

papeles DE TRABAJO

nueve

III Jornada

de Arbitraje

Institucional



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Dra. Alicia Pierini

Adjuntás

Arq. Atilio Alimena

Sr. José Palmiotti

Sr. Gerardo Gómez Coronado

Dr. Andrés Elisseeche

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

Pierini, Alicia

III Jornada de Arbitraje Institucional: papeles de trabajo 9 . - 1a ed. - Buenos Aires:

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.

110 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-26683-4-1

1. Arbitraje. 2. Defensoría. 3. Derechos Humanos. I. Título.

CDD 323

Fecha de catalogación: 10/03/2011

Papeles de trabajo

III 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 17 de mayo de 2011.**

índice

Presentación	6
Palabras de bienvenida <i>Por la doctora Alicia Pierini</i>	7
Mesa I	
Control judicial en el arbitraje: tendencias y perspectivas <i>Por el Dr. Roque Caivano</i>	12
Evaluación neutral previa: Fundamentos y viabilidad de un método basado en el sentido común <i>Por el Dr. Gustavo Fariña</i>	24
Rueda de preguntas	31
Mesa II	
Libre circulación de las sentencias y laudos en el ámbito del MERCOSUR <i>Por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini</i>	36
Normas procesales aplicables a los procedimientos arbitrales <i>Por la Dra. María Blanca Noodt Taquela</i>	42
El arbitraje institucional <i>Por el Dr. Jorge Armando Rojas</i>	48
Mesa III	
Un acceso a justicia en la relación de consumo <i>Por la Dra. Ana María Bargiela</i>	60
Tribunales arbitrales de consumo turístico: Nuevas formas de resolución de conflictos <i>Por el Dr. Ricardo Botana</i>	68
Experiencia y buenas prácticas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires <i>Por la Dra. Nora Cattaneo</i>	72
Rueda de preguntas	75
Mesa IV	
La prueba en el arbitraje <i>Por el Dr. Sergio Villamayor Alemán</i>	80
Panorama de posibilidades del arbitraje en el Derecho argentino <i>Por el Dr. Héctor Osvaldo Chomer</i>	90
Rueda de preguntas	97

| Presentación

El 17 de mayo de 2011 se realizó la III Jornada de Arbitraje Institucional, organizada por el equipo del Centro de Conciliación y Arbitraje del Área de Acceso a la Justicia y MARC de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El evento académico tuvo por objetivo difundir el arbitraje institucional como método de resolución de conflictos, así como dar a conocer la labor que lleva adelante el Centro de Mediación y Arbitraje que funciona en esta Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; por otra parte, intercambiar ideas y generar debates entre los oradores y los asistentes acerca de las características y avances en materia de arbitraje.

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

Palabras de bienvenida

*Por la Dra. Alicia Pierini**

Gracias por estar aquí, bienvenidos, y mi agradecimiento particular a quienes nos están acompañando en la mesa, el Dr. Roque Caivano y el Dr. Gustavo Fariña, para este acto académico que ya es un clásico anual para seguir trabajando los temas de arbitraje. Más allá del interés particular que tengo y por este hijito que hemos construido -el Centro de Arbitraje- que agrega a la mediación una nueva modalidad de resolución alternativa de conflictos, que hace años que existe y que cuesta tanto instalar en la cultura jurídica y en la cultura social, destacamos la necesidad de poner esto aún más en la escena social para que sea comprendido, entendido y utilizado por el conjunto de nuestra sociedad.

Yo quiero agregar muy pocas cosas, en primer lugar, mi agradecimiento en general y, en especial, al Dr. Caivano porque está desde el primer día que empezamos a trabajar en esto, que nos ayudó, que nos aconsejó, que nos hizo las críticas pertinentes -que fueron duras-, gracias a todo lo cual hemos podido poner en marcha, y venimos haciendo una trayectoria paso a paso, pero exitosa en la instalación del arbitraje en esta Defensoría, y estamos viendo cómo en otras Defensorías en el resto del país, por lo menos, ya han tomado la práctica de la mediación como una metodología -indudablemente- de las Defensorías del Pueblo. Esto que llaman los "Ombudsman" lo hemos instalado, incluso, a nivel de la FIO, la Federación Iberoamericana de Ombudsman, como la metodología que, para los que defendemos derechos, protegemos, promovemos derechos, es algo más que un método, es una manera de encarar el conflicto. Estamos, incluso, trabajando dentro de nuestra institución las técnicas de abordaje de la conflictividad compleja, de la conflictividad social; o sea, ya no estamos sólo con el arbitraje como un método, como una resolución específica en un conflicto de derechos, sino que estamos pensando mucho cómo en esta democracia tenemos que trabajar los conflictos complejos y la conflictividad social que vemos todos los días en las calles, en los medios de comunicación, en la realidad en la que vivimos. Creo que esto está dándonos un camino de abordaje, pero también en algunos casos,

de resolución de conflictos, y, en otros casos, de transformación de conflictos para que no escalen en una secuencia de confrontación progresiva sino que, por el contrario, se transforme en propuestas de modificación de la realidad misma. O sea, estamos pensando mucho más allá, incluso, de esto que empezamos que, por un lado, era la mediación; luego hemos puesto la conciliación, que también está siguiendo su curso en la tarea continua de nuestra institución, conciliación con funcionarios del Gobierno, cuando tenemos el conflicto que es imposible de ser solucionado de forma directa entre la parte y el defensor público responsable, está funcionando la parte de arbitraje; o sea, son distintos métodos de trabajo y estamos pensando en lo teórico y en la práctica, porque nosotros vamos de la teoría a la práctica y de la práctica a la teoría, como enseña la vieja escuela; estamos viendo cómo se abordan los conflictos complejos de la conflictividad social, donde parecería que resulta tan difícil construir un método dialógico, una mesa de diálogo, y a la vez que se construye la mesa de diálogo es muy difícil que ese diálogo fructifique; o sea que estamos ante una realidad para la que todavía no tenemos los métodos suficientemente afinados, ni claros, porque cada conflicto es en sí mismo un tema distinto; cada conflicto es diferente, así como en Medicina se dice que no hay enfermedades sino enfermos, nosotros también estamos viendo que en la conflictividad social cada conflicto requiere un abordaje específico. Todo este aprendizaje que es para compartir requiere que en el día a día y etapa a etapa se vayan profundizando los conocimientos, los saberes, compartiéndolos. Y en ese sentido, les agradecemos mucho a los que nos acompañan porque este sistema de taller de trabajo continuo permite el crecimiento del grupo que está en nuestra institución y de los árbitros, que también forman parte del espacio compartido.

Gracias al equipo de trabajo, a la Dra. Ayala, a la Dra. Cattaneo, a la Dra. Goldcher y al Dr. Murano. Les deseo éxito y nuevamente, muy agradecida a todos ustedes.

() Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

MESA I



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mesa I

Dr. Roque Caivano

Dr. Gustavo Fariña

Moderador: Dr. Gustavo Murano

Control judicial en el arbitraje: tendencias y perspectivas

*Por el Dr. Roque Caivano**

Muchas gracias a la Dra. Goldcher, a la Dra. Pierini y a la gente de la organización. La verdad es que pocas veces se ha visto un ejercicio de la democracia como el que hace periódicamente la Defensoría, porque -es cierto y lo recordaba Alicia- fui uno de los más críticos de esta idea y, sin embargo, persistieron democráticamente en seguir invitándome; tozudez y tenacidad que, finalmente, ha logrado su objetivo, porque los resultados están a la vista; uno puede desde la teoría suponer que las cosas no pueden funcionar de determinada manera o no pueden funcionar bien de determinada manera, y la verdad es que de la mano de la gente del equipo de la Defensoría se ha demostrado que esta idea sí puede funcionar, está funcionando y creemos que va a seguir funcionando cada vez mejor; así que, felicitaciones por todo el trabajo y mi reconocimiento por este gesto democrático de persistir en el error de invitarme siempre a estos eventos.

El tema que hemos elegido para abrir esta jornada es quizá uno de los más delicados que tocan al arbitraje: el tema del control judicial sobre el arbitraje.

Lo delicado del tema tiene que ver con que se trata de poner en tensión dos valores que son por igual deseables en materia de arbitraje: por un lado, la idea de un arbitraje relativamente autónomo, que pueda funcionar sin la muleta del Poder Judicial y sin interferencias del Poder Judicial; pero, por otro lado, también la seguridad jurídica que requiere un método por el que los conflictos se resuelven a través de una decisión vinculante de un tercero neutral.

Cuando hablamos de "autonomía del arbitraje" aludimos a la idea de que el arbitraje debe tender a ser lo más autónomo posible en relación con el sistema judicial, porque esto está en la idea misma del arbitraje. Cuando las partes se someten a arbitraje, lo que quieren es que sus conflictos sean resueltos por particulares al margen del sistema judicial. De hecho, se sabe que uno de los efectos que produce la celebración de un acuerdo arbitral es la lisa y llana renuncia de las partes a ser juzgadas por los tribunales judiciales. Si pactando el arbitraje lo que las partes quieren es no

ser juzgadas por los tribunales judiciales, lógico es suponer que el nivel de interferencia que el Poder Judicial puede tener sobre el arbitraje debe reducirse a lo mínimo indispensable, porque de otra manera se traicionaría lo que fue la intención común de las partes cuando lo pactaron. Además, se justifica por razones de eficacia, la práctica muestra que cuando un arbitraje es recurrentemente interferido judicialmente termina siendo absolutamente ineficaz, no sólo no logra el objetivo que las partes buscaban -que era resolver de manera eficiente un conflicto al margen del sistema judicial-, sino que la labor de los árbitros termina viéndose perturbada por decisiones judiciales que terminan minando la credibilidad del arbitraje como sistema de resolución de conflictos. Por tanto, el arbitraje, para poder ser eficaz, requiere que tenga un razonable grado de autonomía.

Esto, obviamente, no significa que sea posible -ni siquiera que sea deseable- una absoluta y total autonomía, por una sola razón: los árbitros resuelven con efecto de cosa juzgada una controversia que las partes le someten; y por efecto de la ley, no sólo en el ámbito doméstico, interno, sino también en el ámbito internacional a través de tratados de los cuales la Argentina también es parte, los jueces están obligados a ejecutar las sentencias que dictan los árbitros como si fuesen sus propias sentencias. Si el ordenamiento equipara los laudos a las sentencias en cuanto a sus efectos y en cuanto a su forma de ser ejecutadas compulsivamente, y obliga a los jueces a prestar el *imperium* para que esa ejecución forzada sea posible, la consecuencia directa, lógica, inevitable es que los jueces algún grado de supervisión tienen que tener en relación con la sentencia cuya ejecución forzada la ley les manda. No es lógico que un juez deba ejecutar a ojos cerrados una sentencia que un árbitro ha dictado, algún grado de supervisión, insisto, debe existir, existe en todas partes del mundo y es razonable y deseable que exista; el problema es cuánto control judicial es el ideal. Sabemos que cero control judicial no existe casi en ninguna parte del mundo. Por otro lado, un control judicial abusivo tampoco sirve. ¿Dónde está el punto medio? Veremos a través de un breve repaso lo que es la experiencia en el Derecho comparado, por dónde el mundo ha encontrado esa franja de equilibrio, la dosis adecuada de control judicial.

Cuando uno mira los últimos 50 años de evolución del arbitraje en el Derecho comparado, lo que se advierte es una clara evolución

hacia una mayor autonomía. Cada vez más el arbitraje está siendo considerado autónomo en relación con el Poder Judicial, y cada vez necesita menos del Poder Judicial. La secuencia ha sido ir reduciendo o eliminando las interferencias judiciales previas al arbitraje; ha sido también la tendencia eliminar o reducir o circunscribir a muy pocos casos la interferencia judicial o el control judicial durante el arbitraje; y ya concentrado todo el control judicial *a posteriori*, luego de dictado el laudo arbitral, pero tampoco de manera amplia, sino, a través de determinadas circunstancias que el juez debe revisar respecto de lo decidido por los árbitros. Sin embargo, el control judicial no se ha eliminado completamente. Anticipo que la conclusión va a ser que coincidimos con la idea de que no es posible un arbitraje con total ausencia de control judicial.

Vamos a analizar todo el ámbito del control judicial, entonces, desde tres aspectos: primero, en relación con la oportunidad: cuándo es oportuno que el PJ controle lo que pasa en un arbitraje. Segundo, la extensión, a qué efectos, qué es lo que el PJ debe controlar de un arbitraje. Y tercero, cuál es la naturaleza de este control impuesto por la ley, ¿debe ser disponible?, ¿debe ser indisponible?, ¿debe ser ampliable?, ¿debe ser reducible? Sobre estos tres puntos vamos reflexionar.

LMU es la Ley Modelo Uncitral que, como ustedes saben, es un modelo de ley propiciado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, un organismo que está integrado por expertos de alrededor de sesenta países del mundo de diferentes culturas jurídicas que convergen en esa comisión con la idea de armonizar la legislación a nivel internacional, entre otras. Y la forma de armonizarlo es proponer al mundo un modelo de legislación de modo que cualquier legislador de cualquier parte del mundo que fuese pueda tener a su disposición un texto legislativo que, si quiere, lo puede adoptar a libro cerrado, si quiere, lo puede adoptar de manera parcial o inspirarse en esa ley modelo para sancionar una ley propia. Estas han sido, en general, las variantes que ha seguido el mundo a la hora de tomar o dejar de tomar la ley modelo; lo cierto es que desde 1985 hasta acá no ha habido ningún proceso de reforma de legislación de arbitraje que no haya tenido en cuenta la ley modelo, aunque sea para no tomarla, han debido tener en consideración lo que la ley modelo propone, y no son pocos los países que han adoptado el texto

exacto de la ley modelo. Entre nuestros vecinos, la ley 1997 chilena, Ley de Arbitraje Comercial Internacional del 2006 ó 2004 es el texto exacto de la LMU; originalmente en la región, el primer país que la adoptó casi a libro cerrado fue México, que incorporó sus normas al Código de Comercio en 1992 ó 1993. Por eso digo que tomamos como ejemplo de lo que vemos como la tendencia universal en materia de regulación legal del arbitraje la LMU, porque de hecho es lo que más expansión ha tenido.

En relación con **la oportunidad**, la ley modelo establece un principio general en el artículo 5 que, como vamos a ver, postula que las únicas intervenciones judiciales autorizadas son las que autoriza expresamente la ley, ninguna otra es posible. Segundo, dota al acuerdo arbitral de un carácter autosuficiente, esto quiere decir que la cláusula arbitral no necesita ser complementada por un ulterior acuerdo -el famoso compromiso arbitral que tantos problemas ha creado y sigue creando en los países donde existe, entre los cuales, la Argentina, y probablemente me sobren los dedos de una mano para contar los que todavía tienen la arcaica figura de compromiso arbitral-, pero además le añaden a la cláusula arbitral los condimentos de ser separable del contrato en el cual está contenida y de dotar a los árbitros de autoridad para decidir sobre su propia competencia, lo que se conoce como el principio de Kompetenz - Kompetenz (competencia-competencia). Además, establece en el artículo 5 la obligación de remitir al arbitraje, digamos. ¿Qué postula el artículo 5?, básicamente: "En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga". Y, ¿en qué casos la ley dispone la intervención judicial?, básicamente crea algunas funciones de asistencia -designar a los árbitros o decidir acerca de su recusación- siempre que no se hubiese pactado ninguna cosa diferente, o asistir a los árbitros en la práctica de prueba o en las medidas de ejecución compulsiva que sean necesarias. En cuanto al control, las únicas funciones de control que la ley modelo le atribuye al juez son: un recurso contra la decisión de los árbitros de declararse competentes, en el artículo 16; un recurso de anulación contra el laudo final, en el artículo 34; y el control previo al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, en el artículo 36. Como ustedes ven, estamos hablando de tres únicos supuestos de intervención judicial a los fines de control que la ley reconoce muy acotados, muy limitados y muy

circunscriptos a determinadas circunstancias, específicamente previstas en la ley. Por otro lado, sabemos que la exigencia legal de celebrar el compromiso arbitral usualmente deriva en una acción judicial; si una de las partes es renuente a celebrar el compromiso arbitral -o aun cuando no sea renuente, las partes no se ponen de acuerdo con el contenido del compromiso arbitral-, la derivación natural que hace la ley es el juez para que resuelva. Esta es una interferencia que no sólo impide que el arbitraje pueda comenzar de manera eficiente, sino que también tuerce la regla conforme a la cual los árbitros son los jueces de su propia competencia, porque si finalmente el juez es quien debe decidir si el compromiso arbitral debe celebrarse o no o debe celebrarse o no en tales o cuales condiciones, una de las condiciones que el juez va a mirar para admitir o no la celebración forzada del compromiso arbitral es si el acuerdo arbitral es válido y si los árbitros tienen competencia, cuestión que, a través del principio de Kompetenz - Kompetenz (competencia-competencia) se pretende que sean los árbitros y no los jueces los que la resuelvan.

Entonces, eliminando la figura del compromiso arbitral, plasmando en una norma de Derecho positivo el principio de Kompetenz - Kompetenz (competencia-competencia) y estableciendo el requisito de la separabilidad de la cláusula arbitral respecto del contrato en el cual está contenida, lo que se logra es evitar una intervención judicial evitable -perfectamente evitable- y convertir a los árbitros en los jueces, los primeros jueces de su propia competencia. Respecto de su propia competencia, los árbitros no son ni los únicos, ni los últimos jueces, pero la ley modelo quiere que sean los primeros, que siempre el primero en pronunciarse sobre el alcance de su propia competencia sea el tribunal arbitral, aunque sujeto al recurso de revisión judicial posterior.

Finalmente, en el artículo 8, la ley modelo establece la famosa obligación de remitir. Cualquier juez al que se le plantee una demanda cubierta por un acuerdo arbitral tiene que declararse incompetente a pedido de parte, y remitir la cuestión a ser resuelta por los árbitros como un modo de respetar la intención común de las partes al someterse a arbitraje.

En conclusión, respecto de la oportunidad del control, primero se logra que los árbitros conserven una jurisdicción primaria sobre la posibilidad de que determinadas controversias sean sometidas a arbitraje y sobre el alcance del acuerdo arbitral; se evita que haya

interferencias antes o durante el proceso arbitral; y se concentra todo el control judicial al final, una vez dictado el laudo. Como se ve, la única excepción a este principio de que todo es controlable luego de dictado el laudo es el control que la ley modelo permite sobre la decisión de los árbitros de declararse competentes cuando esta es adoptada en forma previa. Sin embargo, debo decir también que algunas leyes de más moderna factura que la LMU están tendiendo a hacer de este recurso lo que técnicamente se conoce como un recurso diferido, o sea, el recurso debe plantearse en el momento en que los árbitros se declaran competentes, pero, concedido el recurso, solamente es revisable esta decisión al final, una vez dictado el laudo, para evitar que el proceso arbitral se vea interrumpido o suspendido por el recurso judicial contra la decisión de los árbitros.

En cuanto a **la extensión del control**, sabemos que hay dos recursos básicos que caben contra los laudos arbitrales: por un lado, recurso de apelación, recurso amplio que otorga la posibilidad al tribunal de alzada de revisar el contenido, los méritos, la aplicación del Derecho, la interpretación de los hechos; y un recurso restringido, limitado, circunscripto a determinadas causales, que es el recurso de nulidad, que sólo permite a los jueces revisar la validez del laudo sobre la base de determinadas causales taxativamente enunciadas por la ley.

La tendencia en el Derecho comparado es, claramente, eliminar el recurso de apelación. La tendencia es que el laudo sólo sea revisable respecto de su validez y sólo por las causales previstas en la ley. Ninguna ley tiene inconveniente -algunas lo plantean de manera expresa- con que las partes pacten una revisión arbitral, una segunda instancia arbitral para revisar los laudos, a condición de que esté expresamente pactado. Argentina, Holanda, Perú, Estados Unidos reconocen de manera expresa que esto es posible. En otras legislaciones no está previsto de manera expresa, pero ningún principio de la ley se opone a que las partes convengan en un recurso de apelación arbitral. El problema es que no hay recurso de apelación judicial. Y excepcionalmente existe un puñado de legislaciones que todavía mencionan o contemplan alguna suerte de recurso de apelación, aunque con distinto grado. En Bélgica, por ejemplo, se permite que el laudo pueda ser apelado judicialmente, a condición de que las partes expresamente lo hubiesen pactado; en caso de silencio, el laudo

es inapelable. Esta es la solución que ahora tiene la legislación francesa; ustedes saben que en enero de 2011 Francia reformó de manera sustancial la parte de arbitraje del Código Procesal Civil y, en este punto, cambió la regla. Francia tenía hasta el año pasado una regla similar a la nuestra: el laudo en arbitraje doméstico es apelable, salvo pacto en contrario. Ahora tiene una regla similar a la de Bélgica: el laudo sólo es apelable si las partes expresamente previeron un recurso de apelación. Los que quedan con un modelo parecido al nuestro son Inglaterra y Portugal, con distinto sentido porque, por ejemplo, en Inglaterra, la norma que autoriza la revisión judicial de eventuales errores de Derecho cometido por los árbitros está circunscripta a arbitrajes domésticos o a arbitrajes internacionales en los cuales la ley inglesa sea aplicable; si la ley aplicable al fondo de la controversia es una ley distinta de la inglesa, el laudo no es apelable judicialmente porque se interpreta que los jueces ingleses sólo pueden revisar la correcta aplicación de la ley inglesa, no de cualquier otra ley que los árbitros hubiesen debido aplicar. Las causales de revisión, en general, son las que la ley modelo contempla en el artículo 34, que a su vez han sido tomadas del artículo 5 de la Convención de Nueva York del 58, y tienen que ver esencialmente con la incapacidad de alguna de las partes que pueda invalidar el acuerdo arbitral; la omisión de notificar la designación del árbitro o alguna cuestión procesal que haya hecho imposible para una parte hacer valer sus medios de defensa; que el laudo decida sobre una materia que no había estado sometida a arbitraje o en exceso de los términos del acuerdo arbitral; que el tribunal arbitral se haya constituido de manera irregular o que los procedimientos se hayan seguido de manera irregular; y, finalmente, las dos únicas causales por las cuales uno puede de oficio revisar la validez de un laudo conforme este modelo de ley es que el objeto de la controversia no sea arbitrable, y que la decisión del árbitro viole el orden público.

Vimos entonces, respecto de la oportunidad, que en el arbitraje el control judicial es en general *ex post*; vimos respecto de la extensión, que en general es circunscripta a determinadas causales de validez. El último punto que nos proponíamos abordar es la **naturaleza de este control**, y acá lo que cabe preguntarse es cuál es el rol que cumple la autonomía de la voluntad de las partes respecto del sistema de control judicial diseñado por el legislador; las partes, ¿pueden modificarlo, pueden ampliarlo, pueden restringirlo, pueden

renunciarlo?, o hasta dónde es permitido en este esquema que las partes cambien el modelo de control judicial previsto por la ley.

