papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 1

papeles DE TRABAJO

diez

ISSN 2314-3223

IV Jornada de Arbitraje Institucional

Protegemos Derechos

Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 2

Protegemos Derechos

Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

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

Adjuntías
Arq. Atilio Alimena
Sr. José Palmiotti
Sr. Gerardo Gómez Coronado
Dr. Andrés Elisseche
Prof. Graciela Muñiz

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES
República Bolivariana de Venezuela 842
Tel.: 4338-4900
consultas@defensoria.org.ar / www.defensoria.org.ar

Es una publicación propiedad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Propiedad intelectual en trámite.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 3

ISSN 2314-3223

Papeles de trabajo

IV 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 5 de septiembre de 2012

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 4

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 5

índice

Presentación **6**

Palabras de bienvenida
Por la doctora Alicia Pierini **7**

Promover una cultura del diálogo
Por la Dra. Susana Ayala Ferraro **9**

La cuestión del arbitraje
Por el Dr. Carlos A. Cruz **11**

Panel I
Arbitraje y orden público
Por el Dr. Roque Caivano **14**
Rueda de preguntas **27**

Panel II
Arbitraje de consumo
Por el Dr. José Luis Laquidara **32**

El arbitraje y las cuestiones de competencia
Por el Dr. Pablo Pirovano **38**
Rueda de preguntas **49**

Panel III
Arbitraje societario
Por el Dr. Sergio Villamayor Alemán **56**

Arbitraje y tecnología
Por la Dra. María Haydée Miguel **65**
Rueda de preguntas **78**

Panel IV
El arbitraje en la reforma del Código Civil
Por el Dr. Julio César Rivera **90**
Rueda de preguntas **102**

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 6

Presentación

La IV Jornada de Arbitraje Institucional fue organizada por el Centro de Conciliación y Arbitraje del Área de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Durante el encuentro, se firmó un Convenio entre esta Defensoría y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, cuyo objeto es promover el intercambio académico y la derivación de casos entre ambas instituciones.

Las disertaciones estuvieron a cargo de abogados especialistas en arbitraje luego de lo cual se abrió un espacio para formular preguntas y generar el debate sobre cuestiones relevantes atinentes al arbitraje como método de resolución de conflictos.

Abrieron la jornada la Dra. Alicia Pierini, Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la Dra. Susana Ayala Ferraro, Directora General de la Secretaría Legal y Técnica; se contó además con la presencia del Dr. Carlos Cruz, Presidente de la Asociación de Abogados de Buenos Aires; y la Dra. Rebeca Rutenberg, Directora del Centro de Mediación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 7

Palabras de bienvenida

*Por la Dra. Alicia Pierini**

Antes que nada, quiero darles la bienvenida a nuestra casa a todos los que no son personal de la casa, gracias Dr. Caivano como siempre por acompañarnos. Gracias a la Asociación de Abogados por estar también con nosotros. Gracias a todos ustedes. Y no voy a hablar del arbitraje porque ese es el tema que todos estamos ya sabiéndolo, sino simplemente decir que estas jornadas –que las estamos haciendo periódicamente– son realmente un momento de encuentro importante, un momento de afianzamiento y ratificación de nuestra voluntad como Defensoría del Pueblo de la Ciudad de tener no solamente los equipos de mediación, de conciliación y de arbitraje funcionando cotidianamente, sino también la voluntad de poder instalar el arbitraje en la sociedad argentina, empezando por nuestros propios colegas. Recién recordábamos charlando con el Dr. Cruz, que hace veintitantos años, cuando recién empezó, volvimos a la democracia, y empezamos a trabajar los temas de mediación como una metodología idónea en tiempos democráticos para el encausamiento o la resolución de conflictos. Las primeras resistencias vinieron también de nuestros colegas, que creían que la mediación iba a restar trabajo y protagonismo a los abogados. Con el tiempo –y con la persuasión sobre todo– y con la eficacia que significa la posibilidad de resolver conflictos por métodos no confrontativos, fue entrando el tema de la mediación, se fue consolidando, fue mejorando, profundizándose, normalizándose; y hoy lo tenemos instalado en todos los ámbitos del sistema judicial. Judicial y no judicial, o sea, está instalado realmente en todas partes. No ocurre lo mismo con el arbitraje, y creo que esa tarea la tenemos todavía pendiente. Así que forma parte de lo que tenemos que seguir conversando entre colegas, para que otros colegas que todavía resisten acompañen y nos ayuden a persuadir a la sociedad de que la búsqueda de justicia no está solamente en los tribunales. La búsqueda de justicia tiene varios caminos alternativos, y que el decir del Derecho –si bien no tiene el poder coercitivo de la misma manera que lo tiene el sistema judicial– puede estar en manos de profesionales no necesariamente del

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 8

Poder Judicial. Creo que este trabajo lo tenemos que seguir haciendo y por eso, gracias por estar, gracias por poder seguir profundizando, por poder seguir trabajando con los equipos en el tema del arbitraje. En el día de hoy firmaremos un convenio con la Asociación de Abogados para seguir trabajando también estos temas. Así que, bienvenidos a todos y les recuerdo que nuestro salón tiene el nombre de Rodolfo Ortega Peña, de quien nos consideramos, al menos yo me considero discípula en muchas cosas. En esta inspiración de lo que significa poner la profesión de abogado al servicio del Derecho y de la sociedad, y particularmente de los más necesitados, seguimos trabajando en los mismos temas que venimos trabajando desde hace tantos años. Gracias de nuevo. Ahora los dejo con Susana Ayala, nuestra Directora Legal y Técnica de la Defensoría del Pueblo, de quien depende el Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

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

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 9

Promover una cultura del diálogo

Por la Dra. Susana Ayala Ferraro

Quiero agradecer a la Dra. Cattaneo, al Dr. Murano y a la Dra. Goldcher por el esfuerzo que emplean siempre en la organización de estos eventos. Acompaño las palabras de la Dra. Pierini, en cuanto a que esta es una casa que tiene una larga trayectoria en los métodos alternativos de resolución de conflictos. Ella le ha dado un impulso muy grande durante toda su gestión, porque pudimos reorganizar el Centro de Mediación, pudimos abrir el Centro de Arbitraje y, más recientemente, en 2008, pudimos empezar con una nueva actividad que ha traído mucho beneficio a los ciudadanos de Buenos Aires, que es el servicio de conciliación, de mediación y conciliación con el Gobierno de la Ciudad. Además de agradecerles, porque ellos son los que se van a encargar fundamentalmente durante el día de conducir el evento, quiero pasar dos avisos parroquiales. Uno de ellos es presentarles nuestra página web, vamos a trabajar con todos los árbitros y los mediadores que quieran colaborar, con clínica de casos. Les vamos a pedir autorización para colocar sus nombres, con su fotito y su *curriculum* en la página. Vamos a trabajar con una nueva incorporación que hemos hecho de trabajo con resolución de conflictos complejos, lo cual también ha dado una gran apertura para las otras instituciones de la ciudad, que tienen que manejarse con esta conflictividad, que no es sencilla, que necesita la intervención de muchos actores, y la escucha de muchos actores. Así que, simplemente se los quiero presentar y les quiero pedir la colaboración a todos los árbitros y mediadores que permanentemente trabajan con nosotros, para que podamos desarrollar esta página, para que podamos hacer actividades virtuales, que ya hay una en danza que es con una Defensoría de Neuquén para hacer mediación virtual, a distancia. Son todas herramientas que estamos desarrollando permanentemente para que este concepto de la conflictividad, de la resolución pacífica de conflictos, es decir, la resolución fuera de ámbitos tribunalicios cuando ello es posible y, fundamentalmente, con la cultura del diálogo, se puedan ir resolviendo todos estos problemas que aquejan a los ciudadanos y a la ciudadanía en general.

Quiero agradecer también la presencia del Dr. Cruz y el convenio que vamos a firmar con una entidad de tanta trayectoria y tan

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 10

importante como es la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Y además una entidad que es totalmente multidisciplinaria en el sentido de la apertura de las colaboraciones, así que les deseo que tengan una buena jornada y gracias por la presencia.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 11

La cuestión del arbitraje

Por el Dr. Carlos A. Cruz

Muchas gracias, Dra. Pierini y Dra. Ayala, por la invitación a participar de este encuentro. La Asociación de Abogados hace muchos años que viene trabajando en temas de mediación, conciliación y arbitraje, de manera que es un tema que hace a los intereses institucionales y profesionales de los abogados; así que, este es nuestro compromiso de trabajo.

La Asociación de Abogados realiza varias actividades institucionales y académicas en defensa, básicamente, de los intereses profesionales de los abogados. Y en este sentido, he trabajado también en la redacción del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Hubo varios miembros de la Asociación de Abogados de Buenos Aires que se ocuparon de este tema, y tenemos prevista una jornada para el 12 de septiembre en la Facultad de Derecho para tratar algunos aspectos de la reforma, con la presencia de la Dra. Highton y el Dr. Lorenzetti.

El tema del arbitraje también ha sido materia de interés por parte de la Asociación, independientemente de lo que hace a las cuestiones de incumbencia profesional, en los supuestos en que el Estado nacional es parte. Porque no se les escape a ustedes que, independientemente de las cuestiones que son conflictos privados, están también las cuestiones donde el Estado es parte. Y hay distintas posturas doctrinarias y de abordaje del tema, cuando el Estado es parte, vinculado fundamentalmente con el tema de la prórroga de jurisdicción. Por ejemplo, en asuntos que son sometidos al CIADI, la Asociación tiene una postura tomada en esto; ha participado en estos últimos días en las reuniones de la bicameral sosteniendo esta postura en el sentido de reforzar la importancia del arbitraje; pero, en el supuesto del arbitraje donde el Estado nacional es parte, tenemos ciertos reparos respecto a la prórroga de jurisdicción. Porque entendemos que afecta los intereses de la nación argentina y el cuerpo constitucional de nuestra sociedad. Así que, un gusto estar acá, que nos acompañen y que nos acompañe una vez más también la Dra. Rutenberg.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 12

PANEL I

Protegemos Derechos
Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 13

Panel I

Este panel estuvo moderado por la Dra. Flavia Goldcher, Coordinadora Técnica del Área de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 14

Arbitraje y orden público

*Por el Dr. Roque Caivano**

Muchas gracias a todos por la presencia, gracias a la Defensoría por la permanente invitación a participar de estas jornadas, que ya son una especie de clásico en el calendario de arbitraje.

