hasta tanto la Justicia confirme la recusación, cuando hemos mandado oficios con sellos de agua; esta me parece que es una cuestión muy importante.

Y con relación al Dr. Bianchi, recuerdo a un autor que, cuando habla del juicio de los árbitros amigables componedores, habla de "juicio arbitral"; juicio arbitral que serviría muy especialmente en materia comercial y fue el antecedente de nuestro artículo 448 del Código que fue, para mi gusto, muy mal vaciado por la Justicia, precisamente por esa cuestión corporativa de la que hablaba el Dr. Binstein. Creo que dentro de esas cinco divisiones que tan bien explicó el Dr. Bianchi no debe apartarse el árbitro amigable componedor de algunos parámetros de justicia, sobre todo los que hacen a la desigualdad, a la defensa en juicio y alguna solución que tenga visos de equidad; y finalmente, doctora Bargiela, la felicito porque es una excelente idea: sin Justicia no tenemos República, así que todo, absolutamente todo lo que se haga para derivar en una Justicia que no presta el servicio -a pesar de que en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, el derecho humano fundamental es tener solución- no sirve; hay que buscar todos los métodos, a mí me parece excelente que, terminada la mediación, directamente hay que aconsejar y poner al tanto de lo que es una solución de arbitraje.

**Dr. Martín Marchesini:** En relación con la cautelar, ustedes tienen una riquísima experiencia en el tribunal de Mar del Plata; casualmente allí, la Cámara se ha definido, en un primer momento, no autorizando al árbitro a adoptar la cautelar; cuando después -debido a la doctrina que ha salido, incluso, Roque Caivano ha escrito mucho y muy bien al respecto- decidió, con otra integración de la Cámara, que reconociera la posibilidad de que el árbitro adoptara la medida cautelar. Con referencia a la traba de medida cautelar, que acepten los registros la traba, comparto totalmente su opinión; lamentablemente no tenemos una legislación arbitral todavía y, lamentablemente, le voy a decir también que en las reformas de la ley modelo UNCITRAL, en el

famoso artículo 17, creo que en el inciso 1, habla del conocimiento de la otra parte: ¿para qué nos sirve una cautelar si previamente debo dar traslado?, deja de ser medida cautelar. Cuando la ley dice de tomar los reglamentos o adoptar una legislación, en el caso de que se esté haciendo, de adaptarlo a las necesidades lógicas, en una forma idílica será muy lindo poner eso, que lo conozca la otra parte, pero si lo conoce la otra parte, tenemos que reconocer que no hay cautelar. Comparto totalmente su criterio, en los tribunales arbitrales se puede dictar la traba de la medida y también ordenar caución.

**Pregunta del auditorio:** Doctor, ¿es necesaria una ley o basta el reglamento del Registro de la Propiedad?, porque me parece que esto no da para una ley.

**Dr. Martín Marchesini:** Es adoptar en el reglamento a registrar la posibilidad; pensemos que la jurisdicción, como dije en un principio, está delegada, retomada y dada al árbitro, entonces, si tiene jurisdicción, por qué no adoptar, sobre todo donde no hay una problemática de orden público, es una traba de medida cautelar, nada más, no hay tampoco una disponibilidad que requiera el intento del juez; le pedimos nada más que una protección, ¿para qué están las medidas protectoras?; habría una protección que se estaría dando y por lo tanto, sería suficiente con que el tribunal arbitral lo justificara.

**Dr. Bianchi:** Con relación a la cautelar, yo enseñé Arbitraje en la Universidad Di Tella y siempre en los exámenes hago una pregunta en relación con eso, siempre las hago diferentes, porque si no, se copian la respuesta correcta del año anterior; y hace un par de meses que tomé el examen y también les metí esto, siempre dando un caso concreto: usted es abogado, teme que le distraigan fondos; el demandado, que usted sospecha que va a ser condenado o espera o está trabajando para que lo condene el tribunal arbitral y ¿qué hace? Se trataba de una embarcación, es decir, un bien registrable que tiene un registro, como si fuera la propiedad o marcas o patentes o cualquier cosa, algún derecho registrable. Lo que yo esperaba era que dijeran cómo se comportarían como abogados; todo el mundo pensaba que me tenía que contestar algo que me satisficiera a mí, Bianchi, que, como enseñé Arbitraje, tienen que quedar bien con el arbitraje; pero en realidad, como abogado, el principal deber que yo tengo es ante mi cliente, y yo lo que tengo que conseguir es la cautelar, sí o sí, y lo que tengo que hacer es

pedírsela al juez; porque no puedo esperar que el juez sea un loco por el arbitraje como somos los que estamos acá; tenemos que sospechar que nos puede tocar el peor de los casos, o sea, que no estén a favor y, en todo caso, ¿por qué se va a jugar el burócrata del Registro de la Propiedad o del Registro de Prefectura para embarcaciones, por qué se va a jugar por el arbitraje?, ¿por qué va a considerar que tienen derecho a la jurisdicción, aunque no tengan *imperium*?, por las dudas, el burócrata prefiere quedar bien con un juez, él también quiere jugarla segura, entonces, hasta que no cambie la ley y no sea necesaria una interpretación, yo, como abogado, voy al juez y le pido la cautelar, y tanto es así que en el arbitraje hay una norma que está en la ley modelo que cuando uno va y le pide la medida cautelar al juez, eso no quiere decir que uno esté desconociendo el acuerdo arbitral. Para eso está, entonces, uno va, se la pide al tribunal arbitral y le pide al tribunal arbitral que a su vez le pida al juez, mediante oficio de la 22172 -y ahí está la recomendación que hace Caivano, que en lo formal me parece excelente: utilizar directamente la vía de un tribunal a otro-; porque con respecto al arbitraje de equidad, el motivo por el que se suele recurrir a él es porque, en realidad, este es irrecurrible: el laudo en equidad suele ser irrecurrible en las legislaciones del tipo argentino; pero, en el arbitraje que se ofrece en este centro los dos laudos son irrecurribles, por lo tanto, no hay un motivo para elegir un laudo en equidad o el arbitraje de equidad o de amigables componedores, porque los dos son irrecurribles, el de derecho también lo es. Es decir, cuando uno elige realmente el arbitraje de equidad tiene que ver si es o no recurrible, porque si es irrecurrible el de derecho, a lo mejor me conviene directamente pedir el de derecho, o mejor dicho, no pedir el de equidad porque el otro ya es irrecurrible.

Y quería hacer un pequeño agregado, como se trató en forma indirecta el tema del colapso de las causas en el ámbito del Poder Judicial, yo siento el deber moral de recordar que es deber del Estado garantizar el servicio de justicia, de manera que, más allá del debate de privatización o no de justicia -porque creo que es un debate no saldado todavía-, más allá de las practidades y ventajas comparativas, la obligación del Estado es proveer de más y mejor calidad de justicia, porque es un servicio y se deben designar la cantidad de jueces necesarios para cuidar la paz de la República, porque, como usted bien dijo, doctor, sin Justicia es imposible creer en la existencia de la República.

**Pregunta del auditorio:** Para el Dr. Bianchi, usted habló de la posibilidad de actuar sin patrocinio letrado ante el tribunal arbitral de derecho en la Defensoría, ¿ha habido alguna experiencia y, en tal caso, cuál ha sido el resultado, cómo se ha manejado?

Dr. Bianchi: Creo que es una pregunta que debería contestar la doctora Goldcher.

**Dra. Goldcher:** Sí, hemos tenido varios casos en los que ninguna de las dos partes ha decidido concurrir con letrado y se han resuelto, ya sea con conciliación o con laudo; y hemos tenido casos en que una de las partes sí viene con patrocinio, entonces, sí, se le provee a la otra parte para que estén en igualdad de condiciones. Hemos tenido de todo tipo.

**Repregunta:** ¿Y cómo se manejan con el tema de la prueba?

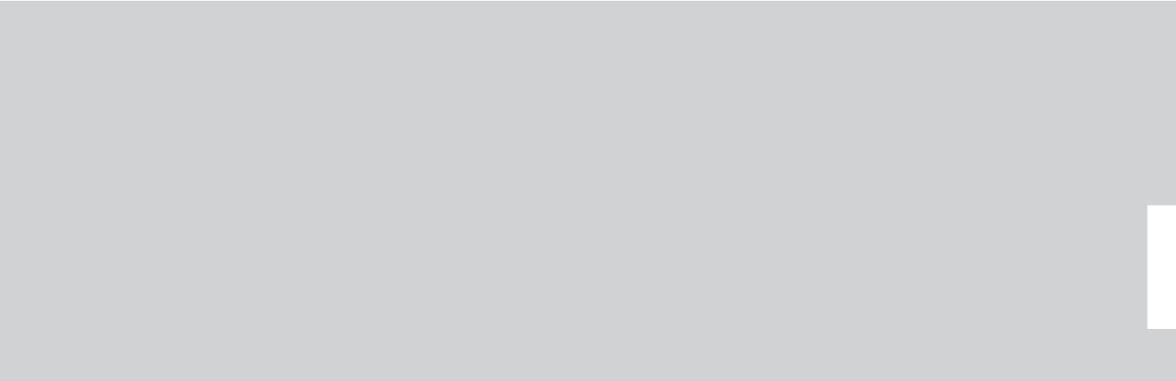
**Dra. Goldcher:** En general, son casos más sencillos, la mayoría de tipo consorciales donde generalmente no se produce prueba; pero, en caso de que se tenga que producir, el centro le brinda asistencia y orientación en cuanto a los medios de prueba que prevé el reglamento y cómo se va a producir la prueba.

**Dr. Bianchi:** Quería decir una sola cosa más con relación a eso, porque me hizo pensar la pregunta y es muy interesante; nosotros tenemos que, si por defecto el arbitraje de este centro es de un tribunal de tres y de derecho, en realidad, si es de derecho, es de Derecho vigente y uno de los principios del Derecho vigente en la Argentina es el derecho según el cual de los derechos se ocupa el tribunal. Además, pasa otra cosa, si uno se fija en el reglamento donde están los requisitos de la demanda arbitral, no está el equivalente al inciso 5 del 330 del Código Procesal Civil de la Nación; en general, los códigos procesales tienen un inciso en que uno de los requisitos de la demanda en derecho es que haya una fundamentación jurídica, sin repeticiones innecesarias o algo así por el estilo, brevemente, la fundamentación jurídica: "Fundo el derecho de mi parte en lo que dispone el artículo 1197, etcétera"; eso los jueces no lo leen normalmente. Yo no conozco ni un solo caso de excepción del efecto legal donde se haya rechazado por falta de fundamentación de derecho; ¿ustedes conocen un solo caso de rechazo de una demanda en tribunales porque no alegó derecho?, no, por supuesto que no. Los jueces nunca lo van a hacer, pueden decir que ellos no necesitan que nosotros, los abogados, les contemos el Derecho, el Derecho lo conocen ellos,

*jura curia nobis*; entonces, lo único que dice la parte es "mire, yo pagué y no me entregó la mercadería", ¿qué fundamentación en derecho?, después el árbitro o el juez van y resuelven. Eso es lo que quería decir, no es del todo imprescindible.

Y por otro lado, en cuanto al tema de la reserva del mercado como abogados, si quieren actuar en los arbitrajes, entonces, los colegios de abogados lo que podrían hacer, incluso a sus abogados noveles, es formarlos para que actúen en arbitraje; quizá sería conveniente que haya un servicio jurídico gratuito para asistir en arbitraje también y, de paso, nosotros como colegas aprendemos a desempeñarnos en arbitraje, que no es una cosa tan obvia.

---



## MESA III

**Papeles de Trabajo**

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

# mesa III



*Dra. María Gómez Alonso Díaz Cordero*

*Dr. Jorge Rojas*

*Moderadora: Dra. Nora Cattáneo*

## El arbitraje desde la perspectiva de los jueces

---

*Por la Dra. María Gómez Alonso Díaz Cordero\**

En primer lugar, quiero agradecer la invitación para poder participar y compartir con ustedes algunas reflexiones desde mi perspectiva de juez. El título es a lo mejor demasiado amplio, porque me atribuyo la perspectiva de otros jueces, de algunos jueces, pero, en rigor, es mi pensamiento.

Cuando nosotros hablamos de "justicia", podemos entenderla como la capacidad de vivir en paz; y cuando la vemos desde esta perspectiva, no vamos a pensar solamente en un suceso determinado, sino que vamos a trascender esta propia individualidad para convertirla en un cometido de toda la sociedad. Es decir, no debemos involucrar en este hacer la justicia sólo a los jueces, a los abogados, sino que tenemos una responsabilidad común todos los hombres de la sociedad, porque la paz dentro de la sociedad se va a lograr cuando exista justicia. Y es justicia cuando cada uno tiene lo que le corresponde, mientras esto no sea así, tenemos que luchar. Pero esta lucha en la búsqueda de la justicia tiene que ser un compromiso que tenemos que asumir en conjunto, porque individualmente podemos ser uno o dos o tres o cuatro que hagamos las cosas en determinado sentido, pero, si no nos comprometemos todos en esta búsqueda, nunca vamos a lograr el objetivo real que es la paz y la sensación de que la sociedad tiene la seguridad de que sus problemas van a ser resueltos. Por eso pienso que los objetivos de la Justicia son lograr esa paz y los efectos involucrados absolutamente.

Dijimos que el Derecho impregna toda la sociedad, impregna todas nuestras vidas y la impregna desde antes de nuestro nacimiento; ya desde el seno materno podemos tener derechos, y nos acompaña hasta después del cementerio, es decir, la sucesión o algunos conflictos que dejaremos a nuestros herederos nos van a seguir acompañando más allá, es muy generoso el Derecho porque nos acompaña más allá de la propia muerte; y esto surge del ordenamiento jurídico. ¿Qué es el ordenamiento jurídico?, cada vez que pienso en esto, recuerdo a un querido maestro, quien decía que el ordenamiento jurídico era una máquina en la cual cada uno de los engranajes representaba las leyes que han sido creadas para armar este modelo de sociedad que tenemos; y estas leyes son las que

regulan cada una de las situaciones que se presentan cotidianamente en nuestras vidas y tendría que funcionar armoniosamente; a veces, no pocas, vemos cómo ciertos resortes se escapan de la maquinaria cuando la maquinaria empieza a funcionar, porque tenemos muchas contradicciones en las leyes, muchas veces tenemos que emparcharlas y utilizar hasta "La gotita" para que esta maquinaria funcione un poco razonablemente.

Al respecto, la ley nos brinda la posibilidad de ser dueños de nuestra propia realidad, de nuestros propios derechos, por lo menos, en cuanto se trate de materias no excluidas por la propia ley, es decir, en aquellas materias que no pueden ser objeto de transacción, nuestra libertad es absoluta. Entonces, en ese quehacer de nuestra voluntad podemos generar la ley que nos va a regir para determinadas situaciones: la ley que crea el legislador y la ley que creamos nosotros mismos a través de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad. Y cuando se altera esta ley, se incumple esta ley, se viola la ley, ya sea la ley impuesta por el legislador o la ley acordada por nosotros mismos, allí nace el conflicto, y cuando nace el conflicto tenemos distintas posibilidades. La primera que aparece, aunque a los abogados no nos parezca real, es la autocomposición de la litis, porque si nosotros pensamos en la cantidad de relaciones que se anudan cada minuto dentro de la sociedad, vamos a ver que son muy pocos los conflictos que llegan al tribunal, aunque sean numéricamente relevantes; si somos tantos millones de habitantes, cada minuto, muchas veces, estamos generando distintas relaciones y, sin embargo, comparativamente, pocas llegan al tribunal. Entonces, lo normal es que, frente a un conflicto, frente al quebrantamiento de una ley, exista una autocomposición que puede ser espontánea, cuando nos arreglamos: yo lo choco al doctor, pero como el doctor es un caballero, me dice, "no importa, seguí tranquila, pago yo el farolito"; o provocada: la autocomposición es provocada cuando llamamos a mediación; alguien nos llama para que nos pongamos de acuerdo. No hay nada mejor en el mundo que la autocomposición de los conflictos. Yo empezaría el día 1 en la Facultad de Derecho tratando de marcarles a fuego a los abogados que lo mejor que pueden hacer es tratar de lograr la autocomposición o la composición del conflicto.

En mi larga experiencia en tribunales, porque yo nací allí, he visto que son muy pocos los casos en que las partes o los letrados de las partes se habían visto antes de la primera audiencia que se convoca.

Yo no estaba en las audiencias de 360, pero sí tenía las audiencias de prueba donde aplicaba la 360, porque tuve la suerte de ser discípula del Dr. Payá, que fue el autor de la ley 14237, que tenía el artículo 23, igualito al artículo 360 actual; entonces, cuando me nombraron juez, me persuadieron de que yo tenía que tomar estas audiencias, y no les cuento cómo las extraño, porque allí se puede acercar a las partes y lograr que los conflictos se solucionen.