Primera cuestión, ¿es posible reducir el control judicial? Para la Argentina e Inglaterra, por ejemplo, la prohibición es expresa, la propia ley dice que el recurso de nulidad es irrenunciable; la ley modelo no lo dice, pero todos los comentaristas de la ley modelo aseguran que fue una cuestión absolutamente implícita en quienes trabajaron en ella, de modo que pareciera haber consenso universal en que el **recurso de nulidad es el umbral mínimo por debajo del cual no puede reducirse el control judicial**. En Estados Unidos, la Federal Administration Act no dice absolutamente nada en relación con esto, pero sí hay alguna jurisprudencia que ha señalado que no es admisible un pacto entre las partes tendiente a reducir o a eliminar el control judicial previsto en la ley. Hay una excepción a todo esto, que está dada en el caso de arbitrajes internacionales, cuando el arbitraje internacional tiene sede en un determinado país, pero el caso, ya sea la materia o las partes, no tienen ningún contacto con ese país diferente de haber sido elegido como sede del arbitraje. Media docena de países admiten la posibilidad de renunciar aun al recurso de nulidad, aunque con ciertas especificaciones. Suiza, Túnez, Bélgica, Perú y Suecia permiten que las partes de un arbitraje internacional renuncien al recurso de nulidad, siempre que se den todas las siguientes condiciones: primero, que sea un arbitraje internacional y no un arbitraje doméstico; segundo, que la renuncia sea expresa e inequívoca; la justicia suiza, por ejemplo, ha dicho que no se requieren fórmulas sacramentales, pero sí se requiere que no quede ninguna duda de que la intención común de las partes fue renunciar el recurso de nulidad; otra condición es que ninguna de la partes tenga domicilio, ni sea nacional, ni tenga residencia en estos países. Y esto es así porque la falta de contactos personales de un caso con la sede del arbitraje hace suponer también que ese laudo difícilmente vaya a intentar ser ejecutado en el país. Lo que estas leyes dicen es, si dos extranjeros que no tienen ninguna relación ni de domicilio, ni de nacionalidad, ni de residencia, ni de sede de sus negocios, ni de ninguna otra clase eligen Ginebra como sede del arbitraje, ¿cuál es el interés que tienen los jueces suizos en revisar la validez de ese laudo?, en principio, ninguna, mientras no quieran ejecutar el laudo en Suiza. Si las partes expresamente lo renunciaron, sabiendo que más tarde o más temprano control judicial habrá, porque un laudo

dictado en Suiza -salvo en Suiza, donde sería ejecutable como un laudo doméstico- en cualquier otro país, debe ser ejecutado como un laudo extranjero; como laudo extranjero es ejecutado al amparo de la Convención de Nueva York, y al ser ejecutado al amparo de la Convención de Nueva York entran todas las causales de revisión que hemos visto (invalidez del acuerdo arbitral, irregularidad del procedimiento, violación del debido proceso, extralimitación de los árbitros, violación del orden público, no arbitrabilidad de la materia, etc.). Estos países están diciendo que, si dos partes que no tienen que ver con nuestro país eligen nuestro país para arbitrar, nuestros jueces pueden no controlar la validez del laudo porque finalmente la controlará aquel juez adonde lleven a ejecutar este laudo; eso sí, todas hacen la misma salvedad: si este laudo se pretendiera ejecutar en este país, será tratado como un laudo extranjero, para permitir el control que sobrevendría de la aplicación de la Convención de Nueva York. Las dos excepciones a este modelo son Panamá y Francia. La ley de 1995 de Panamá contemplaba un artículo que preveía la posibilidad que las partes renunciaran al recurso de nulidad contra los laudos sin hacer ninguna clase de condiciones, ni especificaciones; o sea, admitía en toda clase de arbitrajes una renuncia lisa y llana al recurso de nulidad. Esta norma fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de Panamá, precisamente por violar la Constitución el punto a la garantía de acceso a un control razonable, judicial de las decisiones de los árbitros. En el caso francés, Francia no tenía esta norma, la incorporó ahora en la reforma de enero de 2011, circunscripta a arbitrajes internacionales y a que la renuncia sea expresa, no exige falta de contacto personal de las partes con Francia, por lo tanto, una parte francesa o con domicilio en Francia o con residencia en Francia podría en un arbitraje internacional con sede en Francia igualmente renunciar al recurso de nulidad, siempre la condición está en que si ese laudo fuese ejecutable en Francia, será igualmente revisado como si fuese un laudo extranjero. La justificación del sistema de renuncia al recurso de nulidad que vimos se basa en la fórmula usual de control judicial en el arbitraje internacional. En el arbitraje internacional coexisten, en general, el recurso de nulidad ante los tribunales de la sede y el control que hace el juez de la ejecución respecto de laudos extranjeros. En general, es un sistema de doble o múltiple control, porque la parte que pierde puede plantear la nulidad del laudo ante los tribunales de

la sede del arbitraje, por ejemplo, argumentando que se le ha violado la garantía del debido proceso, y la decisión que ese juez tome, en principio, no tiene efectos más que en ese país. Por ejemplo, arbitraje con sede en la Argentina, se dicta el laudo contra una parte, esa parte plantea el recurso de nulidad ante los jueces argentinos porque se le violó la garantía del debido proceso, el juez argentino puede decidir dos cosas: anular el laudo o rechazar el recurso. Si rechaza el recurso, uno puede suponer que la causal invocada en el recurso de nulidad no puede ser después planteada en ningún otro caso porque ya es cosa juzgada, es cosa juzgada en la Argentina; pero cuando ese laudo se lleva a ejecutar a Brasil, por ejemplo, el ejecutado puede volver a oponer como defensa ante el juez brasileño -para que el juez brasileño deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo- que se le violó la garantía del debido proceso; y para el juez brasileño lo que haya decidido el juez argentino es absolutamente irrelevante, el juez brasileño va a volver a mirar con sus propios ojos si la garantía del debido proceso fue violada o no fue violada a efectos de permitir o no permitir la ejecución forzada del laudo en Brasil, y así hasta la eternidad, porque si no tiene éxito en Brasil puede intentar en Bolivia, en Paraguay, en Chile, en Suiza, en Estados Unidos, en Turquía, en Japón o en Arabia Saudita; y en cada uno de esos lugares el ejecutado puede volver a oponer la misma excepción para oponerse a que el laudo sea reconocido y ejecutado, sin que ninguna de las decisiones anteriores haya sido vinculante para el juez de la ejecución. Esto quiere decir que, cuando el juez de la nulidad no anule el laudo, su decisión tiene un efecto extraterritorial prácticamente nulo. Siempre se sostuvo que en el caso inverso sí era útil el control judicial en la sede a través del recurso de nulidad, esto es, si el juez de la nulidad no anula, si el juez de la sede no anula, está bien, es cierto que hay ahí una suerte de ineficiencia, en tanto se permite que una misma defensa sea levantada en múltiples oportunidades, pero sí es útil el sistema en el caso inverso, porque si el juez de la sede del arbitraje en el recurso de nulidad anula el laudo, ese laudo no es ejecutable en ningún otro lugar. Pues bien, eso ya tampoco es así desde el momento que hay alrededor de 14 ó 15 laudos anulados en un país que han sido ejecutados en otros. Hay una lista de casos en los cuales tribunales franceses, belgas, norteamericanos, austriacos, turcos y holandeses han admitido la posibilidad de que en su país se ejecute un laudo que ha sido anulado en otro, con distintas razones, con distintos

fundamentos, pero finalmente la conclusión es que hoy no puede afirmarse que la declaración de nulidad del laudo en la sede del arbitraje tenga efectos *erga omnes*; en principio tiene efectos en ese país y habrá que ver si no existe algún país dispuesto a ejecutar un laudo anulado.

Para resumir, lo que procuran estas normas que permiten eliminar el recurso de nulidad en arbitrajes internacionales no es eliminar el control judicial, sino, en todo caso, relocalizarlo; lo que dicen es: no lo controlamos nosotros, pero sabemos que alguien lo va a controlar, y ese alguien es el juez que más interés tiene en controlarlo, porque es aquel de quien depende que el laudo sea ejecutable o no lo sea.

Finalmente, el otro problema es si las partes pueden ampliar el control judicial, si las partes pueden crear nuevas causales de nulidad o pueden hacer revisable el laudo por razones diferentes de las previstas en la ley. Claramente, la tendencia es que no. Fíjense la terminología que usa la ley modelo: primero, el artículo 5 -que ya vimos-, que restringe los supuestos de intervención judicial a los previstos en la ley; segundo, contra un laudo, sólo podrá recurrirse ante un tribunal judicial por nulidad, y sólo podrá ser anulado por las causales previstas en la ley; o sea, un sistema absolutamente cerrado que no deja lugar a dudas sobre la intención de la comisión que redactó la LMU de eliminar cualquier vestigio de autonomía de la voluntad en relación con la ampliación del control judicial. En Estados Unidos se pasaron décadas discutiendo sobre este tema, si era posible o no posible que las partes pactaran causales de revisión diferentes de las establecidas en la Ley Federal, las cortes de circuito estaban más o menos mitad por mitad divididas, hasta que finalmente en el año 2008 la Corte Suprema puso punto final al tema y dijo que los laudos arbitrales sólo son revisables por las causales previstas judicialmente en la Ley Federal de Arbitraje y no está permitido que ningún otro pacto cree nuevas causales. En este sentido, debo señalar que mi opinión es contraria a la tendencia general, debo ser uno de los pocos que predicen que los laudos deberían poder ser revisables por las razones que las partes expresamente hayan pactado; o sea que el modelo de ley debería flexibilizar la posibilidad de ampliar el control judicial si las partes lo desean. En general, nadie comparte mi opinión, debo señalarlo con total franqueza, lo he discutido con muchos colegas de distintas partes

del mundo y todo el mundo dice que estoy loco, y la verdad que, probablemente, tengan razón, lo que no quiere decir que no siga estando convencido de que en un método en el cual el principio básico es la autonomía de la voluntad pueda ser posible que las partes quieran un control judicial más amplio que el que la ley prevé. Lo que dicen es que eso desnaturaliza el arbitraje. Mi respuesta es: y sí, ¿cuál es la naturaleza del arbitraje que las partes no puedan modificar?, ¿la naturaleza inapelable de las decisiones? Es cierto que es una incongruencia ir a arbitraje y al mismo tiempo pretender que un juez revise lo decidido por los árbitros. Estamos de acuerdo, pero si las partes expresamente dicen que quieren que la decisión del árbitro sea revisada judicialmente, contra la decisión expresa de las partes me parece que pocos argumentos deberían caber. En cualquier caso, insisto, no he logrado convencer absolutamente a nadie con esta idea, pero la seguiré sosteniendo con tozudez.

En conclusión, a mi modesto modo de ver, la tendencia general respecto de la oportunidad es la correcta; para evitar ser interferido constantemente por recursos o revisiones judiciales, el arbitraje debe concentrar todo el control judicial al final, una vez dictado el laudo. También creemos que, en principio, los laudos no deben ser apelables y que el recurso de nulidad debe ser irrenunciable, esto es, que la ley establezca un recurso de nulidad irrenunciable como principio y que establezca que los laudos sean inapelables, pero admitiendo la posibilidad de que las partes pacten expresamente un recurso de apelación si lo desean, y que las partes re-localicen el control en arbitrajes internacionales a la manera de las legislaciones sueca, suiza, belga, peruana y tunecina. De este modo, creemos, el control judicial sobre el arbitraje tendería a un punto de equilibrio en el que sin ser completamente eliminado, sea reducido a lo indispensable para asegurar que a través del arbitraje se provea una justicia adecuada y razonable para las partes. Muchas gracias.

** Abogado especialista en Arbitraje y Resolución de Conflictos. Doctor en Ciencias Jurídicas. Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires. Profesor de grado y posgrado de universidades nacionales y extranjeras. Autor de numerosas publicaciones. Director del Programa de Entrenamiento para alumnos de la Universidad de Buenos Aires que participan en*

las competencias sobre Arbitraje Comercial. Presidente del Comité Organizador de la Competencia de Arbitraje Comercial, organizada por las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Rosario de Bogotá. Conferencista y seminarista nacional e internacional.

Evaluación neutral previa: Fundamentos y viabilidad de un método basado en el sentido común

*Por el Dr. Gustavo Fariña**

El tema sobre el cual voy a compartir algunas ideas con ustedes no tiene que ver específicamente con el arbitraje institucional. Si alguno conoce el mecanismo de la evaluación neutral previa, yo creo que, en la medida que vaya avanzando un poco, sí podría complementarlo.

Seguramente, muchos de ustedes son mediadores y están vinculados o familiarizados con la resolución alternativa. Yo trabajo hace quince años con la Dra. Highton y hace muchos años, cuando se empezaron a promover mecanismos, por distintos motivos en la Argentina -al igual que en muchos países latinoamericanos- han tenido mucho más desarrollo unos que otros, entre ellos: la mediación, la conciliación y el arbitraje.

La verdad es que yo perdí un poco de vista algunos otros mecanismos, yo me dedico a trabajar básicamente como mediador en el área de capacitación y en el área del ejercicio en distintos programas; y hace dos años tuve la oportunidad de participar en un programa invitado por el Departamento de Estado norteamericano para conocer quince días el sistema judicial norteamericano. Yo iba con un grupo de ocho personas, cada una de las cuales tenía un área de conocimiento particular, y tuve la oportunidad de visitar el Tribunal Multipuertas de Washington y ver en la práctica un mecanismo que, sinceramente, me interesó muchísimo en función, también, de algo que les voy a contar ahora, que tal vez son cuestiones que compartimos y, además, lo

vi en funcionamiento con una utilización masiva. Muchas veces, cuando nosotros hemos promovido algunos mecanismos, no necesariamente esos mecanismos tenían en los países de donde los hemos tomado el desarrollo que uno pensaba; es decir, cuando hablamos de mediación, la mediación no estaba desarrollada en su momento en Estados Unidos como se terminó desarrollando en Argentina y en la Capital Federal en particular.

Lo primero a lo que querría referirme es cuáles son las situaciones que yo como mediador y como abogado puedo ver o encontrar que hacen que dos personas no puedan negociar o no puedan seguir adelante las negociaciones por las cuales intentan superar un conflicto; esto sin ánimo de ser exhaustivo, porque si hablamos de razones por las cuales dos personas no acuerdan podemos estar toda una mañana y mucho más, si empezamos a profundizar las causas del conflicto; pero, someramente, y vinculado con el tema que vamos a desarrollar -evaluación neutral previa- podríamos decir que los conflictos muchas veces se traban o tienen una comunicación ineficiente. Es verdad que hay otros mecanismos que están desarrollados específicamente para trabajar la comunicación. Pero cuando dos personas tienen una comunicación ineficiente, muchas veces se polarizan las posturas, las argumentaciones jurídicas, porque además de que uno no tiene capacidad para escuchar al otro -porque cuando uno habla, lo que está haciendo es intentando refutar y cada vez poniéndose más firme en la propia postura-, también, al tener que estar estrictamente basándose en la percepción en relación con lo que hace el otro y al no tener caminos como para poder chequear la intención, generalmente, las partes asignan mala intención a cada uno de los planteos o de los reclamos que la otra parte hace. Entonces, vinculado con la polarización de las posturas, la comunicación ineficiente es un punto por los cuales las negociaciones fracasan y potencian esta situación.

En segundo lugar estaría la valoración sobredimensionada de las partes de sus alternativas: la razón que les pueda caber, el Derecho y las pruebas que ellos puedan llegar a producir y la subestimación de las contrarias. Muchas veces estamos a cargo de procesos donde tenemos a las partes defendiendo sus posturas cada una con el 50% de la biblioteca, y lo llamativo es que cada uno considera que el 50% de su biblioteca pesa más que el 50% de la del otro; serían situaciones que están muy dadas a

poder negociar porque, la posibilidad de éxito en caso de que ese proceso de mediación o de negociación fracase está limitado, podría ser en un 50%; pero, en esas situaciones, la gente fortalece mucho más su postura y se convence de que puede hacer valer el día de mañana ese posicionamiento.

Dificultad del abogado de llevar a la parte hacia una visión realista. Durante muchos años se criticó que los abogados hemos sido parte de una cultura litigante y que éramos muy litigantes; y esto no tenía que ver con un gusto que tuviéramos los profesionales por el litigio, sino que durante muchos años los abogados fuimos formados, básicamente, para defender los intereses del cliente a nivel judicial; recién a partir del año 93 empezaron las universidades nacionales a incluir en su currícula mecanismos alternativos. Pero la verdad -y muchos de ustedes quizás puedan compartir esta idea- es que los abogados no somos unos extraterrestres que caímos un día en la Ciudad de Buenos Aires, somos emergentes de una sociedad. Cuando un abogado intenta convencer a su cliente de que adoptar determinada medida puede generarle más daño que el beneficio momentáneo en lo que tiene que ver con la ruptura de relaciones, con el deterioro, con los costos, etc., los clientes no aceptan muchas veces esta visión que intenta ser objetiva en función del conocimiento que tiene el abogado tanto de la situación como de lo que puede la parte obtener en un juicio, y, o cambian de abogado, o entienden que el abogado no tiene intención de llevar el caso adelante. A veces se les complejiza mucho a los profesionales intentar decirle a su cliente que lo que está queriendo es difícil que lo pueda obtener el día de mañana. Yo siempre digo que en la antigüedad los emisarios de malas noticias eran sacrificados, en nuestro caso no se llega a tanto, pero lo que perdemos a veces es la relación con el cliente. Cuántas veces a los mediadores, los abogados nos han pedido que por favor los ayudemos a que su cliente pueda reflexionar sobre esto, y ustedes saben que es un trabajo permanente que hacemos los mediadores.

Convencimiento y pérdida de objetividad de los abogados respecto de la estrategia procesal diseñada del Derecho invocado en las perspectivas judiciales. No solamente al profesional a veces le es difícil ayudar a "objetivizar" a su cliente respecto de lo que puede implicar el día de mañana un proceso judicial, sino que yo creo que muchas veces los profesionales nos entusiasamos con

la estrategia y esto nos hace perder objetividad respecto de nuestra postura y la de la otra parte. Puede ser, incluso, que entre a jugar un ego; el otro día me mostraban demandas y contestaciones de dos juristas muy conocidos, las partes estaban queriendo acercarse, pero ellos tenían posturas respecto del tema en cuestión sobre el que escribían diferente. Sin llegar a extremos de dos personas que están defendiendo su teoría, en muchas mesas suele confundirse la sustancia con las personas, o sea, el contenido de la negociación pierde peso con relación a la participación de los negociadores y las actitudes que cada uno toma y se convierte en una batalla casi personal, donde se pierde dimensión de la verdadera fuerza de la postura que yo estoy sosteniendo. Finalmente, la polarización de las posturas, que ocurre en todo conflicto, se da del modo más gráfico cuando llega el momento de iniciar la demanda; es decir, hay una demanda, hay una contestación donde, por motivos procesales y por cuestiones de determinados temas del Derecho, no hay reconocimiento alguno de ninguna circunstancia entre las partes.

Yo creo que la evaluación neutral previa es un mecanismo que está pensado, básicamente, para facilitar o ayudar a que las partes puedan evaluar objetivamente la evolución del juicio; tiene de algún modo una vinculación con lo que sería el arbitraje no vinculante. El arbitraje no vinculante, creo yo, en muchos países no se ha desarrollado porque este objetivo de, simplemente, presentar a las partes la posibilidad de ver cómo evoluciona el caso tiene un costo muy alto en cuanto a tiempo, costos económicos, etc., simplemente para tener una visión; de ahí que el desarrollo principal del arbitraje fue en su faceta vinculante. Pero no deja de tener el mismo fundamento el permitirle a las partes tener la opinión de cómo un tercero podría resolver el día de mañana la cuestión que ellos están planteando.

En el Tribunal Multipuertas de Washington donde está planteada la demanda y la contestación, se le ofrece a las partes la posibilidad de que haya opinión de un tercero experto en la materia que haga una proyección respecto de cómo esa causa sería resuelta en ese tribunal en particular. Esto es, obviamente, no vinculante para las partes, es totalmente voluntario, y lo llamativo es que en el 80% de los casos donde las partes se someten a este mecanismo no siguen adelante con el proceso judicial.

Algunas características de la evaluación neutral previa son: es no vinculante; es confidencial; es totalmente informal porque no está atada a pautas judiciales establecidas; a diferencia de un proceso de mediación, sí requiere la experiencia profesional del evaluador en la materia, no solamente teórica, cuando se habla de experiencia profesional tiene que ver con una experiencia de campo. Quienes generalmente son evaluadores o a quienes las partes pueden confiar la evaluación del proceso pueden ser jueces retirados, abogados reconocidos en la materia, doctrinarios que paralelamente hayan tenido un desarrollo profesional en el campo; es necesaria la presencia del cliente y también tiene la posibilidad de participar. ¿Por qué es necesaria la presencia del cliente?, porque es importante que el cliente pueda escuchar de boca de ese tercero cuál cree que sería el resultado. Muchas veces, los departamentos jurídicos de las empresas o los estudios externos llevan adelante determinada negociación, ni siquiera llegan a conocer a fondo cuál es la postura de la otra parte, lo que conoce la parte es lo que su abogado le transmite respecto de lo que él va a hacer para defenderlo, de cuáles son las pruebas que van a producir que van a llevar agua para la postura que ellos están sosteniendo, cuál es el derecho que van a invocar que facilita que su demanda sea aceptada favorablemente, pero se pierde dimensión de todo lo que el otro puede llegar a hacer. Si hablamos de algunas características relevantes de este procedimiento podríamos decir que las partes hacen sus presentaciones al evaluador, no hay posibilidad de refutar las argumentaciones que cada una de las partes hace; las partes y los testigos pueden hablar dentro del proceso, este proceso podrá durar más o menos en función del caso particular de lo que las partes acuerden; el evaluador tiene posibilidad de preguntarles a las partes y a sus abogados sobre determinadas cuestiones; el evaluador prepara una evaluación y, una vez que esta evaluación es comunicada, se puede abrir un proceso de negociación entre las partes.

Si tuviéramos que resumir los pasos de la evaluación neutral previa podríamos decir que hay una petición con abogados, una reunión inicial con el evaluador, hay presentaciones escritas que hacen los abogados al evaluador, y en la sección de evaluación en sí misma el evaluador reproduce su actividad, lo que él va a hacer, el modo en que va a trabajar con las partes y presenta las reglas del procedimiento; hay una presentación de las partes -esto fue hecho

previamente de manera escrita- y en ese momento las partes pueden hacer una presentación de los reclamos y sus defensas, el evaluador puede hacer preguntas para clarificar, se identifican puntos en común que las partes tienen -esto con vistas a una negociación posterior-; el evaluador identifica puntos en discusión y las diferencias principales que las partes tienen; prepara la evaluación en forma privada y por escrito. Antes de comunicar cuál es su evaluación, consulta a las partes si quieren y pueden explorar el acuerdo antes de anunciar la evaluación, y si quieren que él mismo pueda facilitar esta negociación. Cuando hablábamos inicialmente de comunicación, es verdad que todo este mecanismo no está orientado solamente como objetivo a un proceso de negociación, o sea, en sí mismo está orientado a que las partes puedan tener la evaluación, lo que sí también puede hacerse es un proceso de facilitación o negociación directa entre las partes, una vez que el evaluador comunica a las partes su decisión. Una vez que presenta la evaluación, se puede abrir una nueva etapa de negociación y, finalmente, el evaluador expone una planificación de cómo, a su modo de ver, va a desarrollarse el proceso. Lo que hizo inicialmente cuando anunció su evaluación fue decir cuál iba a ser el resultado: entiende que el señor va a salir victorioso del pleito por tal motivo en general; después hace una evaluación de los tiempos, de la prueba que puede llegar a ser desestimada, de la prueba que puede ser admitida y, en definitiva, del resultado final del proceso. En dos situaciones puntuales el año pasado estuvimos en un proceso de mediación trabajando con las partes en la elección de un evaluador; después, por distintos motivos en un caso llegaron a un acuerdo antes de que fuera necesaria la evaluación y en el otro caso no lo hicieron. Es un mecanismo que puede ser adaptado a distintas situaciones, justamente, un mecanismo con costo y tiempo abreviados y con un conocimiento técnico en relación con la materia, donde finalmente va a tener que decidir un tercero respecto de dos posturas en donde las partes no pueden ponerse de acuerdo, allí la evaluación neutral previa, como la mediación, podría aplicarse. Yo estoy trabajando mucho en Escuela Judicial con aspirantes a magistrados, para que ellos estén en conocimiento de estos recursos, porque muchas veces cuando ya la demanda y la contestación están, tal vez es el momento ideal para que esto pueda celebrarse. Creo que básicamente en Argentina hay dos

vallas a superar vinculadas con este mecanismo: la primera tiene que ver con el tipo de Derecho que tenemos nosotros, en los Estados Unidos tienen Derechos basados en el sistema de precedente, nuestro Derecho se basa en la interpretación de la ley, esto genera mucha más distorsión y dificultad a la evaluación; aunque muchas personas que hablan de la evaluación neutral previa comparten este criterio. Pero la evaluación neutral previa se puede hacer respecto del tribunal en particular, y el tribunal en particular también tiene jurisprudencia que va asumiendo en casos determinados; entonces no es que sea totalmente difícil de evaluar cómo un juez en un caso determinado va a volver a fallar en relación a un tema, si ya hay jurisprudencia del fuero, jurisprudencia de cámara, fallos plenarios, etc.; es verdad que es mucho más sencillo cuando trabajamos en sistemas donde se basan en el precedente.

La segunda valla que me parece importante superar tiene que ver con la cultura y la confianza. En otros países, en las negociaciones, por ejemplo, se basan en la premisa de la buena fe. Cuando se empezó a desarrollar la mediación, una de las críticas que se le hacían era que podría ser utilizado como una maniobra dilatoria. Entonces, uno siempre está pensando que el mecanismo -dejando de lado las ventajas que puede tener- va a ser utilizado por el otro para poder perder tiempo. Si en la Argentina descreemos de un juez natural, qué queda para un tercero que venga y opine. Yo creo que los lugares donde se está desarrollando arbitraje son lugares que tienen una alta creencia en la gente de que estos lugares son imparciales, lugares que tienen mucha transparencia; no en cualquier lugar se puede desarrollar arbitraje, mucho más en países latinos que en otros lugares, por eso me parece que tal vez han tenido menos desarrollo, inclusive, por ejemplo, los procesos de mediación, tal vez debido a que el mediador se sortee; la realidad es que a mí no me sortean un médico, ni me sortean al oftalmólogo, ni me sortean al abogado que va a trabajar en mi causa, yo lo elijo en función de la idoneidad. Yo estoy trabajando mucho y mi opinión es que tarde o temprano debería poder elegirse al mediador simplemente en función de la idoneidad, hay mediadores mucho más idóneos que otros, hay gente mucho más seria que otra. Lo mismo debería pasar con la evaluación neutral previa. Es verdad que estamos pasando una época todavía de crisis y de falta de creencia en las instituciones y esto complejiza

más el mecanismo, lo cual no significa que en un caso dado no se pueda encontrar gente que sea respetada en su opinión, en su idoneidad y en su modo de intervención por las partes; que pueda encontrarse alguien que sea muy reconocido a fin de facilitar que las partes puedan tener una visión un poco más objetiva de qué es lo que va a ocurrir el día de mañana.