El tema que hemos elegido para abrir esta jornada es el que tiene que ver con la vinculación del orden público con el arbitraje. Esto, al amparo de la relativa ambigüedad que tiene el concepto de orden público; muchas veces se invoca el orden público como un límite al arbitraje, o como un obstáculo para el arbitraje. Y no siempre se tiene una clara referencia de cuáles son los obstáculos que el concepto de orden público, cualquiera fuese este, provoca al respecto. Vamos a tratar de clarificar un poco cuál es la vinculación que tiene el orden público con el arbitraje y cuáles son los aspectos en los que este concepto provoca algún impacto sobre la jurisdicción de arbitraje.

En primer lugar, debemos partir de reconocer –y esto es quizás demasiado obvio para la mayoría de ustedes– que los árbitros tienen una función y facultades de naturaleza jurisdiccional. Esto ya no está en discusión, fue objeto de debate doctrinario hace décadas, pero hoy es pacífico en la Argentina y en el Derecho comparado que los árbitros ejercen una función de estricta naturaleza jurisdiccional. Son jueces privados, para ponerlo sin

* Es Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Salvador. Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales. Árbitro independiente, profesor adjunto regular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor en las Maestrías en Asesoramiento Jurídico de Empresas, Derecho Empresario de la Universidad Austral, de la de San Andrés y UADE. Director del programa de entrenamiento para los alumnos de la Universidad de Buenos Aires que participan en las competencias sobre arbitraje comercial de Viena y sobre arbitraje de inversiones. Presidente del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial, organizada por las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y del Rosario de Bogotá. Consultor internacional convocado por la Comisión de Justicia del Congreso de Perú, para realizar el anteproyecto de ley general de arbitraje, que luego fue aprobado. Integrante de las comisiones creadas por el Ministerio de Justicia, para elaborar proyectos de ley de arbitraje. Dictó más de 200 cursos, talleres en Argentina y en el exterior. Y es autor, coautor de 5 libros y más de 130 trabajos publicados en Argentina y en el exterior.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 15

ningún tapujo. Sin embargo, a diferencia de los jueces públicos, de los jueces del Estado, de los jueces que integran el Poder Judicial de los Estados, los árbitros tienen una jurisdicción bastante más limitada. Y esos límites provienen de su naturaleza de jueces privados y de su origen convencional.

Los árbitros son personas jurídicas de Derecho privado, no adquieren la condición de funcionarios públicos; aunque cumplan una función esencialmente similar o idéntica a la que cumple un magistrado judicial, siguen siendo personas del Derecho privado. Y, por la naturaleza privada de la jurisdicción arbitral, hay materias que los árbitros no pueden resolver. Esto en la jerga se conoce como el concepto de la "arbitrabilidad", así como hablábamos, cuando estudiábamos Derecho constitucional, de las cuestiones justiciables y las cuestiones no justiciables, acá hay materias arbitrables y materias no arbitrables. Esto es, materias respecto de las cuales los árbitros pueden resolver y materias sobre las cuales no pueden pronunciarse. La segunda limitación que impone su carácter privado es la falta de imperio. Ya lo señalaba la Dra. Pierini: los árbitros son jueces que tienen una jurisdicción sin imperio. Esto lo hemos dicho muchas veces, pero vale la pena subrayarlo una vez más, no implica una minusvalía para los árbitros, porque si bien es cierto que los árbitros no pueden hacer cumplir forzadamente por sí las decisiones que adoptan, el Poder Judicial está por ley obligado a prestarle a los árbitros el imperio del que estos carecen para que la decisión de los árbitros pueda ser ejecutada. De modo que, si bien los árbitros no tienen imperio, las medidas o las decisiones adoptadas por los árbitros sí son susceptibles de ejecución forzada a través de los mecanismos previstos en la ley. De la segunda característica del arbitraje –esto es, su origen convencional– se deriva que sólo pueden resolver las cuestiones para las cuales el arbitraje se pactó. Si la jurisdicción de los árbitros nace como consecuencia de un acuerdo de voluntades, ese acuerdo de voluntades, al mismo tiempo que le atribuye jurisdicción le impone los límites, porque en principio sólo pueden pronunciarse sobre aquellas cuestiones para las cuales fueron designados y, en principio, entre quienes lo pactaron. De la combinación de las dos características señaladas, por el carácter privado y por el carácter convencional, surge una condición implícita del arbitraje y es que no puede existir –no existe en el mundo– un sistema de arbitraje absolutamente carente de control

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 16

judicial. El control judicial podrá ser más amplio o podrá ser más estricto, las causales podrán ser más genéricas o mucho más específicas, pero no hay ningún sistema en el mundo en el que no exista un control judicial sobre las decisiones de los árbitros. Y, ¿cómo impacta el orden público en el arbitraje?, impacta en dos momentos: inicialmente, impacta en la medida que puede condicionar la arbitrabilidad de ciertas materias. Vamos a ver cómo la noción de "orden público" impacta haciendo que determinadas materias dejen de ser arbitrables por su vinculación con el orden público. También vamos a ver cuál es la vinculación que esa materia debe tener con el orden público para que se produzca la no arbitrabilidad. Pero también afecta al arbitraje una vez que el árbitro dictó el laudo, porque el orden público es en el Derecho comparado una causal que permite procurar la nulidad de un laudo arbitral y, además, es una causal que puede ser invocada para oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, fundamentalmente al amparo de la Convención de Nueva York, que es el tratado que rige en casi todo el mundo para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Veamos entonces el primer aspecto, cómo juega la arbitrabilidad en la relación con el orden público. Los ejemplos específicos a mirar en este caso son el Derecho argentino y el Derecho francés. En el Derecho francés, la relación es directa; hay una norma en el Código Civil que determina que no son arbitrables aquellas cuestiones en que esté interesado el orden público. En el caso del Derecho argentino, a esta misma conclusión se llega por el juego de remisiones que impone nuestra legislación en materia de arbitraje. Recordemos que la definición de la materia arbitrable y no arbitrable surge de los artículos 736 y 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El artículo 737 dice que no se pueden someter a arbitraje aquellas cuestiones que no sean susceptibles de transacción. El legislador procesal se lava olímpicamente las manos, remite de un solo golpe al Código Civil y habrá que mirar en el Código Civil cuáles son las materias susceptibles de transacción para determinar cuáles son arbitrables y cuáles no. El Código Civil sigue también una estructura a partir de la cual lista una serie de supuestos, en los que la transacción no es posible. Y establece un principio general que es: todo lo no enumerado es susceptible de transacción. Dentro de las cuestiones no transigibles conforme el Código Civil, hay algunas

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 17

que son bastante precisas y cuya delimitación conceptual no es completa. Cuando el Código Civil dice que no se puede transigir sobre las acciones penales, es claro que lo que no puede ser transigido es la acción tendiente a procurar el castigo en sede penal de una conducta tipificada por el Código Penal como delito. Esto es claro, nada impide, sin embargo, que las consecuencias patrimoniales de un hecho ilícito puedan ser sometidas a arbitraje si las partes no actuaran. Del mismo modo es clara también la limitación a la transigibilidad y, por lo tanto, a la arbitrabilidad en cuestiones vinculadas al Derecho de familia. El Código Civil dice de manera bastante más precisa que no se puede transigir sobre cuestiones que afecten el emplazamiento en el estado de familia. Por lo tanto, no serían arbitrables por no ser transigibles cuestiones que tienen que ver con la validez o nulidad del matrimonio, divorcio vincular, cuestiones de paternidad, filiación, etc. Pero también el Código Civil tiene en materia de transigibilidad algunas remisiones, algunas normas que dicen que no se puede transigir sobre las cuestiones que no pueden ser objeto de los contratos. Lo cual nos lleva por vía de sucesivas remisiones a la noción de orden público contenida en el artículo 21 del Código Civil, que declara no susceptible de convención aquellas cuestiones en las que está interesado el orden público. De manera que, dando toda esta gigantesca vuelta, llegamos a un concepto similar al que tiene de manera directa y lineal el Derecho francés, que es que en las cuestiones en las que está interesado el orden público puede haber algún condicionamiento a la arbitrabilidad. No tenemos mucha experiencia en el Derecho argentino en relación con la interpretación del alcance de esta restricción, por lo cual nos vamos a permitir utilizar la referencia del Derecho francés donde sí hay una muy importante evolución jurisprudencial. Y esta evolución arranca desde un primer supuesto, unos primeros supuestos hace 70 años, en los que se decía que el arbitraje es prohibido si la controversia implica el examen de una norma de orden público. Se decía que las cuestiones de interpretación o aplicación de esas disposiciones no pueden ser resueltas por árbitros. De ahí se comenzó una evolución en la que se señaló, por ejemplo, que los árbitros pueden conocer y dirimir cuestiones vinculadas al orden público o regladas en normas imperativas, y que los tribunales judiciales no deben atender a la mera invocación de una norma de orden público sino analizar si la norma ha sido

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 18

efectivamente vulnerada. Ahí comienza toda una evolución a través de la cual los tribunales franceses van abriendo un poco más el campo de lo arbitrable. En principio, cuando haya invocada una norma de orden público que el tribunal deba interpretar y aplicar, eso no es arbitrable. Eso fue corriéndose todo el tiempo, por ejemplo, cuestiones de patentes, cuestiones vinculadas al derecho de la competencia, cuestiones vinculadas al derecho colectivo de los concursos o la quiebra; y en general, todas aquellas cuestiones que impactan sobre normas imperativas han ido siendo paulatinamente consideradas como susceptibles de resolver por arbitraje.