Pero en la facultad, aunque hay un cuatrimestre en Derecho Procesal, en ese cuatrimestre, lo único que les enseñan es a litigar, nunca se llega al capítulo arbitraje, jamás, y si no, es una de esas bolillas que se cuelga.

La renuncia es otra posibilidad que tiene el sujeto que posee un derecho, la ley se ha quebrantado, tiene un perjuicio, quiere que lo reparen, pero renuncia porque le conviene más renunciar que recurrir a un amigo abogado al cual le va a deber un favor o contratar un abogado, que va a ser mucho peor, porque le va a cobrar y le va a cobrar bien. Y esta renuncia de derechos también puede hacerse hasta el límite de que no afecte el orden público. Hay derechos renunciables, si yo quiero renunciar a la patria potestad no puedo, porque hay derechos irrenunciables; pero cuando se trata de materias renunciables, no hay ningún problema en renunciar total o parcialmente a los derechos. Muchas veces, y esto se da mucho entre comerciantes, es mejor renunciar al conflicto de hoy, al derecho de hoy, porque vamos a seguir relacionados con el otro y seguramente en los otros contratos vamos a sacar la ventaja que hemos perdido en este. Si entramos en el litigio, que es la última oportunidad, ahí ya va a ser más difícil recomponer la situación y a lo mejor cambiamos de proveedor y esto nos resulta un perjuicio.

Yo mantengo mi ilusión como si fuese el primer día. Tenía 17 años, conocí el palacio una tarde por casualidad y, cuando vi la balanza de la Justicia, dije "yo quiero estar acá, yo quiero trabajar aquí". Se me dio la oportunidad, fui nombrada muy pronto meritoria y comencé mi carrera, claro, nunca trabajé en el palacio, siempre trabajé en un edificio que en ese entonces era horrible y que ahora está muy lindo, que es donde está la Cámara Comercial.

Pero, nacido el litigio, no hay solución, la mayor parte de las veces, porque no hay comunicación; así como no hay comunicación en la familia, tampoco hay entre los abogados, o hay abogados que

perciben un emolumento mensual y por lo tanto, les encanta el conflicto y que dure mucho, cuanto peor es el juzgado, más contentos están.

Cuando se presenta el conflicto y ya hicimos todo lo posible, va a ir al conflicto judicial aquel a quien no se le ocurra otra idea, es decir, quien no conoce lo que son los medios alternativos o a quien no le convienen estos medios alternativos.

Con respecto a estos litigios, creo que es muy importante tener en cuenta que todos estos medios alternativos o, en muchos casos, tenemos que distinguir cuando se trata de pequeñas causas y de grandes causas. Las grandes causas siempre van a tener una respuesta en el momento en que lo quieran las partes, porque siempre va a haber un abogado que los atienda y un juez que lo resuelva o un árbitro que lo resuelva. El problema se presenta para las pequeñas causas y los métodos alternativos son los que le dan la solución a las pequeñas causas que no tienen un cauce adecuado en la Justicia estatal. Cuando desaparece la Justicia de menor cuantía, que era un procedimiento verbal y actuado, desaparece también el acceso a la Justicia para numerosas causas; entonces, el trabajo que está haciendo la Defensoría del Pueblo a través de estos tribunales de consumidores y tribunales para resolver pequeñas causas, sin perjuicio de que puedan venir todo tipo de causas, es un fin social que tiende al bien común, porque toda esa gente que quedaba sin satisfacción ahora tiene un lugar donde recurrir y no deberle nada a nadie. La Ciudad protege esos aspectos y entonces no queda esa sensación de indefensión en un sector muy amplio de la sociedad que no tiene adónde recurrir.

Cuando recurrimos a los medios alternativos o cuando la ley autoriza a los medios alternativos, no significa que el Estado esté relegando la defensa que le es propia y que ha asumido para resolver los conflictos, sino que está permitiendo la coexistencia de dos regímenes. El Poder Judicial, por supuesto, es un sistema autosuficiente, pero los medios alternativos van a ser trabajos de cooperación porque el tribunal arbitral carece de autonomía en el sentido de que no tiene la fuerza para hacer cumplir sus propias decisiones.

La jurisdicción estatal tiene como función, según Lascano, dirimir los conflictos: el Estado como tercero imparcial dirime los conflictos existentes entre los particulares aplicando la ley al caso

concreto, es decir, ejerce una función que comprende deberes y obligaciones; los jueces estamos facultados a dirimir el conflicto, pero estamos obligados a hacerlo, no nos podemos negar a solucionar un conflicto, ni porque exista oscuridad de la ley, ni por ninguna otra razón. Ahora bien, no es suficiente que el Estado establezca y mantenga los órganos que llevan a cabo la función judicial, sino que es necesario que el sistema que proporcione sea capaz de brindar la solución justa y en el momento oportuno, cosa que en esta realidad que estamos viviendo -no hoy sino desde hace bastantes años- es casi utópico. El fuero comercial, en especial, está en colapso, necesitamos de la ayuda, necesitamos de la colaboración de estos medios alternativos. Lamentablemente la mediación en nuestro fuero no ha dado el resultado esperado, porque ha incidido en un 4%, cosa que es totalmente nimia respecto del volumen de causas; entonces, este estado de colapso frente al número de pleitos que existen genera un producto lento, la lentitud que conspira contra el valor Justicia, contra la paz de la que venimos hablando.

Desde 1973 somos el mismo número de jueces y empleados, cuando la situación económica ha variado sustancialmente.

La legislación es inadecuada, porque el Código Procesal se aplica -y no hablemos de la antigüedad del Código que es prácticamente una copia de la ley de las partidas- tanto a los procesos complejos como a los procesos de cuarenta pesos; la señora que compró cremas a domicilio y no las pagó. Esto es insólito, porque los costos que generan estas situaciones, tanto el costo para la administración de justicia que tiene que soportarlos, como para los que deben esperar o se tienen que conformar con una calidad menor de sentencias o de soluciones porque no es posible abarcar todo.

Esta falta de legislación, esta falta de presupuesto adecuado porque somos muy pocos, genera descrédito y el descrédito también genera injusticia y no para nosotros, para los jueces, sino para la sociedad, porque la sociedad necesita instituciones fuertes en las que confiar y acá nos estamos olvidando de esto, porque detrás de toda carátula no hay un caso, sino que hay una persona o muchas personas; cuando nosotros decretamos una quiebra estamos involucrando la vida de demasiados sujetos.

¿Por qué no funcionó la mediación obligatoria en nuestro Derecho Comercial o en nuestro fuero comercial?, creo que por la forma en

que se dio, porque funciona la mediación privada donde le ponen una garra determinada; creo que tiene que ver también el aspecto económico, que está demasiado tasado el monto de regulación de honorarios, y porque, en un primer momento, los mediadores pueden tener su domicilio en cualquier lugar de la Ciudad. Ningún abogado de renombre o que tiene mucho trabajo, se va a perder una tarde para ir a una audiencia de mediación cerca de la General Paz, manda a un *junior* que no tiene facultades y esto hace que la mediación fracase en ese mismo momento. Si ustedes ven las planillas de mediación, se cierran a pedido de las partes. No hablaron nunca, porque el mediador normalmente dice "¿se pusieron de acuerdo en algo?, ¿no?, ah, bueno, firmamos y a otra cosa". Esto no quita que después esta mediación se pueda intentar durante el desarrollo del proceso, pero sería realmente importante que esta mediación se tomara con un sentido distinto, que no se tomara como una salida laboral sino como algo vocacional para tratar de solucionar los conflictos, y no simplemente para cumplir con esta ley de mediación obligatoria previa en Capital y después salir adelante.

En cuanto a las ventajas del arbitraje, podemos analizarlas respecto del contenido fáctico y jurídico del instituto; el contenido fáctico porque, no sólo pueden elegir el texto -que esto es idéntico a la demanda- sino que pueden elegir la sede del tribunal, el nombre del árbitro, la legislación aplicable. En este sentido, el art. 1137 nos dice que nosotros, frente a la inexistencia de un contrato típico, podemos celebrar los contratos con quien tengamos ganas y darles el contenido que nos parezca y todo va a estar amparado por la ley.

Otro de los temas importantes es la celeridad. La celeridad del arbitraje es incomparable con el tema judicial; también la confidencialidad: las audiencias son privadas, no son públicas, y sólo cuando las partes lo permiten esto puede ser modificado, volvemos a la autonomía de la voluntad; la especialidad, no siempre los jueces tenemos la especialidad en la materia específica de la que se trata ese puntito específico. En la Cámara Comercial no hay siquiera un profesional de Ciencias Económicas que nos asista en los momentos de necesidad, que colabore en alguna medida, salvo los peritos, pero con los peritos es distinto; la inmediatez permanente y que tendría que ser también permanente en el proceso judicial, pero que no se puede dar por escasez de tiempo, que es lo que más extraño yo de la primera

instancia, volvería para poder tomar audiencias y resolver allí, delante de la gente, lo que corresponda; los costos que son mucho menores, máxime cuando los honorarios pueden ser pactados, incluso, y no se aplica la ley de aranceles, sino que, análogicamente, la mayoría de los tribunales arbitrales aplican las pautas de la CCI, que son bastante más acotadas.

¿Cuáles son los obstáculos?, la falta de legislación y la falta de formación adecuadas; la ignorancia sobre el sistema y las posibilidades que da este método alternativo son los secretos para que esto no avance en la medida en que debería avanzar. Un tribunal tan prestigioso como la Bolsa de Comercio de Buenos Aires tendría que estar creando salas, sin embargo, están muy sobrecargado de tareas, no hablemos de números porque no tienen incidencia: tienen 60 expedientes en trámite, mientras cada juzgado comercial tiene 12 mil; esto es porque los operadores del Derecho no están convencidos de que sea una buena solución, cuando es fantástica.

En cuanto a la vinculación del Poder Judicial, este es un tema que es nada más que de comprensión. A los jueces nos cuesta mucho esto de la autonomía de la voluntad que tiene que ser soberana. El principio de autonomía de la cláusula arbitral debe ser respetado a rajatabla. El principio de autonomía de la cláusula arbitral significa que las partes han decidido resolver sus contiendas, lo han hecho libremente y han resignado su posibilidad de ir ante la Justicia judicial y han decidido ir a los árbitros; por eso es que tenemos que ver la cláusula arbitral dentro del contrato como dos contratos separados; es decir, por un lado, la cláusula constituye un contrato por el cual yo renuncio a la Justicia estatal y convengo o no convengo el contenido de la actividad arbitral; y por el otro, el contrato incluso puede ser atacado de nulo. Es por esta razón, por esta coexistencia de dos contratos en un mismo papel, en un mismo instrumento, que podemos decir que, aunque se ataque la nulidad del contrato, la cláusula es válida. Entonces, ningún juez puede decir si es válida o no es válida, primero lo tiene que decidir el tribunal arbitral. Lo mismo ocurre con la competencia. El principio de Kompetenz-Kompetenz es una manifestación de la autonomía de la voluntad; elegida la vía arbitral, el juez arbitral es el competente para determinar su propia competencia, después habrá una posibilidad muy eventual y remota de la nulidad, pero

queda para otro momento, es decir, para cuando ya está dictado el laudo. Acá es complementación sin interferir, la actividad del tribunal tiene que completar la del tribunal arbitral cuanto le haga falta, porque, al carecer del uso de la fuerza, el tribunal arbitral va a tener que recurrir a la ayuda del tribunal judicial cuando no se cumplan las decisiones que él imparte. Y acá podemos distinguir dos aspectos: uno que es el uso de la fuerza para todo lo que sea de trámite o previo al laudo, y otro, el uso de la fuerza para el cumplimiento del laudo. La *coertio*, que es el uso de la fuerza para todo aquello que nos conduzca a la sentencia o al laudo, y el *imperium*, que es la ejecución del laudo en sí, el cumplimiento, ya sea nacional o extranjero.

Veamos ahora qué pasa con el cumplimiento de las medidas cautelares. Las medidas cautelares pueden ser dictadas por el tribunal o por el tribunal arbitral, no importa quién las dicte, si las dictó el juez judicial, obviamente él va a usar la fuerza si no las pueden cumplir, y si las dictó el tribunal arbitral y no quieren cumplirlas y hay resistencia, ahí aparece la ayuda del juez del Estado, lo mismo que en la producción de las pruebas. No pueden ir a buscar al testigo por la fuerza pública, pero sí pueden recurrir al juez que hubiera correspondido hipotéticamente, al juez competente, para que haga buscar al testigo.

El control judicial tiene que ser siempre posterior al laudo y por la vía del recurso de nulidad o por la vía de la acción de nulidad, según corresponda, porque sabemos que la acción de nulidad está reservada a los juicios de amigables compondores o a las pericias arbitrales, mientras que el recurso de nulidad que va directamente a la Cámara está reservado para laudos de derecho. Si nosotros asimiláramos estos breves conceptos que les he vertido, no habría ningún conflicto, ninguna tensión entre el Poder Judicial y los tribunales arbitrales. Muchas veces se ha dicho que los jueces creen que se les está restando poder; de ninguna manera, creo que es simplemente un problema de inadecuada interpretación; nos cuesta interpretar o nos cuesta no introducirnos dentro de la autonomía de la voluntad porque estamos muy acostumbrados a interpretar los contratos que se nos presentan todos los días y nos olvidamos de que los contratos arbitrales no pueden ser interpretados por los jueces si antes no fueron interpretados por los propios árbitros, que son los jueces elegidos para resolver el problema.

De este modo dejo expresado así, brevemente, mi pensamiento y sólo les quiero decir que, si fortalecemos las instituciones, vamos a ayudar a la paz y al bien común. Muchas gracias.

*\* En 1968 ingresó en el Poder Judicial de la Nación y el 30 de noviembre de 1988 fue designada como juez de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial e integra la sala B; es profesora titular ordinaria en Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica Argentina y del master de Derecho Empresario de la Universidad Austral, posgrados en Derecho en alta tecnología, Universidad Católica Argentina y en la Universidad del Salvador, también en la Universidad Notarial Argentina; publicó varios libros, dicta múltiples conferencias y participó de varios proyectos legislativos.*

---

## **Las medidas cautelares en el arbitraje**

---

*Por el Dr. Jorge A. Rojas\**

Muchas gracias, les agradezco a los organizadores esta invitación que me han cursado, vengo de la órbita del Derecho Procesal y tenemos alguna visión particular sobre alguno de estos temas porque, puntualmente, las medidas cautelares son un instituto esencialmente procesal y el arbitraje, pese a que sé que hay algunas divergencias en doctrina, es un proceso y está regulado actualmente en el Código Procesal; como bien decía la doctora recién, esa parte del Código que está al final y que nosotros nunca podemos dar porque tenemos cuatro meses para dar la materia, entonces yo me tengo que preguntar si a los alumnos les enseño medidas cautelares o les enseño arbitraje; o les enseño recurso de apelación o les enseño arbitraje; o les enseño juicio ejecutivo o les enseño arbitraje. Me queda poco para elegir, porque las opciones son muy terminantes y esto tiene que ver con la referencia que históricamente hacía la doctora Díaz Cordero, cuando rememoraba la vieja ley 14253. Yo tuve el honor de conocer al Dr. Payá cuando estaba recién recibido, me contó algunas anécdotas, porque era un tipo muy macanudo. Fíjense lo que está sucediendo

a nivel negociación y a nivel negociación intra-procesal. Esa ley es del año 1953; a través de esa ley se instauró por primera vez en Argentina, según la doctrina tradicional clásica procesal, la audiencia preliminar. Hay autores que encuentran algunas reminiscencias de la audiencia preliminar en la vieja ley 50, sobre todo cuando se pedía que los testigos aclararan las partes sobre que iban a declarar. Pero en 1953 se reguló la audiencia preliminar, ustedes saben la importancia que tiene, porque es una negociación dentro del proceso, pero en 1955 se dejó sin efecto porque jueces y abogados, cuenta la historia, se habían puesto de acuerdo en que el sistema excedía sus posibilidades y que, como no lo sabían manejar, era conveniente la no utilización. Fíjense la importancia de la experiencia que vivió la doctora cuando ella dice que se formó con el Dr. Payá y que él le enseñó la importancia que tenía la audiencia y ella tomaba la audiencia; y la importancia que tenía tomar la audiencia era depurar el proceso, porque yo el proceso lo metía por dentro de un embudo y lo limpiaba de todas esas impurezas que no hacen a la esencia de lo que nosotros estamos buscando a través del proceso; y si todos acá somos colegas, porque todos ejercemos la profesión, saben que hay mucho de cierto en esto; muchas veces se ofrece prueba por las dudas; muchas veces se plantean cuestiones que yo, en la facultad, los denomino "hechos basura" para enseñarles a los chicos, cuando se hace una demanda, qué hechos son los conducentes y cuáles son hechos basura, porque son intrascendentes y eso trae como consecuencia la producción de prueba que resulta estéril para el proceso. Esto, nosotros, los argentinos, hace más de 50 años que no sabemos cómo lo tenemos que manejar, porque en la 17454, que es el Código Procesal que todos ustedes conocen, no se incluyó la audiencia preliminar, pero se le incluyeron facultades a los jueces para que tomen la audiencia preliminar; pero los jueces tienen que estar formados para eso. Ahí reside la importancia que tiene la regulación de la ley por un lado y la preparación del operador jurídico, por otro. La importancia está en que, aun no estando regulada específicamente, era posible tomarla la audiencia. Sin embargo, la 22434 introdujo una especie de injerto, que fue el artículo 125 bis; como era potestativa la facultad para los jueces, los jueces no tomaban la audiencia preliminar. Abortó la reforma. Después se incluyó en la 24573, llamada pomposamente Ley de

Mediación y Conciliación, parece como que el legislador no tenía bien en claro qué cosa era la mediación y qué cosa era la conciliación, las trató igual; entonces se reguló el 360 y específicamente se previó la audiencia preliminar. Y fracasó. Fracasó porque los jueces decían que no tenían tiempo para tomar la audiencia. Yo me tomé el trabajo de citar en un librito que hicimos con el amigo Juan Pedro Colerio cuando salió la ley, que se llamaba *Mediación y Audiencia Preliminar*. Un juez federal dijo en una resolución que él no iba a tomar la audiencia preliminar porque no tenía tiempo, tenía tanto trabajo que diferir tomar la audiencia a dos o tres meses de la fecha en que tenía que tomar esa decisión implicaba tener el juicio parado y en ese ínterin él prefería producir prueba. Esa es la visión tradicional que no permite descubrir las bondades de un instituto que puede ser útil a los fines de agilizar el proceso.