Solamente me interesaba poder compartir que esto está funcionando y muy bien en otros países, y no es complejo, no se necesita ni una ley para que esto se instaure, ni una discusión institucional desde un organismo público que empiece a desarrollar una experiencia que otra, que bienvenido sería y lo podría difundir, simplemente basta con que sepamos que esto funciona, sepamos cuáles son los objetivos, cuáles son las situaciones donde esto puede realmente ser un aporte para los procesos de negociación que desarrollen las partes e intentar difundirlo. Muchas gracias.

** Abogado, mediador y capacitador de la Fundación Libra. Desde el año 1993 desarrolla programas de resolución alternativa de disputa en el país y en el exterior. Coordinador y Profesor del Programa de Actualización en Negociación y RAD en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*

Rueda de preguntas

Pregunta del auditorio (al Dr. Caivano): Usted no hizo ninguna distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de amigable composición, quería saber si toda su exposición es aplicable a ambos sistemas o debemos hacer alguna consideración en algunos casos.

Dr. Caivano: Si ya es ilógico que las partes incorporen un recurso de apelación judicial contra un laudo de derecho, diez veces más ilógico es que lo hagan respecto de un arbitraje de equidad, por eso es que, aun en nuestra legislación, que admite el recurso de apelación para el árbitro de derecho, no lo admite para el árbitro de equidad. Con todo, no es absolutamente incompatible la idea

de que puedan las partes querer -aun en un arbitraje de equidad- un recurso judicial de apelación. Funcionar puede funcionar, va a seguir siendo un despropósito. Quiero que se entienda bien, yo no estoy defendiendo la idea de que los laudos deben ser apelables, creo que no hay nada más incompatible con el arbitraje que una apelación, lo que digo es, si dos partes quieren un recurso de apelación, no veo por qué debemos prohibírsela; lo que defiende es la libertad de las partes de pactarlo, pero a esas mismas partes les diría que ni locos lo pacten. Y en materia de arbitraje de equidad, peor que peor. Fíjense que la vieja y la nueva legislación francesa permite el recurso de apelación, aun respecto de laudos de equidad, dicen que cuando un laudo de equidad sea apelable judicialmente, el juez de apelaciones también tiene que juzgar en equidad, porque si no, lo que se produce es una distorsión absoluta entre la solución en equidad en una primera instancia versus una solución legal, en segunda.

MESA II



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mesa II



Dr. Gualtiero Martín Marchesini

Dra. María Blanca Noodt Taquela

Dr. Jorge Armando Rojas.

Moderadora: Dra. Flavia Goldcher

Libre circulación de las sentencias y laudos en el ámbito del MERCOSUR

*Por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini**

Quiero agradecer a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que continúe con estas jornadas en las cuales todo un equipo está trabajando y son pilares el Dr. Gustavo Murano, la Dra. Flavia Goldcher, dos grandes trabajadores del arbitraje.

Dicho esto, vamos a ir al aspecto de la libre circulación de las sentencias y laudos dentro del ámbito de la integración regional, es decir, el MERCOSUR.

El mundo de la posguerra, es decir desde mediados del siglo pasado hasta nuestros días, se caracteriza por la búsqueda de la superación del fenómeno de las fronteras, con países integrados que constituyen una región con caracteres comunes donde el objetivo central a conseguir consiste en facilitar, simplificar y garantizar el reconocimiento y establecimiento de procedimientos o mecanismos tendientes al logro de la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales, como así también la libre circulación de decisiones jurisdiccionales, sean estos laudos o sentencias entre los Estados partes o Estados miembros de estas comunidades, a punto tal de llegar a erigirse en la no menos célebre quinta libertad.

Esta orientación se inclina por reconocer los pronunciamientos arbitrales y judiciales dictados en el extranjero con arreglo a las normas sobre jurisdicción internacional del tribunal sentenciante, y a no entorpecer mediante la revisión de fondo tales resoluciones.

Sin seguridad jurídica no es factible integrar los factores de la producción. Sin seguridad jurídica no existe seguridad económica, ni en los países, ni en los mercados integrados. No existe una verdadera integración económica sin una sólida integración jurídica. Lo que más interesa a los operadores económicos para garantizar la seguridad jurídica es el mecanismo de resolución de conflictos y que esas resoluciones jurisdiccionales puedan ejecutoriarse con las menores trabas posibles.

La resolución de los conflictos mercosureños se realizó mediante el arbitraje. Los Estados partes encontraron en él: a) un foro neutral sin la interferencia de los tribunales estatales; b) la posibilidad de

recurrir a un tribunal judicial imparcial en caso que el laudo deba de ser impugnado por nulidad; c) la seguridad que el laudo podrá ser sumaria y rápidamente ejecutado.

Así, en el ámbito del MERCOSUR, con la vigencia del Protocolo de Brasilia (17/12/1991); del Protocolo de Ouro Preto (17/12/1994); y luego con el Protocolo de Olivos (18/02/2002) y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, aprobado en nuestro país por Ley 25223 del 24/11/1999, se dictaron en el marco del Tratado de Asunción (1991) 12 laudos por tribunales arbitrales *ad hoc* con 5 aclaratorias y 4 laudos, y 1 aclaratoria por el Tribunal Permanente de Revisión, más 8 resoluciones en materia controversial, más 3 opiniones consultivas y resoluciones conexas. No se contemplan los conflictos entre particulares, salvo que sea tomado por un Estado parte. No obstante, la Decisión CMC 3/98 de los 4 Estados firmantes del Tratado de Asunción aprobó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR con la intención de facilitar a los particulares -o al sector privado de los Estados partes- la utilización de métodos alternativos de resolución de controversias que surjan de los contratos comerciales internacionales celebrados entre personas físicas o jurídicas de derecho privado.

El acuerdo arbitral deberá constar por escrito, y se regirá por el Derecho del lugar de celebración. Si las partes no acuerdan previamente, el arbitraje será de derecho, pero podrán acordar que sea de derecho o de equidad, pudiendo también elegir el Derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al Derecho internacional. Si las partes no lo determinasen, esa tarea corresponderá a los árbitros, quienes deberán guiarse por los mismos criterios.

El acuerdo con los Estados adherentes fue aprobado por la Decisión 4/98 del CMC, brindando a los sectores privados de los Estados partes del MERCOSUR, de Bolivia y Chile, la posibilidad de recurrir a métodos alternativos de resolución de aquellas controversias que puedan surgir en los contratos comerciales internacionales.

En materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el ámbito mercosureño, se siguió la "Convención de Panamá" (30/01/1975); la "Convención de Montevideo" (05/08/1979); el "Protocolo de Las Leñas" (27/05/1992) y hoy, la "Convención de Nueva York de 1958" (10/06/1958) sobre

"Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros" ratificada por los cuatro Estados partes que integran el MERCOSUR entre los más de 120 países adherentes en el mundo.

La cooperación jurídica internacional consiste en la entreatyuda que se prestan los órganos jurisdiccionales de los Estados con el propósito de no interrumpir la continuidad de un proceso incoado ante un tribunal, que -a ese efecto- se ve necesitado de solicitar asistencia a otro tribunal foráneo.

La cooperación jurídica internacional en sentido amplio comprende tres capítulos:

- a) La atribución o distribución de la competencia entre las jurisdicciones de los distintos Estados.
- b) El cumplimiento extraterritorial de medidas procesales dictadas por jueces o árbitros de un Estado y el reconocimiento.
- c) La ejecución extraterritorial de las sentencias y laudos pronunciados por jueces y árbitros de un Estado extranjero.

El laudo o sentencia dictada en un Estado tiene los efectos de cosa juzgada en ese Estado, pero carece de efecto o eficacia extraterritorial.

¿Cuándo no se debe de reconocer el laudo o sentencia extranjero? Según la Convención de Nueva York del 10/6/1958, las causas de no reconocimiento serían:

- a) Incapacidad legal de las partes o invalidez del acuerdo según el reglamento arbitral dictado por las partes o la legislación del país donde se dictó el laudo o sentencia.
- b) Falta de notificación debida del procedimiento arbitral o impedimento de su defensa a la parte ejecutada.
- c) Laudo o sentencia dictado *ultra petita*.
- d) Tribunal arbitral no constituido o cuyo procedimiento no se atuvo al reglamento arbitral dado por las partes o a la ley del país del arbitraje.
- e) Laudo o sentencia no obligatoria para las partes o que ha sido anulada o suspendida en el país donde se ha dictado.

Es facultativa la denegatoria:

- f) Si el objeto de la diferencia no es arbitrable en el país de ejecución.
- g) Si el reconocimiento o la ejecución son contrarios al orden público del país en que se va a ejecutar.

El reconocimiento es la admisibilidad jurídica del laudo o sentencia extranjero y la ejecución consiste en dotarlo de fuerza ejecutiva para requerir el *imperium* del Estado requerido.

En primer lugar corresponde analizar los requisitos formales, procesales y materiales del decisorio. En cuanto a los primeros - formalidades externas de autenticidad para el MERCOSUR-, corresponde hallarlas en el "Protocolo de Las Leñas"; los segundos -la regularidad del proceso-, los encontramos en la "Convención de Nueva York", sin olvidar la "Convención de Panamá" y la "Convención de Montevideo".

La "Convención de Nueva York" no reglamenta todo el procedimiento arbitral; sólo se ocupa de la validez legal de los acuerdos de arbitraje, de su obligatoriedad y de la obligatoriedad de los laudos arbitrales. Tiene vigencia casi universal y está reconocida por los 4 países suscriptores del "Tratado de Asunción" (MERCOSUR) y regula dos de los aspectos fundamentales del arbitraje privado internacional, como son el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los denominados "laudos extranjeros". Entre sus principales méritos se destacan:

a) Recoge la noción de sentencia extranjera, siendo tal la que ha sido dictada en territorio distinto al del Estado donde se solicita su reconocimiento y ejecución.

b) Presume la validez de los acuerdos arbitrales y la regularidad de las sentencias arbitrales extranjeras.

Establece el requisito de la obligatoriedad de la sentencia extranjera, no su firmeza. La Convención de Nueva York logra superar el llamado "doble *exequatur*" en el arbitraje.

c) Exige para la ejecución de la sentencia extranjera la presentación del acuerdo arbitral y del laudo traducido al idioma en que se redactó el compromiso arbitral y al del país ejecutante.

d) Reviste al laudo de presunción de validez *ab initio*, y quien se resista al reconocimiento y/o ejecución debe probar que no se encuentran reunidos los requisitos de validez.

e) Posibilita el rechazo de oficio por el juez requerido cuando el laudo se opone al orden público internacional o se trata de una cuestión no arbitrable.

f) Permite el reconocimiento así como la ejecución parcial del laudo, el denominado "*exequatur* parcial".

La R. Argentina la ha ratificado el 28/9/1988 por Decreto 1524/88 con reservas de reciprocidad y comercialidad. El Estado Argentino solamente aplicará la Convención de Nueva York a laudos: que provengan de un Estado que también la haya ratificado; que hayan sido dictados en materia comercial; que tengan carácter de tales, es decir, pronunciamientos de naturaleza jurisdiccional sujetos a recursos de apelación y de ejecución.

Lord Mustill la ha calificado como "el más efectivo instrumento de Derecho comercial". Impulsó la promoción del arbitraje y favorece la armonización legislativa. Se trata de un exitoso instrumento del Derecho internacional privado y del Derecho de la integración en materia de armonización legislativa, que ha favorecido la libre circulación de laudos y sentencias.

Existen hasta hoy más de 1.500 sentencias dictadas por jueces nacionales de los Estados parte que aplican el Derecho del MERCOSUR. Debemos señalar la enmienda constitucional del Brasil, que modifica la competencia para otorgar el *exequatur* en materia de medidas cautelares atribuida únicamente al Superior Tribunal Federal (STF), que pasó a quedar bajo la competencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ), cambio que va mucho más lejos que modificar un trámite.

Las medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros no eran reconocidas en Brasil, pues de modo persistente el STF denegaba el *exequatur* por la falta de carácter ejecutorio en territorio brasilero por carecer de legislación que autorice la homologación de decisiones que no sean definitivas.

Para asegurar dentro de una región integrada, como es el MERCOSUR, la libre circulación de personas, mercaderías, bienes y servicios hay que garantizar la seguridad jurídica con el respeto irrestricto de los compromisos internacionales; de la legislación integracionista; de las decisiones de los jueces y árbitros de los Estados parte y la libre circulación de las sentencias y laudos dictados por ellos. Los tribunales nacionales se han pronunciado sobre cooperación de primer grado y sobre medidas cautelares. La interpretación prevaleciente es pro integracionista y hay fallos de los cuatro Estados acordantes en Asunción que están conformes a los objetivos trazados, involucrándose en el proceso regional. El

nuevo concepto de soberanía y la prioridad jerárquica de la norma comunitaria sobre la estadual con el reconocimiento a los tratados de una jerarquía constitucional, permite elaborar el concepto de supranacionalidad, que es una buena incubadora para el florecimiento de las libertades de circulación de los factores de la producción, garantizándolos con esta quinta libertad.

En el cauce de la armonización jurídica del Derecho procesal se destaca la labor llevada a cabo por UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales del 2004.

Desde principios de la década de los setenta venimos diciendo que la integración no es un fin en sí mismo, sino una herramienta para el desarrollo de los pueblos. También dijimos que es un medio para lograr el bien común del hombre y la paz social en los pueblos que se integran hacia el progreso.

La libre circulación de sentencias y laudos requiere de un constante avanzar integracionista con vocación política para que impere un nuevo concepto de soberanía como "competencia" de los Estados y no como "poder absoluto" de los mismos; de un avance del concepto de la "supranacionalidad"; de una "priorización jerárquica" del Derecho de la comunidad o de la región por sobre el Derecho de los Estados parte para crear el ámbito propicio de la libre circulación, tanto de los factores de la producción como de los laudos y sentencias en aras de garantizar el derecho y la paz social.

** Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas. Jurista. Conjuez. Árbitro Internacional y de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de Arbitraje en maestrías y doctorados de universidades nacionales. Autor de numerosas obras en materia de arbitraje.*

Normas procesales aplicables a los procedimientos arbitrales

*Por la Dra. María Blanca Noodt Taquela**

Muchísimas gracias a la Defensoría por esta invitación. Por supuesto, las instituciones se muestran siempre a partir de personas, así que, en este caso le quiero agradecer muchísimo a la Dra. Flavia Goldcher y a la Dra. Ana María Bargiela, que también ha hecho el contacto, y la presencia de todos ustedes que a mí me alegra, sobre todo, para hablar de estos temas, como el del procedimiento arbitral, que yo elegí.

La gran pregunta es quién decide y en qué momento cuáles son las normas que rigen el procedimiento arbitral. Para esto vamos a ver dos o tres tendencias o formas de encarar este tema, y luego vamos a ver cómo inciden las concepciones que se tienen del arbitraje en esta elección y veremos las ventajas de uno y otro.

En primer lugar, hay reglamentos de arbitraje que le atribuyen facultades a los árbitros para determinar las normas de procedimiento cuando estas normas no han sido pactadas por las partes, y, por supuesto, se refiere a lo que no esté previsto en el reglamento, porque las normas del procedimiento están dadas, en primer lugar, por el reglamento de arbitraje; la cuestión es aquello que no esté previsto en el reglamento -que equivale a la autonomía de la voluntad de las partes- o que las partes no lo hayan acordado individualmente, tanto sea en una cláusula compromisoria -que a veces se hace, pero que no es lo más habitual- o con posterioridad. Muchas veces, los mismos árbitros tratan de instar a las partes para que puedan acordar normas, pero si eso no sucede, el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, que como ustedes saben es la institución más prestigiosa y más reconocida a nivel internacional, en su artículo 15 les da atribuciones a los árbitros. Esto no fue así siempre, son los dos últimos reglamentos los que consagran esta atribución de los árbitros; y la norma permite que esa decisión de los árbitros se tome con referencia o no a un Derecho procesal; es decir, los árbitros pueden dictar normas para ese caso particular -que van a complementar el reglamento- sin necesidad de hacer una referencia a un ordenamiento procesal o, eventualmente, a una ley de arbitraje; no es necesario, pueden hacerlo o no. Algo similar

sucede con el nuevo reglamento de UNCITRAL que acaba de mencionar el Dr. Marchesini. Ustedes saben que UNCITRAL no es una institución administradora de arbitraje, a diferencia de la Cámara de Comercio Internacional o a nivel local podemos hablar de la Bolsa de Comercio o la Cámara Argentina de Comercio; estas son instituciones administradoras, UNCITRAL es uno de los órganos de Naciones Unidas que se ocupa de la unificación del Derecho Mercantil, no se ocupa de administrar arbitraje, por lo tanto, todo el trabajo de arbitraje de UNCITRAL tiene que ver con proveernos de modelos para que las instituciones y los países nos guíemos y podamos usar esos modelos que nos proporciona UNCITRAL; por eso se llama Ley Modelo de Arbitraje Comercial la de UNCITRAL, aprobada en 1985 con las modificaciones del 2006, y por eso ese famoso reglamento que elaboró UNCITRAL en 1976 es como un modelo para que lo puedan adoptar las instituciones o que puedan usarlo las partes para arbitrajes *ad hoc*. Ese reglamento del 76 fue actualizado. Entonces, en su artículo 17 también el reglamento de UNCITRAL le da facultades a los árbitros, siempre en subsidio con relación a lo que puedan pactar las partes. El reglamento del 76 no tenía una norma tan expresa como la actual, sino que hacía referencia a que los árbitros pueden dirigir el arbitraje del modo que consideren más apropiado, siempre que se respeten los principios básicos del arbitraje: darle la oportunidad a las partes de defender su caso y el tratamiento igualitario a ambas partes. Esa fórmula que aparecía en el viejo reglamento de UNCITRAL más o menos podemos encontrarla en otros reglamentos, por ejemplo, en el reglamento de la American Arbitration Association de 1997, artículo 16; o en el reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el último reglamento del 2002, en su artículo 12; o si queremos referirnos a un nivel de reglamentos locales, por ejemplo, el reglamento del CEMARC -el Centro de Arbitraje de Cámara Argentina de Comercio- también junto con la determinación de los puntos del litigio, cuando falte el acuerdo de las partes, en el artículo 30, tercer párrafo, permite que los árbitros dirijan el arbitraje, sin decir en forma tan expresa que pueden dictar las normas del procedimiento, es algo cercano pero no tan expreso.

Esa sería una línea. Por otro lado, tenemos aquellos reglamentos que hacen una remisión expresa a una legislación procesal nacional o provincial. En muchos casos, la remisión es al Código Procesal Civil

y Comercial de la Nación, en el caso de los reglamentos de Argentina. Esto, por ejemplo, sucede en el reglamento de la Bolsa de Comercio en su artículo 24, que dispone en subsidio de lo que está previsto en el reglamento las normas del Código Procesal. También sucede lo mismo, por ejemplo, con el reglamento del Consejo Profesional de Ciencias Económicas que, por lo menos en la última versión que yo tengo, el artículo 8.8 también hace una remisión -a pesar de tratarse de un arbitraje de equidad, porque es un arbitraje de Ciencias Económicas- en el procedimiento a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Podemos observar estas dos tendencias. Ahora bien, ¿qué pasa si no estamos en el marco de un arbitraje institucional, que tiene la gran ventaja de un reglamento?, ¿qué pasa si tenemos que enfrentarnos a un arbitraje *ad hoc*?; es decir, si las partes han pactado un arbitraje, pero no se han sometido al reglamento de una institución, ni a la institución misma; en ese caso, si las partes no pactaron las normas de procedimiento, pero es evidente que quieren llevar adelante un arbitraje porque han pactado una cláusula arbitral, pueden tener serias dificultades, sobre todo, si la sede del arbitraje se encuentra en Argentina y más concretamente, en la Ciudad de Buenos Aires, porque, por ejemplo, nuestra vieja legislación, nuestro Código Procesal en el 751 dice que si las partes no fijan el procedimiento los árbitros tienen que decidir si el arbitraje se va a realizar de acuerdo al procedimiento del juicio ordinario sumario; bueno, sabemos que se ha modificado el Código y que ya no tenemos el procedimiento sumario, lo que empeora todavía más la situación, pero de cualquier manera, esto no parece una solución muy apropiada.

Las soluciones que se dan a nivel internacional para los casos en que las partes no pactan el procedimiento, una solución posible - que algunos pueden encontrarla buena y otros no tanto, pero es otra forma de encarar el tema- es la que hizo la "Convención de Panamá" en 1975, la Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada en el seno de la Primera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, que normalmente se conoce por sus siglas, CIDIP. Argentina es parte de esta Convención desde 1995, la ratificó recién en ese momento, todavía un poco más tardíamente que la de Nueva York; en este momento tiene 19 países ratificantes y Nueva York es multitudinaria, son

alrededor de 144 los países ratificantes. Esta "Convención de Panamá", en principio, prevista para los países que forman parte de la OEA, lo que incluye a EE.UU., prevé en su artículo 3 que si las partes no pactaron las normas de procedimiento, el arbitraje se va a desarrollar de acuerdo a las normas de la CIAC -"Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial"-, creada en 1934, lo cual hace que un arbitraje que podía entenderse *ad hoc* porque las partes no habían previsto ninguna institución administradora y ningún reglamento, se convierte por imperio de este tratado en arbitraje institucional; por eso digo que a alguno puede gustarle esta solución y a otros, no. La crítica que podemos hacer del artículo 3 es que las partes pareciera que no querían arbitraje institucional y el tratado se lo impone. Lo que a mí me gusta de esta norma es que las partes no pactan las normas del procedimiento y no pactan un reglamento cuando hay desconocimiento, y esto le sucede no a las grandes empresas; las grandes empresas tienen sus asesores, tienen sus estudios de abogados muy importantes que, si quieren realmente un arbitraje *ad hoc* van a elaborar unas normas de procedimiento en la cláusula arbitral que a lo mejor tiene una página y media o más; pero esto seguramente no lo va a hacer una PyME, ni una pequeña ni una mediana empresa va a estar en condiciones -ya bastante si puede lograr firmar algún contrato, porque muchas veces los contratos terminan siendo contratos verbales y no se materializan por escrito-, mucho menos, ante un acuerdo arbitral va a pensar en las normas de procedimiento; entonces, desde mi punto de vista, la solución de la "Convención de Panamá" tiene sus ventajas, aunque reconozco que también puede ser criticada. Sin embargo, esto se desvirtuó un poco con los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR, que ya les mencionó también el Dr. Marchesini. En realidad, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR prevén una serie de normas de procedimiento, el artículo 12 tiene una serie de normas de procedimiento, pero también tienen una remisión a CIAC, pero con la aclaración de que esto no convierte el arbitraje en institucional, por esa crítica que yo mencioné hace un momento. Esto generó una serie de problemas, sobre todo, con la designación de los árbitros, porque si ustedes no tienen intervención de la institución, ¿quién va a designar los árbitros si usa el reglamento, pero no interviene la institución? A consecuencia de esto se hizo un acuerdo en 1999 para tratar de "enmendar" lo que se había puesto en los acuerdos y tratar más o

menos de solucionarlo y darle una participación y una intervención a la institución en el caso de designación de los árbitros.

Esto ha sido una digresión para mostrar que hay otros caminos posibles para las reglas de procedimiento. Me gustaría en este momento recordar que a veces esa concepción que podemos decir que inserta el arbitraje dentro de un sistema jurídico nacional, que es normalmente el de la sede del arbitraje, es una concepción que ha tenido mucho peso en la historia del arbitraje, pero no es la única concepción imperante, porque con posterioridad han surgido otras concepciones que conectan el arbitraje -cuando se trata de arbitraje internacional- con diversos ordenamientos jurídicos, con todos los que arbitraje pueda tener algún tipo de vinculación, que son aquellos donde, por ejemplo, puede ser que se tenga que ejecutar el laudo, esto que Emmanuel Gaillard llamó la concepción "westfaliana", por universal o por distintos ordenamientos.