La conclusión hoy es que, al menos de manera inicial, los árbitros están habilitados para decidir tanto sobre el incumplimiento como sobre la validez de contratos que contravengan el orden público, y sobre la legalidad de la conducta de las partes, legalidad puesta en contraposición con una norma imperativa. Y lo que surge del contexto de todos estos precedentes, es que hay que distinguir dos situaciones diferentes. Una situación es aquella en que la materia en sí misma es suficiente para considerar no arbitrable la controversia, básicamente las cuestiones no susceptibles de transacción *stricto sensu*, y aquellos otros casos en los cuales la materia puede no ser arbitrable por sí sola, que puede ser decidida por los árbitros sin perjuicio de la ulterior revisión judicial para verificar la conformidad del laudo con el orden público. En concreto, los tribunales franceses postulan que, si hay una norma de orden público que deba ser aplicada o interpretada por un tribunal arbitral, esto no implica una restricción a la arbitrabilidad. Lo que en todo caso supone es la posibilidad de verificar a través del Poder Judicial en el curso de la acción o el recurso de nulidad si la decisión de los árbitros es compatible o no con el orden público. Similar es la evolución que ha tenido la interpretación en el Derecho norteamericano. La Ley Federal de Arbitraje señala de manera genérica que un convenio arbitral incluido en un contrato es válido, irrevocable y exigible, salvo causales legales o de equidad para la anulación de los contratos en general. Esta norma sencilla, amplia –no se olviden ustedes que la Ley Federal de Arbitraje es una ley de mediados de la década de 1920– se interpreta primero como un mandato legislativo favorable al arbitraje; la Corte Suprema norteamericana ha dicho en reiteradas oportunidades interpretando la *ratio legis* de la Ley Federal de Arbitraje, que el congreso quiso eliminar la hostilidad que el Poder

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 19

Judicial tenía hasta entonces en relación con el arbitraje, y mandarle una directiva clara de que no debían interpretar de manera restrictiva el alcance de las cláusulas arbitrales, y que las cláusulas arbitrales debían ser interpretadas en cuanto a su validez, alcance y ejecutabilidad como cualquier otra estipulación contractual. De esta interpretación de la Ley Federal de Arbitraje se concluye que toda duda sobre si una materia es o no susceptible de resolverse por arbitraje debe interpretarse en favor de la arbitrabilidad y no en contra, para ser congruente con la intención legislativa que inspiró la sanción de la Ley Federal de Arbitraje. Así, tenemos también una seguidilla de casos en los cuales la Corte Suprema norteamericana ha considerado arbitrables disputas en las que se invoque la violación de una ley imperativa, por ejemplo, la Securities Exchange Act, o la legislación Antitrust, que es la legislación que protege el derecho a la competencia; las acciones basadas en derechos contenidos en legislación sobre fraude en transacciones bursátiles, cuestiones vinculadas con legislación laboral y legislación antidiscriminación en el empleo; cuestiones relativas a legislación sobre préstamos, protección de crédito al público y préstamos fundados en normas imperativas en general, son susceptibles de resolverse por arbitraje. Ahí tienen ustedes una serie de casos en los cuales la Corte Suprema norteamericana específicamente ha expandido la frontera de la arbitrabilidad a punto tal que, doctrinariamente, esto se resume diciendo que son muy pocos y verdaderamente excepcionales los casos en los que un tribunal arbitral no puede intervenir. Tenemos algunos otros ejemplos, una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el caso de "Eco Swiss China Time LTD c/ Benetton International" NV, C-126/97, 1 de Junio 1999, que declaró arbitrables las controversias nacidas de contratos que pueden afectar la libertad de mercado o violar normas europeas o de competencia. Lo que no significa que el laudo no pueda ser revisado y eventualmente anulado, si la decisión viola el interés público protegido. Pero, en todo caso, el control es *ex post* y no *ex ante*. Lo que se dice es que el árbitro no pierde jurisdicción por estar la cuestión vinculada a un aspecto que interesa al orden público, sino que el Poder Judicial controlará *ex post* si el interés público que el legislador quiso tutelar ha sido vulnerado o ha sido protegido. Entre nosotros, una curiosidad, así como en muchos aspectos nuestros tribunales han sido restrictivos de la interpretación del alcance de la arbitrabilidad, o aún del alcance del acuerdo arbitral,

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 20

es pacífica la interpretación judicial y doctrinaria acerca de que un tribunal arbitral puede pronunciarse sobre cuestiones constitucionales, e inclusive declarar inconstitucional una ley o una norma emanada del Poder Ejecutivo nacional. Y en relación con esto, la única norma que yo conozco, que plantea desde el punto de vista normativo –valga la redundancia– este concepto es el Código Civil de Québec, que tiene una disposición a través de la cual establece que un convenio arbitral no puede ser cuestionado sobre la base de que las normas aplicables a la controversia tengan la naturaleza de reglas de orden público. Un poco en la misma línea de lo que venimos señalando ha sido la evolución del Derecho norteamericano y del Derecho francés.

Resumiendo y para concluir este primer aspecto de la vinculación del orden público con la arbitrabilidad, no es dudoso que el orden público pueda afectar la arbitrabilidad de una materia, y tampoco es dudoso que el legislador tiene la potestad de señalar qué materias son arbitrables y qué materias no lo son. De hecho, no hay ningún sistema jurídico en el que no existan materias no arbitrables. Todos los derechos del mundo que yo conozco contienen restricciones a determinadas materias que no pueden resolverse por la vía del arbitraje. Esa frontera podrá ser un poquito más amplia, un poco más estrecha, pero existe en todos los casos, por lo que podemos inferir como una tendencia universal que no hay arbitraje para todos, para ponerlo en términos actuales.

Dicho esto, también hay que señalar que las razones de interés general que inspiran ciertas normas ni la imperatividad de estas normas afectan necesaria o directamente la arbitrabilidad de una materia. ¿Hay materias no arbitrables? Sí, hay materias no arbitrables. ¿Hay derechos no disponibles? Sí, hay derechos no disponibles. ¿Cuál es el fundamento de ambos? En general, el fundamento que subyace detrás de materias no arbitrables y derechos no disponibles es el mismo, es un interés general que justifica quitar del patrimonio disponible de una persona un conjunto de sus derechos. Son derechos que están en el patrimonio de una persona, pero son derechos de los cuales por estar inspirados en la protección de un interés general no son directamente disponibles por el titular de ese derecho. De modo que la indisponibilidad, la restricción a la autonomía de la voluntad que el legislador impone es el instrumento que utiliza para tutelar

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 21

un interés general. Esto también significa que el solo hecho que el legislador prohíba a las partes disponer de ciertos derechos no implica que no puedan someterlos a arbitraje. Y la ecuación es muy sencilla, a través de un convenio arbitral, de una cláusula arbitral, un acuerdo arbitral, ¿se dispone de algún derecho sustantivo? No. No hay que confundir que el legislador utilice conceptualmente para delimitar el alcance objetivo de la arbitrabilidad, el concepto de la transigibilidad, esto no implica que vayamos a confundir transacción con arbitraje, en la transacción sí existe una disposición directa de un derecho sustantivo. La transacción por definición supone una renuncia recíproca de derechos, en aras a alcanzar una solución de mutua composición. Pero, cuando nos sometemos al arbitraje, no estamos disponiendo del derecho sustantivo; en todo caso, ¿de qué estamos disponiendo? Estamos disponiendo del derecho a acudir a los tribunales en defensa de un derecho sustantivo, que no es lo mismo. Por lo tanto, el concepto a mirar para determinar si una materia es o no arbitrable es la disponibilidad o indisponibilidad del derecho de acción, no del derecho sustantivo. Esto significa que, en todos aquellos casos en que la jurisdicción judicial sea irrenunciable, no será posible el sometimiento de arbitraje; pero no en aquellos casos en que el derecho sustantivo sea indisponible, porque el arbitraje no implica un acto de disposición. De modo que el legislador puede prohibir directamente el arbitraje o admitir que los árbitros decidan sujetos a control judicial posterior. Algunos casos de prohibición específica de recurrir al arbitraje existen en nuestro país, aunque no están vinculados con la naturaleza imperativa o no de las normas, no están vinculados con el orden público o el interés general, sino que están vinculados con el mecanismo de formación de consentimiento. Por ejemplo, la Ley de Seguros prohíbe directamente pactar el arbitraje en la póliza, lo cual no implica la imposibilidad de pactarlo posteriormente. Pero la razón, la verdadera razón por la cual la Ley de Seguros prohíbe las cláusulas arbitrales de las pólizas de seguro no es porque la materia sea no arbitrable, sino porque las pólizas son, en general, instrumentos predispuestos por una parte a los que la otra adhiere, y el legislador, simplemente por esa razón –y surge de esto bastante claro de la exposición de la ley– ha decidido que el arbitraje debía ser prohibido. En definitiva, el interés público que el legislador quiere tutelar mediante una ley puede ser alcanzado

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 22

cuando quien juzga es un árbitro y no un órgano del Poder Judicial. ¿Qué es lo determinante al fin y al cabo? El resultado, no el método a través del cual el derecho se plasma. Lo que puede lesionar el interés general que el legislador aspira tutelar no es el sometimiento a arbitraje, sino el laudo. Y en tal caso, el Poder Judicial deberá controlar que la decisión del árbitro sea compatible con el interés general que el legislador quiso proteger. Por eso es que creo que podemos decir también en la Argentina, como ya es doctrina usual y estándar en Francia o en los Estados Unidos, que el límite que el orden público impone a la jurisdicción arbitral no es la invocación de una norma de orden público, de una norma imperativa, sino la violación del orden público. Violación que no se produce con el acuerdo arbitral, sino, eventualmente, con el laudo. Por eso es posible señalar que una materia en la que está vinculado, en la que se invoca una norma de orden público o una norma imperativa, puede someterse a arbitraje sujeto eventualmente al control de la compatibilidad de la acción con el orden público.

Ahora bien, segundo aspecto del que nos propusimos tratar, cómo afecta el orden público la validez de los laudos. Acá tenemos un pequeño problema y es que la legislación argentina en materia de arbitraje es mala; pero es mala pareja, o sea, no es mala para bien o mala para mal: es mala por exceso y por defecto, por ejemplo, mantiene todavía cosas absolutamente arcaicas. A mí me gusta la historia del Derecho, pero, a veces, cuando tengo que explicar en el exterior el Derecho argentino, pareciera estar hablando de historia del Derecho; cuando le hablo a la gente de otros países del compromiso arbitral y todas estas cosas, me miran como diciendo ¿existe todavía eso? Pues bien, entre otras muchas deficiencias de nuestra legislación, tenemos un elenco de causales de nulidad atroz, pero decididamente atroz. Tenemos algunas causales que también van en camino de ser una pieza de museo, por ejemplo, el vencimiento del plazo para laudar como causal de nulidad ya no existe en las legislaciones modernas, existen todavía unas cuantas, pero ya no es considerado una causal de nulidad en la medida en que los legisladores del Derecho comparado se han dado cuenta de que anular un laudo porque el árbitro se extralimitó en el tiempo que tenía para hacerlo, lejos de beneficiar a las partes que pretendían proteger, las terminan perjudicando. Porque si el árbitro se excedió dos días en el plazo para laudar, pues las partes