Pero esto no termina acá, porque después la modificaron en la 25488 y actualmente, me comentaba una amiga con la que me encontré en la Cámara Federal, charlando sobre este tema, que en el fuero federal y comercial directamente nadie toma la audiencia preliminar. Me parece que los argentinos, más allá de que este es un país anómico, ya lo sabemos, somos muy especiales, tenemos una filosofía de vida muy particular, estamos en general siempre demandando la posibilidad de que se genere algún cambio; pero el cambio tiene que empezar por cada uno, y para poder empezar por cada uno primero hay que preparar al operador jurídico para saber adónde apuntamos con el cambio. A mí me pidieron que comentara el otro día la nueva Ley de Arbitraje de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires; y entonces, cuando la leí me encontré con que, como el legislador no está ducho en el tema, no está preparado para manejar el arbitraje, evidentemente hizo una ley que dijo que era una ley marco, que me parece que es una *mélange* que puede terminar en cualquier cosa. Entonces en la Ciudad de Buenos Aires tenemos el arbitraje de consumo de la Ley de Defensa del Consumidor; el arbitraje para el usuario y el consumidor, la ley 757, que fue modificada por dos leyes posteriores; y ahora tenemos la 2963, otra ley de arbitraje, es decir, los legisladores, ¿van a seguir sacando leyes de arbitraje?, me lo pregunto porque me gustaría saber si todos estamos preparados para manejar la ley de arbitraje, porque me parece que lo que tenemos que empezar a hacer son cursos de arbitraje para

empezar a enseñar negociación desde chiquitos. Y la negociación puede ser extra procesal, puede ser intra procesal también y se puede negociar sobre el asunto de fondo, pero también se puede negociar sobre el proceso, porque podemos negociar sobre las formas del proceso. Hay un articulito en el reglamento del tribunal de arbitraje de la Bolsa que yo se lo menciono permanentemente a los colegas, les digo que se pueden poner de acuerdo con el colega en virtud de lo que dice el artículo 87 del reglamento, porque prevé la posibilidad de que las partes aligeren las formas, supriman trámites; muchas veces no quieren alegar *in voce*, entonces digo que se pongan de acuerdo y, si quieren alegar por escrito, aleguen por escrito, porque cuesta trabajo generar el cambio, porque el cambio en sí mismo genera resistencia. Y esto es lo primero que tenemos que asumir para ver cómo empezamos a generar el cambio; vamos a seguir dictando leyes, más leyes, más leyes, más leyes y todo el mundo se preocupa porque exista una ley de arbitraje, y yo me pregunto para qué una ley de arbitraje, lo que hace falta es modificar el Código Procesal *aggiornándolo* al día de hoy; si además no lo usamos, y cuando usamos el arbitraje usamos el institucional, y el institucional tiene su propio reglamento, ¿para qué necesitamos una ley? Y entonces me pregunto si el reglamento de la Bolsa de Comercio, de la CCI, de la LCIA, de la triple A, en fin, sirven a los fines que nosotros pretendemos. Estamos preocupados por ver cómo legislamos en materia arbitral. Y yo no digo que no, lo que tenemos se puede mejorar, es de la década del 60 y estaba influenciado por la doctrina italiana de la década del 40. Y ese es el tema del que me toca hablar a mí: de las medidas cautelares; por eso traté de hablar primero del arbitraje, para ver la importancia que tiene el arbitraje dentro de nuestro ámbito para ver cómo lo manejamos. Porque las medidas cautelares son un instituto esencialmente procesal, y a mí me parece que existe una especie de confusión en su utilización. Generalmente se está buscando a ver si existen facultades o no del tribunal arbitral para poder dictar la medida cautelar de la que se trata, porque si no tiene facultades, en fin, ustedes ya saben cómo funciona esto, la doctora lo reconoció.

Las medidas cautelares que nosotros habitualmente manejamos las identificamos como aquellas medidas a través de las cuales propendemos a asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia. Palabras más, palabras menos, casi todos deben pensar lo mismo.

Yo no digo que esté mal, digo que nos estamos perdiendo una parte de la película, porque las medidas cautelares no son eso, las medidas cautelares son mucho más que eso; por eso la otra vez hice un trabajo que lo denominé "sistemas cautelares", porque si nos quedamos con las medidas cautelares tradicionales nos perdemos de vista todas las otras formas a través de las cuales la ley actúa en el proceso con carácter asegurativo, que no son medidas cautelares porque tienen otro régimen, de ahí la importancia de identificarlo como "sistemas", porque habitualmente se identifica al cautelar como un proceso, y ese es un error que traemos históricamente. Yo lo denomino a eso "presupuesto jurídico subyacente"; es algo que tenemos incorporado y que no lo revisamos y lo damos por válido, lo damos por cierto, pero Carnelutti traía esa clasificación -estoy hablando de principios del siglo pasado- y hablaba de los procesos de conocimiento, los procesos de ejecución y los procesos cautelares. Pero él explicaba después que los procesos cautelares en sí mismos no constituían un verdadero proceso porque carecían de autonomía, porque eran accesorios, porque tenían carácter instrumental y porque, en definitiva, reportaban a un proceso principal que era el que le daba vida. Entonces, a través del dictado de una medida cautelar la decisión del juez no hace cosa juzgada. A través del dictado de una medida cautelar, generalmente, en el trámite no participa la otra parte, yo no le aviso a la otra parte que le voy a trabar un embargo y le toco timbre en la casa. Tramitan *inaudita parte*, entonces, cuando nosotros hablamos de las medidas cautelares, me parece que el marco dentro del cual debemos involucrarlo es este marco que denomino "sistemas", porque los sistemas son las formas metódicas a través de las cuales los principios que hacen a la existencia del debido proceso legal cobran vida dentro de un ordenamiento procesal cualquiera. Esto lo enseñaba Clemente Díaz ya en la década del 40; y estos sistemas cautelares me permiten determinar -saliendo del marco tradicional de las medidas cautelares- todas las formas a través de las cuales la ley actúa en el proceso con su carácter asegurativo, e incluir dentro de ellas algunos nuevos fenómenos que se dan en la realidad procesal y que se discute si se trata de medidas cautelares, si se trata de tutela anticipada, si se trata de medida autosatisfactiva, si se trata de cautela material, hasta que, por ejemplo, existió el fallo de un juez de primera instancia que

dice que todo el mundo llama a estos fenómenos de cualquier manera y entonces, el pobre, no sabía qué tenía que resolver. Claro, cuando le tocó resolver, resolvió mal, porque resolvió una cautelar autosatisfactiva y el mentor de la autosatisfactiva, que es Jorge Peirano, le dice que, precisamente, no es una cautelar, más allá de que yo haya dicho que raya la inconstitucionalidad, esto es otro tema, pero no es una cautelar, está dicho por el propio creador de la figura. Precisamente porque la importancia de todos estos nuevos fenómenos se nos puede ir de las manos y podemos no percibir cuál es el valor que realmente tiene el sistema cautelar dentro de un proceso, sea judicial o sea arbitral, porque a lo que se apunta con la actuación cautelar, es decir, con la actuación asegurativa, lo enseñaba Calamandrei en 1936, es a mantener un determinado *status quo*, y decía el ilustre jurista florentino: "mantener un *status quo* significa mantenerlo o eventualmente alterarlo", porque lo que hay que tener en cuenta es el origen del perjuicio que se trata de evitar; entonces, si el daño o el perjuicio es inminente o hay un peligro en ciernes, en su máxima expresión, ya no hablamos del simple peligro de la demora, sino que hablamos de un agravio de carácter irreparable o de muy dificultosa reparación; nosotros no podemos esperar todo el desarrollo de lo que Calamandrei denominaba "ordinario iter procesal", precisamente por el tiempo que consume el proceso, porque el proceso naturalmente es consumidor de tiempo, y entonces lo que le tenemos que brindar a la jurisdicción arbitral o judicial son herramientas adecuadas para que pueda actuar manteniendo a ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción. Este es el sentido de las medidas que ustedes acostumbran a denominar "cautelares" y que yo llamo "sistemas cautelares". Porque lo que se pretende no es solamente resguardar algún bien para que el deudor no lo disponga y así asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia, que se trataría de una medida precautoria típica, sino que en algunos casos existen sistemas cautelares en materia probatoria, por ejemplo, nosotros lo tenemos en el Código Procesal con la prueba anticipada; pero también están previstos en los reglamentos arbitrales estos sistemas anticipados de prueba. Fíjense, la ley modelo de UNCITRAL señala la facultad del tribunal arbitral para tomar medidas cautelares, artículo 17; y en el acápite d) del segundo inciso, dice: "para que se preserven elementos de prueba que

podieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia". Esta es una actuación asegurativa de la ley, y lo que se pretende con esto no es asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia, sino resguardar que ambas partes estén en igualdad de condiciones ante la jurisdicción, porque hoy el derecho a la jurisdicción a nivel mundial es un derecho humano esencial, y como derecho humano esencial que es lo que hay que permitirle a las partes es no solamente acceder a la jurisdicción, por poder acceder, por ejemplo, a un tribunal arbitral, sino que el tribunal pueda emitir un pronunciamiento que dirima el conflicto que fue objeto de ese arbitraje. Hoy vemos todavía que muchas veces confunden, sobre todo a nivel judicial, el objeto de una petición cautelar con la pretensión sustancial. Son dos cosas distintas. La pretensión es la declaración de voluntad del justiciable dirigida a la jurisdicción, pero en contra de la persona que la emitió para resolver un conflicto y para que se le reconozca el derecho que él invocó respecto del objeto de una petición cautelar, a través de la cual se pretende asegurar un determinado *status quo*; precisamente esto también está contemplado, por ejemplo, en la ley de UNCITRAL, por ejemplo lo contempla el reglamento de arbitraje de la Corte Internacional de Londres.

Entonces, la importancia de distinguir estos sistemas es que además hay otros sistemas cautelares, es decir, hay otras formas a través de las cuales la ley actúa con carácter asegurativo en el proceso, por ejemplo, los sistemas garantizadores que consisten en brindar una contra-cautela cuando obtengo la cautela; esto lo definía Calamandrei en 1936. Tal vez algunos de ustedes ni registran que esto puede funcionar como un sistema, porque las formas que se observan para la obtención de esto son distintas. Por ejemplo, otro sistema garantizador lo encontramos en algunos casos en donde el tribunal arbitral pide una fianza para resguardar los derechos que se demandan o eventualmente, que se reconviene y esto está previsto, por ejemplo, en el reglamento de UNCITRAL, en el de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y en nuestro país también está previsto; fíjense que ustedes pueden ejecutar una sentencia de primera instancia aún estando apelada; el 509 del Código Procesal nos brinda la posibilidad de transformar el efecto de la apelación de suspensivo en devolutivo dando fianza; y el procedimiento que se observa para eso es totalmente distinto del de una medida cautelar tradicional porque intervienen las

partes, hay otro tipo de sustanciación. Lo mismo sucede con la ejecución de una sentencia cuando se trata de un proceso ejecutivo y el ejecutado, para poder iniciar el proceso de conocimiento posterior, tiene que cumplir con las condenaciones del ejecutivo; y para cumplir con las condenaciones del ejecutivo puede decir "ah, mi acreedor ahora se lleva el dinero y yo me quedo sin proceso porque no tiene nada este hombre". Puedo pedir fianza, garantía suficiente, es un sistema garantizador. Fíjense que en todos los casos la ley actúa de un modo similar: pretende asegurar prueba, asegurar derechos o eventualmente, asegurar bienes.

Hay una última variante de la cual hacía mención Calamandrei en el siglo pasado, que es lo que nosotros llamamos "tutela anticipada", donde la jurisdicción anticipa en todo o en parte aquello que tiene que ser objeto de la decisión del mérito; pero atención, la resolución que adopta la jurisdicción en este caso es una resolución que tiene carácter provisorio y esta es la confusión que a veces existe cuando nos encontramos con algunos jueces que dicen que no le pueden hacer lugar a la medida cautelar que se les solicita porque el objeto de la medida cautelar se confunde con su pretensión sustancial. Entonces, hay que analizar lo que resolvió la Corte en Camacho Acosta para ver cuáles son los requisitos que son los presupuestos de permisibilidad de las cautelares que tenemos reunidos en nuestro caso, porque la Corte no pidió, como decía el recordado maestro Lino Palacio, que le agreguemos una cuarta rueda a un triciclo, no pidió que exista indefectiblemente un gravamen irreparable: dijo que los jueces debían ser mucho más cuidadosos cuando concedían una cautelar de estas características porque se proyectaban los efectos de la decisión cautelar sobre la sentencia de mérito. Es exactamente al revés de lo que en algunos casos se sostiene, no es que se adelanta la sentencia. Yo tengo algunos colegas que hablan de sentencia anticipada, y cuando les explico esto me dicen que es lo mismo, pero no es lo mismo porque en los hechos de la realidad, claro que se puede subsumir la realidad a lo que nosotros pretendemos, esto es cierto, pero el proceso tiene otro camino, y el proceso no está hecho para la comodidad de los jueces para que lo terminen rápido, está para resguardar los derechos de ambas partes, y ambas partes son no sólo el actor sino también el demandado. Y esta es la importancia de distinguir la provisoriedad de una decisión cautelar con la definitividad de una decisión de

mérito. Si hay cautela no hay condena y este es el galimatías que todavía no se puede desentrañar con la llamada "medida autosatisfactiva", porque se expone al futuro demandado a una situación de sumo riesgo que importa una clara violación al debido proceso legal porque raya la inconstitucionalidad, porque el artículo 18 de la Constitución Nacional dice que la defensa en juicio es inviolable. Por eso concluía yo mi trabajo señalando la importancia que tiene una regulación adecuada de un proceso verdaderamente urgente, y la tutela diferenciada por antonomasia para concebir un proceso urgente en nuestro país sigue siendo el amparo, lo que pasa es que nosotros nos olvidamos de las fuentes del amparo. Un día, seguramente, vamos a darnos cuenta de que el amparo sigue estando mal regulado. Y en la Ciudad de Buenos Aires se perdieron una nueva oportunidad por causa de esa mala regulación, porque hicieron un proceso de conocimiento, lo mismo que hicieron en la Provincia de Buenos Aires: hacen un proceso de conocimiento y creen que el juez atiende una farmacia de turno, porque tiene que estar todo el día hábil para atender las urgencias; pero cuando empieza el desarrollo del proceso resulta que la parte puede ofrecer prueba y después que ofrece prueba, antes hay un juicio de admisibilidad, después que ofrece prueba, el juez puede llamar a una audiencia preliminar; lo único que le faltó es que le agreguen los alegatos y estábamos completos, entonces, es un proceso de conocimiento. ¿Para quién? ¿Para qué? El amparo es otra cosa. El amparo es esencialmente un proceso protector, no es un proceso dirimente; no se persigue dirimir cuál es el derecho en disputa, sino que lo que se persigue es proteger los derechos que fueron violentados. Y ese es el sentido con el cual nosotros no tenemos que confundir la actuación asegurativa dentro de un proceso arbitral; porque generalmente la duda está dada, es decir, los árbitros tienen facultades o no para dictar medidas cautelares y la regla tiene que mirarse en sentido inverso: básicamente siempre los árbitros tienen derecho a dictar medidas cautelares porque, a través de la actuación cautelar o de la actuación asegurativa, a lo que se está propendiendo es a la mayor eficacia del proceso, sea para resguardar prueba, sea para evitar perjuicios innecesarios, sea para asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia o sea para resguardar una situación de última instancia, urgente, en fin, que puede generar un agravio irreparable. Eso es lo que se conoce como "tutela anticipada", que tiene carácter

provisorio, no tiene carácter definitivo, si no, miren, por ejemplo, lo que se reguló hace relativamente poco tiempo en el Código Procesal en el proceso de desalojo. En los procesos de desalojo de determinadas causales se puede pedir la restitución anticipada de un bien, entonces, algunos dicen que eso es una sentencia anticipada, no, no es una sentencia anticipada, para tener una sentencia anticipada tenemos que regularla específicamente, como por ejemplo está regulada en algunos reglamentos arbitrales -en la mayoría- en donde sí puede existir una sentencia previa. En ese caso se trata de un sistema cautelar nuevo, distinto al de las medidas precautorias tradicionales, porque lo que se pide es haber oído al demandado, dice "luego de trabada la *litis*", lo que el legislador quiso decir, y trae un error que arrastra desde la época de Alsina, es, luego de contestada la demanda, porque quiero escuchar a la otra parte, a ver si se produjo una intervención de título y estoy desalojándolo sin derecho. Entonces, después que lo escuche sí dispongo la restitución del inmueble, ¿y eso qué es?, ¿una medida cautelar?, no, si excede el marco de cautelar, ¿y entonces para qué sirve?, esto sirve precisamente, para contemplar todas las actuaciones de carácter asegurativo que se dan dentro de un proceso como el arbitral. Gracias.