Por último, se puede hablar de una concepción más autónoma del arbitraje, que lo independiza de los sistemas jurídicos, tanto del sistema jurídico de la sede, como de otros sistemas jurídicos. Eso no quiere decir que no haya controles, hay controles, como bien dijo el Dr. Caivano, hay momentos y circunstancias en las que existe un control judicial de arbitraje. Esta norma emblemática que es la "Convención de Nueva York", como detalladamente nos lo ha comentado el Dr. Marchesini, realiza un control en el momento de ejecución del laudo, además de los controles del caso del recurso de nulidad.

Entro ya en el último punto, evaluando estos distintos sistemas para las normas de procedimiento, pareciera que remitimos aún subsidiariamente para las normas de procedimiento del arbitraje a un Código Procesal que está previsto para los procesos judiciales; pareciera que muchas de las ventajas del arbitraje se pueden desvirtuar porque una de las tantas ventajas que tiene el arbitraje con relación a los procesos judiciales es la mayor flexibilidad para la determinación, para el caso concreto, de las normas de procedimiento. No quiere decir que el arbitraje sea un proceso informal, en absoluto, el arbitraje está sometido a reglas, normas y formalidades, pero tiene la posibilidad de ser adaptado a cada caso concreto, no es lo mismo si se trata de un arbitraje de un tema de un monto no demasiado importante o si se trata de arbitrajes donde existen complejidades muy grandes, por el tipo de cuestiones, por ejemplo, técnicas o jurídicas o ambas que se

discuten y cuando existen montos muy altos comprometidos. Puede haber casos sometidos a arbitraje de características muy diferentes. Lo que tiene de sabio el reglamento de ICC y otros reglamentos que siguen su línea es que son escuetos y esto da una mayor posibilidad para determinar reglas a los árbitros. También es cierto que, a veces, reglamentos que son más detallados cumplen una función pedagógica para las partes y para los mismos árbitros, a veces la perspectiva que nos tomamos para mirar las cosas puede tener sus ventajas o inconvenientes; pero esta flexibilidad de las normas de procedimiento pareciera que se pierde, en buena medida, si nos remitimos a una aplicación subsidiaria de normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como puede ser del Código Procesal de cualquier provincia. Supongamos que la Bolsa de Rosario, la de Mar del Plata o cualquier otra institución pueda hacer una remisión al Código Procesal local. Desde mi punto de vista, esto no es lo más conveniente. No solamente se puede perder la celeridad, puede ser que el nivel de debate no sea el apropiado, un mayor o menor nivel de debate, una mayor o menor amplitud en la prueba, dependiendo de las características del caso. Por otra parte, creo que no se nos debe escapar cuando el arbitraje es internacional la progresiva disminución que va teniendo la legislación de la sede del arbitraje como reguladora de los arbitrajes internacionales. Si bien es cierto que los tratados siguen apoyándose en la sede del arbitraje -básicamente, me refiero a Nueva York y a Panamá-, sin embargo, progresivamente se va tendiendo a disminuir esa importancia de la sede del arbitraje. Muchas gracias.

** Profesora de la Maestría en Derecho Internacional Privado y de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la UBA. Investigadora del Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA. Autora de varios libros sobre arbitraje. Árbitro nacional e internacional.*

El arbitraje institucional

*Por el Dr. Jorge Armando Rojas**

Gracias por la invitación, sobre todo, a la Dra. Flavia Goldcher, que siempre me tiene en cuenta.

El tema sobre el cual voy a ocuparme es el arbitraje institucional, y para bajarles la ansiedad a ustedes y por la pregunta que hizo la Dra. Noodt Taquela, el Código Procesal se sigue aplicando supletoriamente en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, si alguno quiere venir a litigar, tranquilo puede venir a litigar, con una salvedad, que el artículo 24 dice dos cosas: una es que en los arbitrajes domésticos se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero en los arbitrajes internacionales, supletoriamente se aplica la ley uniforme de UNCITRAL, que es un aspecto importante a tener en cuenta porque yo, por gentileza de Flavia, tuve oportunidad de revisar el reglamento para el servicio de Conciliación y Arbitraje de esta institución y me encontré con algunas cuestiones muy importantes que tienden a la mayor flexibilidad de las formas, pero que generan una especie de mayor inseguridad para el litigante, por ejemplo, en este reglamento que tienen en la Defensoría no está contemplada la cuestión de la competencia, cómo se resuelve; es decir, hay un principio a eliminar en materia arbitral que es el de "kompetenz-kompetenz", que quiere decir que los árbitros analizan su propia competencia.

En este momento, en el tribunal de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires hay un expediente que tiene 12 cuerpos, nada más ni nada menos, solamente la demanda ocupa dos cuerpos y medio, esto se los digo como simple referencia anecdótica para que ustedes vean el volumen de lo que significa ese proceso. El monto del reclamo supera los setecientos millones de dólares, y la cuestión que se planteó hoy a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es una cuestión de competencia. Y se planteó una cuestión de competencia, porque nosotros, los abogados, no somos lo suficientemente idóneos como para manejar el arbitraje administrándolo como corresponde cuando gestamos la cláusula compromisoria. Y no somos idóneos porque no le prestamos atención, porque no somos cuidadosos, porque generalmente, aun los estudios grandes que son estudios corporativos, le dicen a un *junior* que complete con una cláusula

compromisoria que saca de otro contrato y la pega. Entonces, en este caso puntual hay doce contratos, los doce contratos son contratos conexos; en el primer contrato se establece que la competencia es nuestra, o sea, dice específicamente: el tribunal nominado es el tribunal general de arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires; y en el último contrato, en el número 12 se dice que se deja sin efecto la cláusula aquella para nominar a otro tribunal que no existe, entonces, la pregunta que me hago y que les hago es cómo resolverían esta situación en un reglamento más flexible como este que dice, en el artículo 32, que el tribunal arbitral se va a conformar luego de la contestación de la demanda, ¿quién resuelva la cuestión de la competencia luego de la contestación de la demanda?, ¿quiere decir que las partes están litigando sin tribunal formado?, les dejo la inquietud.

Cuando nosotros trabajamos con el proceso y el proceso es judicial o es arbitral -porque puede ser judicial o puede ser arbitral, pero es proceso al fin-, lo que tenemos que manejar son los principios liminares que hacen a la existencia del proceso, porque esto me va a permitir dos cosas: o defenderme como corresponde, si soy atacado; o atacar como corresponde, si soy el actor. Pero ni siquiera eso está contemplado en esto porque acá no está distinguida la pretensión de la petición. Claro que no trabaja un procesalista en esto. Pero la pretensión es una cosa y la demanda -que es un acto procesal de petición formal que tiene por efecto iniciar un proceso en donde yo lo que pido es, precisamente, que se desarrolle el proceso- no tiene absolutamente nada que ver con la pretensión. La pretensión está ínsita dentro del acto de petición, y para estar ínsita dentro del acto de petición tengo que ejercer una pretensión. Y fíjense qué paradoja: desde ahí surgen los puntos que van a ser objeto del compromiso. Y esto el reglamento de ustedes no lo contempla. Yo sé que se puede entender, yo sé que ustedes lo hacen de buena fe, yo sé que ustedes pactan que supletoriamente se aplica el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Y fíjense que el primer problema lo tienen con la constitución del tribunal. Entonces, lo importante en un proceso arbitral es tener en cuenta que el sistema arbitral de que se trate, el que ustedes quieran, no estoy hablando de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, hay un reglamento mucho más moderno que es el reglamento de la Bolsa de Comercio en Mendoza, que está trabajado sobre la base del reglamento de la Bolsa de Comercio de

Buenos Aires, pero que tiene un *aggiornamento* que lo hace un poco más ágil, sobre todo, en materia de producción de prueba y en materia recursiva; pero nuestro reglamento es del año 1973, claro que necesita un *aggiornamento*, y nuestro Código Procesal es del año 1967, también necesita un *aggiornamento*, porque todavía estábamos con la vieja doctrina que nos venía de Italia, en donde el pretor tenía que convalidar el laudo que dictaba el árbitro; claro que necesita un *aggiornamento*, pero cuando hablamos de la legislación arbitral, la sugerencia que yo siempre hago es que, en lugar de ir por el todo, podemos ir por un pedazo del todo y empezar a trabajar con el Código Procesal *aggiornándolo*, como por ejemplo, lo hizo la provincia de Río Negro, que tiene la ley UNCITRAL adentro del Código Procesal, y eso nos permite un *aggiornamento* del proceso. Ahora bien, la pregunta es: ¿para qué queremos *aggiornar* el proceso?, -me pregunto y les traslado la inquietud a ustedes- ¿para qué, si no lo usamos? No lo usamos, y cuando tenemos que usarlo vamos al arbitraje institucional porque nos brinda más seguridad, porque nos brinda más certeza, porque nos brinda un contorno a nuestra incertidumbre que nos hace litigar dentro del proceso arbitral con un mayor grado de regularidad en el desenvolvimiento del proceso y del cumplimiento de los actos que hacen a ese proceso arbitral. Y entonces aparece una ventaja importantísima en el arbitraje institucional que no la tiene el arbitraje *ad hoc* porque no sabemos hacerlo, asumámoslo, nosotros, los abogados, no sabemos hacerlo, porque yo no sé si ustedes van a pactar una cláusula compromisoria con todos los vericuetos que una cláusula compromisoria requiere para conformar un tribunal *ad hoc* en donde le demos todos los elementos al tribunal *ad hoc* para que no se aparte de esa cláusula compromisoria; y lo que María Blanca decía, que a veces tienen una página y media, conozco de más extensión todavía, de cláusulas compromisorias en donde se le brindan todos los elementos necesarios al tribunal, pero ¿quién hace eso?, ¿ustedes lo hacen?, ustedes dicen, no, mejor voy a la Defensoría donde tengo un reglamento que me brinda certeza y sé a qué me tengo que atener, entonces litigo con certezas porque lo que me importa a mí como abogado es conocer cuáles son los principios que tengo que observar para poder desarrollar el proceso y que el proceso esté válidamente constituido; y para que esté válidamente constituido el proceso uno de los elementos fundantes es que tengo que tener un juez competente, y si no tengo un juez

competente porque no estoy en la Justicia, tengo que tener un árbitro competente o un tribunal competente, porque la competencia es un presupuesto procesal esencial para la constitución válida de un proceso y, si la competencia es un presupuesto esencial, la manifestación negativa es lo que conocemos como excepción de incompetencia. Lo que me importa cuando diseño un proceso es respetar los principios liminares que hacen al debido proceso legal, y los principios liminares que hacen al debido proceso legal acá, en Estados Unidos, en Japón o en Zambia son muy parecidos, no digo que son iguales porque les mentiría, porque no los conozco, pero son muy parecidos, porque el Código ya dejó de ser la única fuente generadora del Derecho, y hoy a nivel internacional el contrato, y sobre todo, el contrato atípico, que existe en todo el mundo, es la principal fuente generadora del Derecho, y precisamente, la doctrina emanada de los tribunales arbitrales a nivel mundial está desarrollándose como una especie de nueva *lex mercatoria*, cuando Francesco Galgano enseña la nueva *lex mercatoria* está cambiando a nivel mundial, porque dejó de ser la ley comercial que nosotros conocíamos, ahora está conformada por la doctrina que emerge de los pronunciamientos de los tribunales arbitrales, por eso hasta llego a preocuparme cuando en Cromaloy se acepta la ejecución de un laudo nulo y en Hill Marton no se acepta la ejecución de un laudo nulo, y entonces me conmueve, y entonces empiezo a tener muchos cuidados, que de la única manera que lo puedo despejar es sabiendo cuáles son los principios liminares que hacen a la conformación del debido proceso legal. Les voy a mencionar algunos de estos principios liminares a nivel local, por ejemplo, los tomos de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales; el principio de autoridad que está consagrado en el artículo 18 de la CN me dice que el juez que tiene que intervenir en el proceso es el juez natural, y ¿quién es el juez natural?, en el arbitraje es el árbitro porque a nivel oficial, a nivel justicia nacional, el constituyente, diseñó un principio, pero el legislador es el que diseña el sistema; y el legislador diseñó el sistema que se llama Código Procesal. Nos guste o no nos guste, ese es el sistema que tenemos, y sobre eso me parece que conviene trabajar para mejorarlo. Y esos principios, ¿cómo cobran vida en la realidad, cómo me doy cuenta que esos principios cobren vida en la realidad?, que el juez sea competente, que el árbitro sea

competente, que se respete la bilateralidad, es decir, que el principio de contradicción cobre vida en la realidad, que tenga la posibilidad de establecer un sistema legal porque, aunque no se ajuste a ninguna ley, ambas partes lo hayan diseñado y existe una *lex fori* que me dé respaldo al diseño que yo le hice. En fin, que pueda actuar de la manera que yo entienda que pueda actuar y precisamente, diseñando un sistema, que son las formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida dentro de un ordenamiento cualquiera, por ejemplo, un ordenamiento arbitral, por ejemplo, este ordenamiento arbitral, cumple su finalidad, se puede mejorar como todo en la vida, todo es perfectible, yo estoy luchando hace mucho tiempo por tratar de mejorar el reglamento de la Bolsa, pero no puedo, trato de hacer lo posible por trabajar con los colegas y no tengo buenos resultados porque los colegas todavía no están preparados para la flexibilidad que reclama María Blanca, porque tienen miedo, porque se asustan del sistema, y como tienen miedo y se asustan del sistema prefieren no moverse porque el miedo paraliza, el miedo conmueve y paraliza, y automáticamente no se hace nada. Y el reglamento en el artículo 87 dice que las partes pueden proponer al tribunal la modificación o complementación de normas de procedimiento del reglamento, siempre que no se alteren los principios liminares del arbitraje. Entonces, yo que soy el director del proceso les digo que me propongan algo, y si no me proponen, les propongo yo.

Las ventajas que le brinda el arbitraje institucional al común de la gente es precisamente que le pone un contorno a la incertidumbre y esta incertidumbre quedó despejada y sabemos a qué atenernos. Entonces, el arbitraje nos da miedo porque no sabemos dónde podemos terminar, porque hay una concepción un poco etérea de que no se sabe bien qué normas se aplican, qué legislación se aplica. Cuando lo bajamos a la realidad y lo corporizamos en una institución, automáticamente desciende la ansiedad y el reglamento es el reglamento que estableció la institución y las partes saben a qué atenerse porque ahí sí se conoce cuáles son las reglas de juego, y las reglas de juego tienen que ver, precisamente, con el debido proceso legal; porque hay que conformar al tribunal arbitral para poder lograr una medida cautelar porque el tribunal es el que la tiene que resolver, y hasta tanto no estén designados los árbitros no se puede conformar el tribunal; y la superación de esta desventaja que genera el arbitraje institucional depende de

nosotros; depende cómo lo pactemos nosotros cuando escribimos la cláusula compromisoria a la que nadie le da bolilla. Ahí aparece la labor del abogado, y ahí es el abogado el que asesora a la parte y le dice que aquel tribunal le brinda más ventajas que este, porque si tiene que pedir una medida cautelar tiene que esperar que se conforme el tribunal, y éste ya está conformado, no necesita otra cosa más que ir y pedirselo.

Hay otras ventajas que ofrece el arbitraje institucional: la permanencia, la habitualidad de los árbitros. En el tribunal de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, al igual que en el de Mendoza, los árbitros son permanentes, son siempre los mismos, pueden cambiar porque hay un régimen de recusaciones y excusaciones que es el mismo régimen que establece el Código Procesal y, eventualmente, puedo recusar a alguien; cuando hay que nombrar a un árbitro suplente para integrar el tribunal, usted puede ejercer una facultad que es decir que no quiere que le sorteen a fulano y a mengano porque no le gusta la cara, porque usa gomina o porque come guiso y a usted no le gusta la gente que come guiso; y no tiene que dar ninguna razón -artículo 9 del reglamento-, simplemente decir que no quiere incluirlos, con lo cual me queda una lista de árbitros suplentes que es muy cortita, no son cien mil, serán más o menos diez o doce, como para designar entre ellos a quien resulte elegido.

Estas reglas preestablecidas facilitan dos cosas: el acceso al arbitraje y evitar lo que la doctrina denomina "cláusulas patológicas", porque el acceso al arbitraje es simplemente con la demanda, no hay que pedir formación de ningún tribunal porque el tribunal ya está formado. Estas ventajas que consisten en reglas preestablecidas le brindan a las partes una especie de mayor control, mayor seguridad, porque saben a qué atenerse, no hay nada que pueda aparecer como no previsto. El arbitraje institucional evita, entre otras cosas, alguna discusión que se puede plantear con respecto a los costos del arbitraje. Los honorarios de los árbitros, por ejemplo, en la Bolsa de Comercio de Mendoza, no están a cargo de las partes, nos paga la Bolsa al secretario y a los árbitros, las partes no tienen que pagar nada. La diferencia desde el punto de vista financiero en los costos de un arbitraje en la Bolsa comparado con la justicia es prácticamente la mitad; en un proceso de un millón de pesos, usted tendría que pagar treinta mil pesos de tasa de

justicia en sede judicial; en la Bolsa pagan alrededor de quince mil; hay una ventaja comparativa que tiene que ver con esto que después se traslada a la agilidad que tienen los trámites, porque un proceso puede demorar mucho tiempo si tiene pruebas muy abundantes, mucho tiempo pueden ser dos años o dos años y medio, pero nosotros tenemos procesos resueltos en tres meses, en seis o en ocho meses, cuando los procesos son sencillos y rápidos de resolver y esto abarata los costos; y además abarata los costos de los honorarios, en cuanto a la imposición de costas, porque, como se trata de una tarea extrajudicial, se aplica la ley de aranceles, aspecto que a muchos no les gusta, pero les pido que lo analicen desde la medida que significa el esfuerzo que tiene que hacer el abogado y el tiempo que le insume el desarrollo de un proceso judicial. Existe una responsabilidad civil, es un tema muy importante a tener en cuenta que ya excede el marco de los árbitros en sí mismos para trasladarse a la institución, lo cual le brinda, a partir del prestigio que tiene la institución de la que se trate y la solidez que tiene la institución un respaldo a las partes de que no se va a cometer ninguna tropelía, aspecto que a veces puede generarle algún tipo de dudas.

Otro aspecto importante es que la existencia de un reglamento les impide a ustedes que se paraliquen los trámites porque alguna de las partes no lo active. En la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, la falta de activación de un trámite me obliga a mí a decirle a las partes -como lo he hecho hace poco tiempo y terminamos cuatro o cinco procesos- que, si no activan el proceso, voy a declarar la caducidad de la instancia arbitral y voy a archivar las actuaciones. Yo se lo pido a la parte y la parte, o lo activa -como sucedió en un caso que se lo habían olvidado, directamente, en un estudio grande- o lo dejan morir, y eso provoca el archivo de las actuaciones.

Otro aspecto importante es que se facilita la asistencia, no sólo desde el punto de vista logístico a las partes que litigan, sino desde el punto de vista administrativo a las partes cuando tienen que litigar, porque hay un lugar físico donde pueden acudir a consultar, todos vienen a consultar cómo se calcula la tasa de arbitraje, pero también pueden consultar otras cosas; pueden venir a verme y decirme que el testigo se enfermó, y yo le diré que no se haga problema, que pidan otra audiencia y listo, tendrá que justificar que se enfermó y ya está; de esa manera nos manejamos;

o me dice que está llegando a un acuerdo con la otra parte, yo le pregunto si quiere que lo llame a una audiencia, y esa intermediación facilita la gestión administrativa de las partes, y así es como me vienen a ver los letrados para pedirme que agilice un trámite o para que lo haga de tal o cual manera, y esa intermediación ayuda a que las partes desenvuelvan su proceso de la mejor forma que corresponde. Hay otro apoyo que es el apoyo logístico, porque en el tribunal podemos brindarle filminas, transparencias para que pasen con el retroproyector, o cañón, también tenemos televisión; todo eso nos ha sucedido y nos lo han pedido y lo hemos hecho y se han tomado audiencias con transparencias, con gráficos, hasta se llegó a tomar una teleconferencia a partir de la cual dos testigos domiciliados en Estados Unidos declararon en un buffet de Estados Unidos porque los letrados de las partes se pusieron de acuerdo, alquilaron un local dentro de un hotel de primera línea en la zona de Retiro y se hizo una teleconferencia con el tribunal conformado constituido en el hotel y los testigos hablando en Estados Unidos y nosotros podíamos preguntarle directamente a los testigos. Esta mayor facilidad tiene que ver precisamente con el acercamiento de las partes, si están de acuerdo en hacerlo y vienen los letrados, me lo piden y lo hacemos, directamente, no hay ningún problema. Todo esto tiene que ver con las ventajas que ofrece una institución para desarrollar un arbitraje, y a mí me parece que la clave en todo esto está primero en formar al operador jurídico, clave fundamental para poder desarrollar el arbitraje; segundo, fortalecer las instituciones que trabajan en materia arbitral, tratando de dar la difusión necesaria como para saber que por allí se pueden canalizar algunas cuestiones, porque el proceso arbitral sigue siendo un proceso adversarial tal como nació desde que la humanidad es humanidad, no es un proceso donde las partes amigablemente se reúnen a tomar café y arreglan todas sus cuitas charlando un rato; ni aun cuando el tribunal actúa como amigable componedor, porque también tiene la obligación de dictar un laudo que tiene que estar fundado; actuar como amigable componedor no significa apartarse del Derecho, significa dulcificar la letra de la ley, entonces, tenemos que desmitificarlo desde este punto de vista y tal vez el avance más importante venga por el desarrollo de las instituciones, por eso no me preocupa tanto cuando se alude a la legislación arbitral el tenerla en forma imprescindible para que el arbitraje despegue, me hace

acordar cuando me invitaban a Mendoza y me decían que querían que les fuera a hablar de arbitraje y yo les contesté que iba si les iba a hablar a los profesores de la facultad para que enseñen arbitraje, porque sin la preparación del operador jurídico a mí no me sirve hablarle de arbitraje a la gente, porque es como si ustedes me quisieran regalar un avión para que me vaya y me siente frente a los controles y no sepa qué hacer con ellos, porque no conozco el sistema, y para conocerlo me tengo que meter en él y empezar a manejarlo y que me enseñen cómo se maneja, porque nadie aprende nada solo, y una vez que me enseñaron cómo se maneja tal vez después empiece a quererlo, y de esa manera se terminan las complejidades del arbitraje, porque todo depende de una actitud mental nuestra, porque aquello que conozco y entiendo dejó de ser complejo para ser simple. Les agradezco y quedo a disposición.

** Profesor de grado y postgrado de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la UBA. Secretario-Director de Procedimiento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Autor de diversos libros y artículos sobre la materia.*

MESA III



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mesa III

Dra. Ana María Bargiela

Dr. Ricardo Botana

Dra. Nora Cattaneo

Moderadora: Dra. Ana María Ávila Sarué

Un acceso a la justicia en la relación de consumo

*Por la Dra. Ana María Bargiela**

En primer lugar, quiero agradecer a la gente del servicio de Conciliación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo por esta invitación. Realmente siempre es un placer trabajar con ellos por el trato que brindan no sólo a las partes sino a los árbitros. Es además para mí un honor y una responsabilidad estar en este lugar porque veo a muchos colegas de los ideales nacionales de arbitraje de conflicto.

Vamos a comenzar por decir que los seres humanos somos usuarios y consumidores de bienes y servicios, y la actividad del comercio está destinada a la satisfacción de esas necesidades. El Derecho comercial usualmente -hasta 1960, aproximadamente- ha sido contemplado como el derecho del comercio y de la empresa, no teniéndose en cuenta el otro eslabón de esta cadena, que son los consumidores y usuarios quienes, en definitiva, le dan su verdadera razón de ser porque la empresa existe y se desarrolla para llegar con su producción y/o servicio a los consumidores y usuarios. A modo de síntesis, podemos decir que se produce para consumir. Es sobre este esquema que el derecho del consumidor irrumpe en el ámbito de los Códigos Civil y Comercial para darle al contrato una nueva dimensión. Nuestro codificador, allá por 1860, 1862 y 1869 -años de dichos códigos-, cuando imaginó un contrato, pensó en dos partes en condiciones de igualdad sentadas a una mesa negociando cada una de las cláusulas que iban a componer este contrato. Y si finalmente las partes se ponían de acuerdo, tratándose de una materia disponible para las partes, tratándose de personas mayores y capaces, si arribaban a un acuerdo, debían someterse a ese acuerdo como la ley misma. Si en este acuerdo no había existido ningún vicio de la voluntad, ese contrato era hasta irrevocable judicialmente. Teoría de la autonomía de la voluntad. Otros oradores que me precedieron hablaron del tema y de la nota al artículo 943, el cual hace una encendida defensa de la autonomía de la voluntad. Indudablemente este criterio ha cambiado, ese contrato tradicional pertenece hoy al pasado porque el contrato de hoy y de mañana, el contrato del futuro, será el que celebre la empresa con el consumidor. Contrato que no va a requerir ya de negociaciones

porque ese es tiempo que se pierde y que se le quita a la productividad y, por ende, a la utilidad.