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 23

después van a tener que esperar años para anular y para reemplazar el laudo anulado, cuando la solución teóricamente se suponía inspirada en la protección de las partes. Pero, por ejemplo, nuestra legislación no contiene la violación al orden público como causal de nulidad. En teoría, un laudo que contradiga el orden público no sería susceptible de anulación para el Derecho argentino. Causal que, obviamente, es de cajón en cualquier legislación del Derecho comparado. Fíjense, la Ley modelo UNCITRAL, que ha inspirado a decenas o centenares de legislaciones en el mundo, de países de culturas jurídicas muy diversas, no existe en el Derecho interno argentino. Mi impresión es que alguna vuelta alguien le encontraría, y que de la mano de algunas de las otras causales finalmente podría terminar siendo anulado el laudo que viole el orden público. De cualquier forma, hay que hacer entrar esta causal con fórceps, porque cuando ustedes ven las causales legales, no hay mucho margen de maniobra para poder interpretar extensivamente algunas de ellas como haciendo caber en ese concepto también la noción de violación al orden público. Sí es más clara, en cambio, la tercera afectación que el orden público produce. Ustedes saben que, cuando se trata de ejecutar en un país un laudo arbitral dictado en otro país, hay que seguir un procedimiento conocido como procedimiento de exequátur, que implica que antes del mecanismo de apremio propio de la ejecución compulsiva del laudo, hay una especie de antejuicio, un juicio previo que es un juicio de conocimiento con amplitud de defensa, que es el trámite de reconocimiento del laudo. Una vez que el laudo es reconocido, esto es equiparado a un laudo arbitral local, su ejecución tramita por procedimiento de ejecución de sentencias. Saben ustedes también que en la materia la legislación argentina es clara, tienen prioridad los tratados, propio 517 o 519 bis del Código Procesal, lo que dicen es que los laudos extranjeros se ejecutan en Argentina conforme los tratados, si no hay tratado aplican las normas que confieren esos artículos, que no difieren de manera tan sustancial, por lo menos con lo que es el Derecho de fuente convencional. En la materia, el tratado que normalmente se invoca para esto es la Convención de Nueva York del 58, convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de la cual la Argentina es ratificante desde el año 88, aproximadamente, y que ha sido ratificada por 150 ó 160 países en el mundo. Y su aplicación es tan universal porque casi no existe

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 24

país mínimamente importante en el mundo que no sea signatario y ratificante de esta convención. Esta convención trae la violación al orden público como causal que obsta al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. Por lo tanto, en la Argentina y en cualquier lugar donde aplique la Convención de Nueva York, el juez local puede denegar el reconocimiento en función de un laudo extranjero si encuentra que ese laudo viola el orden público local. Es más, esta es una de las dos causales que conforme a la Convención de Nueva York ni siquiera necesitan invocación ni prueba del interesado. El artículo 5º de la Convención de Nueva York trae una serie de supuestos en los que el interesado, o sea, el ejecutado, aquel que pretende resistir la ejecución de un laudo extranjero, tiene que invocar y probar. Pero hay dos, y esta es una de ellas, que pueden ser aplicadas aún de oficio por el juez, que es que la materia no sea arbitrable conforme la legislación del país donde se intenta la ejecución del laudo, y que el laudo sea contrario al orden público de ese país. Y acá es donde ha sido necesario establecer algunas precisiones, porque el concepto de orden público es un concepto genérico, muy difícil de definir. Hay una expresión de un tribunal inglés que dice que el orden público es algo así como una especie de caballo desbocado que cuando uno está sobre él no sabe dónde va a terminar. Algunos lo han comparado con un concepto ambiguo, vago, difuso, pantanoso, camaleónico. Las terminologías que se han utilizado para describir el concepto de orden público son realmente descriptivas de la dificultad que tiene conceptualizar lo que el orden público es. Es por eso que la International Law Association ha elaborado una serie de recomendaciones respecto de cómo debe ser interpretado el concepto de orden público en el contexto de causal para impedir el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, en el contexto de la Convención de Nueva York. Y entre otras recomendaciones, lo que dice es que, el carácter final de un laudo supone un arbitraje comercial internacional, de no ser respetado, salvo excepciones, y la violación al orden público es una de ellas, pero, en primer lugar, dicen que lo que obsta al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en un determinado país no debería ser el orden público interno, sino el orden público internacional. Acá aparece la primera distinción, habría un concepto de orden público interno y un concepto de orden público internacional. El concepto de orden público interno es casi

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 25

equivalente al concepto de norma imperativa conforme al Derecho interno. El concepto del orden público internacional es bastante más elástico y alude al conjunto, ya no de normas, sino de principios y de principios fundamentales de los pilares sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado país. Entonces se dice que no toda norma imperativa es una norma de orden público, y no toda norma de orden público local de un determinado país es una norma de orden público internacional. Lo que se considera que es el orden público que obsta el reconocimiento y ejecución de un laudo son aquellos principios de moralidad y justicia que han definido algunos tribunales, aquellos principios básicos, esenciales, sobre los cuales se asienta el sistema jurídico. De modo que no sería reconocible y ejecutable, en un país, un laudo que repugne la moral media del sistema jurídico de ese país. O principios políticos, sociales o económicos considerados esenciales para esa sociedad. Hay, a su vez, un concepto de orden público que ha sido más teórico que práctico, que es el concepto de orden público verdaderamente internacional, un concepto todavía más elástico que el de orden público internacional, porque ya no estaríamos hablando del conjunto de principios esenciales de un determinado Estado, sino del conjunto de principios esenciales, considerados esenciales por la comunidad internacional en general. Como ven, vamos desde conceptos más cerrados a conceptos más elásticos. Este último concepto de orden público, realmente o verdaderamente internacional, no ha sido receptado en normas o en tratados, pero sí todo el mundo tiene claro que el orden público que puede ser invocado como causal para oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo es el orden público entendido como el conjunto de principios esenciales de un ordenamiento jurídico. Y además, la violación al orden público debe ser manifiesta. Nosotros tenemos instalado el concepto de manifiesto, si ustedes recuerdan en el contexto de las nulidades, las nulidades manifiestas y las nulidades no manifiestas, la famosa nota de Vélez con la cita del esbozo de Freitas a las nulidades dependientes de juzgamiento, de las que hablaba Freitas. Es decir, aquellas que son patentes, evidentes, que no necesitan de ninguna indagación y aquellas que requieren de un cierto análisis. Lo que se admite es que el orden público para impedir el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero tiene que ser manifiesto. Nosotros tenemos

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 26

este concepto en el Tratado de Montevideo del 79, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, cuyo artículo 2 H establece que una sentencia extranjera no podrá ser ejecutada cuando contraríe manifiestamente los principios y leyes de orden público del Estado al que se pide el reconocimiento y ejecución. La Corte Europea de Justicia también ha señalado –no en el contexto de laudos extranjeros, pero sí en el contexto de sentencias judiciales extranjeras– que la violación al orden público debe ser manifiesta. Y los tribunales franceses han acuñado una expresión que es, que la violación al orden público debe "lastimar a los ojos", debe ser tan evidente que a uno le aparezca sin necesidad de ninguna indagación posterior. En conclusión, y ya para cerrar, vemos que el orden público puede afectar, por un lado, la arbitrabilidad de una materia. Sin embargo, debe mirarse el sentido de la imperatividad, para determinar si el orden público afecta o no en un caso determinado la posibilidad de que determinadas cuestiones se resuelvan por arbitraje. Y lo que debe mirarse es cuál es el objeto de la prohibición del legislador, lo que el legislador prohíbe es la renuncia al derecho sustantivo o la renuncia a la acción judicial que ese derecho sustantivo lleva adosado. Si solamente prohíbe la renuncia al derecho sustantivo no sería, técnicamente hablando, una cuestión no arbitrable, sino, en todo caso, una cuestión arbitrable cuyo resultado estará sujeto a control judicial posterior.

En lo que atañe al orden público en el contexto de la nulidad, sabemos que en general la anulación de un laudo es un remedio excepcional, y que en nuestro ordenamiento jurídico no existe esta causal como susceptible de provocar la nulidad de un laudo. Esto no significa que no pueda invocarse, si en todo caso supone una mayor dificultad en encuadrar el molde a través del cual esta causal podrá ser invocada. Y finalmente, en el contexto del exequátur, del trámite de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, el orden público que debe revisarse es el orden público internacional, esto es, el conjunto de principios esenciales de un ordenamiento jurídico, y no cada una de las normas imperativas de un determinado ordenamiento. Y además, la infracción o la contradicción del laudo con el orden público debe ser manifiesta, evidente y debe ser, a su vez, grave. Muchas gracias.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 27

Rueda de preguntas

Pregunta: Cuando no nos beneficia un laudo, ¿podemos invocar que no haya orden público y no reconocerlo, planteando nulidades e impugnaciones, etc.? Ejemplo, el tribunal del Banco Mundial en relación al CIADI. ¿Qué opina usted sobre la posición argentina?

Dr. Caivano: El contexto del CIADI es un contexto completamente diferente. Primero, para bien o para mal, la Argentina ha firmado un tratado internacional que es la Convención de Washington del 65; y la Convención de Washington del 65 dice que la Argentina se compromete a ejecutar en su territorio los laudos CIADI como si fueran laudos locales, no como si fueran laudos extranjeros. Por lo tanto, no rige la Convención de Nueva York para la ejecución de un laudo CIADI, no rigen los artículos 517 y 519 bis del Código Procesal, sino que aplican de manera literal los artículos 499 y siguiente del Código Procesal. Esto es lo que dice el 499 y siguiente del Código Procesal: los laudos locales se ejecutan como sentencias judiciales locales. El Convenio de Washington dice que los laudos CIADI, aunque se hayan dictado en el extranjero, se ejecutan como laudos locales. Ergo, los laudos CIADI se ejecutan como sentencias judiciales locales. Yo les recuerdo cuáles son las excepciones admisibles en el trámite de ejecución de sentencias judiciales locales, que serían las que aplicarían a los laudos arbitrales locales y a los laudos CIADI, no importa dónde se hayan dictado, por aplicación de la Convención de Washington, artículo 504, 506, excepciones admisibles del trámite de ejecución de sentencia, quita, pago, espera, revisión, falsedad de la ejecutoria o prescripción de la ejecutoria por causas posteriores al dictado de la sentencia. Díganme ustedes dónde cuadra la excepción de orden público en este contexto, en donde es un juicio de apremio puro, liso y llano. La verdad, yo no encuentro en el ordenamiento jurídico una vía a través de la cual la Argentina pueda invocar que un laudo CIADI viole el orden público para impedir su ejecución en la Argentina. Probablemente yo no tenga mucha imaginación jurídica y sea más bien de mirar las normas, y de interpretarlas por lo que la norma dice. Pero la verdad, me parece una construcción jurídica bastante complicada en el contexto de las normas vigentes de la Argentina, poder invocar eso. Una cosa es, se aplica la Convención de Nueva York, donde la causal de violación al orden público sí es una causal como les dije, ni siquiera necesita ser