*\* Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial de las carreras de grado y de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y también de otras universidades e instituciones; miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho; secretario-director por concurso de Procedimiento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; secretario de redacción de la revista de Derecho Procesal de la editorial Rubinzal-Culzoni y autor de diversos libros y artículos sobre la materia.*

---

## Rueda de preguntas

---

**Intervención del auditorio:** Más que una pregunta, una información. En el departamento judicial de La Matanza, he visto algunas resoluciones que sugieren se le dé determinadas causas al servicio de Mediación del Colegio de Abogados de La Matanza. No es obligatorio, pero veo que en diversos juzgados está ese criterio como una manera de proponer el tratamiento por mediación. Era esa información, nada más.

**Dra. Díaz Cordero:** Sí, pienso que una vez que está en sede judicial, los jueces tienen la suficiente experiencia como para lograr una conciliación ellos mismos, cosa que veo bien que lo manden a mediación, pero creo que es esencial la intervención del juez en la conciliación, porque tiene mucho más peso en la intervención personal seguramente.

**Intervención del auditorio:** Después de escucharlos nos damos cuenta de que en vez de incorporar arbitraje y mediación dentro del Derecho Procesal como una bolilla más, debe ser al revés: incorporar en la capacitación en mediación y en arbitraje, Procesal.

**Dr. Rojas:** Sí, aunque le parezca mentira, sí. Le voy a comentar algo, yo participo ahora en el próximo Congreso de Derecho Procesal en una comisión en la cual soy el ponente general y la comisión se refiere a la etapa preliminar del proceso, y una de las preguntas que se hace el congreso es ¿negociación previa al proceso?, entonces, atendiendo a la reflexión suya, me puse a buscar para atrás desde cuándo nosotros hablamos de la negociación previa al proceso, y no solamente en el Tribunal de la Concordia de la que hablaba, año 1811, fue uno de los primeros tribunales que hubo en el país en donde se les obligaba a las partes a tratar de llegar de común acuerdo a través de un arbitraje a la solución del pleito, si no, recién se habilitaba la vía para acceder al consulado; sino que en el consulado se aplicaban las ordenanzas de Bilbao que son del año 1737, y estas ordenanzas decían que la negociación previa al proceso eran necesarias antes de poder acceder al consulado con un litigio. Y la pregunta que me hago, aprovechando lo que dice el colega, es, se las hago a todos, porque yo no estudié eso, pero ¿alguien estudió negociación en la facultad?, ¿alguien estudió teoría del conflicto?, ¿alguien estudió teoría de la estrategia?, ¿alguien estudió la escuela de Harvard?, ¿alguien estudió la crítica que le

hace la escuela española?, yo, la verdad, lo fui aprendiendo sobre la marcha. Soy profesor de Procesal hace más de veinte años y trato de hablar de los métodos alternativos en una unidad, pero para que la gente tenga referencia de que existen; les digo a los chicos que se compren *Sí, de acuerdo. El arte de negociar sin ceder*, de William Ury explicando la escuela de Harvard y me parece que ya es demodé, porque hay una crítica bastante fuerte a la escuela de Harvard por parte de los españoles.

Entonces, la importancia de la negociación, nosotros la venimos machacando, machacando y machacando desde hace dos siglos; y resulta que en los planes de enseñanza de la facultad no existe. Como decía la doctora, el abogado está preparado para la batalla, para el litigio. Y yo le agrego, además de estar preparado para la batalla y para el litigio, el Código está concebido para que la jurisdicción actúe. Y las cátedras están concebidas para preparar a los alumnos para el litigio; no están preparadas para ningún tipo de negociación. Y ahora hay una línea que se abrió en la facultad donde los alumnos que no hacen una carrera de posgrado eligen si quieren ir a estudiar negociación en alguna materia; entonces, me parece que esta es una falencia muy importante para registrar, porque después no sabemos usar las herramientas; es lo mismo que ustedes me regalen un avión a mí para que me vaya rápido, y yo no sé pilotear un avión, y me encuentro con todo el arsenal de aparatos, perillas, relojes y me quedo ahí parado, y no funciona. Eso es lo que sucede con el arbitraje. No solamente porque no lo estudiamos, sino porque no estamos preparados. Por eso el legislador se equivoca cuando regula la ley 2963 de la manera que la regula, porque evidentemente lo que quiere hacer es un tribunal de menor cuantía aplicando la pericia arbitral, no el arbitraje de amigable componedor para resolver los conflictos; porque dicen que puede ser árbitro cualquier profesional con cinco años de antigüedad. Yo les voy a decir una cosa: si cualquier profesional con cinco años de antigüedad puede ser árbitro para resolver un conflicto, así nos va a ir. Porque yo creo, y no estoy haciendo una defensa de mi incumbencia profesional ni mucho menos, pero yo creo que poner a un dentista o poner a un psicólogo a resolver un conflicto en arbitraje y dictar un laudo, es sumamente delicado. En el tribunal de la Bolsa yo el otro día tuve que resolver una cuestión en donde había ya un juicio recién iniciado, una excepción de incompetencia, diez cuerpos tenía el expediente; y la resolución

me demandó veinte hojas; y estuve estudiando un montón de tiempo, inclusive, jurisprudencia extranjera. Y yo digo, si un dentista tiene que resolver esto, ¿qué hace?, se mata, agarra una galletita y se corta las venas.

Entonces, con esto tenemos que manejarnos con mucho cuidado porque podemos abortar el sistema que queremos crear. En cambio, la pericia arbitral sí le da la posibilidad a un especialista de que intervenga. Entonces, si la doctora es dentista y se compró un torno en el negocio de la esquina de Junín y Charcas, y no anda y me viene a ver a mí, tal vez yo elija a un dentista para que resuelva esta pericia arbitral para ver si es apto el aparato a los fines que se persiguen; o en una de esas elijo a un ingeniero. Esto es una pericia arbitral, que tiene un funcionamiento similar al juicio de amigable composición, pero es distinto por las personas que están involucradas y los fines que se persiguen, precisamente porque se atiende más a las necesidades evidentemente que tiene la Ciudad para resolver este tipo de conflictos de menor cuantía. Y eso no deja de ser arbitraje, es una faceta distinta de la amigable composición. No sé si soy claro con esto que digo.

**Dr. Rojas:** Yo lo que le quiero preguntar a la Dra. Díaz Cordero es cuántos arbitrajes *ad hoc* conoce usted, si tiene alguna referencia de algún tipo de estadística.

**Dra. Díaz Cordero:** No, no tengo, no es lo mismo arbitraje privado.

**Dr. Rojas:** No, no, yo le estoy hablando de arbitraje *ad hoc*.

**Dra. Díaz Cordero:** Existe el arbitraje *ad hoc*.

**Dr. Rojas:** Sí, hay, pero no hay estadísticas.

**Dra. Díaz Cordero:** No hay estadísticas, yo particularmente he realizado arbitrajes *ad hoc* siendo consultora o asesora o habiendo integrado tribunales arbitrales *ad hoc*, pero sobre eso no hay estadísticas. El arbitraje tiene un carácter de privacidad que a veces obsta a la estadística.

**Dr. Rojas:** Pero ya que usted tiene una experiencia personal, la pregunta es la siguiente: usted, en su experiencia personal ¿aplicó el Código Procesal en los arbitrajes que manejó?

**Dra. Díaz Cordero:** No necesariamente.

**Dr. Rojas:** Y no, claro que no, pero ¿sabe por qué?, porque el Código Procesal está demasiado demodé ya, le pasó el cuarto de hora. La pregunta es si eso se puede mejorar. Ahora, usted quiere

hacer una ley de arbitraje, a mí no me parece mal, lo que quiero decir es esto, fíjese, contra la apertura suya para tratar de obtener una ley de arbitraje que regule el arbitraje, aparece una restricción conceptual que hace una distinción entre qué tribunal está habilitado para dictar medidas cautelares y cuál no. Y yo dije algo totalmente distinto, porque yo dije que básicamente el tribunal de arbitraje -el que sea, no hice ninguna distinción, ni de privado ni de público- tiene la potestad de dictar medidas cautelares y hablé de utilizar sistemas cautelares o aplicar sistemas cautelares. Es más, el tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Mendoza contempla la posibilidad de que se puedan ejecutar las decisiones en materia cautelar por parte del propio tribunal en tanto y en cuanto no exista fuerza en las personas o violencia en las cosas, y este avance me parece que se contrapone con la apertura que usted quiere tener a los fines de que esté adecuadamente regulado el arbitraje, lo que me lleva a concluir una vez más en que somos nosotros los que tenemos que cambiar el chip, porque necesitamos tener una visión mucho más abarcativa. A través de una medida cautelar, un tribunal arbitral está cautelando una determinada situación de hecho o de derecho; existe un viejo principio *ut lite pendente, nihil innovetur*; este viejo principio, Vélez Sársfield, por supuesto que no conocía Derecho Procesal, porque el procedimiento se bajaba del Derecho Privado, pero este principio, Vélez Sársfield ya lo contemplaba en algunas disposiciones del Código, por ejemplo, en una obra nueva, se podía frenar y mandarse a deshacer la obra nueva. Entonces, este principio da lugar a lo que por lo menos yo considero que es la medida cautelar madre de todas las medidas cautelares, que nuestro código llama con cierta confusión "prohibición de innovar". Y dentro de la prohibición de innovar aparecen dos caras: si el riesgo proviene del mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, es necesario alterar, faceta innovativa de la medida cautelar; si el riesgo proviene de la alteración de una situación de hecho o de derecho, ahí es necesario mantener, faceta de no innovar de la prohibición de innovar. Estas dos facetas, dice el Código, propenden a la eficacia del proceso y a la efectividad y utilidad del dictado de la sentencia. Esto es lo que estoy diciendo cuando nosotros, en un arbitraje, necesitamos también resguardar el derecho a la jurisdicción, manteniendo a ambas partes en igualdad de condiciones, porque

si no el proceso puede convertirse en estéril. Entonces, la regla debe ser que siempre puede el tribunal arbitral ceder a un sistema cautelar en materia probatoria, en sentido de resguardar bienes, en sentido garantizador o eventualmente a fin de conceder una tutela anticipada. La excepción se da cuando por decisión expresa de la voluntad de las partes esta posibilidad queda excluida para el tribunal, cuando las partes dicen que no quieren que el tribunal dicte ninguna medida de tipo cautelar. Esta posibilidad se da porque el principio en el que se apoya el arbitraje es el de la autonomía de la voluntad y esta libertad que tienen las partes es mucho más valiosa que cualquier reglamento arbitral que pueda existir que, precisamente, en todos los casos siempre prevén alguna norma dándole flexibilidad a las partes para manejar el proceso como a ellas más les plazca.

**Dra. Díaz Cordero:** Y está el régimen de complementación por parte del Poder Judicial, que aquello que es resistido por el particular o por la institución viene a ser suplido por la fuerza, por la *coertio* de la que habíamos hablado.

**Dr. Rojas:** Ese es el artículo 753, en donde hay que diferenciar dos cosas: el tribunal de arbitraje no tiene *imperium*, pero que no tiene *impreium* significa que no tiene ni *coertio* para llevar adelante el proceso utilizando la fuerza en algunos casos, ni tampoco tiene *executio* para poder ejecutar la decisión que se obtenga. Esto, a partir del principio de complementación que dice la doctora, hay que pedírselo a los jueces; y, ¿qué dice el 753?, dice que los jueces deberán -está redactada en sentido imperativo la norma-brindar todo el apoyo necesario para que el proceso arbitral se desarrolle ágil y eficazmente; y ahí no está hablando de ninguna medida cautelar, está hablando de cualquier tipo de apoyo que necesite el tribunal arbitral. Por eso, en muchos casos, pese a que yo disiento con la aplicación que se hace de la Convención de Nueva York, creo que necesitamos abrir la cabeza más todavía para poder interpretar aquellas resoluciones que nos vienen del extranjero, a través de las cuales se pretende la traba de una medida cautelar acá en el país por algún tribunal de arbitraje, porque en muchos casos nuestros tribunales han resistido esas decisiones utilizando como argumento que la Convención de Nueva York alude a laudo, y la Convención de Nueva York no alude a laudo, habla de sentencia; y una medida cautelar, por ejemplo, un embargo, es una sentencia interlocutoria, quiere decir que si le damos la amplitud del

caso a la palabra "sentencia" una cautelar puede entrar también dentro de la palabra "sentencia". Y el artículo 3 de la Convención de Nueva York dice en la última parte que el reconocimiento a la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la convención no impondrá condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de sentencias arbitrales nacionales. Creo que todavía nos falta aprender mucho, queda mucho camino por recorrer, se está andando y sobre lo que se está andando se está haciendo camino al andar, pero creo que tenemos que mirarlo con una perspectiva un poco más amplia.

**Intervención del auditorio:** Por otro lado, considero que una ley arbitral da una cierta seguridad jurídica; yo no sé si alguien ha tenido la oportunidad de ver alguna cláusula arbitral en un contrato que diga que se va a resolver en la República Argentina, en un contrato internacional.

**Dr. Rojas:** Si usted tiene el reglamento, ¿para qué necesita la ley?, perdón, no estoy en contra, lo que quiero pensar es cuál es el fin que perseguimos con la ley; porque si el fin que perseguimos es darle un empujón, un empujón al arbitraje para que se desarrolle, empecemos por enseñarlo, empecemos a enseñarles a los chicos negociación, a las maestras hay que prepararlas para que enseñen negociación; entonces después vamos a tener en quince años una generación a la que le interese mucho la paz social. Pero pasa que nosotros no empezamos nunca.

**Intervención del auditorio:** En realidad, hay que concebir que el arbitraje no es exclusivamente un procedimiento y por lo tanto, una materia de Derecho Procesal, una parte del Derecho Procesal; el arbitraje es jurisdiccional, pero de fuente convencional; el poder de los árbitros emana del contrato y en un arbitraje se pueden identificar por lo menos tres contratos: el contrato entre las partes cuando deciden someter una controversia presente o futura a arbitraje; la cláusula arbitral que puede ser sometida a una ley distinta de la que dice el contrato y es absolutamente autónoma del contrato que la incluye, un contrato entre los árbitros y las partes, por el cual los árbitros se obligan a dictar el laudo en el tiempo pertinente y a seguir el procedimiento adecuado que las partes hayan fijado; y en tercer lugar, hay un contrato entre las partes cuando determinan el procedimiento al cual se van a

sujetar, la regla en los arbitrajes internacionales es que el procedimiento se pacta en cada caso de acuerdo con las diferencias del arbitraje: si va a haber pruebas antes, después, si va a haber alegato, si no va a haber alegato; todo esto lo determinan las partes en un pacto procesal.