El contrato que celebran los consumidores y usuarios con el proveedor de los servicios tiene protección constitucional a partir de la reforma de 1994. Al respecto, sostiene el artículo 42 de esa norma -que vamos a citar solamente en su parte pertinente- que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo. Continúa diciendo en otro párrafo que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos. Volviendo al comienzo de este artículo, se refiere a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo. Utiliza esta terminología porque la tutela no va dirigida a un sector de la población, sino que va dirigida a todo aquel que se encuentra alcanzado por las circunstancias que rodean la oferta y la demanda de bienes y servicios. Debemos tener presente que consumidores somos todos. La Ley 24240 de Defensa del Consumidor y su modificatoria, la Ley 26361, han venido a definir la relación de consumo. En la Ley 24240 no teníamos una definición. Con esta modificación, el artículo 3 establece que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Ese artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor también tutela a la que sería la parte débil de esta relación, que es el consumidor o usuario, y dice que, en caso de dudas deberá estarse en favor del consumidor. Pero esta tutela no debe entenderse como si fuera a ejercerse ilimitadamente, pues, en tal caso, se estaría incurriendo en un desequilibrio en perjuicio deliberado del proveedor o productor. Los límites deben estar dados por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho entre las partes. Continuando con lo que mencionáramos del artículo 42 de la Constitución Nacional, dicho artículo establece que la legislación organizará procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. Esto significa que la norma constitucional ha tenido en cuenta el no limitar al consumidor a la solución judicial para el planteo de sus conflictos. Porque si así lo hubiese hecho, si un consumidor frente a un reclamo en caso de bienes de escasa significación económica tuviese que poner en marcha todo el aparato judicial, lejos de acceder a la justicia, justamente estaríamos

incurriendo en una denegación de justicia. Este es el momento en que hacen su aparición los métodos alternativos de resolución de conflicto. Se permite a las partes alcanzar un acceso a justicia entendida ésta como una solución justa y equitativa, sin necesidad de la intervención de un juez. Es con este criterio que el artículo 59 de la Ley 24240 y su modificatoria establecieron oportunamente en 1994 que la autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Se podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales en las condiciones que establezca la reglamentación a las personas que, teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias. Dichos tribunales -último párrafo que fue agregado con la ley modificatoria- tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en todas las ciudades capitales de provincias regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral. Indudablemente, para la creación de estos tribunales arbitrales de consumo se tuvieron en cuenta los antecedentes internacionales que evaluaban y daban cuenta del mérito de este método para la solución de los conflictos en las relaciones de consumo. Se tomaron en cuenta, en el ámbito de la Unión Europea, los antecedentes de países como España, Portugal, Dinamarca, Holanda, el Reino Unido, Irlanda del Norte, el reino de los Países Bajos y, fuera de la Unión Europea, el caso de países como México, la India, Perú, etc. Los tribunales arbitrales de consumo nacieron, entonces, como un método que complementa a la justicia. Las partes que voluntariamente eligen el arbitraje inician el proceso a partir de una invitación a la conciliación de los intereses de las partes, y, si esta solución no es posible, de todas maneras las partes conservan un mayor control sobre el conflicto y su resultado. Y si esas partes, que voluntariamente eligieron el arbitraje, no arriban a un acuerdo, deberán acatar la decisión vinculante de los árbitros, pero ello sin un costo en dinero y, además, en un plazo breve, puesto que los procesos no duran años en resolverse como en la justicia tradicional, sino que lo hacen en cortos períodos, puntualmente la ley establece un plazo de 120 días, pero en la actualidad el plazo promedio es de una solución en el término de los 90 días. Los tribunales arbitrales de consumo fueron creados por el Decreto 276/98, el 11 de marzo de 1998, puntualmente, en la

semana del consumidor. Todos sabemos que el día del consumidor es el 15 de marzo, ello en honor al discurso que históricamente pronunciara el presidente Kennedy en el Congreso planteando la defensa de los derechos de los consumidores. Estos tribunales arbitrales que fueron creados por el decreto 276/98 tienen como competencia la violación a las normas de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor y alcanzan a todo el territorio nacional. Se establece, además -en el artículo 2 de este texto- qué cuestiones no pueden ser sometidas a arbitraje y, al respecto, se establecen las cuestiones sobre las que haya recaído una resolución judicial firme y definitiva, las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas al arbitraje, las cuestiones en las que se haya producido un daño físico, psíquico y/o la muerte del consumidor, y las cuestiones que reglamentariamente y por el monto queden excluidas del arbitraje en estos términos. Cabe destacar que ese monto no fue nunca establecido, de manera tal que no existe ni un piso ni un techo de esta cifra.

En cuanto a las características de este sistema, en primer lugar debemos destacar la voluntariedad: el arbitraje es voluntario; se inicia con una presentación de la parte reclamante y si el reclamado acepta el arbitraje queda formalizado el acuerdo arbitral. Si el reclamado no acepta el arbitraje, indudablemente, como es voluntario no puede prosperar. Entonces esa solicitud de arbitraje que formulara el reclamante se transforma en denuncia y se gira a Defensa del Consumidor. Pero hay otra forma también de acceder al arbitraje de consumo que se da cuando el reclamado está adherido a la oferta pública de adhesión al sistema de arbitraje, en cuyo caso, la simple solicitud del reclamante hace que quede perfeccionado el acuerdo arbitral. Este es un método ágil y rápido. Como dijimos antes, los procesos no tardan años en resolverse, sino breves períodos de tiempo conforme al Decreto y a la Resolución 212/98, que regula los procedimientos de los tribunales arbitrales; el plazo máximo es de 120 días a contar desde la constitución del tribunal. Es un procedimiento gratuito para las partes. Los árbitros perciben una compensación de gastos que abona la autoridad de aplicación y cuyo monto hasta el momento asciende a 100 pesos, no por audiencia, sino por el arbitraje en su totalidad. Es decir que ser árbitro también es una vocación de servicio. No requiere patrocinio letrado, eso simplifica los procedimientos, las partes pueden hacerse patrocinar, actúan

por derecho propio y los consumidores y usuarios pueden hacerse patrocinar o representar por las asociaciones de consumidores mediante acta poder que se otorga ante la autoridad de aplicación; en el caso del reclamado o del proveedor, puede ser representado por las asociaciones de las cámaras empresarias mediante poder suficiente para actuar ante los tribunales arbitrales de consumo.

Neutralidad y equilibrio de las partes: la composición del tribunal. El tribunal se integra con 3 miembros o 3 vocales: un árbitro institucional que pertenece a la planta permanente de la institución en áreas vinculadas a la defensa del consumidor; un árbitro sectorial, de las asociaciones de consumidores; otro árbitro sectorial de las asociaciones empresarias. Esta composición del tribunal garantiza el equilibrio de las partes, pero lo que debemos tener presente es que los árbitros no son abogados de las partes. Justamente, debe estar vigente en todo momento la neutralidad de las partes y la formación, la capacitación que se requiere a los árbitros -no sólo en defensa del consumidor, sino además, en métodos alternativos y en contratos civiles y comerciales- hace que esta profesionalización garantice la neutralidad de los árbitros. El laudo que dictan los árbitros tiene carácter vinculante y puede ser ejecutado en caso de incumplimiento, de la misma manera que se ejecuta una sentencia. Es importante tener presente el carácter vinculante del laudo porque, si la parte, finalizado el arbitraje, no queda conforme con el resultado que ha obtenido, no puede ir a plantear nuevamente el mismo reclamo en sede judicial. Frente a los laudos, quedan solamente como recursos oponibles, el recurso de aclaratoria y la acción o el recurso de nulidad en los casos de arbitraje de consumo. Hasta el momento, sobre más de 18 mil casos tratados, nunca ha existido un arbitraje de derecho. Para que pudiera tratarse de un arbitraje de derecho, todas las partes tendrían que estar de acuerdo en que el proceso fuera un arbitraje de derecho. Por el momento, los árbitros laudan solamente en equidad, lo que no es un tema menor, porque la flexibilidad que aporta la equidad ha permitido solucionar cuestiones que en su oportunidad no estaban previstas legislativamente, como el caso de los tiempo-compartidos, allá por el año 2000. Hoy está contemplado en el ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor, pero en ese momento no lo estaba, y la equidad -el hecho de resolver como amigables componedores- le ha dado una gran flexibilidad al tema. El procedimiento del tribunal arbitral está

regulado en la Resolución 212/98. Se inicia con la solicitud de arbitraje que formula el reclamante y es la autoridad de aplicación quien analiza esa solicitud para ver si realmente se trata de temas que están dentro de la órbita de su competencia. Se trata de relaciones de consumo dentro del territorio nacional y no pueden ser tratadas las cuestiones excluidas que hemos mencionado que figuran en el artículo 2 del decreto. Si la solicitud es rechazada por la autoridad de aplicación, ese rechazo es irrecurrible. Se notifica a quien inició la solicitud del reclamo dicha circunstancia y le queda al reclamante la vía administrativa y/o judicial pertinente. Si es aceptada la solicitud de arbitraje, se da traslado al reclamado para que manifieste si lo acepta o no. Si lo acepta, queda conformado el acuerdo arbitral. Si no lo acepta, se va a girar la presentación a Defensa del Consumidor para que tramite como denuncia, pero no hay forma de imponer el arbitraje, salvo, como dijimos antes, en los casos de oferta pública de adhesión. Si el reclamado acepta el arbitraje se le da traslado del reclamo, se conforma previamente el tribunal que está integrado, como dijimos, por tres vocales o miembros, a menos que se trate de cuestiones en las que el *quantum* de lo reclamado no exceda los 500 pesos, en cuyo caso se designa solamente un árbitro y ese árbitro es el institucional. Una vez vencido el plazo que tiene el reclamado para contestar, o si contestó o si dejó de hacerlo, se fija una audiencia a la que deberán comparecer las partes personalmente. Esa audiencia es privada y confidencial, a menos que motivos de interés público o intereses académicos hagan que esta audiencia sea pública, en cuyo caso se deberá contar con la autorización de las partes. La audiencia es oral. Cuando el reclamante inicia su reclamo, debe acompañar a esa presentación todas las pruebas de las que intente valerse, por ejemplo, facturas, remitos, cartas documentos, notas, etc., pero en esta audiencia puede ampliar la prueba que oportunamente hubiese acompañado. Y el reclamado también -cuando contesta, en el caso de hacerlo- tiene obligación en esta oportunidad de acompañar las pruebas, pero también puede acompañar otras probanzas en el ámbito de esta audiencia. En esta audiencia, las partes son previamente invitadas a la conciliación de sus intereses. De esas conciliaciones posibles, el tribunal dicta un laudo homologando el acuerdo al que han arribado las partes. Si ese acuerdo no es posible en esa audiencia de conciliación, el tribunal

puede pasar a resolver, puede pasar las actuaciones a laudar con las constancias de autos, en cuyo caso deberá dictar el laudo en el término de 10 días. De todas formas, el tribunal puede decidir pedir otro tipo de medidas probatorias. La inactividad de las partes no detiene el procedimiento, el impulso procesal es de oficio y, como dijimos antes, la decisión del tribunal tiene carácter vinculante y fuerza ejecutiva en casos de incumplimiento. Las costas se imponen siempre en el orden pautado.

Veamos ahora las características de los árbitros. Los árbitros deben tener un título universitario con 5 años de antigüedad en el ejercicio de la profesión, excepto para el árbitro institucional, que debe tener el título de abogado, del mismo modo que el secretario o secretaria. Para el arbitraje de derecho, todos los árbitros deben ser abogados. Se les exige a los árbitros especialización en temas relacionados al derecho del consumidor, en resolución alternativa de conflictos, en contratos civiles y comerciales, y tienen la obligación de asistir a congresos, seminarios y cursos sobre la temática. Indudablemente -como se dice habitualmente- la competencia de los árbitros nace y muere con ellos.

Algo más que quería comentar tiene que ver con los alcances de la oferta pública de adhesión al sistema. En esta oferta pública de adhesión al sistema, el proveedor manifiesta anticipadamente su decisión de aceptar el arbitraje como método de resolución de los conflictos que se presenten con los consumidores y usuarios. Y esta adhesión al sistema posiciona al proveedor de mejor forma en el mercado, porque es una muestra de transparencia comercial y de credibilidad de sus ofertas, y también genera un valor agregado a los productos; tiene que ver también con un trato digno hacia el consumidor, porque el consumidor sabe cuando contrata con un proveedor que está adherido a este sistema que, en caso de existir un conflicto, va a poder resolverlo en breves períodos de tiempo y sin un costo en dinero para ninguna de las partes. Esta adhesión al sistema se presenta en el Registro de Oferta Pública de Adhesión al Sistema, que funciona en las dependencias del Ministerio de Economía de la autoridad de aplicación y tiene 3 ámbitos fundamentales: un ámbito material, un ámbito territorial y un ámbito temporal. El ámbito material tiene que ver con qué bienes quedan sometidos a esta oferta pública, porque, por ejemplo, un proveedor que esté dedicado a los electrodomésticos y que provea cafeteras

eléctricas, aspiradoras, heladeras y lavarropas puede decidir someterse a la oferta pública solamente para el caso de las heladeras, y no para los otros bienes. El ámbito territorial tiene que ver con qué jurisdicciones son las que ofrecen para tener en cuenta con el régimen de arbitraje de consumo. A lo mejor puede ser que elija Buenos Aires, que elija Córdoba, que elija Mendoza. Y para el ámbito temporal de la oferta, las disposiciones del decreto y de la resolución contemplan un plazo mínimo de 6 meses. Si el proveedor nada dice al respecto, se entiende que la oferta fue hecha respecto de todos los bienes y respecto de todas las jurisdicciones, es decir, respecto de todo el territorio nacional. Quien adhiera a la oferta pública tiene derecho a exhibir un distintivo oficial que lo acredita en tal carácter. Puede renunciar esta adhesión a la oferta pública o puede modificar el alcance de estos ámbitos material, territorial o temporal, pero, en su caso, debe manifestarlo por escrito y con una anticipación mínima de 2 meses. De todas formas, durante el tiempo en que estuvo vigente la oferta, aunque haya renunciado, queda igualmente obligado a admitir el arbitraje por las transacciones que se hayan celebrado en dicha oportunidad. Si el que se encuentra adherido no cumple con los laudos, puede ser excluido del Registro de Oferta Pública, ello sin perjuicio de la sanción que le pudiere corresponder. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, se dictó el 4 de diciembre de 2008 la Ley 2963, que crea el servicio de arbitraje de consumo para la Ciudad de Buenos Aires y que tiene características muy similares a estos principios que hemos visto, pero todavía no está reglamentada y, por ende, no está en vigencia.

Como conclusión podemos decir que el arbitraje de consumo hace posible el acceso de las partes a la justicia, entendida esta como una solución justa y equitativa sin necesidad de la intervención de un juez. El arbitraje de consumo ha demostrado ser un procedimiento eficaz. Con los resultados obtenidos hasta la fecha -más de 28 mil casos en trámite-, se evidencia el nivel de satisfacción de los usuarios del sistema habiendo contribuido a pacificar las relaciones de consumo en las que ha existido un conflicto. Muchas gracias.

** Abogada, escribana y mediadora. Árbitro de los Tribunales de Consumo y del Servicio de Conciliación, Mediación y Arbitraje de*

la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Formadora de formadores en Mediación. Presidente de la Comisión de Mediadores del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Directora de la Escuela de Resolución de Conflictos del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Realiza cursos de posgrado en Negociación y Mediación en la UBA, universidades de San Francisco y Harvard. Es autora de trabajos y ponencias en Mediación y Métodos Alternativos.

Tribunales arbitrales de consumo turístico: Nuevas formas de resolución de conflictos

*Por el Dr. Ricardo Botana**

Antes que nada quiero agradecer a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por esta invitación.

Les voy a explicar esta nueva idea que hemos concretado en el Ministerio de Turismo de la Nación, conjuntamente con la gente de Defensa del Consumidor a nivel nacional y de los distritos donde ya lo hemos implementado, que son Mar del Plata y la provincia de Salta. Voy a explicar cómo nació este convenio y el marco normativo que tiene.

Nace de un convenio celebrado en 2009 por la ex Secretaría de Turismo, que trabajaba con el secretario, el Dr. Enrique Meyer, actualmente Ministerio de Turismo, y la subsecretaria de Defensa del Consumidor, Lucía Colombo para implementar estos tribunales arbitrales de consumo turístico a nivel nacional. La primera experiencia fue en Mar del Plata en ocasión de celebrarse el Segundo Congreso Nacional de Calidad Turística, que se ha adherido al convenio marco y se ha implementado desde fines de 2009, aproximadamente. Luego, Salta lo ha incorporado también y actualmente tenemos varios destinos muy interesados, y otros que ya se han adherido y se encuentran en vías de ponerlo en funcionamiento.

Desde el Ministerio de Turismo hay una clara política para acompañar el gran caudal de turistas que se ha presentado en Argentina después de la crisis de 2001. Este progresivo

crecimiento debió ser acompañado con políticas de Estado para su control, ya que no sirve tener muchos turistas sin una política basada en la calidad, que promueva que estas personas vuelvan, o bien, que se vayan con una muy buena impresión de nuestro país. Desde el área en que trabajo se entendió esto como una herramienta de calidad, lo cual está basado en el convenio que mencioné, para fijar objetivos en los tribunales arbitrales. Como objetivos generales, tenemos que brindar al turista un servicio arbitral de consumo que permite trabajar con su problema en el lugar de destino, resolviendo todas las situaciones conflictivas durante su estadía. Esta es la gran diferencia que se logra con esta nueva implementación: que el turista en el destino pueda solucionar su problema. Está orientado a problemáticas no tan complicadas y que excluyen las cuestiones clásicas, como algún tema penal o cuestiones para las que no está diseñado este tipo de tribunal arbitral de consumo turístico.

Los beneficios del sistema son: otorgar al turista un sistema gratuito, veloz y eficaz de resolver conflictos de consumo, y brindar al consumidor un mayor grado de seguridad en sus contrataciones. Por ejemplo, si estoy en un hotel de un lugar turístico y veo que este hotel está adherido al sistema de tribunal arbitral de consumo turístico, me va a asegurar que si tengo un problema específico, voy a tener posibilidades de resolverlo en cuestión de horas, 24 ó 48 horas, todo lo cual contribuye a mejorar las relaciones comerciales en los destinos turísticos del país, y también permite al empresariado mejorar sus condiciones de oferta y su posicionamiento en el mercado. Existen ventajas también para el lado del empresariado, porque evita muchas veces las sanciones de la Ley de Defensa del Consumidor. Si busco una solución rápida y logro que mi cliente vuelva a su destino con el problema solucionado, eso me evita un expediente que puede durar bastante tiempo y agrega calidad a mi servicio. Los bienes y servicios ofrecidos al consumidor adquieren mayor valor agregado y el proveedor se posiciona favorablemente frente a sus competidores. Si yo tengo un hotel o una empresa de turismo adherida al sistema hago una diferencia, porque estoy apostando a la calidad, vuelvo a lo que dijimos antes: le brindo al cliente una posibilidad de solucionar su conflicto en el destino, de otra manera, cuando una persona hace una denuncia en las distintas oficinas de Defensa del Consumidor de los destinos turísticos,

tendría que dejar un poder para que alguien prosiga con ese expediente, o bien, resignarse a no hacer la denuncia. Participan en estos lugares de consumo turístico el Ministerio de Turismo, proponiendo este proyecto en cada destino turístico; las autoridades provinciales de los comercios; siempre tiene que estar la autoridad de Defensa del Consumidor a nivel local o provincial; y también la gente de los entes de Turismo y, por último, la Subsecretaría de Defensa del Consumidor.

Ahora vamos a ver en qué consisten estos tribunales de consumo turístico. El turista hace una denuncia en el departamento o en la oficina de Defensa del Consumidor local, municipal o provincial; si no es de su competencia lo va a rechazar *in limine*. Si es competente, lo va a aceptar y verá si la empresa u hotel está adherida a este sistema de tribunal arbitral de consumo turístico. Si está adherido, va a ser obligatorio para la empresa o para el hotel presentarse a la audiencia de conciliación. Si no está adherido, se lo va a invitar en 24 horas para ver si acepta este arbitraje. Si lo rechaza, pasará al circuito tradicional, a la gente de Defensa del Consumidor a nivel local. Si lo acepta, van a tener una audiencia en la que se va a intentar una conciliación, y si se acepta la conciliación, el laudo va a ser homologado. En caso de que no haya ninguna conciliación, se celebrará una audiencia restringida al ámbito institucional hasta determinado monto -por ejemplo, en Mar del Plata es de 4.000 pesos- y, si ese monto es superado, se deberá llamar a un representante, ya sea de la Cámara Hotelera o de la Cámara de Agencias de Turismo, y a alguien del Departamento de Turismo.

Para estar adherido al sistema de tribunales arbitrales de consumo turístico, en primer lugar, la provincia o municipio se tiene que adherir al convenio marco del que hablamos. El segundo paso es que se adhiera el sector privado. Siempre hablamos con las cámaras del destino específico para explicarles de qué se trata este sistema, y las cámaras por lo general adhieren. Y el tercer paso es la eficacia, mostrar los casos concretos de gente que en el destino pudo solucionar los conflictos. En Mar del Plata estamos hablando ya de 14 casos, de laudos que han podido resolver el conflicto, y alrededor de 13 conciliaciones que han podido solucionar conflictos de turistas. Y vemos que los conflictos se resuelven en plazos de pocas horas. Esto de los plazos queda

sujeto a las posibilidades del lugar, porque más allá de la adhesión al convenio marco que tenemos tanto en el Ministerio de Turismo como en Defensa del Consumidor, cada provincia o municipio genera un protocolo donde establecen los temas de que se van a ocupar, por ejemplo, en Salta había temas de *rent a car*, algo que generaba bastante conflicto, y tiempos-compartidos en algunos municipios. El municipio especifica concretamente qué temas van a ser competencia de estos tribunales arbitrales de consumo turístico. Entonces, el protocolo establece también el monto máximo o mínimo para que el tribunal sea directamente llevado a cabo por un árbitro institucional o se tenga que llamar a una de las personas de las cámaras respectivas y otra del Departamento de Turismo del municipio. Los protocolos pueden variar según la necesidad de cada municipio concreto. El objetivo principal es la celeridad y que la persona pueda resolverlo en un corto plazo. Por último, generalmente el árbitro institucional está en la oficina de Defensa del Consumidor, tiene que ser un abogado y establece guardias -por ejemplo en Mar del Plata hay una guardia los fines de semana, en Salta lo mismo- para que puedan tomar la denuncia y hacer el control de si es competente o no ese tribunal arbitral. Si hay audiencia de conciliación se homologa el acto, si no hay acuerdo, la decisión del laudo será dentro de lo posible en 24 horas. Esa es un poco la idea de estos tribunales arbitrales de consumo turístico. Están funcionando como ya dije en Mar del Plata y Salta, y ya han resuelto bastantes casos. Elegimos dos destinos turísticos que han venido trabajando desde hace mucho tiempo, pero también estamos trabajando en otros destinos. Muchas gracias.

** Abogado. Técnico en Administración de Empresas. Coordinador del Registro de Fiscalización y Registro de Agencias de Turismo del Ministerio de Turismo de la Nación. Responsable de la implementación de los Tribunales Arbitrales Turísticos.*

Experiencia y buenas prácticas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

*Por la Dra. Nora Cattaneo**

Agradezco su participación y presencia, como así también, públicamente quiero agradecer a todo el equipo del área de trabajo, a los servicios que integran el Área de Acceso a la Justicia y, en este caso, particularmente al Centro de Conciliación y Arbitraje por los esfuerzos que ha hecho para llevar a cabo esta actividad. Muchas gracias por la confianza y la responsabilidad de poner en mí transmitirles el trabajo cotidiano que con tanto sacrificio vienen llevando adelante.