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 28

invocada, el juez de oficio puede invocarla. Pero la Convención de Nueva York no aplica a los laudos CIADI, aplica eventualmente a los laudos derivados de arbitrajes de inversión, de laudos de los TBI que no sean CIADI, sino que sean UNCITRAL, eso es otra historia, pero los laudos CIADI no necesitan reconocimiento y ejecución, es lo que dice la Convención de Washington, no estoy inventando, ni hay mucha posibilidad de interpretar una cosa distinta. La norma es bastante clara en ese sentido.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 29

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 30

PANEL II

Protegemos Derechos
Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 31

Panel II

Este panel abordó los temas "Arbitraje de consumo", a cargo del Dr. Laquidara; y "El arbitraje y las cuestiones de competencia", a cargo del Dr. Pablo Pirovano. Estuvo moderado por el Dr. Gustavo Murano, Jefe del Centro de Conciliación y Arbitraje que tiene esta Defensoría. Se contó, además, con la presencia del Dr. Andrés Elisseche, Defensor del Pueblo adjunto de esta Defensoría, especialista en temas de derecho de consumo y gran impulsor de la Ley de Arbitraje en la Ciudad de Buenos Aires.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 32

Arbitraje de consumo

*Por el Dr. José Luis Laquidara**

Quiero agradecer la invitación, que no comprendo realmente cómo me han vuelto a invitar, pero no es la primera vez que puedo compartir un evento como estos. Y en los minutos que tenemos disponibles, voy a tratar de aportar algo que entiendo que es interesante, puede llegar a ser interesante, no porque lo diga yo sino porque realmente tiene que ver con el ámbito en el cual estamos participando de este evento, que es la Defensoría del Pueblo de la Ciudad. Si bien el tema que hemos elegido, que es el arbitraje de consumo, ya lo hemos tratado muchas veces, quiero relacionarlo con lo que entiendo que es uno de los valores más importantes que puede llegar a traer consigo el arbitraje de consumo: quiero enfocarlo desde el punto de vista particular de lo que es el acceso a la justicia.

En un área específica que tiene la Defensoría, porque realmente estoy convencido de que podemos ver muchos casos, muchos ejemplos de declamaciones de muchos derechos y de puestas a disposición de la gente, de nosotros, de los que tenemos necesidades de que haya ámbitos específicos ante los cuales peticionar por nuestros derechos; nos vamos a encontrar con que, a pesar de que existen instituciones planteadas desde la Constitución hacia abajo por la norma fundamental y por las leyes que lo reglamenta en sus derechos, sus principios, en determinadas situaciones, por las características específicas y por las mutaciones que ha habido en la realidad de los últimos tiempos, por lo menos podríamos llegar a decir que son muy interesantes como para ponerlas, exponerlas, presentarlas y hasta difundirlas. Pero al momento de tornarlas realmente operativas, se vuelven de muy difícil manejo. Y para eso, no quiero extenderme más allá de solamente decirles que, las características del mercado de provisión y consumo de bienes y servicios actual dista bastante de los

* Abogado de la Universidad Nacional de La Plata, especialista en Derecho de la Empresa, Profesor Universitario tanto nacional como internacional. Expositor internacional en temas de consumo, arbitraje de consumo, derechos del consumidor, etc. Consultor internacional del Banco Internacional de Desarrollo por temas de consumo y arbitraje de consumo.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 33

mercados que podemos haber conocido, al menos por referencia de hace medio siglo o un poco más, cuando se hablaba de ofertas brindadas por un almacén de ramos generales, con ningún otro competidor cerca. Hoy la tecnología es uno de los elementos que más genera reclamos, al menos en los últimos 5 ó 7 años. Es decir, han cambiado los mercados, han cambiado las metodologías, los escenarios del intercambio de bienes y servicios. Y por lo tanto, la litigiosidad como elemento típico, que a veces sería bueno evitarlo, pero que es natural en las transacciones comerciales, ya que estamos hablando de los contratos de consumo, que forma parte de ese tipo de contratos en definitiva, hace que cuando busquemos mecanismos que sean más o menos adaptados a ese tipo de conflictos podemos caer en algunos sacos muy anchos, muy cómodos, pero muy ineficientes o muy ineficaces para la resolución de los conflictos. Esto no es una cuestión de crítica por la crítica en sí misma al sistema judicial, nada más lejos que eso, lo que sucede es que a veces, sin hacer malas comparaciones, nos ponemos a pensar en las características de lo que realmente puede significar un real acceso a la justicia para quienes están inmersos en una transacción comercial que, por su magnitud o complejidad jurídica, tratar de llevarlas al ámbito específico del Poder Judicial sería un tanto utópico. En un trabajo que surgió del Foro Internacional, Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina, en el año 99, el costarricense José Thompson planteó el tema de acceso a la justicia; no es un problema de aparición reciente, sino que es un problema que viene del siglo XVIII, XIX y sigue. Pero además habla de cinco pilares que tienen que tener los mecanismos de acceso a la justicia para ser realmente efectivos.

Uno es la continuidad. Hace casi tres lustros ya que tenemos el arbitraje de consumo en Argentina; coincido absolutamente con la Dra. Pierini cuando dijo que, a pesar de todo, el arbitraje todavía sigue siendo algo que por voluntad propia o ajena no es materia de conversación cotidiana en los ámbitos tribunalicios, ni los ámbitos profesionales, ni los ámbitos empresarios, ni siquiera en los ámbitos domésticos donde uno podría decir, en lugar de ir a preguntarle a fulano o a sultano dónde puedo ir para hacer un reclamo, directamente voy a optar por el arbitraje. Todos ya conocemos aquí cuáles son las bondades reales del arbitraje, de cualquiera que fuere. Ese principio de la continuidad, en el ámbito de los tribunales arbitrales de consumo, lo tenemos.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 34

El segundo es la adaptación a la realidad. ¿Quién llevaría a la justicia ordinaria de cualquier departamento judicial un problema de un celular de 150 pesos? Digamos, no es denostar el conflicto en sí, el conflicto jurídicamente es relevante porque puede existir una hipótesis o no de daño, un incumplimiento, puede haber un malestar en el sufriente que realmente requiere y debe tener una respuesta. ¿Cómo hacemos para llevar ese conflicto de esa magnitud o aún mayor, a un ámbito tan complicado para ser resuelto? Yo siempre hago la comparación, es como llevar una multa de tránsito a un juez penal. Después de tener que revisar cuatro o cinco violaciones con homicidio calificado por el vínculo, y muerte en ocasión de robo, qué juez se va a poder dedicar a ver si el problema del teléfono tiene realmente importancia o no.

El otro es la igualdad. La igualdad a veces es difícil de verificar –eso lo decía Horacio Lynch en un trabajo hace ya unos cuantos años– en cuanto a la falta de medios, los costos excesivos, el trámite diferencial, las limitaciones psicológicas, la complejidad de los procedimientos, la falta de difusión, etc. Son, en definitiva, elementos discriminatorios que puestos o no a propósito, terminan siendo condicionantes para el acceso real a la justicia de algunas de las personas que tienen este tipo de problema.

Otro es la celeridad. Roque recién decía, una de las causales de nulidad de los laudos es el hecho de ser emitido fuera de término. Pero, ni tan, tan, ni muy, muy; a veces un proceso puede llegar a requerir por su complejidad más tiempo del que se fija en los procedimientos específicos del arbitraje o en los esquemas de proceso, y puede llegar a ser complicado excederse. Pero digamos, también llevar a la larga un problema de celulares como decíamos, sería hasta un agravio a la propia metodología de resolución de conflictos. No podemos llevar esto a que tenga que esperar 7 años para que me dé la razón o no, si me cobraron 20 pesos de más con un abono telefónico. Y no es que me las agarré con las telefónicas, pero es la actividad comercial de consumo final que más reclamos tiene desde hace más de 5 años.

El cuarto principio es la celeridad, y el último es la gratuidad. Fíjense que el tema de la gratuidad es muy importante, porque quienes requieren los servicios de un neutral, sea el ámbito judicial o sea quien fuere, muchas veces antes de iniciar una causa tiene que ponerse a pensar necesariamente, entre otros elementos,

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 35

cuánto le va a salir. Este tema ha sido incorporado en la última modificación a la Ley de Defensa del Consumidor, y ha sido felizmente ratificado el 13 de julio con un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 3º. Me voy a extender brevemente sobre esto.

La causa Oviedo Gladys contra Peugeot Citroën es el último caso que tengo registrado, no es el único, pero sí es uno bastante interesante. La Cámara revoca una sentencia de primera instancia que había negado el beneficio de litigar sin gastos, como nosotros lo acostumbramos a conocer en la justicia ordinaria y, de alguna manera, pone un manto de claridad sobre los alcances de la gratuidad de los procesos que se inicien a partir de la modificación de la Ley 26361 de Defensa del Consumidor, en cuanto a lo que es en sí la gratuidad. Ustedes saben que –por lo menos en la Argentina– siempre tiene que haber dos opiniones como mínimo, hay una que es muy restrictiva y la otra es más amplia. La restrictiva, y de hecho ha sido materia de algunas conversaciones que hemos tenido en el ámbito del Instituto de Derechos del Consumidor, del Colegio Público de Abogados, en su comienzo cuando salió la ley, a ver hasta dónde llegaba la gratuidad de los procesos que sean originados en la Ley de Defensa del Consumidor o en las relaciones de consumo. Y siempre aparecía el fantasma de que cualquiera de los profesionales del Derecho va a decir y yo qué tengo que ver, si yo soy el letrado yo tengo que cobrar mis honorarios. Que las tasas y los aranceles el Estado no los cobre, está bien, pero resulta que yo no cobre mis honorarios ya es complicado. Pues bien, la Cámara, en definitiva, con fundamentos dados por la propia Corte Suprema de Justicia, termina hablando de que adopta el criterio amplio, y que la gratuidad que de alguna manera define la Ley 24240, es asimilable al beneficio de litigar sin gastos, que no solamente incluye los aranceles y las tasas judiciales y los gastos, sino también lo que son las costas. Cosa que creo que es importante porque, volviendo al pequeño reiterado ejemplo de una cuestión de un celular, imagínense que si el consumidor que tiene que iniciar una acción tuviera que estar pensando cuánto le va a cobrar el abogado, más allá de las cuestiones arancelarias de los bonos, los *iuses*, etc., tuviera que estar pensando en otras cosas. Porque se me escapó un tema, que era el de la celeridad, era el ejemplo que les quería dar. Este año entre los meses de marzo y abril en la

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 36

provincia de Buenos Aires el Poder Judicial estuvo de paro. No sucedió lo mismo con la justicia en la Capital, en la Ciudad Autónoma, ni la Federal. Yo he visto penar terriblemente no solamente a las personas que tienen sus intereses bajo la decisión de terceros, como es la justicia, o un juez o todo su equipo, sino a los propios letrados que no fue un mes, fueron 17 días que la Corte dio suspensión de término, pero en el caso yo he visto –porque vivo en la provincia– que durante tres o cuatro meses los profesionales no lograron sacar un giro para cobrar. Entonces, si para eso además del acceso a la justicia para el interesado, el que realmente requirió los servicios, tenemos toda una cantidad de auxiliares como somos los profesionales del Derecho, que tenemos que acompañar a esas personas afectadas para lograr un pronunciamiento, encima tenemos que estar viendo de qué humor se van a levantar los empleados, y cómo va a terminar la relación de fuerzas entre la institución justicia y los miembros del Poder Judicial, tenemos otro elemento para tener en cuenta, en definitiva, a la hora de ponerse a pensar si nos conviene o no conviene optar por otras alternativas disponibles.