Entonces, reducir el arbitraje al Derecho Procesal, con todo respeto por los procesalistas aquí presentes, es minimizar el tema del arbitraje. El arbitraje es una materia referida básicamente a la solución del conflicto, pero que involucra el Derecho de fondo, y esto es lo que debe entenderse para realmente comprender la total magnitud que tiene el tema del arbitraje. Si no, lo reducimos a un procedimiento y el arbitraje no es un procedimiento. El arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos en el cual los árbitros ejercen jurisdicción, pero cuyo poder emana exclusivamente de la decisión de las partes. Muchas gracias.

---





## MESA IV

**Papeles de Trabajo**

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

# mesa IV



*Dr. Joao Alves Silva*

*Dr. Raúl Aníbal Etcheverry*

*Dr. Julio César Rivera*

**Moderador:** *Dr. Gustavo Murano*

## La experiencia brasileña en el arbitraje de consumo

---

*Por el Dr. Joao Alves Silva\**

Muchas gracias por la invitación que he recibido de una manera muy gentil de la gente de la Defensoría del Pueblo, seguramente, con el aporte de mis amigos que tengo acá, en Buenos Aires, que no son pocos.

Voy a ser muy breve porque no es todos los días que uno está delante de Rivera y Etcheverry, entonces, quiero pasar rápidamente porque es muy sencillo lo que les voy a contar.

Lo primero que quisiera y de una manera muy rápida es echar una mirada hacia atrás, sin ninguna idea de hacer nada histórico y decir que el arbitraje en Brasil es una cosa antigua; está desde el imperio, porque Brasil fue un imperio hasta 1890, entonces, en las ordenaciones del rey ya estaba previsto el arbitraje; además, había un arbitraje forzado y un arbitraje obligatorio. El forzado se daba sobre todo en las expropiaciones de los señores feudales, ya en el siglo XIX, y además tenía estatus constitucional en la Constitución de 1824: en el artículo 160 estaba previsto.

En 1850, con el Código de Comercio, el arbitraje también se fortaleció hasta la llegada de la transición imperio-república que se dio en 1890-1891. Retomando un poco lo que el doctor Vanossi decía, si era una cosa del imperio no servía a la república, entonces, la Constitución de 1891 sacó el estatus constitucional del arbitraje; sin embargo, no lo prohibió, lo dejó al azar y pudimos trabajar. La codificación de Brasil, por lo tanto, la codificación civil que rigió en el imperio y en parte en la república por 26 años, más o menos, permitía el arbitraje y hasta tenía artículos que lo preveían.

En 1916, el primer Código Civil de Brasil -que no es el de Teixeira de Freitas sino el de Bevilacqua, porque el de Teixeira nunca pasó de un proyecto- no preveía el arbitraje, sin embargo, no lo prohibía, o sea, estaba en el espacio del arbitraje permitido. Y tampoco el Código Civil del 2002, que también trata el arbitraje como una forma permitida, porque nosotros tenemos una ley de arbitraje.

En la normativa vigente, la materia está contemplada: en la Constitución, como una alternativa permitida; en el Código de Defensa de Consumidores, la ley 8078 de 1990, donde aparece con

una salvedad muy importante que les voy a comentar en un rato; y tenemos una ley de arbitraje, por supuesto, la 9307 de 1996.

Acerca de la discusión de si debemos tener una ley, la discusión de fondo que debatimos hoy, quiero contarles que en el 2007 estaba en la Facultad de Derecho de la UBA y tenía un colega de Brasil que iba a dictar una conferencia justo sobre este tema, y la discusión de tener la ley o no tener la ley estaba en el orden del día, entonces, entró él y me dijo "que qué bueno tener una ley, porque ahí no tenemos la discusión", y yo me siento un poco afligido con estas discusiones de tener la ley o no tenerla porque no sé qué es mejor, porque yo tengo dudas. Y les aclaro una cosa acerca de la ley, en el Código de Defensa de Consumidores, la previsión está permitida por la política nacional y las relaciones de consumo y se habla de mecanismos ágiles, fáciles, menos onerosos, entonces, nos agarramos de esto para sostener la validez del arbitraje.

La ley de arbitraje de Brasil no trata específicamente de las relaciones de consumo, trata de las relaciones generales, o sea, en este sentido es inteligente, porque si se trata de uno y no trata del otro, ¿el otro está excluido?, no, traza marcos generales en los cuales cabe todo. Yo tengo un pequeño artículo que he escrito sobre las sincronías latinoamericanas; esto está inserto en el orden internacional a partir de la ley de UNCITRAL, porque nosotros decimos: ley de arbitraje, consumo, *franchising*, *shopping center*, un montón de leyes que hacen al Derecho Comercial que pululan acá y allá; y lo que pueda decir de la ley de arbitraje de Brasil es que para las relaciones de consumo y para cualquier cosa está permitido, es decir, hay un marco legal en el cual las personas pueden estar ubicadas.

¿Cómo es la administración de Justicia en las relaciones de consumo? En Brasil tenemos un sistema nacional que está coordinado, a diferencia de la Argentina, por el Ministerio de Justicia, acá es Industria y Comercio. Hay un Departamento Nacional de Defensa de Consumidores muy actuante y muy dependiente de la fiscalía de Brasil. Y les aclaro ya una diferencia, incluso, porque el arbitraje tiene dificultades de avanzar sobre las relaciones de consumo porque la fiscalía en Brasil es fuerte y cumple una función que está distorsionada, entonces, el sistema Procon (Protección del Consumidor) en todo el país, generalmente, está bajo la dirección de la fiscalía. La fiscalía tiene unas leyes propias, orgánicas, que tiene la potestad de llevar a la

fuerza a la gente para que vaya a las audiencias con los consumidores y demás; entonces, como es anterior, esto es una de las trampas que hemos enfrentado y que no permite el avance del arbitraje en la relación de consumo.

En cuanto a la Asociación de Defensa de Consumidores, a diferencia de la Argentina, acá hay un montón de asociaciones, yo he visitado asociaciones en Argentina, algunas organizadas, otras no, otras que están en el papel; allá la cantidad es menor pero son más fuertes y son temáticas; algunas se dedican a consumo bancario, salud, no es un "atrapatodo", trabajan por temas. Esa es un poco la diferencia con las de acá. Y la Defensoría del Pueblo básicamente atiende a la gente que no tiene plata para pagar o no quiere pagar abogados, y entonces toma lo que está filtrado del sistema de Procon, que es netamente arbitrario, y funciona más o menos así.

¿Qué se puede decir?, interesa la experiencia básicamente. Hay permiso normativo. Nosotros no tenemos problema de norma, aunque exista la ley; en cierto sentido, es bueno tener una ley, pero por lo que he escuchado acá, es malo tener una ley, porque el problema no es normativo. Hay un tema de desconfianza que es insoslayable. Creo que la desconfianza también está en la Argentina. En Brasil hay desconfianza hacia el arbitraje, las razones son muchas. Yo tengo una pequeña experiencia. Antes de venir para acá hablé con el director de Comercialización de uno de los principales bancos de Brasil que tiene 40 millones de clientes; le pregunté cómo estábamos con el arbitraje, y me dijo que no lo querían, entonces le pregunté por qué no lo querían, que yo iba a viajar Buenos Aires y quería saber por qué no querían el arbitraje; su respuesta fue: "simplemente porque yo no voy a hacer un esfuerzo de venta con mi gente que está en la línea de las relaciones sociales y tener que explicar que podemos entrar en conflicto, porque si explico que vamos a entrar en un conflicto, es posible que yo no haga la venta, entonces, perjudica mi esfuerzo de venta". Esos son datos de la realidad que tenemos que tomarlos para enfrentarlos, para poder hacer avanzar el arbitraje, porque si no tomamos el dato y nos quedamos discutiendo esto entre si es una tensión fondo-forma, si es de fondo procesal, si viene de un lado o de otro, entonces no vamos a ningún sitio. Es un dato de la realidad.

El otro problema que tenemos respecto del arbitraje de consumo en Brasil -a mi juicio, es el problema más serio y es jurídico- está

en el apartado 4 del artículo 51 del Código de Defensa de Consumidores: la institución del arbitraje por la vía de los contratos por adhesión. Los contratos de consumidores son de adhesión. Yo viví en Argentina un tiempo, y firmé 14 contratos aquí, todos fueron por adhesión: con agua, con teléfono, con Internet, todos fueron por adhesión; en este sentido, el arbitraje está permitido, pero está vedado que sea por una cláusula que esté en los contratos por adhesión; y fíjense el director del banco lo que me dijo, que él no iba a discutir una cláusula y explicar un conflicto si está queriendo vender un seguro, que no le ponga palos en la rueda, porque él quiere hacer el negocio y el negocio por encima de todo.

También existe el tema de los costos, hay una advertencia de un jurista que a mí me encanta, lamentablemente ya no está entre nosotros, que es Carlos Santiago Nino, que en su famoso libro *Un país al margen* hace una advertencia sobre el tema de los costos directamente. La teoría jurídica de Carlos Nino reconoce que los procedimientos de arbitraje permiten que ciertos sectores acudan a un servicio de justicia más eficiente y expeditivo, aliviando, de paso, la carga de trabajo de los tribunales públicos; pero el autor advierte sobre la existencia de riesgos considerables "...dado que esta justicia debe ser pagada por quienes acceden a ella; la diferenciación en la calidad en la justicia a la que distintos sectores sociales acceden puede tener consecuencias sociales"; también señala que "no existiendo modalidades de arbitraje en que una relación contractual tiene posición dominante, puede ocurrir que la parte que eligió y que eventualmente paga los árbitros se vea favorecida por su sistemática parcialidad"; esto está en la página 208 de Nino. Entonces, la interpretación del veto del presidente a la posibilidad del arbitraje de consumo en los contratos por adhesión está justificada, no por las palabras de Nino, pero la línea general es lo que Nino dice acá, es la misma cosa, yo leí el libro y lo veo ahí. Y con esto, yo uso una expresión: el arbitraje se quedó un poco adelgazado, en el sentido que se quedaron acotados los márgenes de aplicación y de facilidades de la naturaleza procesal; esto es lo que vivimos ahí y nuestra responsabilidad es apuntar hacia las soluciones. Las soluciones no son fáciles, la cosa es muy clara, a veces no nos damos cuenta, no queremos tomar el toro por las astas y seguir el camino. Es una mirada hacia adelante, y ¿cuál es nuestro quehacer?, la vieja tensión, la norma y el procedimiento, el fondo y la forma es la discusión que tenemos, y

lo bueno es pensar en voz alta y decirles que no es un problema, si estuviéramos en la Facultad de Derecho podría decir que estamos en el lugar epistemológico equivocado. No es una discusión si hay ley o si no hay ley, son las formas de actuar sobre esto; más adelante yo apunto algunas salidas rápidamente. En Brasil -y esto tiene su valor en Argentina también, porque cuando pasé por acá, alguna cosa he aprendido- hay una necesidad de intervención pública, me encanta el trabajo de la Defensoría del Pueblo porque hace una mezcla de lo público y de lo privado, es una forma de arrancar y acostumbrar a las personas a que tenemos mecanismos que son válidos y que son más expeditivos, que tienen menores costos y que, sobre todo, se crea en la sociedad una cultura de camino hacia la paz, básicamente esto, entonces, me encanta la idea; y me encanta cómo está normatizado acá. Incluso he leído que este señor que está a mi lado y que es mi amigo ha participado de la organización, de una manera u otra, de los temas del reglamento, de la selección de árbitros, y demás. Tiene una calidad impresionante, nunca va a estar diez puntos, pero si está nueve puntos está bien. Entonces, la discusión sobre la diferencia, a veces no interesa mucho.

De manera que, si tenemos una estructura reglamentaria, muy pensada y muy discutida en Argentina, ¿por qué no funciona?, esta es la pregunta central. Hay un desconocimiento, incluso, de los abogados. Yo no voy a hablar acá sobre la educación jurídica en las facultades, porque ya lo hemos discutido, lo doy por sentado, porque estoy totalmente de acuerdo: hay una estructura deficiente y burocratización en algunos lugares; yo no creo que un tribunal arbitral para solucionar una cuestión de mil o dos mil pesos, pueda no funcionar; es una persona sola, hay una elección sencilla, hay un acuerdo arbitral más sencillo y más directo, listo. Y acá aparece el arbitraje adelgazado otra vez, y yo quisiera comentar y ya con esto finalizar, en honor a la brevedad y a mis compañeros que los quiero escuchar, lo siguiente: tenemos que seguir el concepto del arbitraje adelgazado con la incorporación de las nuevas prácticas sociales y de las tecnologías. Yo voy a proponer una locura, pero ¿sería posible tomar los datos del arbitraje, aun con una seguridad posterior, con los chicos enviando los mensajitos de texto?, porque si no es así no vamos a llegar a la gente que tiene que incorporar el arbitraje, ¿es posible enviar mails sin que la persona tenga que trasladarse al lugar, hacer una

cola y quedarse ahí?, para el arbitraje de consumo, no estoy hablando de arbitraje de grandes empresas que es bien distinto; tenemos que imaginar otra cosa. Roberto Bianchi tiene una tesis doctoral en la Universidad de Buenos Aires que es sobre el ODR, que es el *online dispute resolution*, es una posibilidad; también tenemos el tema de la confianza, hay que superarlo, porque, disculpen si es una mala palabra, yo hablo de Brasil, acá no sé, pero allá hay "chantas" en el arbitraje. Yo trabajaba en un banco y una vez me dijeron que querían que fuera a un tribunal porque había llegado una notificación rara, entonces dije: yo voy a hacer un *test* para saber qué pasa; ¿qué era?, la empresa, mancomunada con el tribunal arbitral, forzó una notificación a las dos partes que presentaron un problema, le cobró a uno doscientos pesos y llamó a una persona que no tenía ni cláusula compromisoria, ni convenio, ni nada, entonces como yo trabajo más o menos con el tema, fui y puse un punto final. Pregunté si había contrato; yo tengo la manía de conversar con la gente antes de las audiencias para saber si hay alguna cosa, y entonces me puse a preguntar y con eso ya tomé todos los datos: que había pagado doscientos pesos, qué le dijeron cuando lo llamaron; entonces, cuando llamé al presidente me dijo "no doctor, disculpe, nos hemos equivocado"; y le pedí una comprobación de que yo había comparecido; por supuesto que no me dieron el documento ni a palos, yo no tenía tiempo, tenía clases y me fui, pero antes de salir les dije que nunca más me llamaran porque si no iba a llamar a la policía. Estos son casos aislados, pero un caso aislado hace una mala prensa tremenda.

Entonces, apuntando a alguna salida, la educación jurídica incluso para abogados, la hemos tratado acá y se las dejo, y algunos mecanismos de recuperación de la confianza y de la contracara masiva de intentar concienciar; Vanossi habló de los medios de información, la solución es compleja, es un granito acá, otro allá, no nos vamos a ilusionar con una solución, sea normativa, sea con un fallo de la Corte, sea lo que sea, no es una solución normativa, porque la calidad formal de la institucionalidad argentina es más fuerte que la calidad formal de la institucionalidad que tenemos en Brasil; sin embargo, tenemos más institucionalidad para hacer funcionar las cosas; es como si tuviéramos un poco menos pensado pero más ejecutado, no necesitamos nada más, necesitamos pensar desde otro lugar.

Es todo. Los dejo porque ahora quiero escuchar al profesor Etcheverry y al profesor Rivera. Muchas gracias.

*\* Abogado, profesor de Derecho Comercial y supervisor de proyectos especiales del Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Fortaleza-UNIFOR; magíster en Derecho Constitucional de la UNIFOR; doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Realiza investigaciones de abogacía preventiva para la Universidad Corporativa del Banco do Brasil; es autor de varios artículos de libros en Brasil y el exterior.*

---

## **La revisión judicial de los laudos arbitrales**

---

*Por el Dr. Raúl Aníbal Etcheverry\**

Lo primero que quiero es agradecerles a todos la presencia y agradecer especialmente a Alicia Pierini y a los doctores Murano y Goldcher que tienen tanto entusiasmo y tantas pilas para organizar estos encuentros que me parece que son útiles para todos; tal vez los más beneficiados seamos los que exponemos, porque escuchamos las opiniones de todos.