Cuando trataba de pensar en hablar de experiencias y buenas prácticas, automáticamente pensaba que experiencias y buenas prácticas vienen asociadas. Que sean buenas dependerá de nuestra fortaleza, de nuestras debilidades, de nuestros ensayos y errores y de cómo día a día vamos tratando de superar algunas dificultades. Puntualmente, y no es caprichoso, después de experiencias que surgen a partir del modelo de un Centro de Mediación que fue creado en 1994, es decir, antes de que la Defensoría del Pueblo existiera como institución de garantías y derechos instalada constitucionalmente, y por la trayectoria que venía teniendo este centro, se va marcando un espíritu, probablemente un espíritu que tiene la institución, espíritu que ha sido continuado por las gestiones que desde 1998, primera Defensoría, la primera gestión de la Dra. Pierini, la segunda gestión de la Dra. Pierini, han hecho expandir verdaderamente toda esta nueva cultura, toda esta nueva modalidad de abordaje de lo que tiene que ver con la conflictividad y con la cuestión social. En la Defensoría del Pueblo hay algo que quiero destacar y que siempre lo conversamos y siempre tratamos de difundirlo, básicamente la línea de trabajo versa sobre los derechos humanos, y el acceso a la justicia es un derecho humano y un derecho fundamental. Acceder a justicia no es sencillo, sobre todo en estos casos que después particularmente vamos a ver que se llaman "temas menores", pero que cuando son un conflicto no hay nada que sea mayor o menor. Cuando hay un conflicto, hay un problema. El que

tiene el problema lo tiene y para él es lo más importante que hay en el mundo. En nuestra experiencia cotidiana trabajamos con problemáticas que, si uno hace un panorama estadístico, podemos decir que tenemos muchos casos o pocos casos, tenemos temas que son significantes o insignificantes, tenemos temas que son representativos de un muestreo, de una conflictiva social, pero atrás de cada uno de esos conflictos, atrás de cada uno de esos problemas hay vidas humanas y hay gérmenes de futuros problemas que escalan. Nosotros, desde esta función nuestra estamos trabajando de manera preventiva, como institución y como espíritu; espíritu de una institución que promueve, difunde y defiende derechos, evita llegar muchas veces a problemas de los que socialmente se llaman "mayores" y que están registrados como verdaderos problemas, sin contar con estos otros pequeños problemas. Hoy bien decía la Defensora en la apertura cuando hablaba de la experiencia del nacimiento del Centro de Arbitraje a partir del Centro de Mediación, que sí, es cierto, fue tomado desde esa experiencia. Pero yo me atrevería a decir, habiendo estado antes de la gestión de la Dra. Pierini y a cargo del Centro de Mediación, que esa experiencia se vio como un modelo de diseño. Que a partir de ese modelo de diseño se pensó en un nuevo modelo de diseño, por lo cual generalmente asociamos nosotros a nivel interno el Centro de Mediación, el Centro de Arbitraje. Sin embargo, la mediación y el arbitraje son cosas diferentes. La mediación es un método componedor, cooperativo, y el arbitraje es como un juicio, es un método confrontativo que sí, en nuestro modelo, tiene una instancia conciliatoria. De hecho, en el librito que ustedes van a llevar y que es un esfuerzo de la Oficina de Estadísticas, a quien agradezco también el aporte, van a ver que la mayoría de los procesos se concilian. Pero ahí, experiencia práctica y buenas prácticas tiene que ver con una labor cotidiana de todo el equipo, del Centro de Conciliación más de todo el equipo del área, porque hay una especialización en detección temprana -como hoy hablaba también el profesor Fariña- y neutral; hay una especialización, incluso, tenemos certificado un proceso de entrevista previa en la cual se trabaja el tema de detección temprana del problema para llegar a una derivación eficaz. Y hay un trabajo muy interrelacionado entre el equipo de arbitraje y los árbitros que integran el equipo de arbitraje, con lo cual hay como una

traspolación del espíritu que tiene la institución, que es el espíritu de responder a los derechos humanos y defenderlos. Y los árbitros, sin lugar a dudas por sus convicciones, pero a la vez, por la gran cooperación que tienen con la institución, se han hecho eco de este espíritu y tienen una actitud muy componedora, eso es lo que se refleja en las audiencias. Así que, independientemente de laudos sí o laudos no, hay todo un trabajo que es muy valorable.

Al pensar en prácticas y buenas prácticas, hablamos de equipos, hablamos de normas, hablamos de procesos, hablamos de resultados. Todos esos temas en realidad cumplen con las pautas que están codificadas, reguladas: hay códigos de buenas prácticas en el tema de arbitraje al que se adhiere. Nosotros manejamos la confidencialidad, manejamos la neutralidad, manejamos la flexibilidad en cada una de esas instancias, tanto internas como procedimentales, y podríamos decir que cumplimos con las prácticas de estilo. Pensar en que esto nació como una idea de aporte chiquito con dudas, con interrogantes. No sabíamos en su momento qué repercusión, qué impacto tendría. Recuerdo que en ese momento -yo no lo estaba integrando, pero cooperaba con el Centro de Arbitraje- se hizo público el reglamento que se puso a discusión en el Colegio de Abogados, y evidentemente era entre grupos y equipos que confiaban en arbitraje, la mayoría de los colegas no tienen la experiencia, ni tienen la visión, es un cambio de cultura. Y debo decir que nosotros en este centro, que pensábamos que a lo mejor íbamos a tener uno o dos casos, el año pasado tuvimos 60 casos. En lo que va del año se han sacado ya 12 casos y estamos con 6 en trámite, lo cual denota todo un esfuerzo, y un esfuerzo de equipo. En esto quiero reconocer a todo el equipo de Mediación, reconocer la intensidad en el trabajo, el compromiso en haber querido perfeccionarse, haber tomado las técnicas también de lo que implica el arbitraje, porque hemos llegado a temas que son a veces extraños, pero que como compromisos de actas/acuerdos en mediación se reservan las cuestiones que no han podido ser punto de acuerdo o también tienen que ver con cuestiones patrimoniales en los arbitrajes de la Defensoría del Pueblo.

Quiero destacar que, si hablamos de prácticas, nosotros tenemos tres servicios: el servicio de Mediación, Conciliación y Arbitraje y el servicio de Mediación y Conciliación con el Gobierno de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires. El Centro de Conciliación y Arbitraje tiene a su cargo este servicio con la colaboración también del Centro de Mediación, y es un tema que me importa destacarlo porque el Gobierno participa de estas audiencias. Esto tuvo su origen en la firma del convenio que se hizo con el GCABA a instancias de la Procuración y a instancias -que después no se pudo por las características y la normas y por como implicaría los procesos legislativos- de quien en su momento era procurador, que le interesó el tema del arbitraje para la Ciudad de Buenos Aires. Después, por cuestiones que hacen a procesos legislativos y una serie de razones por las que el arbitraje se desnaturalizaría, sí se pudo lograr una instancia intermedia, y serían los procesos que hay en mediación y conciliación cuando las cuestiones radican en temas patrimoniales. Yo lo que quisiera es, habiendo dado un pantallazo de nuestro trabajo, que ustedes nos consulten a nosotros, aprovechen esta oportunidad para algunas inquietudes que puedan tener sobre nuestras líneas de trabajo. Les puedo dar números. Un dato importante: el 12% de casos que ingresan al área son del Centro de Conciliación y Arbitraje, lo cual no es poco.

** Abogada, mediadora, especialista en Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Jefa del Área de Acceso a la Justicia, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de esta Defensoría del Pueblo.*

Rueda de preguntas

Pregunta del auditorio (al Dr. Botana): Me interesó mucho lo de turismo, usted habló de la atención de las distintas Secretarías de Turismo del país, habló de Mar del Plata y habló de Salta. Las Secretarías de Turismo de Salta y de Mar del Plata tienen primero una reunión con las cámaras empresariales de la zona. En esas cámaras empresariales estarían representados los hoteleros, los gastronómicos, todos; usted dijo también que tenían el *tag* famoso en los distintos lugares. Tal vez yo no detecté ninguno, ¿cómo hace uno, como consumidor ante una queja de una posible mala

atención o distorsión de lo que uno ha contratado, para saber si ese hotel o restaurante está adherido al sistema?

Dr. Botana: El interesado es el propio hotel o la propia empresa. Es también, como mencionaba la doctora, un cambio de cultura. No va a ser de un día para el otro que los empresarios y las distintas cámaras lo empiecen a captar tan masivamente. Pero algunas empresas ya tienen el distintivo, lo ofrecen cuando llegan los turistas. Explican de qué se trata el programa y tienen ese distintivo que lo maneja el municipio o ente. Por ejemplo, en Mar del Plata lo maneja el Ente de Promoción Turística, que depende de la intendencia de Mar del Plata; el ENTUR y también la gente de Defensa del Consumidor de Mar del Plata le van a dar una nómina de qué empresas y qué hoteles están adheridos. Incluso ahora se habían adherido 4 ó 5 locales gastronómicos.

Pregunta del auditorio: ¿Cuáles son los requisitos para ser árbitro de los tribunales de arbitraje de consumo turístico?, al margen de los institucionales, en los que dijo que eran colegas, abogados, ¿cuáles son los requisitos y cuáles son los procedimientos para la elección?, si hay alguna normativa que podamos ver. Y además, si nos puede dar la primicia, en qué otras comunidades o provincias están trabajando, también para no superponer trabajos, porque algunos de nosotros estamos trabajando en el mismo sentido, en tareas similares, la idea es que ustedes ya están, entonces, poder trabajar en otras áreas. Como formadora de árbitros me preocupa mucho el tema de la imparcialidad, de la capacitación, de la formación, de los requisitos para actuar como árbitro, por eso quería saber cómo las cámaras fijan los requisitos mínimos para ser árbitros en todo el sentido de la palabra.

Dr. Botana: Cuando supera un monto específico, por ejemplo en Mar del Plata sería hasta los 4.000 pesos, las mismas cámaras ponen a alguien. Ni siquiera en el protocolo municipal está establecido, la propia cámara va a tener una lista, y en el caso de que supere esos 4.000 pesos, la misma cámara llama a esa persona que está disponible y va a ser parte del tribunal junto con otro representante de Turismo del municipio de Mar del Plata.

Aporte del auditorio: Lo que creo es que para los árbitros turísticos de consumo, el criterio es el mismo que para el arbitraje de consumo a nivel nacional, es en equidad en cuanto al procedimiento, cosa que no es privativa de los abogados, es

sentido común. Por otra parte, si bien no recuerdo que esté previsto, se asimilaría bastante a la propuesta a nivel nacional que señaló la Dra. Bargiela sobre la designación, los representantes de las cámaras y de las asociaciones que están adheridas.

Dr. Botana: En muchos puntos es algo similar, el tema es que tampoco podemos, en el protocolo que firman los distintos municipios, establecer requisitos específicos cuando ya justamente la cámara tiene su interés, y la cámara vela por los intereses de todos sus asociados y va a presentar una persona idónea que los represente a ellos. No es un Estado totalmente paternalista que tenga que reglamentar todo eso, tampoco creo que sea correcto y por eso no está en el protocolo. Más allá de eso, les voy a pasar la guía de implementación para que la cuelguen en alguna página de la Defensoría, si lo desean, y puedan ver el modelo de protocolo que hay en Mar del Plata o cómo están específicamente reguladas algunas cuestiones que no me pareció pertinente exponer aquí en detalle.

En cuanto a los lugares, en Mar del Plata y Salta ya están funcionando estos tribunales arbitrales. Como dije, es un cambio que va a llevar su tiempo para que muchas empresas estén adheridas y tengan su logo. Este es un cambio también cultural, como lo mencionaron mis colegas, así que va a tardar un tiempo; en cuanto a otros destinos que estamos trabajando: Tucumán ya firmó la adhesión y lo está implementando, aunque todavía no tiene funcionando el protocolo; y la provincia de La Rioja calculo que en dos meses tendría su tribunal arbitral de consumo turístico también.

MESA IV



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mesa IV



Dr. Sergio Villamayor Alemán

Dr. Héctor Osvaldo Chomer

Moderadora: Dra. Susana Ayala Ferraro

La prueba en el arbitraje

*Por el Dr. Sergio Villamayor Alemán**

Agradezco la invitación que me hicieron otra vez para participar en estas jornadas. Antes de comenzar con mi exposición, quería expresar mi satisfacción. Yo llegué un poco tarde a la reunión de hoy, después del mediodía, y no pude escuchar la exposición sobre arbitraje de turismo, pero es una linda área que se está abriendo, que es necesario, que ya se había insinuado en otro momento. Y yo como salteño me alegré de que ya se esté trabajando bastante en Salta. Tanto que en el Congreso de Carac que estamos organizando -y que este año va a ser en Salta- uno de los puntos que vamos a tratar es el arbitraje de turismo, para resaltar la importancia que tiene y fomentarlo. Y me alegra muchísimo que, al finalizar el panel anterior, también hayamos hablado de los tribunales arbitrales de consumo, que es algo muy bueno, y que tiene que ver con la filosofía del arbitraje y con la filosofía del derecho humano de acceso a la justicia. Hay muchas personas que me asocian con el arbitraje. Antes me asociaban a los concursos y a las quiebras. Con jueces comerciales, suele pasar eso. Y mucha gente cree que estoy en los grandes asuntos porque estoy en temas de arbitraje. Y otros piensan que el arbitraje es bueno para las cosas chiquitas, porque para las cosas grandes hay que ir a la justicia. Existen estas dos visiones del arbitraje. Entonces yo siempre contesto que el arbitraje es bueno para las dos cosas, es bueno para todo. Y con relación al tema de uno o tres árbitros según el monto de los temas, yo filosóficamente pienso que preferiría que sean 3 los árbitros, aunque sea en asuntos pequeños. Para las personas que van a arbitraje de consumo por una heladera o máquina de lavar, no tiene ninguna trascendencia que sea de 499 pesos o de 1.000 pesos. ¡Es el arreglo de la máquina de lavar! Me la vendieron diciendo que centrifugaba y resulta que no centrifuga y no me solucionaron este tema. La cuestión pasa por dar satisfacción a quien quizás no tiene otras vías apropiadas para resolver sus conflictos.

Hecha esta pequeña introducción, diré que el tema del que les propuse hablar es el de prueba en el arbitraje. Es un tema bastante específico, tiene que ver con alguna cuestión de los principios en materia arbitral y tiene que ver mucho con la práctica de los

procesos. Me pareció conveniente tocar este tema porque los procesos contenciosos, los procesos adversariales, se dirimen en definitiva no por lo justo o injusto que sea el reclamo de cada una de las partes o la posición de cada una de las partes, sino por las pruebas que hayan producido. Yo puedo tener mucha razón, pero si no produzco pruebas adecuadas, no me van a reconocer esa razón en un Estado de derecho. El Estado de derecho supone que se le va a dar la razón a aquel que ha probado que tiene razón, no por una intuición del juez o una intuición del alma. Entonces, quisiera señalar cuestiones que pueden parecer básicas y elementales, pero que muchas veces no están presentes. Y voy a hacer alguna pequeña referencia a dos procedimientos arbitrales para comparar después con relación a lo que voy a decir; uno, las normas de arbitraje de UNCITRAL, que inspiran varios reglamentos arbitrales en el mundo y en la República Argentina, y las normas específicamente de la casa que nos cobija hoy. Es principio fundamental el de la carga de la prueba en todo tipo de proceso: proceso judicial o proceso arbitral. Quien invoca un hecho lo debe probar. Si no lo prueba, ese hecho no existe. Lo que no existe en el expediente no existe en el mundo. Y siempre se dice que quienes administramos justicia de un campo u otro lo tenemos muy incorporado, pero a veces, quienes acceden al arbitraje no lo tienen tan presente; inclusive, profesionales excelentes, abogados de primerísimo nivel que son designados árbitros, a veces no tienen tan presente esto de que la carga de la prueba le incumbe a quien invoca un hecho, y que esa carga no debe ser reemplazada por la actividad del árbitro. El árbitro con ganas de hacer justicia muchas veces tiene una actividad que reemplaza la actividad probatoria de las partes, y con la mejor buena intención se pueden cometer errores tremendos en el proceso. Porque está el derecho de defensa de las partes por el que cada uno plantea su estrategia procesal dentro de un proceso arbitral, plantea su estrategia, sus argumentos, sus pruebas. Y en algún momento puede quedar absolutamente descolocado para las partes o todo lo que se estuvo haciendo en ese proceso, porque al árbitro, con la mejor intención del mundo se le ocurre que puede ser conveniente tal o cual prueba, y reemplaza a las partes su actividad probatoria. Eso puede ser una causal de nulidad del arbitraje, como puede ser también causal de nulidad de una sentencia judicial. Cuando el juez se aparta de los puntos de la *litis*, se aparta de la estima que han

planteado las partes y después veremos lo que son las medidas para mejor proveer, pero como supuesto de excepción. Las partes tienen la carga de la prueba.

Vamos a revisar las normas de UNCITRAL. Haré referencia a cuatro artículos que después voy a comparar. Las normas de arbitraje de UNCITRAL han sido aceptadas como reglamento por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, por el CIAM y por el CEMA -tres tribunales arbitrales prestigiosos de Buenos Aires, de Argentina- e inspiran a muchísimos tribunales arbitrales que tienen sus propios reglamentos, pero también inspiran estas normas. El artículo 24 de UNCITRAL dice "...cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas". Ese es el principio fundamental. Es el artículo 377 del Código Procesal. Sin embargo, este mismo reglamento dice "en cualquier momento la actuación del tribunal arbitral podrá exigir dentro del plazo que determine que las partes presenten documentos u otras pruebas", con lo cual, ya le está dando unas ciertas facultades al tribunal arbitral. Después veremos cómo conciliamos esto. El artículo 27 se refiere específicamente a la prueba pericial otorgándole también facultades al tribunal para determinar los puntos concretos sobre los que se van a pronunciar los peritos. Según el reglamento, los árbitros lo deben determinar, pero después veremos que no es tan así. El artículo 29: "El tribunal arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo", o sea, convocar nuevamente a los testigos. El artículo 33, punto 3, dice: "En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso". Empiezo por esto. El arbitraje comercial, y particularmente en el arbitraje internacional comercial, los usos mercantiles tienen una relevancia dirimente. Toda cuestión debe resolverse conforme a los usos mercantiles. En materia de Derecho Comercial sabemos que la prueba es su fundamento, y así nació el Derecho Comercial, recopilando en leyes los usos y costumbres mercantiles. Pero los usos y costumbres mercantiles también deben ser probados por las partes. Suele ocurrir que los árbitros son expertos en los temas sobre los que deben entender. Y es muy probable que los árbitros conozcan los usos y costumbres mercantiles referidos a ese conflicto; pero

quizás no. Por ejemplo, si a mí me designan árbitro en un conflicto de comercio exterior y hay algunos problemas vinculados a exportaciones y problemas de aduana, etc., yo no soy experto en esos temas. Entonces, si alguna parte invoca que, si bien hubo alguna demora en la exportación, eso se debe a que la aduana de Pasos de los Libres exige tal o cual cosa porque los usos y costumbres argentinos o de China son estos o aquellos, no basta con invocarlos, sino que las partes interesadas en que los árbitros tengan en cuenta esos usos y costumbres mercantiles, los deben probar mediante consultas a las cámaras empresarias, a las cámaras especiales. Por otro lado, el reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Defensoría de la Ciudad le da mucha más participación a los árbitros. Artículo 26: "La falta de ofrecimiento importará la pérdida del derecho de ofrecer y producir pruebas -si alguien no ofrece pruebas pierde el derecho de hacerlo- sin perjuicio de la facultad de investigación o las medidas para mejor proveer que pudiera dictar el tribunal". De que el tribunal arbitral puede dictar medidas para mejor proveer, no hay dudas. Ahora bien, conferirle expresamente facultades de investigación al tribunal arbitral significa una definición filosófica acerca de cuál debe ser la actividad del árbitro. El árbitro se limita a recibir las pruebas ofrecidas y producidas por las partes, las tiene en cuenta al momento de emitir su laudo o, además es investigador, además es un instructor y, en su caso, ¿con qué alcances? El artículo 30 dice: "Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos". Entonces, ¿cómo conciliamos que cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos con la facultad que les estamos dando a los árbitros de investigar por propia iniciativa? "El tribunal podrá disponer de oficio o a pedido de parte, cualquier otro medio de prueba que a su criterio resulte conducente para esclarecer el caso". Facultades enormes al tribunal arbitral. Cuando las partes van a los arbitrajes van a un proceso que dan por sentado -y es así- que tienen muchísimas ventajas respecto del proceso judicial, porque es más informal, etc., y donde es más posible que se haga justicia. Precisamente al ser menos formal, ser más elástico, ser más creativos los árbitros y las partes, es más probable que se llegue a un resultado justo que en los tribunales, donde estamos ceñidos por distintas circunstancias. Pero a partir de ahí se generan ciertas confusiones: partes que esperan del tribunal arbitral más de lo que le puede dar el tribunal arbitral; partes

que van a ver a los árbitros para mencionar que no ofrecieron tal o cual prueba, pero que creen que puede ser conveniente, etc. En el arbitraje opera el mismo principio que en un proceso judicial, en virtud del cual cada acto procesal debe hacerse en el momento oportuno y no se puede reabrir etapas, porque eso afecta la estrategia de defensa de las partes, los argumentos, cómo han planteado sus casos y, además, porque eso puede dar lugar a unas demoras enormes. En un proceso que escapa a la emisión del laudo, una de las partes puede decir que considera conveniente citar a tal testigo que en este momento está radicado en China, porque es gerente de una empresa que está en China, y entonces pide que se libre un exhorto diplomático a China. Con eso el demandado gana dos años y al árbitro se le genera un problema, porque, si le dice que no, después le pueden plantear la nulidad del laudo. Por todo eso es bueno tener presentes estos temas.

Para sintetizar, en arbitraje opera con fuerza el principio de que es responsabilidad de las partes asumir en plenitud la carga de la prueba; y manejámonos todos con este principio: partes en los arbitrajes, abogados en los arbitrajes y árbitros. Yo, como abogado, no debo confiarme en el sentido de equidad del árbitro, sino que tengo que preocuparme al máximo de brindarle los mejores argumentos y las mejores pruebas. Los árbitros tienen que ser conscientes de eso, no convertirse en justicieros. Y se hacen injusticias cuando uno quiere ser justiciero, más allá de los esquemas normativos establecidos. Cuando las partes van a un arbitraje hacen un contrato de arbitraje, acuerdan que van a resolver su conflicto en base a determinadas normas, en base a determinadas reglas. Y esas reglas, una vez establecidas, deben ser cumplidas por las mismas partes y por los árbitros. Recientemente hubo un caso que está en la justicia en estos momentos planteada la anulación de un laudo. Un proceso por una transferencia de acciones, un tema muy complicado, con muchas pericias, con mucha argumentación, muchas pruebas. Llegó el momento de laudo y a los árbitros se les ocurrió conveniente dictar una medida para mejor proveer, pedir unos datos o una sucesión, algo que nadie había planteado, y en base a esa información emitieron el laudo teniendo en cuenta lo que venía de ese informe. Y tampoco le habían corrido traslado a las partes cuando recibieron el informe, no les hicieron saber a las partes para que argumenten respecto de eso. Dictaron un laudo

excelente y ojalá que sea muy justo ese laudo. Pero ya se planteó la nulidad porque generaron una grieta, cometieron un exceso que no debió haberse cometido. Inclusive, si dicto una medida para mejor proveer, es decir, respetar el derecho de defensa, si pienso que debo hacerlo, si estoy absolutamente convencido, recibo la prueba, la sustancio con las partes, inclusive le doy la posibilidad de ofrecer pruebas respecto de eso, porque yo estoy cambiando el curso del proceso. Yo, con mi mejor buena intención estoy cambiando el curso del proceso.

En materia de producción de pruebas, quería contarles algunas experiencias porque, como es confidencial, muchas veces no trasciende lo que se hace en los arbitrajes.