Cuando hablamos de arbitraje de consumo todos estamos pensando, a veces, que estamos hablando del sistema nacional de arbitraje de consumo, vigente en Argentina desde el año 98, desde marzo, cuya normativa ni siquiera les quiero mencionar porque ya la hemos nombrado. Pero en Infoleg, que es la base de datos legislativa del Ministerio de Economía, el Decreto 276/98 les permitirá ver cuál es el alcance y cuáles son las normas procesales, aparte de estar específicamente establecido en el artículo 59 de la Ley de Defensa del Consumidor. No es el único, pero sí podemos decir que Mendoza, con una Ley 7363, Chaco con la Ley 4535, Formosa con el Decreto 308/99, la provincia de Buenos Aires llegó a tener establecido con un decreto del año 99 y luego fue modificado por la Ley 13133, que sacó el arbitraje, pero está la posibilidad. Córdoba con la Ley 8835, Catamarca con la Ley 5069, Salta con la Ley 7402, Jujuy con la Ley 5294, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la Ley 2963 han regulado el sistema arbitral de consumo. Existe. Y, ¿qué pasa que no está el arbitraje de consumo funcionando? Hay otro tema. Ahí entramos en otra cuestión que es la que habrá que ver, más allá de los interesados en que esto funcione, cuáles son las razones por las que no funciona. Esos son resortes que, inclusive, nosotros aquí

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 37

no hemos logrado que funcione ni en las provincias adecuadamente, ni que la Nación, a pesar de tener casi 15 años de funcionamiento, no haya un acercamiento cada vez exponencial mayor de las empresas y de los consumidores al arbitraje. Igual andamos por los 31.900 reclamos ya iniciados. No son pocos, porque esos fueron de a uno llegando a tener un pronunciamiento y resueltos sus problemas. Pero fíjense que, y para ir terminando, nosotros no hemos tenido demasiada suerte acá, pero hemos colaborado, insistido y remitido algún tipo de dato para que en la República Dominicana se sancionara la Ley 358 en el 2005, la Ley 45 el 2007 en Panamá, el Decreto legislativo 76 del 2005 de El Salvador, la Ley 29571 o comúnmente llamado Código de Defensa del Consumidor de Perú, de reciente factura. Y hemos intervenido, de alguna manera, diciéndoles cosas a los creadores de esto, como es el Real Decreto 231 del 15 de febrero de 2008, de España, a quienes modificaron algunas cosas a raíz de temas que desde la Argentina les fuimos diciendo, o les dijimos a los españoles en su momento. Es decir, esto es algo que cambia, pero hace falta ir pensando –para no inmiscuirme en temas que van a ser materia de exposiciones en este día– que hay algunos aspectos de la legislación positiva en Argentina, y de la que seguramente va a serlo a la brevedad posible, como es el nuevo Código Civil y Comercial, que está cambiando aspectos muy importantes que tienen que ver con los contratos, no voy a hablar del arbitraje, sino del entendimiento que se habla de la serie de equivalencia de fuerzas en las relaciones comerciales o contractuales. Si bien el proyecto cuando habla de la autonomía de la voluntad excluye los temas específicos de proyectos, en relaciones de consumo, yo creo que habrá que ver cómo se aplica luego eso, si realmente la norma cuando sea positiva, cuando tengamos un nuevo Código Civil y Comercial, va a tener la fuerza suficiente como para que las inequidades que estamos viviendo en el mercado actual, esas diferencias y esas asimetrías, esa vulnerabilidad que tenemos los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios se pueda llegar a mitigar. Mientras eso no sea así, como conclusión, humildemente, voy a seguir planteando que el real acceso a la justicia para los consumidores todavía no está del todo expedito, si no es por vía del arbitraje de consumo. Muchas gracias.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 38

El arbitraje y las cuestiones de competencia

*Por el Dr. Pablo Pirovano**

Gracias a la Defensoría del Pueblo por esta invitación, la verdad que es un honor estar acá con ustedes para tratar de transmitir algunas ideas acerca del arbitraje; y, de alguna manera, tratar de seguir el camino de Roque Caivano, quien nos ha ilustrado muy bien, y que yo no le llego ni a los talones acerca del arbitraje y de la necesidad que tenemos en el país de recurrir a métodos alternativos para la resolución de conflictos, que son absolutamente equiparables y no tenemos que tener miedo a la justicia ordinaria. Tenemos que confiar tanto en los árbitros privados, sean tribunales institucionales o *ad hoc*, como en la justicia ordinaria. Y ese es un papel que creo que los abogados en la Argentina nos debemos en todos los ámbitos, y la legislación también.

La idea de hoy es trabajar un poco sobre las cuestiones de competencia en arbitraje. Va a tener algunos puntos de contacto con la exposición de Roque Caivano. Si bien él lo trabajó desde el área de orden público, yo lo he trabajado desde el área de equiparar y de tratar de transmitir la idea de que el arbitraje, si bien tiene una base concreta contractual, tiene una base legal legislativa y constitucional. Por lo tanto, esa interpretación restrictiva que muchas veces hacen los jueces y que decía Caivano, no tiene razón de ser. El primer punto que tenemos que tener en cuenta es que la competencia jurisdiccional bien ejercida es aquella que quienes tienen el deber de ejercerla se limitan mutuamente a partir de la legislación o de las leyes que le confieren esa competencia. Ya la Corte Suprema de la Nación ha tenido oportunidad de fijar la necesidad de que los tribunales arbitrales y la jurisdicción ordinaria coordinen sus respectivas competencias, siempre respecto del interés privado, que es por el que hay que velar. Y que traten de dejar ciertos pruritos, incluso a veces hasta profesionales o de incumbencias, en pos de lo que las partes han querido para solucionar su conflicto. ¿Dónde

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho Empresarial. Está a cargo del sector Contencioso Civil, Comercial, Administrativo y Tributario del estudio Moltedo desde el año 1998. Es abogado de parte en arbitrajes nacionales e internacionales, árbitro y mediador del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. Es autor de numerosas publicaciones.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 39

encontramos la legislación arbitral o la competencia arbitral? La vamos a encontrar como todas las cosas de nuestra pirámide legal en la Constitución; la vamos a encontrar a partir de las normas constitucionales donde hallaremos los límites jurisdiccionales. Vamos a tener tres hitos para divisar en la Constitución por qué el arbitraje tiene base constitucional y legal. Y es equiparable a cualquier tribunal jurisdiccional ordinario. El primero lo tenemos en el concepto de juez natural de la causa, en el artículo 18 de la Constitución, que refleja por qué en virtud de las leyes procesales determinados jueces o tribunales tienen la facultad de impartir justicia. El segundo hito lo vamos a encontrar en el artículo 31 de la Constitución, que es el que establece la supremacía legal, a partir de la Constitución, los tratados internacionales equiparables a la misma, las leyes federales y las leyes locales. Asimismo, en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución, vamos a encontrar la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos que están allí enumerados. En esos tratados tenemos, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos de cuyos artículos 8 y 14 surgen las garantías y derechos de las personas respecto a ser juzgados por jueces naturales, y el concepto de juez natural de la causa. Hay un tercer hito constitucional que lo vamos a encontrar, ya con normas más de índole procesal, bajando un poco más en la pirámide legal, el 116 de la Constitución, que nos indica los casos de competencia federal. Y el 5 y 75, inciso 12, que establecen cómo se juzgarán las legislaciones de orden común y que, claramente, implica que es una competencia no delegada por las provincias a la nación. Las normas procesales son de índole local. Entonces, a partir de estos tres hitos tenemos la legalidad constitucional de los reglamentos de arbitrajes y las normas locales que legislan sobre arbitraje. Y entonces también podemos divisar claramente que en el Código Procesal de la Nación y en la mayoría de los códigos procesales de la provincia está legislado el procedimiento arbitral, y el procedimiento no arbitral está tan legislado como el proceso ejecutivo, el proceso de ejecución de ordinario, el sumarísimo o cualquier procedimiento jurisdiccional. Lo único que le confiere es la necesidad de designar un árbitro ante un compromiso arbitral predeterminado, en caso de que no esté designado por las partes o no esté vinculado a un tribunal institucional o a un tribunal *ad hoc*, debidamente organizado, entonces, el Poder Judicial es quien va a designar el árbitro o los

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 40

árbitros que deban dirimir el conflicto. Y a partir de ahí se va a desarrollar el procedimiento a través de los árbitros. Y esa base legal o procesal es la que da razón de ser a los reglamentos de arbitraje respectivos que pueden llegar a tener los centros de arbitraje. Puede ser como el de la Bolsa de Comercio, un tribunal institucional con árbitros designados o un tribunal con lista de árbitros que deban ser designados a partir de la decisión de las partes.

Entonces, quiero entrar a tratar puntualmente las normas sobre competencia. Hasta acá vimos cómo se va desarrollando la equiparación que hay entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria. Ahora vamos a ver algunos casos puntuales que se han dado, cómo se fueron dirimiendo, cómo se van dirimiendo los conflictos de competencia que encontramos entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria. Algunos casos con tribunales *ad hoc* y otros, con tribunales institucionales.

Vimos que las leyes de competencia, de procedimiento, están legisladas en la Constitución, los artículos 5 y 75, inciso 12, regulan la materia que puede ser objeto de jurisdicción. Fija las modalidades que existen para que los planteos de competencia sean efectuados, y prevé la declinatoria y la inhibitoria como métodos alternativos e irreconciliables entre sí para plantear la competencia de un determinado tribunal. Esto es en todos los casos, incluso ante cuestiones entre jueces ordinarios de diferentes jurisdicciones o de diferentes materias.