Creo que el tema del arbitraje -yo me voy a referir a los recursos- merece ser repensado muchas veces y también merecemos acá encontrar soluciones concretas para que florezca el arbitraje; yo no sé la sensación que tendrán los presentes, pero a mí me parece que en la actualidad hay mucho arbitraje, hay muy buen arbitraje, pero tiene un gran inconveniente, que es la confidencialidad, por lo cual no se sabe, muchas veces, la cantidad de resoluciones que existen día por día en temas pequeños, en temas medianos y en temas internacionales. Entonces, creo que hay que apoyar al arbitraje y que estas jornadas que se hacen son para seguir difundirlo, pero a lo mejor son demasiado cerradas, porque todos ustedes conocen lo que es el arbitraje, todos son más o menos especialistas en este tema, de modo que la gran pregunta es cómo difundirlo a nivel nacional y tratar de pasar a la costumbre del arbitraje, que sería un gran beneficio, no solamente para la gente,

sino para el Poder Judicial todo, que está totalmente desbordado, como todos saben. Pero, creo que para enfocar esta cuestión tenemos que ir superando algunas ideas que aparecen del pasado. Creo que es un buen ejercicio poner en tela de juicio todo lo que uno lee o todo lo que uno sabe o las opiniones, aun de los maestros, para saber si esto sigue siendo así, si hay cambios, y no puede no haber cambios con la velocidad de la vida actual, con el avance de todas las ciencias en general, estamos realmente en otro mundo; y creo que algunos se quedan discutiendo temas que ya quedaron muchos años atrás. Hay que pensar que la Tierra avanza en el espacio a trescientos mil kilómetros por segundo y el cielo no es el mismo todos los días y la realidad va cambiando, cambiamos todos; el avance en la electrónica, el comercio electrónico y la tecnología es fantástico, no se puede casi seguir; y por esa razón creo que el arbitraje es un gran medio y sistema para que los seres humanos puedan resolver rápidamente sus conflictos.

Antes de entrar en los recursos quisiera decir, primero, que para mí no es un medio alternativo, es un medio para resolver conflictos, es uno de los caminos para resolver conflictos y creo que es muy bueno el camino; y hay que superar esa desconfianza de la que hablaba Joao y que existe, pero esa desconfianza se puede dar frente a cualquier procedimiento. Siempre uno puede pensar en una mala fe, en una corrupción, en cualquier tipo de desvío de un recto procedimiento. Pero no quita que si se toman las medidas necesarias y los recaudos que hacen falta sea un excelente medio para resolver conflictos. Y en la época que estamos viviendo, en este siglo XXI, es muy importante que se resuelvan rápidamente los conflictos y que no se eternicen.

Nosotros tenemos conocimiento de que todos los procedimientos judiciales son confiables, pero también enormemente largos; los juicios son interminables, no se puede ejercer la profesión hoy -por lo menos en la Ciudad de Buenos Aires- con cierta tranquilidad ya que no se puede responder a la gente, a los clientes, a los reclamantes con un juicio en la Justicia. Yo he pertenecido a la Justicia con todo honor, pero creo que no es posible aconsejar una solución judicial que tarda años en resolverse, y mucho menos en el área mercantil; en el área mercantil los negocios deben resolverse rápido.

Aquí aparecen las dos posiciones respecto de los que estamos trabajando en arbitraje: el arbitraje debe ser un procedimiento que termina cuanto antes y sin ninguna otra ulterioridad o, el arbitraje

debe tener un control judicial. Esas serían las dos posiciones extremas. Creo que, como siempre, la razonabilidad está en una cosa intermedia, en tanto se aseguren las condiciones para lograr una resolución justa, por lo menos ajustada a derecho o, por lo menos, de buena fe.

Mi maestro, Zabala Rodríguez, cuando yo estudiaba Derecho Comercial, decía que el arbitraje era algo muy malo, la misma opinión tenía Alperín, porque duplicaba el tiempo de un juicio, era el arbitraje y después venía todo el juicio, entonces decía que para qué hacemos arbitraje; tenía razón en esa visión el maestro; pero con el tiempo, yo he comprobado en todos los arbitrajes en los que he intervenido como árbitro -y he tenido el honor de estar con Rivera en varios arbitrajes- la rapidez que se logra, la lealtad que los árbitros tienen y la honestidad básica con que los árbitros se acercan a los centros, entonces, es muy difícil que haya un árbitro que se acerque con propósitos aviesos a buscar el beneficio de una parte; hay de todo en el mundo, pero, en general, los árbitros buscan solucionar rápidamente el conflicto, darle a las empresas una rápida solución y que esa solución no sea infundada, o sea, el recurso judicial dejaría de ser un problema si los laudos fueran correctos, ajustados a derecho, ajustados a la circunstancia de la causa, que es lo que se busca y que es lo que los buenos árbitros pueden ofrecer.

Entonces, de esa opinión del arbitraje pasamos a las otras opiniones en las que el arbitraje podría solucionar todos los problemas y es la panacea para cualquier cosa; obviamente tampoco es así. El arbitraje es un medio más en un mundo complejo en el cual hay muchos medios para resolver los conflictos, distintos medios, pero a veces es necesario insistir, como estamos insistiendo en estos medios de solución de conflictos, cuyo centro sería el arbitraje, insistir e insistir para ver si podemos orientar a los viejos abogados y a los jóvenes abogados a que se vayan hacia ese camino porque creo que es muy positivo.

Con respecto a la apelabilidad en el caso del arbitraje, curiosamente, la mayoría de las leyes o las disposiciones legales que existen admiten una especie dentro de las formas apelables o de las formas recurribles del arbitraje. Y digo "curiosamente", porque casualmente el tribunal en el que la Argentina como país está más comprometida, que es el tribunal del CIADI, parecería no admitir ninguna forma de control judicial, sino una forma de control por otro tribunal, en el peor de los casos; pero parecería que

conforme con el acuerdo de Washington y con las prácticas internacionales, la Argentina no tendría más alternativa que terminar con el arbitraje que le corresponda y acatarlo. Creo que esto no es así necesariamente, voy a volver sobre este punto al final de mi exposición; pero me parece que el tema de la recurribilidad no es un tema único, como tampoco el arbitraje es una institución única: el arbitraje de consumo es una cosa, el arbitraje de pequeños asuntos, como son los que lleva la Defensoría del Pueblo; el arbitraje de medianos asuntos; el arbitraje de cuestiones internacionales no es igual, a veces no se guía por las mismas líneas o requisitos; pero, y en esto quiero dar mi opinión, creo que es necesaria una ley de arbitraje en Argentina; es necesaria porque sería como trazar los principios esenciales sobre los cuales tenemos que guiarnos los arbitrados o los árbitros, los principios básicos y generales. Ustedes dirán que los principios básicos y generales ya se sabe cuáles son: la buena fe, etcétera, pero la buena fe está acotada en nuestro Derecho - aunque creo que ideológicamente corresponde a todo el Derecho - y pareciera que es para los contratos nada más: el 1197, el 1198; pero para mí es un principio general del Derecho del cual no hay posibilidad de apartarse y me gusta más el artículo 1 del Código Civil de Japón, que dice que todo el Derecho está para el bien común y teñido de la necesidad de buena fe. Creo que ese principio es fundamental.

El tema de la recurribilidad está previsto en cada Código Procesal de nuestro país; nosotros tenemos un enjambre de normas, eso también en algún momento habría que ordenarlo, para lo cual tal vez se necesiten normas más modernas. Tenemos, por un lado, los códigos procesales; yo estoy de acuerdo en que el arbitraje no es un procedimiento, no es una institución de Derecho Procesal - por lo menos, no únicamente- sino que es una institución que contiene Derecho de fondo y mucho y también Derecho de procedimiento, eso por un lado. Por otro lado, entonces parecería que ya es totalmente obsoleto tener en el Código Procesal al arbitraje, cuando hay principios generales que se deben observar. En segundo lugar, tenemos muchas reglas nosotros, me puedo referir a la Convención de Panamá, que es una regla más bien general de arbitraje, pero tenemos ahora el acuerdo arbitral del MERCOSUR, que es un mini-código de arbitraje que nos une con todas las naciones del MERCOSUR y también con Chile y Bolivia,

y que establece ciertas reglas generales de las cuales creo que no podemos apartarnos, y utilizando el Código Civil, si utilizamos el artículo 15 y el 16, podemos tomar algunos principios de esa normativa MERCOSUR para aplicarla al arbitraje doméstico o para aplicarla al arbitraje internacional, que no es solamente el regional del MERCOSUR, sino también el internacional. Un principio, por ejemplo, de buena fe, fíjense, el artículo 4 del acuerdo del MERCOSUR dice: "la convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial, en los contratos de adhesión, será pactada de buena fe. La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado". Son principios, reglas, que son de Derecho general, no son procesales, son de Derecho general. La autonomía de las partes elige. Muchos autores dicen que tenemos un problema. Realmente, ¿por qué siempre el Poder Judicial va a revisar los laudos o va a poder revisar los laudos de arbitrajes?, ¿cómo resolvemos esto?, ¿eliminamos toda revisión?, ¿dejamos alguna revisión?, ¿cuál es la solución? La solución todavía no se ha encontrado. De alguna manera, el sistema anglo-norteamericano, que es el que se exhibe especialmente en los arbitrajes internacionales, quiere imponer la regla que con el arbitraje se termina toda discusión. Es decir, las partes eligen los árbitros, eligen un procedimiento, eligen institucional o *ad hoc*, los árbitros están, la ley será la que corresponda que rija ese tema o la ley elegida; pues bien, las partes eligen, las partes corren con el riesgo del resultado. Corren en forma absoluta, sin revisión judicial ninguna. No obstante, nuestros tribunales, como lo ha dicho Rivera y muchos otros autores, admiten un control judicial, a pesar de que la Corte desde antiguo dice que el arbitraje es una jurisdicción como la judicial, a pesar de eso, la Corte o cámaras de apelaciones han dicho que es revisable el arbitraje. Y tenemos el Código Procesal que dice que es revisable; el Código Procesal, por ejemplo, de la Ciudad de Buenos Aires, establece que el arbitraje puede ser apelable, puede ser impugnado de nulidad y el recurso de aclaratoria que siempre pareciera que lógicamente es imprescindible; o sea, eso es irrenunciable porque aclaratoria es la explicación o la modificación de errores y todo ese tipo de cuestiones. Pero, en cuanto a apelación y nulidad, la duda es grande porque el Código Procesal de la Ciudad de Buenos Aires permite la renuncia de la apelación,

es decir, lo que sería la parte de la sentencia que es el juicio de los árbitros sobre la solución normativa y la solución jurídica que debe darse en un caso concreto. Eso es renunciable y esa renunciabilidad es válida según el Código Procesal, que es muy similar en muchas provincias, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires. Pero hay otra cosa que pareciera que no es renunciable y el Código Procesal así lo recibe, que es el recurso de nulidad. El recurso de nulidad puede ser amplísimo, puede haber muchas cosas que tenga el laudo que sean sujetas a la nulidad; y no solamente en un laudo cuando los árbitros se pronuncian *extra pedita* o *infra pedita*, que es el caso clásico; en muchos casos más: casos de autocontravención. Y curiosamente, todas las legislaciones o la normativa de arbitraje, tanto UNCITRAL como el acuerdo del MERCOSUR como el Código Procesal Argentino permite de una u otra el recurso a lo judicial; y es que acá -explican los que están a favor de ese recurso- se están jugando principios constitucionales muy importantes que hacen a la esencia y a la dignidad de la persona, como el debido proceso, el acceso a la Justicia, la necesidad del *iudis* juicio justo, la necesidad de que se haga un correcto contradictorio. El correcto contradictorio no está muy expresado, yo lo he buscado, por ejemplo, no hay muchas normas sobre la prueba, pero es un principio que nosotros lo tenemos incorporado, que el que algo dice en un juicio tiene que probarlo y después, quien resuelve la cuestión -árbitros o jueces- tiene que decir, tiene que fundar lo que están diciendo en la prueba de los hechos y en el Derecho.

Entonces, es un tema que no está resuelto totalmente y mi opinión es que debería de haber algunas instancias de revisión por parte de la Justicia cuando están atacados esos valores constitucionales, esos valores que prácticamente son derechos humanos de la dignidad de las personas. Y debe tratar de limitarse la revisión lo más posible para que el arbitraje termine con el laudo y se acaba la cuestión; porque eso también es algo que se busca, que se necesita y que se desea: resolver el tema cuanto antes, rápidamente; y en eso el arbitraje tiene enormes ventajas en cuanto a la rapidez para pasar a otra cosa. Imagínense, un comerciante, un empresario, un industrial necesita ya resolver ese problema que tiene y no puede estar esperando diez años, seis años un juicio para ver cómo sale en primera instancia y después todavía en segunda instancia; entonces, el arbitraje le da una solución, a lo mejor no es la que él quiere, pero le da una solución

rápida, concreta y equilibrada. Creo que el arbitraje es una garantía, me parece que es muy importante que trabajemos más en desarrollarlo, me parece que no tenemos que preocuparnos demasiado por eliminar todos los recursos, dejarle algunos recursos, porque la jurisprudencia va moldeando y con algunos fallos incomprensibles -Rivera tiene un artículo de fallos que no entiende y yo tampoco entiendo-, pero con algunos fallos que son diversos, digamos así, hay mucho acompañamiento al arbitraje; creo que los jueces cada vez más van entendiendo y apoyando a la institución arbitral y yo tengo una gran esperanza de que esto se siga desarrollando de una manera constructiva, es decir, cada vez mejor. Para esto tenemos todos que colaborar en mejorar, pero la mejora no sólo tiene que ser para los árbitros y las partes; en realidad, el llamado es para toda la sociedad argentina; tenemos que empezar a jugar con juego limpio y no con muchas cosas que se hacen, pero no son para cumplirlas; no es posible que alguien firme un contrato y sea para no cumplirlo o para esperar la ejecución, sabiéndolo de antemano o no, no es posible. Las promesas deben cumplirse, los pactos deben cumplirse, la seriedad y la honestidad tienen que volver al país. Pensar que nuestro país ha sido un país de la palabra empeñada y la palabra empeñada valía, en la generación anterior a la mía, valía. Ahora la palabra no tiene valor, más vale muchos papeles, todos firmados, con sello, porque si no, no se puede confiar en ninguna palabra. Bueno, tenemos que volver a esa cultura de la buena fe y de la honestidad y creo que el arbitraje puede colaborar en mucho a esto.

Para terminar, tengo que decirles honestamente que la solución no está dada todavía respecto de la recurribilidad o no recurribilidad. Creo que la solución es intermedia, tiene que haber alguna forma de control judicial sin que sea otra instancia u otro tiempo enorme para resolver. El Código Procesal tiene una norma inteligente, porque las demás están casi todas desactualizadas, pero hay una inteligente que es que los recursos -de nulidad, supongamos, que no se pueden renunciar- vayan directamente a la Cámara, ya allí se evita y se salta toda la primera instancia, lo cual es muy positivo. Y las cámaras, en general, se expiden rápidamente y los particulares tienen una solución, que les podrá gustar o no, pero la tienen, tienen terminado un expediente.

Termino acá para darle tiempo al Dr. Rivera y luego de la exposición, si hay preguntas, que sinceramente no sé si voy a

poder contestarlas, pero igual quedo a disposición de ustedes.  
Muchas gracias.

*\* Profesor titular de Derecho Comercial y emérito de la Universidad de Buenos Aires; fundador y miembro de la Academia Internacional de Derecho Comercial y del Consumidor; autor de más de veinte libros y más de cien artículos de doctrina en el país y en el extranjero; árbitro nacional e internacional; árbitro del CIADI; autor de un libro sobre arbitraje y mediación que actualmente está en prensa; presidente y fundador del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) con sede en Buenos Aires.*

---

## **El control de la constitucionalidad por parte del árbitro**

---

*Por el Dr. Julio César Rivera\**

Muchas gracias por su presencia y por el honor de compartir este panel con los doctores Etcheverry y Alves.

La mayor virtud del último orador es ser breve, con lo cual, trataré de satisfacerla. El tema es obviamente bastante concreto y es qué sucede en el arbitraje cuando alguna de las partes se hace un planteo relativo a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma y pretende descartar la aplicación de esa norma por estar infringiendo una regla constitucional. Obviamente este es un tema que se plantea en los países en los cuales existe un control difuso de constitucionalidad, es decir, aquellos en los que los jueces tienen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las normas o, como ha dicho la Corte, en realidad tienen el deber de aplicar la Constitución y, por lo tanto, de descartar las normas de jerarquía inferior que sean contradictorias con ella.

Simplemente, para encarrilar la exposición, porque son estos puntos que todos ustedes conocen perfectamente, en nuestro país el control difuso es ejercido por todos los jueces, lo pueden ejercer sobre todas las normas de jerarquía inferior a la Constitución Nacional, esto comprende, obviamente, a las mismas

constituciones provinciales, la legislación federal, la legislación provincial y los actos administrativos. Importa la declaración de inconstitucionalidad en el Derecho argentino, simplemente, la supresión o descarte de la norma infra-constitucional contraria al texto magno en la aplicación del caso concreto; puede ejercerse de oficio, de acuerdo al criterio actualmente vigente en la jurisprudencia de la Corte Suprema y su efecto se limita al caso. Estos son datos que los recordamos simplemente para poder introducirnos en el examen de las cuestiones que se plantean a los árbitros cuando hay alguna de las partes en el procedimiento arbitral que plantea la inconstitucionalidad de una disposición que supuestamente pudiera ser aplicable al caso. Y esto genera cuatro problemas fundamentales, el primero: la presencia de una cuestión constitucional, ¿afecta la competencia de los árbitros?, es decir, los árbitros, ¿podrían ser incompetentes para entender en un litigio como consecuencia de que una de las partes ha planteado una cuestión constitucional? Segundo: suponiendo que los árbitros conserven la competencia, ¿pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma, es decir, de una ley o acto administrativo? Tercero: ¿pueden los árbitros amigables compondores -es decir, que no es un árbitro de derecho- declarar la inconstitucionalidad de una norma? Y en cuarto lugar: de resolverse por los árbitros la inconstitucionalidad o constitucionalidad de una norma que estuviera en tela de juicio en un arbitraje concreto, ¿se debe modificar el régimen de los recursos contra el laudo arbitral? Estos son los cuatro temas a los cuales nos vamos a referir a lo largo de esta exposición.