En la prueba testimonial se ven las grandes ventajas del arbitraje. Hace poco en un arbitraje teníamos que tomar ocho testimonios. Todos los testigos vivían cerca de Mar del Plata o Bahía Blanca o en una ciudad cercana. En un juicio, tal circunstancia nos hubiese llevado muchísimo tiempo. ¿Qué hicimos? Los tres árbitros salimos un domingo a la tarde en el auto de uno de los árbitros a quien le gusta manejar, y nos fuimos a Tres Arroyos, donde alquilamos una habitación en un hotel. Allí hicimos la sala de audiencias y empezamos la audiencia el lunes a las 8 de la mañana. Tomamos todos los testimonios. A la una y media habíamos terminado con los 8 testimonios. Nos fuimos a almorzar ahí mismo en el restaurante del hotel y nos volvimos después de almorzar con los 8 testimonios. Domingo a la tarde salimos, nos llevó 4 horas de viaje más o menos, y el lunes a las 7 de la tarde estábamos de vuelta acá con los 8 testimonios. La ventaja es poder hacerlo, ver qué es más cómodo para los testigos y poder acomodarnos nosotros, los árbitros, a esa situación e ir adonde viven los testigos. Planteamos un mecanismo diplomático entre provincia como puede ser símil un exhorto para obtener declaraciones allá. Hay muchos testimonios en los que no es tan necesaria la presencia de los árbitros y preguntar y repreguntar a los testigos; entonces se puede establecer de común acuerdo -yo lo hago en muchos arbitrajes- que los escritos que presentan las partes (escrito de demanda, condición de demanda) vayan acompañados de los testimonios del testigo. Como hacemos nosotros cuando pedimos una medida cautelar y, en ciertos casos, que se acompaña el testimonio; y siempre reservándose los árbitros el derecho de convocar a ese testigo, si lo estiman conveniente. Con eso nos ahorramos designar una audiencia testimonial. Entonces ya

vienen los testimonios que sean incorporados al escrito. Esa es una posibilidad fantástica y se hace muy poco. Yo lo he visto hacer muy poco, a pesar de que está muy presente y valorada la intermediación que ofrece el arbitraje. Entonces, a los árbitros, especialmente cuando son árbitros que no están acostumbrados al arbitraje, cuando son abogados muy destacados que son designados árbitros y quieren hacer todo lo bueno en ese arbitraje que tienen, estar con los testigos y preguntarles y repreguntarles, que es lo lindo de la intermediación con el testigo, pero tengan en cuenta que después, cuando hay que emitir el laudo a los 3, 4, 5 o 6 meses, capaz que no se acuerda uno muy bien si el testigo miró para un costado o si titubeó cuando iba a contestar. Lo que cuenta, principalmente, es lo que está escrito, porque uno no podría fundar un laudo diciendo que, si bien el testigo dice tal cosa, a mí me pareció que cuando contestaba miraba para un costado, y yo que estudié programación neurolingüística, puedo decir que eso significa tal otra cosa. En la mayoría de los testimonios alcanza con que esté escrito lo que dice el testigo. ¿Qué recaudos hay que tomar en ese caso? Que los testimonios se brinden en presencia de ambas partes. A mí me pasó en un caso que conversamos con las partes, establecimos en la primera resolución todas las pautas del proceso, y después vinieron los testimonios que cada parte había hecho en el estudio del abogado de cada una de ellas. Obviamente, decretamos nulos esos testimonios porque no había habido participación de la otra parte en la recepción, en la producción de esa prueba. Pero tomemos ese recaudo elemental, por lo menos acá, en la Argentina, en otros países no es necesariamente así. En Estados Unidos, por ejemplo, un testigo puede declarar en el estudio del abogado de una de las partes y ese testimonio es absolutamente válido porque a ese abogado no se le ocurre ni por asomo, ni aunque esté absolutamente loco, la locura nunca va a ser tanta como para llegar a mentirle al tribunal o hacerle decir al testigo algo que no dijo o inducir en un sentido o en otro. Es una cuestión de ética profesional. Pero, en Argentina hay muchísimos abogados que se comportarían como este abogado norteamericano hipotético que acabo de describir, pero hay algunos que no. Entonces siempre es bueno que estén las dos partes con los abogados de las dos partes, como en una audiencia de tribunal en sede judicial.

En cuanto a la audiencia pericial, se puede decir lo mismo. Hay muchos peritajes que no es necesario abrir, establecer una etapa

de prueba dentro del arbitraje que va a llevar su tiempo para que se produzca la prueba pericial. Porque para un acuerdo pericial contable que se trate de una simple verificación en los libros de comercio para ver si tales o cuales negocios, tales compraventas, tales facturas están pagas o no, el informe del perito contador puede venir perfectamente con el escrito que presenta la parte. Y el tribunal se reserva el derecho, si quiere, de llamarlo al perito, hacerle alguna pregunta adicional, pero con eso ahogamos la etapa de producción de la prueba, quizás porque muchas veces, la única prueba puede ser esa.

Prueba de peritos. A veces hay problemas con la designación de peritos, por ejemplo, peritos ingenieros. A veces hay algunos conflictos en los que las pericias de los ingenieros prácticamente son dirimentes en que las cuestiones fundamentales que se analizan son cuestiones de hecho, y lo que dice el perito es lo que va a tener que decir el árbitro. Las partes, entonces, tienen mucho cuidado en la designación del perito, y los tribunales arbitrales no siempre tienen un sistema dotado de lista de peritos, etc. A veces tampoco es bueno el sistema de lista de peritos y de sorteos, porque tiene un riesgo enorme y a veces por hacer las cosas mejor y darle más transparencia, uno hace un sorteo y quizás sale elegido perito ingeniero para un tema específico de electrónica un perito que sabe menos que yo de manejar una computadora, pero como es ingeniero y está en esa lista, le tocó por sorteo ese asunto. Por eso es bueno que los árbitros puedan elegir a peritos de su confianza y peritos expertos, y mejor aún, que las partes puedan elegirlos, que es lo que suelo hacer yo en los arbitrajes: convocar a las partes y juntos designamos a los peritos, y juntos establecemos cuáles van a ser los honorarios y la forma de pago de los honorarios de los peritos ingenieros. Si no hubiera acuerdo de las partes, se le puede pedir al CAI, Centro Argentino de Ingenieros, que nos proponga un perito para intervenir en tal asunto, como lo hicimos en una oportunidad, y les enviamos los escritos para que vieran de qué se trataba y los puntos de pericias que habían planteado las partes. En esa oportunidad, dijeron que creían conveniente enviar dos peritos en lugar de uno. En una problemática de obras civiles y de obras de frío, una institución designó dos peritos. Eso facilita muchísimo el tema de la designación.

Para la prueba informativa, les cuento una experiencia. A veces los requeridos en los arbitrajes son renuentes a dar pruebas

informativas. Cuando un juez le pide informes a una entidad privada o a una entidad pública, sin hesitación alguna, como dicen los jueces, contestan porque se los pide un juez. Cuando el árbitro pide el informe suelen ser renuentes. Primero van a consultar con sus abogados, con la asesoría jurídica de la entidad pública o con sus abogados internos o externos, si se trata de una empresa, a ver si ellos pueden dar esa información o no a fulano de tal que está pidiendo un informe, que no es un juez, es un árbitro. Primera pregunta: ¿le tengo que dar información a un árbitro? Segundo: ¿yo le puedo dar información referida a otros a un árbitro? ¿Puedo revelar información de otros? En el caso de unos arbitrajes -creo que el más grande que hubo en Argentina- yo era abogado de una de las partes, una entidad estatal. Se trataba de un tema muy complicado donde estaba involucrada toda la temática del polo petroquímico de Bahía Blanca, que involucra a muchísimas empresas; y había dos o tres habitaciones como esta llenas de expedientes relativos al tema en la Secretaría de la Industria. Ni siquiera estaban en condiciones operativas de brindar el informe que se necesitaba en ese arbitraje, porque había que rastrear todos esos expedientes. Yo hice una propuesta que fue aceptada por todos y, en definitiva, con eso pude convencer al asesor legal de la Secretaría de la Industria para que me diera el visto bueno para que se pudiera hacer ese operativo. Designamos tres personas de cada una de las partes, fuimos con una fotocopiadora con acceso a esa información para sacar todas las fotocopias que estimáramos conveniente, y cada uno armó su informe y lo presentamos al tribunal arbitral. Nosotros pedimos el informe y nos contestamos nosotros mismos en base a toda la documentación de esa oficina pública que no hubiese estado jamás en condiciones de evacuar esa pregunta que estábamos haciendo nosotros, porque había miles y miles de expedientes que ellos tenían que consultar. Y además, lo bueno era que fuera gente experta que conocía el tema; yo no era experto en el tema, yo era simplemente abogado, pero fui acompañado de personas que sabían que en tal año había ocurrido tal cosa, más o menos junio de tal año, entonces uno iba a esa fecha.

Concluyendo, el tema de la prueba es muy importante, no hay que confiarse en los árbitros, no confiarse en el arbitraje, y los abogados deben ser sumamente cuidadosos al momento de ofrecer y producir pruebas. Las partes también, si no tienen

pruebas, por más lindos argumentos que den, no les van a dar la razón. Y en el caso de los árbitros, también, hacer un uso muy prudente de las medidas para mejor proveer. Hacer uso de esta facultad cuando sea necesario, para eso está. Y es bueno que se utilice, pero en base a las pruebas producidas por las partes. Si hay algún punto oscuro en relación a una prueba producida, sí, ir a la medida para mejor proveer, pero no en principio aplicar nuevas pruebas que no fueron ofrecidas por las partes. Y cuento en 30 segundos una última anécdota. Me ocurrió en un arbitraje. Un árbitro excelente, un abogado de primerísimo nivel, había un dictamen de un ingeniero excelente, pero un familiar muy cercano de este árbitro era un ingeniero muy prestigioso y él hablaba el tema del arbitraje con su familiar. Entonces, cuando nos juntábamos después los tres árbitros, él venía con lo que le había dicho su pariente y se nos hacía difícil a nosotros soslayar el producto de ese diálogo con su familiar. Lo que importa es lo que dijo el perito ingeniero que está en el expediente, y que es lo que las partes pueden controlar y pueden rebatir o pueden argumentar en relación a eso. Pero nosotros no podemos estar fundando un laudo en base a lo que dijo alguien ajeno al expediente, porque las partes no tienen cómo defenderse de eso. Se nos hizo muy difícil en ese caso porque, además, ese árbitro -como suele ocurrir- estaba absolutamente convencido de que estaba haciendo justicia. Muchas gracias.

Bachiller humanista, egresado del Bachillerato Moderno Humanista de Salta. Abogado, egresado en 1970 de la Universidad de Buenos Aires. Juez titular del juzgado nacional civil 48. Juez titular del juzgado nacional en lo comercial 13, ambos de la República Argentina. Miembro de la comisión redactora del proyecto de la Ley de Arbitraje del año 1998. Redactor del proyecto de Ley nacional de Arbitraje en el marco del convenio para la reforma de la justicia y del proyecto de Ley de Arbitraje nacional e internacional, actualmente radicado en la Cámara de Diputados de la Nación con estado parlamentario. Profesor titular en distintas universidades nacionales y privadas, en cursos de grado y postgrado de Arbitraje, de Negociación y de Derecho Comercial. Árbitro ad hoc de varias instituciones arbitrales, tales como la Unión Industrial Argentina, el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje, la Cámara Argentina de

Comercio, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, el Centro Argentino de Ingenieros, Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. Ha dictado numerosos cursos sobre arbitraje y sobre negociación tanto en Argentina como en otros países. Socio del Estudio Villamayor Alemán y Asociados.

Panorama de posibilidades del arbitraje en el Derecho argentino

*Por el Dr. Héctor Osvaldo Chomer**

Muchas gracias a la Defensoría por invitarme y a ustedes por estar acá. Una sola cosita respecto de la prueba, es cierto que es muy difícil que las partes de un expediente judicial o las partes del arbitraje entiendan que lo único que existe es el expediente, porque tienen tan arraigado o tan internalizado el hecho de que tienen razón, que es muy difícil convencerlos de que no la tienen o que la tiene la otra parte. Pero esto es lo único que existe. Lo único que existe es lo que está en el expediente, porque no se puede salir a buscar -y si tiene 20 expedientes mucho menos- lo que hay detrás del expediente. Para eso están los abogados, y para eso están también los peritos, que muestran cuál es la realidad, por lo menos la realidad del expediente.

Yo había empezado a construir algo, uno siempre escribe, pero les voy a dar algunos matices de todo lo que estuve pensando y escribiendo. Lo primero que noto es -lo dijo el Dr. Villamayor Alemán, lo escuché antes no sólo aquí sino también en alguna otra oportunidad- la desventaja del árbitro en relación al juez. El desprestigio del arbitraje o el complejo del arbitraje en relación a la jurisdicción estatal. Esto es, el árbitro muchas veces no se siente apoyado, no se siente juez, no se siente decisor, por decirlo de otra manera. Y en esto hay un error grave. El árbitro realiza igual actividad jurisdiccional que el juez. Realiza la actividad jurisdiccional en la medida que resuelve conflictos. Dirime los conflictos que se le plantean o se le proponen. En esta medida es tan juez como el juez estatal. Por supuesto, la diferencia reside en el *imperium*, esto es, si a mí no me contestan el oficio, allano o voy a buscarlo; el árbitro

tendrá que buscar otras alternativas. Pero en cuanto a la función, es tan elevada o tan importante como la del juez estatal. Esto lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en varios fallos equiparando las actividades. Es cierto que en muchos casos -y esto es un problema de abogados- la justicia ha intervenido tal vez innecesaria o impropiamente en arbitrajes, suspendiendo algún arbitraje, absorbiendo algún arbitraje. No pensemos solamente en medidas cautelares, que intervienen de alguna manera suspendiendo el arbitraje, sino en concursos que absorben o en quiebras que absorben el arbitraje. Pues bien, hay distintos problemas, incluso el problema de los recursos. Hoy en Argentina -y estoy abierto a cualquier corrección en esto- creo que lo que tenemos es amplitud de decisiones en amigables componedores. Pero en arbitraje de derecho hay muy poco. No hay tantos arbitrajes de derecho estadísticamente. Como tampoco tenemos demasiados tribunales arbitrales, nadie se somete a las decisiones del tribunal arbitral, ni se lo convoca, que es mucho peor. Por eso tenemos problemas de recursos, problemas de interpretación de lo que es el Código Procesal. Los problemas, en realidad, no se plantean tanto con las grandes empresas, porque las grandes empresas tienen departamentos de atención al cliente. La gran empresa, frente al llamado del consumidor que se queja, tiene a alguien que sigue el tema y que trata de resolverlo. Fíjense ustedes -después lo voy a mencionar de nuevo- el tema de las impugnaciones en las tarjetas de crédito. Esto disipa infinidad de problemas. Si ustedes tienen un problema con la tarjeta de crédito, impugnan el resumen, llaman por teléfono y les darán o no una solución. Pero tienen un mecanismo alternativo antes de que el conflicto se suscite. Y está instituido por la propia Ley de Tarjetas de Crédito. Por supuesto, esto no quiere decir que no haya problemas con grandes empresas porque no se solucionan los problemas o porque el departamento de atención al cliente es deficiente. Pero allí ya tienen una posibilidad de sacar al conflicto extrajudicialmente. En cambio, hay mucho o por lo menos no hay una alternativa posible del mismo tenor, en el tema de las PyME, las pequeñas empresas. Porque una PyME, un comerciante pequeño, un vendedor de flores no tiene un departamento de atención al cliente. En todo caso, llamará a la casa y lo atenderá la señora o el hijo, pero no va a solucionar fácilmente el conflicto. Lo que no tenemos que hacer, más allá de que la gran conflictividad esté en uno o en otro campo, es dejarnos seducir por soluciones

grandilocuentes o soluciones que son parches. Y digo esto porque nosotros pensamos que el arbitraje puede ser una gran solución. Puede serlo. Pero también la jurisdicción puede serlo. Lo que necesitamos es dotar al arbitraje o a la jurisdicción de los mecanismos necesarios. Si nosotros hoy decimos que la mediación o el arbitraje o la negociación son la gran panacea, y dentro de 10 años los tribunales arbitrales que creamos o que existan están desbordados, nos vamos a desmoralizar de nuevo. Hoy cada juzgado comercial -que es el que, en definitiva, resuelve la mayoría de los problemas con grandes empresas o con pequeñas empresas, pero el conflicto por el acto unilateral del comercio se suscita entre el consumidor y el comerciante- tiene entre veinte mil y veinticinco mil causas. Obviamente, no es probable que me solucionen el conflicto ni en dos meses, ni en tres meses, ni en cinco años. Pero si nosotros no atendemos las necesidades de los tribunales de arbitraje que se puedan crear estatalmente o empresarialmente por las cámaras, por los colegios, etc., si no atendemos eso certeramente dotando de las necesidades que tienen para resolver esos conflictos con leyes adecuadas, con regulaciones adecuadas, vamos a estar exactamente igual en el futuro. Esto es una política de Estado. Más allá de que el árbitro o el tribunal arbitral no sea un tribunal estatal, el Estado tiene que tener políticas que coadyuven, que colaboren para que la solución sea el arbitraje. Hoy no lo hay. Y no lo hay tanto, les diría, porque las regulaciones son pocas. Pero además de pocas, diría que son regulaciones desconocidas. El Código de Comercio está plagado de temas de arbitraje. Y casi no los conocemos. Yo mismo, y supuestamente soy un experto, cuando me ponía a revisar encontraba un montón de cosas que no recordaba o que las había visto alguna vez y que nunca las apliqué y que, en definitiva, son útiles. Pero no solamente están las vigentes, sino también las que pueden ser propuestas y tienen que ser atendidas porque tenemos que explorarlas para ver si brindan solución. Entre las vigentes tenemos la pericia arbitral, ¿cuántos de los abogados que están acá presentes vieron una pericia arbitral? Yo después de 30 años vi una o dos, porque realmente no se utilizan, el juez no la utiliza porque después no designan a los peritos. Y es muy sencillo porque, en definitiva, el 773 del Código Procesal remite al 516. Y el 516 es una liquidación especial, cuando hay dificultad para realizar una liquidación, y después los peritos árbitros, especialistas en lo que haya que liquidar, sean contadores, sean administradores de

empresas, sea un actuario, sea un peluquero o sea lo que sea, ese árbitro, ese perito árbitro es el experto en esa actividad y va a poder hacer una liquidación adecuada al resultado que se esperaba. Las controversias por derecho de receso en el Derecho societario, ¿ustedes vieron alguna vez designar un perito árbitro en el receso? No, pero les diría que es imprescindible, porque en el receso todavía están discutiendo hace 30 años cómo se le paga al socio recedente. El tribunal arbitral dice "obviamente, tiene que quedar firme", pero es una liquidación compleja en cualquier liquidación de sociedad. En cualquier liquidación de sociedad yo estoy arriba de los expedientes y trato de que terminen rápido. Yo presumo de ser un tipo bastante amplio, bastante activo, y tengo una liquidación de una sociedad comercial de hace 15 años, de antes que yo asumiera en el juzgado. Yo estoy en el juzgado hace diez, cinco años antes de que yo llegara está la liquidación con sentencia y nunca nadie la pudo terminar y se siguen peleando. ¡Peritos árbitros! Yo no los puse, me lo revocó la cámara, dijo que no era, pero creo que es lo más adecuado. Esto seguramente es una nota de color referida a lo que está vigente y no utilizamos. El 773, que remite al 516, es un caso que no utilizamos nunca, que está y puede ser utilizado. No voy a explorar demasiado el tema de arbitraje de consumo porque lo han hecho muy bien antes que yo, pero a mí me suena que hay algunas dificultades importantes en lo que está vigente y que por eso tal vez nosotros seguimos cayendo en un pozo, y que, en definitiva, todos esos arbitrajes fracasados o ni siquiera intentados terminan en juicios. No puede ser que alguien que fue a comprar un teléfono celular y se lo vendieron a 1.000 pesos, y al día siguiente vio en el diario que había una oferta en 3 cuotas de 300 pesos haga un juicio. Esto no puede ser. En ningún país del mundo pasa esto, ni en Tanzania pasa esto. Entonces, tenemos que encontrar caminos para que ese arbitraje de consumo sea realmente eficiente. Hoy, evidentemente, o no lo es o la gente no lo conoce, porque todos esos juicios no existirían. Me parece que el artículo 59 de la Ley 24240, modificado por la Ley 26361, complica las cosas, defiriendo la organización local. Esto de la organización local -que la Ciudad de Buenos Aires organiza, que las provincias organizan, que las autoridades de cada uno de esos lugares organizan el tribunal administrativo- complica las cosas, porque la gente no sabe si tiene que ir al tribunal administrativo o puede ir a un arbitraje de consumo. Hagamos una cosa o hagamos la otra, porque con las dos cosas, la gente no sabe adónde ir. Cuando hay tantos

caminos, esto confunde. Y encima estos caminos no están publicitados, no están divulgados, difundidos, con lo cual la gente no sabe qué hacer en este tema. Me parece que los amigables componedores en este punto serían dirimentes. Y el problema de la organización de tribunales, si ustedes quieren, administrativos, debería ser secundario, no prioritario. Es decir, primero vamos a la negociación, a la mediación o al arbitraje, y luego recién podemos ingresar, si es opción de las partes o del denunciante, en un tribunal administrativo. Esto, en cuanto a lo que tenemos, que es importante, es mucho, pero falta difusión. No lo conocemos. Mucho de esto no lo conocemos. O no lo conoce la gente, porque apenas lo conocemos nosotros. Pero ahí también hay cuestiones relativas a lo que se puede hacer. Ustedes hablan del consumidor como consumo: compro un vaso, compro anteojos, compro un automóvil, compro bienes. Y esto es adecuado, pero el consumidor también entra en cesación de pagos. El grave problema que tiene la República Argentina, no hoy, siempre lo tuvo, ahora está de moda, es la cesación de pagos del consumidor. En las provincias argentinas es un grave problema la quiebra o el concurso preventivo de los funcionarios públicos, de los administrativos, de los policías, que entran en cesación de pagos y pierden los concursos, y muchas veces terminan en quiebra. La mayoría de las veces terminan en quiebra. Esto, en distintas legislaciones tiene distintas soluciones. Tal vez la más dura sea la americana, en donde muy pocas cosas entran en la posibilidad de que el amparo concursal ayude, colabore a solucionar los problemas de ese consumidor. Y tal vez la más amplia sea la francesa, donde los organismos estatales participan muy aisladamente, donde los que resuelven o ayudan, colaboran para resolver el tema de la insolvencia del consumidor son los árbitros. No son árbitros impuestos estatalmente o tribunales administrativos. Son amigables componedores que, en definitiva, se sientan con las partes, individual, conjuntamente, y tratan de solucionar el problema en un plazo, por supuesto. Si no lo solucionan en un plazo, el consumidor estará en quiebra o entrará en otro sistema de liquidación. Pero los amigables componedores, que en Argentina podrían ser amigables componedores que proveyera la Universidad de Buenos Aires, que proveyera el Colegio Público de Abogados, el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, quien fuera, podrían solucionar este tema que hoy no tiene solución. Dejen de lado ese tema profundo que es la cesación de pagos. En el concurso y la

quiebra hay temas que son transables. Si son transables, hay posibilidad de árbitro, tema que no se ha explorado y que además la Ley 26589 continúa excluyendo. La modificación de la Ley de Mediación continúa excluyendo de la mediación - desconociendo que son temas transables- al concurso preventivo y a la quiebra. Vaya uno a saber por qué; y también, gravemente les diría, deja la opción posible de la mediación para las ejecuciones. ¿Por qué no los tribunales o por qué no árbitros en el tema de La Bancaria? ¿Por qué en el tema bancario no tenemos árbitros? ¿Por qué la cámara que aglutina los bancos no se decide de una vez por todas y pone a un árbitro? No a un árbitro, a un tribunal arbitral donde las partes puedan ir a litigar, donde puedan hacer sus reclamos. ¿Qué sucede con esto? Porque con la Ley 25065 no es suficiente. Es uno de los focos de conflicto. Tal vez el mayor de los servicios que genera conflictos sea el de la tarjeta de crédito. Pero eso solo, ese sistema extrajudicial que cuando queda concluido, deja expedita la vía judicial, o sea, ustedes no pueden demandar judicialmente si no impugnaron primero, y si no se les contestó y quedó cerrada esa secuencia. Eso es insuficiente, es bueno, no es descartable, pero es insuficiente. Se necesita otra cosa. ¿Por qué los bancos no ponen un sistema de arbitraje, que sería una solución importante? El ejemplo es la Asociación Argentina de Compañía de Seguros. La Asociación Argentina de Compañía de Seguros tiene un listado de compañías - obviamente, sus asociados- en las que cualquier asegurado tiene la posibilidad de hacer la denuncia, y existe un arbitraje, un verdadero arbitraje. El árbitro se llama "defensor del asegurado", pero lo que hace es un laudo y ese laudo es obligatorio para la compañía que está adherida al sistema. La compañía no puede desatenderlo, es obligatorio. Es cosa juzgada, dirían ustedes. Sí, pero para el asegurado no. El asegurado al que se le rechaza el reclamo o la denuncia puede apartarse de esa solución y puede litigar en justicia, de todos modos. O sea que es un arbitraje muy especial, muy útil para el consumidor de seguros y muy importante. Y les diría que la Ley 26589, en cuanto permita reeditar la mediación en cualquier etapa del juicio, permite -y yo lo he hecho- diferir al defensor de seguros, al defensor del asegurado, la solución del conflicto; esto es, se inicia un conflicto judicial, si el juez considera que es posible, lo puede mandar al defensor del asegurado, no para que haga una mediación porque no la va a hacer, sino para que decida el "arbitraje" que se le propone. Por supuesto, de todos modos tendrá que tener

alguna actividad consintiendo el asegurado, porque tendría que hacer una presentación al defensor del asegurado. Yo creo que tenemos que repensar el tema de las adhesiones, por qué en el arbitraje tenemos necesidad de que solamente se consideren los que están mencionados, por ejemplo, en la Asociación Argentina de Seguros. Por qué si el asegurado hace la denuncia no se puede convocar a la compañía a que adhiera. Esto se ha utilizado muchas veces, se hace, pero no en todos los campos. Por qué no pensarlo para todos los campos. Por qué no pensar un sistema de premios a los adheridos. Alguien dijo "yo si voy a un hotel, la verdad, no sé realmente si está adherido o no al sistema". Por qué no difundir bien el sistema y otorgar alguna desgravación impositiva o darle alguna ventaja al que está adherido para que se adhieran más. Esto es un sistema de política estatal. Yo creo que las novedades no bastan. Hay que mejorar y hay que profundizar, hay que difundir todo. Porque en esto nos va la calidad de vida. O sea, poco importa si los tribunales están abarrotados, poco importa si realmente el arbitraje es una solución importante alternativa que descongestiona los tribunales. Todo esto es muy lírico y, hasta les diría, hipócrita. Lo que nos tiene que importar, sinceramente, es que el arbitraje sirva para mejorar la calidad de vida de la gente. Si el arbitraje sirve, y yo creo que sí, por supuesto, como sirve la mediación o como sirve la negociación, como sirven muchas otras cosas alternativas, exploremoslo, profundicemos las soluciones arbitrales que tenemos, mejoremos todo eso. Pero cuidado, prestémosle la atención que necesita, que amerita cada una de esas cosas, en este caso, el arbitraje, porque de lo contrario vamos a caer exactamente en lo mismo que otras soluciones que se presentaron como extraordinarias, que se abandonaron a su suerte y que, en definitiva, fracasaron. Entonces, exploremos el arbitraje porque creo, sinceramente, que es una muy buena solución. Muchas gracias.