En primer lugar, vamos a ver el caso de la inhibitoria y jurisdicción –que es lo que vamos a tratar *in extenso*– y luego veremos también un caso de declinatoria.

La inhibitoria consiste en que, dado un caso, la parte demandada le plantea a un juez de una circunscripción diferente, territorialmente diferente a la que fue la parte actora, la necesidad de que asuma la competencia del caso, por entender la parte demandada que dicho juez es competente, acompañando de todos los elementos de la causa que trajo a juicio la parte actora, para no dejar indefensa a la parte actora demanda. Esto puede estar dado ya sea por un conflicto en donde alguien demande en la provincia de Salta, y la demandada entienda que tiene que haber sido demandada en la provincia de Buenos Aires, o en la Ciudad de Buenos Aires o un juzgado federal, como en el caso donde habiendo diferentes circunscripciones judiciales haya también una cláusula compromisoria dentro del

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 41

contrato que, por ejemplo, se puede considerar incumplido, por lo tanto, demandarse en una determinada provincia y acuda la parte demandada ante el tribunal arbitral que entiende competente para el caso, y le plantee la cuestión de competencia. Uno de los temas que tenemos acá es cuándo poseen los tribunales arbitrales diferentes circunscripciones judiciales, que es el leitmotiv de por qué uno puede plantear la inhibitoria.

De otra manera, solamente queda el recurso de la declinatoria, tiene que haber necesariamente circunscripciones judiciales distintas entre el caso donde se demandó y adonde uno quiere requerir. Entonces, un punto para establecer si hay circunscripción judicial diferente, territorial diferente, es que el tribunal superior común ante quien sea posible recurrir ese laudo –si no estuviese renunciado el recurso de apelación– sea efectivamente común. Si es una cámara de apelación de la misma jurisdicción donde se podría recurrir ese laudo que se pudiese llegar a dictar, estaríamos dentro de la misma circunscripción judicial. Si estamos ante tribunales superiores distintos, de diferentes circunscripciones judiciales, ahí claramente estamos con la posibilidad de planteo de inhibitoria. De manera atípica, cuando hay diferentes circunscripciones judiciales, quien interviene definitivamente y quien interviene en el conflicto de competencias para dirimirlo es la Corte Suprema de la Nación.

Vamos a ver tres casos puntualmente. Un primer caso en donde la inhibitoria se planteó como reclamo de competencia arbitral, o sea, una parte fue y reclamó ante un tribunal arbitral que asuma la competencia en un caso judicial. Otro caso: la inhibitoria se planteó como defensa en un caso donde estaba implicado el orden público, porque estaba implicado un concurso preventivo. Y un tercer caso en donde la inhibitoria se presentó como una defensa cuando no había cláusula arbitral en realidad y, además, es un caso que tiene cierto grado de excepcionalidad porque era un arbitraje internacional que estaban tramitando en Estados Unidos.

En el primer caso, se planteó la inhibitoria como reclamo de competencia en ser arbitral, y acá se dirimió un tema fundamental en el arbitraje, que es el tema de la competencia o el principio "*kompetenz - kompetenz*", que regula prácticamente todas las leyes y reglamentos de arbitraje, y que es la facultad de los árbitros para dirimir o definir sobre su propia competencia. Atendiéndose a

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 42

la cláusula compromisoria como un contrato en sí mismo, por más que uno pida la nulidad del contrato, la cláusula sigue vigente y eso es un concepto que ya prácticamente ha transitado en Argentina con muchas idas y vueltas, pero ahora estamos encontrando cierta mayoría tribunalicia que lo está aceptando. La Cámara Federal todavía tiene algunas salas –federal que no lo recepta de esa manera–, pero la Cámara Comercial ya lo está aceptando de esa manera, que es la potestad del tribunal arbitral para dirimir sobre su competencia, y la autonomía de la cláusula compromisoria por más que se solicite la nulidad del contrato, o la rescisión. Muchas veces se plantea la rescisión del contrato –lo vamos a ver en un caso ahora–, y la parte plantea que rescindido el contrato la cláusula compromisoria no está vigente para poder los tribunales actuar en ese caso. Y eso no es tan así. En este caso, la inhibitoria fue planteada en la sede arbitral, es el Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje, que tiene una lista de árbitros y que son designados por las partes. La parte actora había requerido, había demandado por rescisión contractual, incumplimiento, un contrato de ejecución en la provincia de Salta. Enterada la parte demandada o la parte requerida de que eso ocurría, instó a aquel tribunal una causa, tuvo que instar una causa porque acá se planteaba también el tema de si se podía plantear la inhibitoria autónomamente o había que plantear el caso primero y plantear la inhibitoria luego. Se planteó el caso y se planteó la inhibitoria; hubo que conformar el tribunal porque era un tribunal *ad hoc*, así que hubo que citar a la parte contraria para que designe su árbitro, no lo quiso designar, designaron uno propio y el tercero lo designó el centro. Tenemos el honor de contar hoy acá con uno de los árbitros de ese caso: el Dr. Sergio Villamayor Alemán. Y el tribunal se abocó al tema y a dirimir la cuestión de competencia. Una de las cuestiones que planteó y se estudió fue la oportunidad del planteo; como les decía, la constitución del tribunal, la constitución de un caso y la demanda de inhibitoria; tuvo muy en cuenta el reglamento de arbitraje del centro, que es un reglamento muy similar prácticamente a la Ley UNCITRAL, tuvo en cuenta las leyes que supletoriamente se aplicaban, que era el Código Procesal de la Capital Federal y, asimismo, tuvo en cuenta el Código Procesal de la provincia de Salta para focalizar el tema y evitar planteos de la otra parte que pudiesen afectar o verse afectado el orden público o cuestiones semejantes. Y aplicó e interpretó la cláusula compromisoria de

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 43

manera autónoma, se abocó a las leyes de la cláusula compromisoria y demandó su competencia, y la demandó para analizar sobre su propia competencia; no se declaró competente para dirimir el caso y el contrato en su totalidad, en principio. Lo que le dijo al juez de Salta fue que, habiendo una cláusula compromisoria vigente, estando demandada por el incumplimiento del contrato y, por más que la parte pretenda que la cláusula compromisoria es nula, como además el contrato no se demandó de nulidad, y se está reclamando en base a este contrato, nosotros vamos a definir si somos competentes o no. Y eso le reclamó a la justicia salteña, la justicia salteña gracias a Dios y a la ecuanimidad y al buen tino, y a una muy buena receptividad del Instituto del Arbitraje, aceptó; la jueza de primera instancia aceptó el planteo de inhibitoria de estos tres árbitros de la Ciudad de Buenos Aires. Y se apartó del caso, la parte requirente apeló, el tema fue a la Cámara de Salta, porque era el Tribunal Superior de la jueza el que tenía que dirimir el tema. Y la Cámara confirmó el fallo de primera instancia, abonando en la autonomía de la cláusula compromisoria y en el compromiso de las partes a dirimir el conflicto una vez suscripto a un contrato con compromiso arbitral, ante tribunales arbitrales. E interpretando eso de modo amplio y equiparando el tribunal arbitral a la justicia ordinaria, por más que estaban a mil trescientos kilómetros de distancia.

Dejando este caso, que creo que es muy paradigmático para cambiar la visión del arbitraje que tenemos, vamos a ver otro en donde el planteo de inhibitoria se hizo ante un juez concursal en un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Acá, la requerida instaba concurso preventivo. El arbitraje fue planteado con una medida cautelar. La medida cautelar, sin intervención de la justicia ordinaria, fue otorgada. La requerida se defendió en el arbitraje, se formó el tribunal, luego de unas idas y vueltas. Se constituyó y se formalizó el acta de misión y en el ínterin, alegando el orden público concursal, alegando la existencia de un acuerdo concordatario vigente, alegando que el reclamo de la actora en el caso afectaba de alguna manera el acuerdo concordatario, plantearon una inhibitoria de jurisdicción ante el juez concursal. El juez concursal era la Ciudad de Buenos Aires y el tribunal arbitral era el CCI, pero estaba constituido y tenía sede en la Ciudad de Buenos Aires. Acá el primer tema que había a dirimir era si había diferencia de circunscripciones judiciales, porque, por más que

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 44

acá la Corte quizá no acompaña una visión que yo particularmente tengo del tema –en un fallo de la Nación, la Corte dirimió hace bastante tiempo un conflicto judicial ante un juzgado comercial y un tribunal arbitral de la Bolsa de Comercio–, mi impresión inicial es que si el tribunal de la Bolsa de Comercio, en este caso el tribunal arbitral, no tuviese que recurrir de apelación, si no tuviese que renunciar a la cláusula de apelación, a la Cámara Comercial, no estamos ante dos circunscripciones judiciales distintas, estamos ante la misma circunscripción judicial; por lo tanto, la inhibitoria no debería estar dada en este caso. Más allá de eso, el juez comercial admitió la existencia de alguna equiparación entre lo que se reclamaba en el arbitraje y el acuerdo concordatario, admitió que estaba de alguna manera el orden público en ese caso, porque podía haberse afectado el acuerdo concordatario, y asumió la competencia. El tribunal arbitral constituido por dos árbitros argentinos y un árbitro mexicano, que era el presidente del tribunal, rechazó el reclamo de inhibitoria del juez comercial y sostuvo su propia competencia avalándolo ellos, entre otras cosas, en la autonomía de la cláusula compromisoria, la validez de que la competencia debe ser analizada solamente por el tribunal arbitral, la comparecencia de la parte al arbitraje. Porque ahí es a donde viene al caso lo que les decía al principio: que las declinatorias y las inhibitorias son irreconciliables entre sí. Si la parte se presenta y no pone declinatoria y forma acta de misión y constituye el tribunal con su propio árbitro, no puede luego plantear una inhibitoria en sede judicial. Y la visión del tribunal arbitral de que no había un orden público implicado y que la materia definida, si bien podía tener una vinculación con el acuerdo concordatario, no lo modificaba en sí mismo, sino que cambiaban algunas cuestiones de quienes se verían beneficiados o afectados por el acuerdo concordatario, que iba a ser el mismo. El caso –lamentablemente, como muchas veces pasa en estos temas– no fue definido por la Corte, porque se revirtió a la Corte para que defina sobre la competencia y el juicio se transó en el medio. Así que nos quedamos con las ganas de tener un fallo de Corte al respecto.