En primer lugar, quiero señalar que respecto de estos temas existen algunos precedentes judiciales que básicamente se han generado como consecuencia de la posibilidad de la aplicación de la normativa de emergencia dictada a partir del 6 de enero de 2002 a contratos que se vieron dislocados como consecuencia de la situación de crisis económica y del dictado de esta legislación de emergencia y que dieron lugar, entonces, a arbitrajes en los cuales alguna de las partes planteó la inconstitucionalidad de la pesificación o de alguna otra disposición que estuviera vinculada con la emergencia, a partir de la ley 25561, y ha habido algunos tribunales que efectivamente han resuelto que en tales circunstancias el arbitraje quedaba excluido. La Cámara Civil y Comercial de San Isidro por su sala segunda resolvió en más de una oportunidad que, concretamente, existiendo planteos de

inconstitucionalidad, debería asegurarse la intervención de la Corte, intérprete última de la Constitución, lo cual estaría vedado si se admitiese la competencia del tribunal arbitral para resolver el tema. Estas fueron dos sentencias de los años 2004-2005, fueron bastante criticadas por la doctrina especializada, pero lo cierto es que, curiosamente, la sala D de la Cámara Comercial resuelve en el mismo sentido el 28 de febrero del año pasado. La Cámara Comercial dictó un pronunciamiento bastante curioso porque, para empezar, arguyó en base a la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral, a que no podía entenderse que las partes hubieran previsto, al tiempo de celebrar el contrato arbitral, que el contrato madre, el contrato principal, se vería dislocado por la situación de emergencia, y que, por lo tanto, era una cuestión que estaba excluida del alcance del acuerdo arbitral. Además, en un pronunciamiento muy extraño, la Cámara dice que en última instancia, la interpretación de las leyes y demás normas de emergencia no pueden considerarse dejadas libradas al criterio de los árbitros, toda vez que los árbitros pueden entender en la interpretación de la cláusula del contrato la verificación de cuestiones de hecho ciertas y determinadas, excluyendo cuestiones de derecho o de aplicación de la ley cuyo conocimiento se encuentra reservado solamente al juez. Y la Cámara Civil, en un pronunciamiento del 12 de septiembre de 2008 resolvió por su lado que los árbitros amigables compondores no tienen atribución para resolver una cuestión en la que se plantee la inconstitucionalidad de una norma, porque sólo están habilitados para resolver cuestiones de hecho, y además argumentó que debía, en última instancia, como lo hizo el tribunal de San Isidro, asegurarse el control judicial sobre el laudo si hubiera una tal cuestión de constitucionalidad, lo que quedaría descartado, justamente, en función del estrecho marco cognoscitivo que tienen los recursos previstos contra el laudo arbitral, los cuales, por regla general, no permiten discutir el mérito de la decisión que los árbitros hubieran adoptado.

Resumimos, entonces, cuáles son los argumentos de los tribunales que acabamos de ver: la interpretación restrictiva, las cuestiones constitucionales no son arbitrables, debe asegurarse la intervención de la Corte Suprema como último intérprete de la Constitución Nacional, y los árbitros de equidad sólo resuelven cuestiones de hecho.

La sentencia que venimos de examinar, a nuestro juicio, tiene, para empezar, algunos errores bastante significativos. El primero es el remanido argumento de la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral. Jorge Rojas escribió un muy interesante artículo sobre el tema de la interpretación restrictiva, señalando que, efectivamente, esta idea de la interpretación restringida de la cláusula arbitral proviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema; pero proviene de la jurisprudencia de la Corte Suprema que estaba en casos en los cuales una de las partes del arbitraje era el Estado, y obviamente, la posibilidad de que el Estado sujete a árbitro la resolución de una controversia debe estar autorizada explícitamente por ley para que sea una excepción a la cláusula de jurisdicción federal del antiguo artículo 100 de la Constitución Nacional. De esta creación razonable de la jurisprudencia de la Corte Suprema interpretando la extensión del artículo 100 de la Constitución Nacional, los tribunales inferiores la abrieron y la aplicaron a toda cláusula arbitral pactada entre particulares, sin advertir que de este modo, lo que se está trastornando es la interpretación del contrato de arbitraje o cláusula arbitral, que es el que da fundamento al ejercicio jurisdiccional por parte de los árbitros. Pero más grave todavía es el error que existe en algunas de estas sentencias cuando se dice que la cuestión constitucional no es materia arbitrable. Acá es muy claro lo que se ha resuelto en más de una oportunidad por algunos tribunales arbitrales y que además ha destacado la doctrina. Cuando en un procedimiento arbitral aparece la invocación de una norma de orden público o se plantea la posible inconstitucionalidad de una ley o de un acto administrativo, no se está convirtiendo a esto en la materia arbitrable; la materia arbitrable siempre es la relación jurídica que existe entre las partes de la cual ha emanado el conflicto que los árbitros están llamados a resolver: el contrato de compra-venta, el contrato de locación o el contrato de fideicomiso del cual ha nacido, de algún modo, algún conflicto. La materia arbitrable será el cumplimiento o incumplimiento del contrato, la interpretación de alguna de sus cláusulas, etcétera. La norma aplicable a la resolución de ese conflicto es simplemente cuál es el Derecho aplicable a la solución del caso; es decir, cuando tenemos una cuestión contractual, la materia arbitrable no es la ley de locaciones o el artículo 1197 del Código Civil o el 1198 que regula la imprevisión; la materia arbitrable es el conflicto entre las partes

nacida en el contrato, lo otro es el Derecho aplicable al caso. Y la cuestión constitucional no es una materia arbitrable entonces, sino, justamente, uno de los temas de Derecho que los tribunales deben resolver, esto es, si la norma cuestionada es o no aplicable al caso por ser o no conforme con la Constitución. En este sentido, es muy clara la resolución del tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio del año 2002 -que en realidad es una resolución del director de procedimiento, el doctor Jorge Rojas- que dice: "No existe óbice para que un tribunal arbitral se expida sobre la validez constitucional de una normativa, pues no es ese el objeto de la controversia, sino la relación sustancial que configura un caso, etcétera, etcétera". Es decir, los tribunales judiciales, al entender que al plantearse una cuestión constitucional esta era la materia arbitrable, han claramente confundido lo que es la relación jurídica sustancial de la cual emana el conflicto con el Derecho aplicable al caso, que es una cuestión absolutamente ajena.

Por otro lado, los tribunales judiciales que han resuelto que la existencia de una cuestión constitucional afecta la competencia de los árbitros no se han dado cuenta o no han tenido en consideración, no han ponderado adecuadamente la idea de que el arbitraje es convencional en cuanto a su fuente, pero jurisdiccional en su función, de donde los árbitros tienen exactamente las mismas atribuciones que los jueces. Lo dice Morello cuando señala que los árbitros no pertenecen al Poder Judicial, pero son jueces privados elegidos por las partes para la resolución de sus conflictos. Y siempre recuerdo la famosa disidencia de Tomás Casares en el caso Café Paulista cuando dice que las sentencias arbitrales regularmente pronunciadas tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales. Lo que la ley permite someter a árbitros es como si se sometiera al juicio de los jueces con quienes se constituye en el Estado la autoridad o Poder Judicial. Esto es clarísimo en estos días y, prácticamente, un tema indiscutible. Pero, por otra parte, los tribunales judiciales que han resuelto en estos casos han omitido considerar que hace ya muchos años la Corte dictó un pronunciamiento en 1935, hace 74 años, en el cual dicen que los árbitros juri pueden resolver toda cuestión que se les someta, no siendo las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, de carácter mixto o simplemente de hecho; y en la amplia dilucidación de las causas pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales

como constitucionales; el hecho de que en los debates aparezca una razón de orden constitucional invocada por una de las partes no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral. Era clarísimo el razonamiento de la Corte y además, absolutamente justificado, porque si no para "arrepentirse" de la jurisdicción arbitral bastaría con plantear una cuestión constitucional; o sea, esto hace el mismo argumento que justifica o fundamenta la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal; bastaría con sostener alguna causal de nulidad del contrato principal para dejar sin efecto la cláusula arbitral, por eso todos los tribunales del mundo y las leyes arbitrales que existen en el mundo disponen que los árbitros tienen competencia y jurisdicción para resolver sobre su propia competencia y sobre la validez o invalidez del contrato principal.

El otro tema que se planteó es si los árbitros de equidad, los árbitros amigables componedores, tienen o no la misma atribución. En realidad, en la Argentina no es muy claro qué pueden hacer y qué no pueden hacer los árbitros de equidad, es decir, en este sentido, la verdad es que una ley de arbitraje, el Código Procesal o lo que sea, algo, debería determinar con más precisión cuáles son los alcances de la jurisdicción arbitral de equidad. Pero, de todos modos, no hay ninguna duda de que en el Derecho argentino los árbitros de equidad pueden resolver cuestiones de derecho. Como dice Morello, en realidad el árbitro de equidad aplica el Derecho pero lo dulcifica, lo moligera, lo adecua a las circunstancias, pero no quiere decir que no tenga la posibilidad o la atribución de aplicar una norma de Derecho. Muy por el contrario, la jurisprudencia francesa y la doctrina francesa, que ha trabajado mucho sobre el arbitraje de equidad, dice que los árbitros de equidad ni siquiera están autorizados a prescindir del Derecho, deben decir cuál es el Derecho aplicable y deben señalar, en su caso, por qué prescinden del Derecho aplicable o cómo lo moligeran; pero no hay ninguna duda de que los árbitros de equidad pueden resolver cuestiones de derecho, y mucho más si, como en el Derecho argentino, las cuestiones de hecho no están referidas a los árbitros de equidad sino al juicio pericial que el mismo Código Procesal y otras leyes procesales locales contemplan. Creo que es un exabrupto de la Cámara Civil haber dicho que los árbitros de equidad sólo pueden resolver cuestiones de hecho y realmente espero que no haga escuela, aunque, mi

maestro, Alberto Molinario decía que el error es fecundo, todos los errores de Segovia se convirtieron en jurisprudencia, así que, habría que temer que este disparate de la Cámara Civil pueda ser adoptado por otros tribunales, espero que no lo sea porque ha causado cierto estupor en la doctrina que unánimemente ha señalado que esta idea de limitar el arbitraje de equidad a las cuestiones de hecho no tiene ningún fundamento en nuestro sistema, con lo cual los árbitros de equidad también tienen las mismas atribuciones que los jueces para resolver aplicando el Derecho y eventualmente, descartando una ley por ser inconstitucional.

Ahora, lo cierto es que, tomando aquel argumento de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro y de la misma Cámara Civil de que cuando hay un planteo de inconstitucionalidad sería conveniente o necesario tratar de que la Corte Suprema pudiera conocer como intérprete último de la Constitución en el laudo y en su mérito, algunos autores y algunos laudos han entendido que en estos casos cabría ampliar el ámbito de los recursos contra el laudo definitivo. Por ejemplo, en el tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario, el laudo es emitido por un árbitro único, el Dr. Efraín Hugo Richard, bastamente conocido, profesor de Derecho Comercial de Córdoba, miembro de la Academia de Córdoba, dice que, en ese caso, debe abrirse al afectado los recursos previstos en sede provincial y nacional para remediar el supuesto agravio constitucional. O sea, él dijo que era competente como tribunal arbitral para resolver la cuestión de constitucionalidad, pero, que creía que debía dejar a salvo todos los recursos de modo que la parte pudiera cuestionar el mérito de la decisión y llegar eventualmente por la vía de los recursos ordinarios y extraordinarios al último superior tribunal de la causa. Esta tesis no cuenta con el aval de la doctrina, salvo una opinión aislada de Leandro Caputo, un abogado joven muy distinguido; pero, en general, por ejemplo, Lino Palacio ha sostenido que la circunstancia de que haya una resolución del tribunal arbitral sobre una materia constitucional no tiene por qué modificar el régimen de los recursos; la parte que se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción arbitral y ha renunciado al recurso de apelación, puede también renunciar al recurso extraordinario federal y, por lo tanto, la decisión de los árbitros en cuanto al fondo es totalmente irrevocable. Se podrá, naturalmente, excitar la competencia de los

tribunales por vía del recurso de nulidad y el de la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara que admita o rechace el recurso de nulidad. Justamente en una sentencia de la Corte, del 24 de agosto de 2006, se rechazó un recurso extraordinario contra un laudo del tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, diciendo que su jurisdicción sólo nace como consecuencia de los recursos contra las sentencias judiciales dictadas en los recursos autorizados contra el laudo; y en el caso, el laudo había resuelto una cuestión de constitucionalidad de la legislación de emergencia, con lo cual, el Dr. Martín Marchesini interpretó que esto importaba consolidar la idea de que, aun mediando una cuestión constitucional, el régimen de los recursos contra el laudo no se alteraba y que el camino era exclusivamente el del recurso de nulidad y eventualmente los recursos judiciales contra la sentencia de la Cámara que hubiera dictado el recurso de constitucionalidad.

Con esto, creo que lo más rápidamente posible he tratado de explicar cuál es la temática y la conclusión es que, si los árbitros ejercen jurisdicción y tienen las mismas atribuciones que los jueces, no hay ninguna duda de que tienen no sólo el poder, sino el deber de contrastar, de ponderar la legislación con la Constitución y, en su caso, aplicar la Constitución y descartar la norma que sea contradictoria; esto, de manera alguna va a invalidar el laudo, no va a afectar la competencia de los árbitros, ni va a modificar el régimen de los recursos contra el laudo. Muchas gracias.

*\* Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires desde 1984; profesor titular de Derecho Privado en la Universidad Argentina de la Empresa y Universidad de San Andrés; miembro de la Academia Nacional de Derecho y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y ex juez en la Cámara de Apelaciones en lo Comercial.*

## Rueda de preguntas

---

**Intervención del auditorio:** Al doctor Etcheverry, yo creo que todos estamos totalmente de acuerdo en que la celeridad es una de las razones sustanciales de la existencia del arbitraje, me parece a mí, y también es propio de todos los regímenes en esta materia establecer la responsabilidad de los árbitros. Pero la responsabilidad de los árbitros nosotros la asumimos como un criterio muchísimo más amplio que el de los propios jueces jurisdiccionales, que para ser los responsables, esta situación es muchísimo más acotada, muchísimo más difícil y, normalmente, condenada al fracaso. En esa situación intermedia, nuestro tribunal ha optado, para conceder los recursos, por establecer una caución que asegure la seriedad, que evite en una palabra "conspirar" contra la celeridad que deben tener los árbitros, y hemos entendido también que el principio universal de favorabilidad que tienen los laudos debe llevar a esa situación intermedia, es decir, nos hará establecer una caución acorde que asegure la seriedad del pronunciamiento. Nosotros establecemos cauciones de cierta importancia, por lo cual, en la mayoría de los casos es totalmente disuasoria, ¿no le parece, doctor, que esta es la pregunta? Una solución intermedia para buscar entre la negación total de los recursos y la aceptación, es decir, cerrar el carril de los recursos teniendo una caución acorde. Está en nuestro reglamento.

**Dr. Etcheverry:** Sería un tema para pensarlo, pero, en principio, no estoy muy de acuerdo, así, a primera vista por la necesidad de la propia administración de Justicia, sea arbitral o sea judicial, creo que no habría que poner un valladar a quien plantea, porque puede haber un recurso de mala fe y plantear la nulidad para hacer un poquito más de tiempo y no pagar, suponiendo que sea un tema de pago; pero, también sería un obstáculo para quien de buena fe -y no tiene los medios suficientes- quiere plantear una nulidad, una nulidad que puede ser evidente, en algunos casos. Cuando está reglamentado, yo entiendo que está dentro de la libertad de las partes elegir ese reglamento, ese tribunal, entonces, ahí sí, sujetarse a un procedimiento reglado.