** Juez comercial, investigador del Centro de Proyectos de Investigación de la UBA. Vice-director del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Disertante en España en la Universidad de Valladolid. Tiene libros sobre la materia y ponencias en congresos nacionales e internacionales.*

Rueda de preguntas

Pregunta del auditorio (al Dr. Villamayor Alemán): Una pregunta muy breve simplemente para reforzar el concepto "facultad de investigación" o las medidas para mejor proveer; aun con el artículo 26 como tenemos acá en la Defensoría, con este criterio amplio que dice "producir la respectiva prueba, sin perjuicio de la facultad de investigación o la medida para mejor proveer que pudiera dictar el tribunal...", usted atendía a rajatabla este concepto, que yo creo que las medidas para mejor proveer solamente respecto de la prueba producida. Es decir, los árbitros estamos, aún con este artículo 26, constreñidos a aplicar la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, y a actuar como si fuéramos jueces, jueces privados, y lo somos, y que nos sentimos tales, y no excedernos, en todo caso. Lo planteo porque fue un tema, en un caso acá, en la Defensoría, en donde me tocó constituir un tribunal y tuvimos una larga discusión los tres árbitros al respecto; de todos modos, el caso se solucionó conciliando y no nos llevó a abrir el caso a medidas para mejor proveer. Era un caso de inexistencia de la prueba del actor. Entonces, sin perjuicio de que lo pudimos conciliar, como es un poco la filosofía del arbitraje que aplicamos aquí, en la Defensoría, como lo explicó mi colega Cattaneo antes, fue el gran problema de investigación y quedó pendiente la discusión entre los tres, y me gustaría entonces reforzar ese concepto; aun con este artículo 26, ¿debemos ceñirnos al principio doctrinario de la carga de la prueba o no, doctor?

Dr. Villamayor Alemán: Viene bien el comentario. Nada en la vida humana es absoluto. En principio, las medidas para mejor proveer pueden darse en supuestos excepcionales, nunca reemplazando la actividad probatoria de las partes, hablando de arbitraje en general. En arbitraje como se hace en esta casa, en arbitraje como tribunales arbitrales de consumo -sean de derecho o no- en los que el patrocinio letrado no es obligatorio -es obligatorio si una de las partes viene con abogado, es obligatorio darle la posibilidad a la otra-, pero, en los casos en general, en que no es obligatorio el patrocinio letrado, puede darse alguna situación en que los árbitros vean que, evidentemente, hay una parte muy débil que no tiene debido asesoramiento letrado y que no ofreció tal o cual prueba que debería haber producido y que, evidentemente, tiene razón, entonces puede -casos excepcionales- el árbitro, en virtud de esa situación, suplir a

la parte, porque no es una parte que estaba en posibilidad de ofrecer pruebas, de tener un buen asesoramiento legal porque, quizás, por sus escasos recursos no tenía un abogado. En principio, hay que manejarse de acuerdo al principio. Yo creo que lo más sano es eso, si bien nunca hay que manejarse con esquemas absolutos. Pero la pauta general es esa, creo yo.

Pregunta del auditorio (al Dr. Villamayor Alemán): En cuanto al tema de pruebas, me surge una duda con respecto al arbitraje de equidad, donde la doctrina mayoritariamente impulsa la especialización del árbitro. En los tribunales de arbitraje de consumo, que generalmente son tribunales de equidad, ¿hay una mayor amplitud con respecto a los árbitros en materia de prueba?

Dr. Villamayor Alemán: La pregunta es excelente. Existe una idea -que yo creo que es equivocada- de que en el arbitraje de equidad, como el árbitro tiene que resolver según su leal saber y entender, se puede ser muy flexible en lo que yo decía respecto de la carga de la prueba, de ceñirse a las pruebas, de ceñirse al expediente. Porque, si el árbitro puede fundarse en "su leal saber y entender", hay quien puede pensar en sus propias convicciones y prescindir del expediente, porque las partes conscientemente lo han elegido árbitro de equidad para que juzgue según "su leal saber y entender". En la práctica no hay ninguna diferencia. Yo, en todos los tribunales arbitrales que intervengo, prácticamente tengo un modelito de lo que es la primera resolución, estableciendo las pautas procesales de ese arbitraje en particular, y son exactamente las mismas, sean de equidad o de derecho. No cambia para nada. Y una vez establecidas esas reglas, todos tienen que acatarlas.

Pregunta del auditorio: ¿Quiere decir que de común acuerdo, las partes convienen con los árbitros el reglamento para este proceso arbitral particular, y deben ceñirse a él?

Dr. Villamayor Alemán: La ventaja del arbitraje de equidad es que nos da a los árbitros una cierta flexibilidad para resolver algunos temas. El Derecho forma parte de la equidad, no puede ser equitativo ni justo, en principio, un laudo o una sentencia que prescinda del Derecho, del Derecho como orden jurídico. Porque el Derecho forma parte de la cultura. Entonces, yo como árbitro, como juez, no puedo resolver algo que no esté de acuerdo con la cultura del pueblo, del lugar donde yo vivo. Tengo que tener en

cuenta las normas jurídicas. Y una persona equitativa va a tener en cuenta las normas jurídicas, va a tener en cuenta el Derecho. De manera que, en el razonamiento de un árbitro de equidad tiene que estar también el concepto jurídico. No quiere decir que tenga que ser necesariamente abogado. Hay muchísimos no abogados que tienen un gran criterio jurídico, un gran conocimiento de la temática dentro de la cual están involucrados, y van a hacer mérito de ese Derecho para dictar un laudo equitativo. A su vez, si yo soy árbitro de derecho, no puedo prescindir de la equidad, porque la equidad también forma parte del Derecho, la equidad también es una fuente del Derecho. Y esto, más allá de las distintas posiciones filosóficas que pueda haber sobre este punto. Ningún juez que quiera hacer las cosas bien va a resolver algo injusto porque lo dice el artículo tal o el artículo cual. Se va a romper la cabeza para buscar la manera de resolverlo. Cuando los jueces empiezan a hablar de "hermenéutica integrativa", del preámbulo de la Constitución Nacional, que habla de afianzar la justicia, es porque están desesperados buscando argumentos más allá del inciso j de la ley tanto, porque quieren hacer justicia. Entonces, el mismo Derecho nos da la posibilidad, y si el juez es juez creativo, desde dentro del Derecho llegará a una resolución justa. Y yo creo que ningún juez se va a ir a dormir tranquilo diciendo "cumplí con mi deber porque apliqué la ley y dicté una sentencia injusta". No sé si le respondí.

Pregunta del auditorio: Con respecto a la prueba testimonial, usted dijo que podían ser anexadas a la demanda, pero para que dicha anexión tuviera validez ambas partes tenían que estar presentes en la prueba testimonial; ¿es suficiente que estén ambas partes presentes o para validar esa prueba sería necesario que estos testimonios estuvieran presentados ante un escribano, por ejemplo?

Dr. Villamayor Alemán: Solamente que estén en presencia las partes.

Dr. Chomer: Agrego algo, yo en el juzgado no tomo las testimoniales. Hace 10 años que no tomo testigos, algunos sí, porque siempre es posible que las partes estén tan peleadas, incluidos los abogados, que se hace difícil. Pero yo creo que de 25 expedientes hay uno que se toma en el juzgado. ¿Cuál es la diferencia de que se tome en el juzgado o que la traigan los abogados, habiéndola tomado conjuntamente en sus estudios con la presencia, obviamente, de las dos partes, qué diferencia hay? Alguna vez, en un fallo de cámara, creo que equivocadamente se

dijo que el juez tenía que estar presente, cosa que no es así. El secretario, en todo caso, por designación del juez, debería estar presente; el secretario hace las veces de notario. Antiguamente eran escribanos. Ese es el defecto que se le puede encontrar a este tipo de probanzas, pero en definitiva, si las dos partes consienten, es prueba documental.

Dr. Villamayor Alemán: Son pocos los jueces que están haciendo esto. Ojalá lo hicieran todos. Ahí juega lo que decíamos antes: de equidad, de derecho y de juicios que a veces se los plantea como algo tan diferente del arbitraje. Hay tantos vasos comunicantes; es decir, uno cuando está en un arbitraje tiene que ser conciente de que está en un proceso, y no hay que descuidar esos aspectos de proceso que tiene el arbitraje. Y cuando alguien está haciendo un juicio, no tiene que olvidar que tiene que resolver rápido un conflicto y buscar la forma más expeditiva de hacerlo y la forma más creativa de hacerlo. El Dr. Chomer acaba de decir algo que me parece muy útil. Hasta 1956, los secretarios que estaban designados en los tribunales eran escribanos. Y el secretario era fedatario. Daba fe, pero no tenía poder jurisdiccional. La esencia del secretario era esa: dar fe. Por otro lado, ¿cuántas veces el juez toma una audiencia? Entonces, entre ir a tribunales, estar sentadas -como pasaba en mi juzgado- las partes en una pila de expedientes porque no había sillas para todos, en salitas de audiencias muy chiquitas, sin ventilación, sentados uno o dos y el resto de pie, y ante un empleado de tribunales que a veces es una complicación para la misma audiencia, y uno se termina peleando con el empleado; cuánto mejor que tranquilos, sentados en sus estudios, tomando un cafecito los abogados con los testigos, acordando el horario de acuerdo con la comodidad de los testigos. Es un tema muy importante. Los testigos son, como la mayoría de las personas, trabajadores, personas que trabajan, que tienen sus horarios. Entonces, uno no puede tenerlos tres o cuatro horas citándolos a una audiencia. A veces la gente sólo puede acudir a las 9 de la noche, como me pasó una vez con un testigo. Era un tema de arquitectura y había un testigo arquitecto muy complicado; y él desconocía nuestra jurisdicción arbitral, ¡qué iba a ir él a un tribunal arbitral!, me propuso que fuera a su estudio, me puso un horario incómodo -2 y cuarto de la tarde- y allá fui, me hizo esperar, pero volví con el testimonio de este arquitecto. O sea que no hay que ceñirse a esa cuestión instrumental del testimonio en el tribunal.

Y un consejo práctico, que lo hicimos y que no nos resultó muy caro en un arbitraje: los testimonios, con taquígrafos. Ahí está absolutamente todo lo que dicen los testigos.

Dr. Chomer: Sí, a propósito de algo que dijimos acerca de las facciones y la neurolingüística: el taquígrafo es muy bueno, yo creo que habría que entrenar a los empleados judiciales para que sepan taquigrafía porque es mucho más sencillo o tener máquinas de taquigrafía, pero tener dictáfonos. Hoy, los sistemas de redacción automática -yo hablo y esto que estamos hablando lo está escribiendo la computadora, lo lee, lo escucha y lo escribe- no son tan falibles. Antigamente, hace 5 ó 6 años escribían cualquier cosa. Hoy escriben todo. Y si no quieren eso, mucho más sencillo todavía. Esto es lo que les digo a los abogados: filmenlo. Si quieren que se note toda la actitud del testigo, que yo lo vea, filmenlo. Hoy tenemos la posibilidad de ese archivo histórico para que quede.

Lo que iba a decir, y esto sí es estadística, primero: no hay ningún juicio cuya prueba se produzca en 40 días y no hay ninguna sanción. A mí me encantaría que lo tengan en 40 días, pero no hay ninguna sanción. Tiene que haber un compromiso de los abogados y, muchas veces, los abogados no quieren asumir ese compromiso. En general, la estadística dice que la prueba que más demora es la testimonial, y esto porque el juzgado no tiene más que una sala de audiencia. Yo tengo tres audiencias por día, tres audiencias conciliatorias a las que voy yo. Testimoniales, más de 1 por día no se puede poner, hay que ponerlas de acá al infinito, mucho más allá de los 40 días. Por eso demora tanto que nadie puede comprometerse a hacer la prueba en 40 días. Si la sacamos y la puede hacer privadamente el abogado en su estudio con la participación del otro, terminó el problema.

Dr. Villamayor Alemán: Voy a pasar un dato estadístico para que tengamos en cuenta. Cuando yo era juez, tenía cuatro mil expedientes en trámite entre las dos secretarías. Para tener mi juzgado al día, trabajaba todos los días, dejaba a mis hijos en el colegio y a las 8 de la mañana estaba en el juzgado y trabajaba todos los días hasta las 9 de la noche, tenía que renunciar a todas las cátedras, absolutamente todo, dedicación exclusiva al juzgado. Hay juzgados, según las secretarías y muchos que están a cargo de otras secretarías, de otros juzgados, que tienen más de veinte mil expedientes. Cuatro o cinco veces más expedientes que los

que tenía yo cuando era juez, y que para poder tener mi juzgado al día tenía que trabajar de 7.55 a 9 de la noche. Más de eso no puede trabajar nadie.

Dr. Chomer: Hoy los juzgados tienen más gente, lo que implica más delegación de funciones, pero hay que sacar diez sentencias por mes. Si se saca menos de diez sentencias por mes, estamos en problemas.

Dra. Susana Ayala Ferraro: Quería hacer un breve comentario respecto de lo que se habló en relación con la prueba y el reglamento de la Defensoría del Pueblo. Creo que hay mucha gente que nos acompaña desde que se abrió el Centro de Arbitraje. Pero la gran preocupación nuestra -y esto ya se dijo- fue el acceso a justicia, porque pensamos en los orígenes de este procedimiento que la mayoría de la gente que iba a venir a la DP lo haría sin patrocinio letrado, lo cual nos ha costado unos grandes conflictos con nuestro benemérito Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Por eso se buscaron algunos recursos, como el que surge en el artículo 26. De cualquier manera, lo que quería dejar en claro es que, cuando se constituye el tribunal, lo primero que hacen es dictar el reglamento de funcionamiento, que es la forma de asegurar cuáles van a ser los puntos de acuerdo entre el jurado.

No sé si hay más preguntas, pero yo les quería hacer una para que me la conteste cualquiera de los dos, si creen que es necesaria una normativa específica sobre arbitraje para que el arbitraje se pueda desarrollar como procedimiento o anexo a la justicia o en forma independiente; ¿les parece que es imprescindible que se dicte alguna normativa específica o con los elementos que hay podemos seguir avanzando en el tema del arbitraje?

Dr. Chomer: A mí me parece que sí, es necesario, como hay una Ley de Mediación, tener una ley de arbitraje. Es más, conciliando o articulando las dos posibilidades. Como el acceso a la justicia puede ser dificultoso, y hasta cierto punto la Ley de Defensa del Consumidor pudo haber solucionado el tema, por ejemplo, en cuanto al no pago de la tasa de justicia, todo esto hay que conciliarlo con una mediación, con una negociación y con un arbitraje. O sea, una ley única, no cosas aisladas, parches que confunden, que no se sabe cuántos caminos hay. Porque el arbitraje es mucho más eficiente en algunos campos que en la

tarea jurisdiccional. En campos de menor cuantía, sin ninguna duda. Veamos, por ejemplo, que en la Bolsa de Comercio, cada árbitro (son tres) dictan aproximadamente 15 laudos por año. O sea que tenemos entre 45 y 50 conflictos por año que se resuelven fuera del marco tribunalicio. Y no son cosas pequeñas, son cosas inmensas. Entonces en lo inmenso es importante y en lo pequeño es importante. Busquemos soluciones porque es importante todo.

Dr. Villamayor Alemán: La experiencia en el mundo es que en todos aquellos países en los que se dictó una ley de arbitraje, significó un estímulo y una discusión enorme. En América, Brasil, Perú y Chile todavía mantienen su régimen de siempre, su Código Procesal de Arbitraje Doméstico, pero en arbitraje internacional adoptaron la Ley Modelo de Uncitral, que tenía una cantidad enorme de arbitrajes, Uruguay está en proceso de reforma también. Y nosotros estamos desde hace muchos años trabajando en proyectos de leyes nacionales de arbitraje. Yo le he dedicado mucho tiempo y también he tenido muchas frustraciones en eso porque muchos de los proyectos que hubo en el país, al menos en los que yo conozco desde el año 1991, han ido perdiendo estado parlamentario. En este momento hay dos proyectos, uno redactado por mí, que es arbitraje nacional e internacional, que tiene estado parlamentario en la Cámara de Diputados. Arbitraje nacional regula el primer capítulo y el capítulo dos adopta la Ley Modelo de UNCITRAL para el arbitraje internacional. Tenemos pensado desde la Unión Industrial Argentina y otras entidades hacer alguna gestión para que regulen los dos arbitrajes. Yo creo que va a ser una cosa buena si se regula. Inclusive, va a evitar todos esos problemas que se plantean a veces con los jueces porque hay un artículo que es fundamental en la ley de arbitraje que dice que en cualquier ley de arbitraje el Poder Judicial o los jueces sólo intervendrán en los casos expresamente previstos en esta ley. Con lo cual se evitan muchísimos problemas de interferencias judiciales en los arbitrajes o de chicanas dentro de los arbitrajes de algún demandado remiso que quiere sacar el caso del arbitraje para mandarlo a la justicia. Sólo con eso ya se justifica una ley. Había habido un compromiso de empezar a tratar estos proyectos, pero este es un año en que los diputados y senadores están muy ocupados.

Pregunta del auditorio: Nosotros en un caso recibimos una denuncia por el artículo 65 del Código Contravencional, por discriminar, porque una empresa de servicios no cumplió como el

consumidor pretendía o también algo que se enmarca en lo que es hostigamiento respecto de la calidad de vida del usuario. Los usuarios no saben cuáles son los lugares de denuncia o cómo denunciar y a veces se dirigen a la comisaría. Tienen una carga de angustia de la que tal vez no tienen pruebas. Ahora están tomando psicólogos, dentro de la Defensoría de la Ciudad. La gente viene muy angustiada porque la persona que lo atendió por teléfono, lo llevó de un departamento a otro y le gastaron todo el crédito del celular y hay todo un maltrato que va más allá de lo que él pueda traer en un proceso probatorio, digamos.

Dr. Villamayor Alemán: Quienes están en mediación, quienes están en arbitraje, deben ser muy buenas personas y tener mucha sensibilidad para esas situaciones también. Yo le comento mi experiencia en los tribunales arbitrales de consumo. En los tribunales arbitrales de consumo, el 99% de laudos emitidos son laudos homologatorios de acuerdo. Las partes llegan a un acuerdo y el tribunal dicta un laudo diciendo si homologa este acuerdo. Pero no es que los árbitros hayan conseguido la solución porque las partes no se pusieron de acuerdo. Lo que la gente necesita muchísimas veces es tener un lugar donde quejarse, donde se sienta respetada, donde se sienta escuchada. Inclusive en muchos casos, donde pueda escuchar un pedido de disculpas. Yo hace poco en un tribunal arbitral le hacía ojitos, le hacía señas al abogado de una empresa para que le pida disculpas al otro. Porque el otro lo que quería era que le digan "perdón, disculpe porque lo hemos tratado mal". Y como no podía, sugerí hacer un cuarto intermedio, lo llamé y le dije "por favor, doctor, pídale disculpas porque este hombre merece que le pidan disculpas. Y pidiéndoles disculpas, él va a hacer el acuerdo que sea necesario. Él está dispuesto a hacer cualquier acuerdo pero necesita que le pidan disculpas". La gente necesita eso. Y quien está en una función estatal especialmente, debe ser muy conciente de eso. Que las personas que van al Estado tienen que tener esa cobertura como papá, como mamá, cuidarlos, y hay que tener esa dimensión. Pero a veces en los arbitrajes hay que manejarse de acuerdo a los expedientes con las pruebas que se producen. Los tribunales arbitrales de consumo son excelentes y se deberían difundir muchísimo más. Lo que hacen ustedes debería difundirse muchísimo más. Yo creo que la mayoría de las personas no tiene idea de que esto existe.

Dr. Chomer: Además, en cuanto a la prueba, no solamente la gente de la villa 21 tiene ese problema. ¿Cómo prueban ustedes un reclamo hecho telefónicamente a una tarjeta de crédito? No tienen ninguna constancia. Esto va más allá de lo discriminatorio, porque en todo caso es discriminatorio para todos los consumidores. Porque yo llamo por teléfono y me atendió Josefina que dice que anotó el número 5581 y yo busco una birome desesperado. Anota el día que llamó, el reclamo que hizo. Pero no tengo ninguna constancia. Si Josefina la pierde, se equivocó o le puso un número equivocado, me dio el número mal, entonces, esto también hay que afinarlo. Hay que afinar un poco las cosas, hay que mejorar este sistema de reclamos o impugnaciones. Pero más allá de eso, tenemos que pensar en la buena fe de la otra parte. Esto hay que repararlo, hay que mostrarle a la persona de bajos recursos, a la persona que tiene alguna complicación de educación o lo que sea, cuál es el camino. Pero también del otro lado tenemos que pensar en la buena fe de quien recibe el reclamo. Porque seguramente, salvo que Josefina que recibió el reclamo se equivoque, yo no creo que Mastercard o Visa revolee los reclamos. Seguramente tienen los reclamos bien ordenados y los contestan. O sea, las dos cosas: mejorar el sistema de acceso para que quienes tienen dificultades puedan ingresar verdaderamente; pero pensar también en quienes reciben esos reclamos, los van a procesar idóneamente. Y si no lo hacen, castigarlos porque ese es el otro tema, en Argentina no hay castigos, todos somos iguales.

Pregunta del auditorio (al Dr. Chomer): No me quedó muy claro la experiencia que tuvo en el juzgado con la pericia arbitral.

Dr. Chomer: Yo solicité una o dos pericias. En los dos casos, la Cámara entendió que no era pertinente. Si me pregunta por qué, debería decir que no me acuerdo, pero en realidad no entendí por qué. Me parece que si nos ponemos a interpretar la ley muy a rajatabla o cualquier cosa como prurito procesal, nada entra en el artículo 773, nada es una liquidación compleja. Lo que dice el artículo 773 es, en definitiva, vamos al artículo 516 del Código Procesal, y el artículo 516 dice Liquidaciones Complejas. Eso es lo único que tiene que haber: una liquidación compleja. Incluso, porque tal vez esto haya sido la objeción de la Cámara, el caso era una rendición de cuentas. Rendición de cuentas con sentencia ya. Ya había sentencia condenando a tal sujeto a rendir cuentas. O

sea, José Pérez tiene que rendirle cuentas a Juan García. Las cuentas son muy dificultosas y el sistema que tiene el Código Procesal es también, hasta cierto punto, hipócrita. Porque si Pérez no las rinde, García las puede presentar, es un disparate. ¡Que va a presentar García, lo que le conviene a él! Lo que yo había dicho es, lo condeno a rendir cuentas, pero pongamos peritos árbitros para que hagan una liquidación como la gente en un plazo razonable. La cámara entendió que no y el juicio sigue hace 35 años porque ninguna cuenta está bien. Esos son los casos: liquidaciones dificultosas.

Papeles de Trabajo - N° 9 - Marzo 2012

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

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 978-987-26683-4-1

Papeles de trabajo

III 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 17 de mayo de 2011.



Defensoría del Pueblo
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