- Ellos tienen abierta la segunda instancia para discutir el tema de la caución, no el fondo del laudo, porque, el principio universal es el de

la favorabilidad que tienen los laudos de los tribunales arbitrales; y el principio de la celeridad hay que cuidarlo; si las sentencias van a terminar, en definitiva, denostando el principio sustancial que tiene el arbitraje y acudir prontamente a una solución de las partes, entonces, estamos conspirando contra el principio mismo, y el reglamento está, lo hemos pensado mucho y hemos llegado a la conclusión de que el que quiera discutir la caución, puede ir a la Cámara y obtener que la caución es excesiva, pero la caución es acorde con la cuestión reclamada; y somos responsables, somos mucho más responsables que los jueces. Le vuelvo a repetir, doctor Etcheverry, es muy difícil comprometer la responsabilidad de los jueces, todavía seguimos como decía un famoso libro sobre este tema: el rey nunca se equivoca; se equivocan, a veces arbitrariamente, y comprometer la responsabilidad es sumamente complicado. Esta es una de las vías, no sé si hay otras mejores, me gustaría que usted nos lo dijera.

**Dr. Etcheverry:** Vías hay varias, lo que hay que lograr es lo que usted dice: un equilibrio que permita el derecho de defensa y el derecho de reclamar el proceso debido, porque eso es fundamental: el acceso a la Justicia, el acceso a un debido proceso, el derecho de propiedad, todos son derechos importantes; pero habría que ver si en algunos casos no se demora más con el recurso contra la caución fijada y al final el arbitraje se está alargando por esa vía, es un tema para pensar y para elaborar.

**Dr. Rivera:** A mí me parece que el principio fundamental en materia de recursos es que lo que no se puede revisar es el mérito del laudo; solamente se puede plantear la medida del laudo cuando hay una violación de la defensa en juicio porque no se ha respetado el principio de audiencia con revisión y prueba; esta es la regla de oro en materia de arbitraje, pero yo le quiero hacer una pregunta a Raúl sobre un comentario que él hizo y que prometió que iba a tratar al final y después no lo hizo, que es si existe alguna guía judicial para revisar los laudos del CIADI.

**Dr. Etcheverry:** No, yo creo que la Convención de Washington es clara en que no son revisables esos laudos, lo que sí me parece es que no se guían, como algunos opinan, de un resultado automático; es decir, si el CIADI resuelve en contra de la Argentina, Argentina tiene que pagar, no es una orden de pago, me parece que sí tendría que tener algún mínimo trámite judicial -se está pensando en eso, tengo entendido- para garantizar ese compromiso de pago.

**Dr. Rivera:** En realidad, el Convenio dice que el Estado puede designar cuál es la autoridad provisional que es la fuerza que revisa el laudo, la Argentina ha presentado una nota por el procurador del tesoro diciendo que esa autoridad es la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal Contencioso Administrativo; lo que no se sabe es según qué reglamento, la Cámara no tiene ningún reglamento sobre esto, no hay ninguna norma procesal que indique qué trámite se debe seguir y en realidad, lo que se supone -y lo que ha dicho el CIADI respecto de esto- es que eso es para registrar los laudos que se pretenden ejecutar contra un tercer Estado; o sea, que viniera, por ejemplo, una compañía que hubiera sido beneficiada con un laudo contra Uruguay y pretendiera ejecutar bienes del Uruguay existentes en la República Argentina, entonces tendría que pasar por la institución, pero no cuando lo que se pretende es ejecutar el laudo contra el mismo Estado que ha sido condenado en ese mismo Estado, en ese caso debería seguir el trámite ordinario de ejecución de sentencia contra el Estado, que se supone que es la idea del sistema. Como la Argentina no ha pagado ninguno todavía, no sabemos cuál es el procedimiento que va a seguir, pero en realidad tiene uno solo firme que acaba de rechazar el recurso de nulidad, el caso Zurich.

**Dra. María Rosa Cattáneo:** Una pregunta para el colega brasilero. Más que una pregunta espero que sea un aporte. En la exposición decía que su objetivo era apuntar a la solución para convencer a ese banquero. Como ex funcionaria bancaria, quiero proponer algunas a ver si las compartimos entre todos.

En Estados Unidos he tenido la oportunidad de ver que todos los contratos bancarios tienen la cláusula arbitral y creo que esto va a llegar en algún momento a nuestra jurisdicción, así que, si el banco es un banco extranjero, su casa matriz la debe tener, no sé por qué todavía no está en los contratos desde la constitución de la Caja de Ahorro, pero está la cláusula de arbitraje, y en general, de arbitraje puro. Después, ¿cómo se puede solucionar esto?, porque hace muchos años planteé en un artículo el tema de los contratos de consumo, contratos de adhesión; ustedes en la ley brasilera, que para mí es una ley atípica de arbitraje, tienen contemplado el tema del contrato de adhesión y, si no recuerdo mal, dice que se puede poner la cláusula arbitral en el contrato de adhesión, pero hay que hacerlo con prolijidad: hay que hacerlo con una letra

especial, en negrita, para que el consumidor se entere, o sea, hay que lograr el consentimiento informado, o bien en una cláusula especial anexa al contrato, así que esto habría que compatibilizarlo con lo que ustedes tienen en el Código de Defensa del Consumidor, pero hay un elemento de la ley brasilera de arbitraje que en este aspecto contempla el tema de los contratos de adhesión. ¿Cómo lo ha solucionado Estados Unidos?, con los protocolos de arbitraje para arbitrar en los casos concretos de los temas del consumidor en donde se les exige a los árbitros ciertos requisitos: la imparcialidad del árbitro es muy importante, no quiero abrumarlos ahora, pero, coincidiendo con lo que ya se ha dicho, cada área arbitral es distinta: es distinto el arbitraje que hacemos y haremos en la Defensoría del Pueblo, el que se hace con las grandes empresas, las empresas medianas, las de los consumidores; entonces, allá han hecho protocolos especiales, normativa especial consensuada con las entidades arbitrales más prestigiosas y aplican estrictamente esos protocolos. Hay una detallada normativa allí para que el arbitraje de consumo sea exitoso. Así que, como país vecino, me gustaría que Brasil se acerque a los temas de arbitraje de consumo y a lo mejor algo podemos trabajar en conjunto, porque en la Defensoría del Pueblo también hacemos en parte arbitraje de consumo.

**Dr. Joao Alves:** Respondo una de memoria y una que tengo escrita. Hago un recurso a la Filosofía: *lex specialis contra lex generales*. Lo que se considera allí es que la ley del consumidor tiene una prevalencia sobre la ley de arbitraje, aunque la ley de arbitraje sea posterior a la ley de consumidores, porque el interés de los consumidores prevalece sobre la ley de arbitraje y, por lo tanto, prevalece la jurisprudencia que es, en definitiva, la voz que tiene para manifestarse en el caso concreto. Entonces, aunque el autor haya expresado una materia que desde el punto de vista lógico, incluso porque la ley de arbitraje es especial y es posterior, pero la legitimidad social de la ley de consumidores es más grande que la ley de arbitraje, por eso la jurisprudencia decide en sentido contrario.

Respecto a Estados Unidos, vuelvo al tema de la confianza, este es un tema central, como es el tema central el del director del banco que me dijo que no quería firmar por separado porque le iba a complicar la venta. Es una situación concreta. Una desconfianza adicional de los propios abogados en los sistemas privados de solución de controversias pudo ser contrastada por Linda Singer

en Estados Unidos; fíjense que no es un dato menor. El Bank of America intentó implantar el arbitraje obligatorio en sus contratos de tarjetas de crédito y depósitos bancarios; según estudios realizados por el citado banco, los clientes compartían la elección del árbitro y se beneficiarían de la ventaja relativa a la duración y los gastos del procedimiento, por el contrario, los abogados advertían a los consumidores que podrían perder una serie de derechos que en el juicio les otorgan, sobre todo el derecho de apelar. Por lo general, cuando el cliente abre una cuenta bancaria o adquiere una tarjeta, no es conciente de que se compromete a no demandar en el futuro a la compañía ante los tribunales. Los abogados temen, igualmente, que el arbitraje pueda no ser equitativo, ya que los honorarios del árbitro en algunas situaciones corren por cuenta del banco o las asociaciones, por lo tanto, afirman que no se debe imponer jamás el arbitraje unilateralmente a los clientes individuales.

Volvemos al problema de la educación. Y acá un actor que no es parte, que es abogado, pone el palo en la rueda. Por eso el tema no es sencillo, es complejo.

**Dra. María Rosa Cattáneo:** Pero para dar confianza, hay que transparentar la decisión de los árbitros.

**Dr. Joao Alves:** Sí, no es una cosa sencilla. Tengo estadísticas de la Argentina de defensa de los consumidores; desde el 98 hasta el 2008 tenemos 22.074 casos sometidos a arbitraje de los cuales 99,5% han sido decididos por unanimidad. Es una estadística muy fuerte. Tenemos las herramientas y si somos cirujanos sabemos hacer la operación. Sin embargo, nos quejamos siempre; hay que construir por una salida que es compleja y hay que considerar las nuevas tecnologías y las nuevas personas que surgen; el lenguaje de una persona de 20, de 30, del que es un consumidor activo de Internet, de teléfono, de obra social, de todo esto que es por adhesión, me parece que es distinto. Tenemos que encontrar una forma. No es sencillo ni acá ni allá.

**Intervención del auditorio:** Master, en materia de venta de tarjetas, tuvo un pleito en el que el problema fue el siguiente: un banco de primera línea saca una tarjeta nueva y dice que todas las deudas anteriores por tarjeta, automáticamente pasaban a este banco. Resulta que un señor tenía una tarjeta del Banco Provincia, de otro banco, y le robaron el coche, entonces, cuando va a hacer

valer la tarjeta que estaba asegurada, de acuerdo con esto, le dijeron que este otro banco tendría que haberlo dejado sin efecto. Cuando yo vine a Buenos Aires a hablar con ellos, tendrían que haber aclarado perfectamente bien que tenían que dar de baja las otras tarjetas o tenían que seguir pagando hasta tanto pasara a ellos; es decir, nosotros entendemos que era únicamente para otras tarjetas del mismo banco; entonces, uno de los que estaban presentes, que era el vicepresidente de la tarjeta Master, me dijo que si hubieran hecho lo que yo decía, no habrían colocado 265 mil tarjetas, yo le contesté que en el precio de las 265 mil tarjetas está el coche que le robaron al señor, que hay que cubrirlo de alguna manera; es decir que, a veces, se mueven por esas cuestiones de marketing.

Con relación a las notas de adhesión, en la Ley de Prehorizontalidad, 19724, dice lo que importa una limitación, un cercenamiento de hecho; el comprador debe firmar la cláusula, por lo menos para destacar que ha tomado conocimiento; me parece que eso para el Brasil sería interesante, por lo menos que conozcan si hay una legislación.

**Intervención del auditorio:** Sin duda, hay figuras del extranjero que a veces no se aplican, en Estados Unidos se usan muchísimas cosas que acá no las aplicamos, por ejemplo, la General Motors en Estados Unidos tiene un programa de mediación cuando hay conflictos allá, y cuando pusieron la fábrica acá, dicho programa no funcionaba de ninguna manera; para sacar un reclamo era imposible, la General Motors no pagaba nada; o sea que hay que ver cómo uno traslada todas estas figuras y que realmente funcionen con nuestra idiosincrasia. Pero había algo sobre lo que yo quería volver, que brillantemente lo había explicado el Dr. Rivera respecto de la cuestión provisional que termina siendo la del arbitraje, entonces, quedó el planteo así: limitar la posibilidad recursiva con esta fuerte confianza; está bien, yo acepté un reglamento, pero, fuera de estos casos, ¿no estaríamos poniendo a aquel que va a un arbitraje en una condición de inferioridad respecto de aquel que no va, al limitarle esta posibilidad recursiva?

Dr. Rivera: En la ley argentina, lo explicó el Dr. Etcheverry, usted tiene todos los recursos; sólo si renuncia expresamente a la apelación se considera renunciado; la Corte ha dicho siempre que se pueden renunciar los recursos, no sólo en el ámbito del arbitraje, en el ámbito del proceso judicial perfectamente usted

podría pactar con una parte hacer un pacto procesal y decidir que la sentencia del juicio es la definitiva, y esto sería un contrato plenamente válido. Pero en nuestro sistema la apelación es un recurso admisible contra el laudo, salvo renuncia, que debe ser, obviamente, explícita. No es como la ley peruana ahora o fue la ley belga o la ley holandesa, donde en los arbitrajes internacionales que no tengan ningún punto de conexión con el país sede, se puede incluso renunciar el recurso de nulidad, con lo cual la sentencia del laudo es siempre absoluta, total y completamente definitiva. Son situaciones francamente excepcionales y, por lo que yo sé, por ejemplo, en Perú está, pero no hubo ningún laudo que se aplique con ese sistema, porque sería el caso de dos sujetos que no tienen ninguna vinculación con el Perú, el contrato no tiene ninguna vinculación con el Perú que van a Perú a elegirlo como sede, justamente para que el laudo no sea controlable judicialmente y, de todos modos, hay que tener en cuenta otra cosa: en el ámbito del arbitraje internacional hay un segundo control que es el que después debe dar el *exequatur* al laudo o eventualmente aplicar la Convención de Nueva York que, en definitiva, establece un mecanismo de control jurisdiccional de ciertos aspectos de la cláusula arbitral y del laudo mismo.

**Intervención del auditorio:** Relacionado con esto; si renuncia a todos los recursos, ya sea para el orden judicial o para el orden arbitral, ¿también implica la renuncia -que yo considero arbitraria- esa única resolución que es atacar por la arbitrariedad al recurso extraordinario?

**Dr. Rivera:** Si uno renuncia a todos los recursos, inclusive al recurso federal, pero el laudo es arbitrario y violó la garantía constitucional del debido proceso, ahí, según algunos criterios, debería admitirse el recurso extraordinario o el recurso de nulidad contra el laudo, en definitiva, lo que estamos diciendo es: el recurso de nulidad fundado en la violación de la garantía del debido proceso es siempre irrenunciable.

**Intervención del auditorio:** Una pregunta para el Dr. Joao Alves, dentro de esa mirada hacia delante del arbitraje, ¿cómo se puede abrir camino el arbitraje frente al fenómeno de proliferación de contratos de adhesión en los cuales, eventualmente, la inclusión de una cláusula compromisoria podría, valga la redundancia, comprometer la garantía del derecho después natural?

**Dr. Joao Alves:** ¿Tendría una pregunta más fácil?, es la pregunta del millón. La capacidad y la creatividad de los espacios, sean cámaras sectoriales, sea de la Defensoría del Pueblo, sea de las mismas empresas que, aun existiendo una prohibición en la ley, acepten participar de buena fe, es una salida. Ahora bien, la confianza de la mayoría de la gente que se relaciona con la compañía es importante, porque, yo no tengo duda, acá, en Argentina y también en otros espacios, si surge un caso y se pide una adhesión circunstancial para el caso, y si se construye una solución adecuada conforme al Derecho, seguramente la compañía se va a ir acostumbrando, la cuestión es que nos faltan clientes que quieran ser arbitrados. En este sentido, la capacidad de captación de un organismo público al cual accede una cantidad de gente de una manera espontánea es un espacio de co-construcción importante que no podemos despreciar, como es el sistema de Procon en Brasil. Entonces, porque no es correcto y no es justo -con todas las limitaciones que tenemos de comprender y aceptar la palabra "justicia"- que las cosas estén como están, aunque las percepciones sean distintas, porque muchas veces las compañías piensan que están haciendo lo correcto y los clientes piensan que no; así que, si tengo una palabra, es la creatividad. Y la Defensoría tiene más facilidad, los organismos públicos tienen más facilidad, porque la clientela se acerca de una manera natural.

---





## **Papeles de Trabajo - N° 6 - Marzo 2010**

Publicación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora Responsable: Dra. Alicia Pierini

Coordinación Editorial: Lic. Pablo G. Fernández

Edición: Prof. Karina Casanova Pettigrew

Diseño Editorial: Rony Smirnoff

Centro de Mediación Comunitaria: Dra. Nora Cattaneo. Centro de Arbitraje: Dr. Gustavo Murano.

Papeles de Trabajo es una publicación que busca aportar al debate y la circulación de ideas sobre derechos humanos, cuestiones urbanas, desarrollo local y gestión institucional. En consecuencia, los artículos publicados son responsabilidad exclusiva y reflejan la libre opinión de sus autores. Registro de la Propiedad Intelectual en trámite.

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11.723. Impreso en Argentina.

ISBN 978-987-25058-3-7

# Papeles de trabajo

## Segunda Jornada de Arbitraje Institucional

Intervenciones y ponencias presentadas durante el encuentro  
organizado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires el 16 de septiembre de 2009.

---



Defensoría del Pueblo de la  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Venezuela 842  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Teléfonos: 4338-4900  
0810-333-3676

consultas@defensoria.org.ar  
www.defensoria.org.ar