Después tenemos un caso de inhibitoria planteada ante la justicia nacional, en el marco de un arbitraje triple A, la American Arbitration Association de Texas, Estados Unidos. Se trata, tal vez, de un caso un poquito más extraño todavía. El caso se requirió del

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 45

tribunal arbitral de Estados Unidos, la parte requerida, anoticiada del mismo, no compareció, no constituyó, ni siquiera utilizó su derecho de designar un árbitro. Y planteó acá, en Buenos Aires, una cuestión de inhibitoria utilizando las normas del Código Procesal que permiten ellos, y avalando la circunstancia que, claramente, teníamos todavía diferentes circunscripciones judiciales. Las objeciones fundamentales que tuvo este caso fue que no había tribunal superior de la causa que pudiese dirimir el conflicto en competencia, que no había quién pudiese decir aquel o este son competentes; situación que, si bien está reglada en el Código Procesal, tampoco está reglada con un impedimento taxativo acerca de que no se pueda plantear una inhibitoria en ese caso. Se sustentó el caso en que había tres contratos, uno tenía cláusula compromisoria, dos no; la parte requerida estaba requiriendo el contrato de los tres haciendo uso de la que tenía cláusula compromisoria, y los derechos que estaban reclamando, en definitiva, eran de los dos contratos que no tenían cláusula compromisoria, y tenían jurisdicción ordinaria en la Capital Federal. Se planteó de esa manera; la justicia de primera instancia en lo comercial lo rechazó, y la Cámara Comercial lo admitió. Admitió la inhibitoria y eso permitió luego –o iba a permitir, porque el caso luego se resolvió de otra manera– que llegado el exequátur pudiese excepcionarse por incompetencia por haber sido un laudo dictado por un juez incompetente, y tener bastante más allanada la defensa. Los fundamentos del reclamo acá están dados por la necesidad de no tener que litigar ante un tribunal una parte, los excesivos costos que tiene litigar al extranjero y el derecho de defensa de juicio, y la posibilidad de plantearle a un tribunal que uno considera competente que asuma competencia. Todo esto, tal como están las normas hoy –después vamos a ver que, a mi criterio, esto debería ser modificado–; esto creo que fue producto de un atajo procesal que tiene la norma y que permitió pedirlo de esta manera y obtener esta sentencia.

Hasta acá vimos tres casos de inhibitorias de jurisdicción y cómo se fueron resolviendo con sus diferentes matices. Recientemente tuvimos un caso más común, lo normal es que las partes concurran ante el tribunal donde está el caso, porque tiene menos complicación logística que presentarle el caso a un juez que no lo conoce; llevarle la demanda completa para no violar el derecho de defensa del actor; constituir el tribunal arbitral, muchas veces,

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 46

como pasó en el tema de Salta, que había que constituirlo, los tiempos de contestar la demanda son muy limitados, el abogado tiene miedo de qué pasa si no contesto la demanda y planteo la inhibitoria y, entonces, se declara incompetente y no contesté la demanda, y no planteé la declaratoria, etc. O sea, tiene sus vericuetos, entonces, la declinatoria es más común. En un caso de la Cámara Comercial de este año, de 2012, se resolvió un tema de declinatoria en donde la parte demandada, que era Telefónica Móviles, nos puso la incompetencia en función de que había una cláusula compromisoria que avalaba su postura. Y la Cámara lo confirmó; fundamentalmente, ratificó la autonomía de la cláusula compromisoria. Tienen un tema considerando el fallo que vuelve a repetir la justicia, y que como decía Roque Caivano antes, es algo que todavía no hemos terminado de transitar, y es que la interpretación de las cláusulas compromisorias es restrictiva. La verdad, no sé por qué tiene que ser restrictiva, en la medida en que asumamos –como decía al principio– que el tribunal arbitral es tan jurisdiccional como un tribunal de justicia ordinario, y que es tan legal y constitucional como el tribunal de justicia ordinario; con la única diferencia que a uno le paga el Estado y a otro le pagan las partes los honorarios, y que uno tiene base convencional y que el otro tiene el sustento en una función del poder estatal que es el Poder Judicial. Pero nada más, y que uno tiene *imperium* y otro no; pero, como también decían antes, ese *imperium* también lo tiene el tribunal arbitral, lo único que para llegar a la policía tiene que ir a través del juez, el juez va a la policía directamente, pero el juez no tiene la espada, la espada la tiene la policía. Entonces, en definitiva, el tribunal arbitral tiene *imperium* a través del Poder Judicial que tiene que hacer uso y admitir la exhortación que haga el tribunal arbitral en el caso de necesitar ejecutar una medida cautelar, que puede ser pedida ante el tribunal arbitral también, o ejecutar un laudo. Entonces, la Cámara, si bien marca el tema de la interpretación restrictiva y de la competencia arbitral como excepción, lo cual no es bueno, sí tiene a su vez en el mismo fallo una amplia restricción de las materias sujetas a arbitrajes; pone solamente el límite en lo transaccional, como marcaba muy bien Roque Caivano en su exposición, y recepta la necesidad de suscribir cláusulas con la mayor amplitud posible. Lo que nos pasa muchas veces es que, en las negociaciones contractuales, las cláusulas arbitrales son innovadas por las partes y no se atienen a

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 47

la cláusula que el centro donde quieren ir les recomienda; entonces, más vale no innovar ahí. No vamos a ser menos por copiar y pegar la cláusula del centro. Esa es la que voy a usar. Y si no, restringe mucho la negociación a diferentes puntos del contrato y ahí empezamos a tener cuestiones referidas al alcance de la cláusula compromisoria. Cuanto más amplia sea mejor, y eso es lo que enseña este fallo de la Cámara Comercial.

Así, lo que estamos viendo en este paneo que he venido haciendo son las diferentes formas de receptar el principio de competencia de la competencia también. El principio de competencia de la propia competencia puede ser parcial, como está receptado en algunas legislaciones extranjeras, como puede ser México, incluso en Estados Unidos en algún concepto cuando el tribunal arbitral es quien resuelve la validez del contrato en su totalidad, y la justicia ordinaria decide sobre la validez de la cláusula compromisoria. O sea, dada la competencia al tribunal arbitral, el tribunal arbitral decide sobre el contrato, pero la validez de la cláusula compromisoria la define la justicia ordinaria. O como muy bien marcaba también con mucha jurisprudencia Roque, en Francia o Canadá, que el tribunal arbitral resuelve la validez del contrato y de la cláusula compromisoria; entonces resuelve todo. Y solamente están sujetos a revisión judicial posterior los alcances del laudo en cuanto a que sea nulo, en la medida que no sea recurrible; si las partes pactaron la recurribilidad del laudo, bien, podrá ser revisado también en cuanto a sus cuestiones de aplicación del Derecho por parte del tribunal de apelaciones.

Para ir concluyendo, los árbitros tienen que tener competencia para resolver sobre su propia competencia, aun cuando esté planteada la eficacia de la cláusula arbitral. Y eso debe ser prioritariamente con relación al tribunal de justicia. Esto es algo que está muy repetido en la doctrina, lo rescata el Dr. Rivera, lo rescata el Dr. Caivano, el Dr. Villamayor Alemán también. Es decir, está muy pacífico en la Argentina ya este concepto. Eso no excluye el control judicial sobre lo decidido por los árbitros acerca de la competencia, el control judicial va a estar, como cualquier cuestión que el tribunal ordinario pueda llegar a controlar a partir de la nulidad del laudo, y la resolución de los árbitros debe ser previa a cualquier intervención judicial. Por lo que cualquier acción, para que los jueces se pronuncien sobre el mismo, no debe suspender el arbitraje. Tenemos aquí otro tema fundamental, porque siempre

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 48

nos encontramos en que de mala fe muchas veces la parte que vislumbra que va a perder el caso, plantea cuestiones de competencia en la justicia ordinaria; la justicia ordinaria las recepta o las trata la substancia, y durante la sustanciación –que puede durar años en la Argentina– estamos con el arbitraje suspendido y, entonces, logramos lo que la parte que vislumbraba que iba a perder el caso quería. ¿Qué hacer? La respuesta es que, para evitar que se efectúen planteos de inhibitoria entre la justicia ordinaria, es necesario legislar la intervención judicial con una parte contratante, recurrido al arbitraje. Y evitar de esa manera que los jueces ordinarios en el futuro, dada la cláusula compromisoria, se involucren en el caso, que sean revisores del laudo arbitral que definió su propia competencia, si es que era nula o es nulo ese árbitro, porque, por ejemplo, definió su propia competencia en un caso donde no era aplicable, como podría haber sido en el caso que les planteaba del arbitraje internacional: no era aplicable porque había dos o tres contratos, y uno tenía cláusula compromisoria y dos no. No se postula evitar la intervención judicial en los procesos, sino que solamente pueda definir su competencia al tribunal arbitral y sea revisada por el tribunal judicial. Yo me animo a hacer una suerte de propuesta, algunos de los proyectos que hay en el Congreso Nacional, de Ley Nacional de Arbitraje, que tal vez alguna vez tengamos y a partir de ahí podamos desarrollar el arbitraje con la masividad, por ejemplo, que está desarrollado en Perú o en Chile. Voy a leer:

Los planteos de competencia podrán ser opuestos por las partes interesadas en el arbitraje, sea por vía inhibitoria o declinatoria, únicamente ante la sede arbitral. En los casos en que se invoque un contrato que contenga un acuerdo arbitral, no podrá ser planteada inhibitoria de jurisdicción en sede judicial, debiendo dirimirse la cuestión de competencia por los árbitros comprometidos por las partes. En el caso de ser planteada la incompetencia ante el tribunal judicial por vía de declinatoria, este deberá remitir las actuaciones al arbitraje comprometido por las partes, a fin de que en sede arbitral sea resuelta la competencia del caso.

Estamos dejando en el tribunal arbitral la resolución de toda cuestión de competencia donde esto implicaba un contrato que tenga cláusula compromisoria o que pueda tener. Y habría que agregar en los códigos procesales que estará vedado de promover cuestiones de competencia entre la justicia ordinaria, en los casos

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 49

en que se invoque un contrato que contenga un acuerdo de arbitraje, debiendo todo planteo de competencia ser efectuado ante la sede arbitral comprometida, aun cuando se invoque excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. Es ampliar de un modo más acabado muchas de las normas sobre competencia, que hoy ya tienen a partir de la Ley UNCITRAL la mayoría de los reglamentos de arbitraje. Gracias.

Rueda de preguntas

Pregunta: Primero quiero felicitar a la Defensoría del Pueblo, porque gracias a ellos estamos en esta jornada escuchando a personas que conocen tan bien lo que es el arbitraje. Detrás de mí está el Dr. Villamayor Alemán, y otros más que son realmente verdaderos árbitros y personas de mucho conocimiento. Pero me gustó mucho la valentía y le voy a hacer la pregunta al Dr. Laquidara, cuando se pregunta ¿por qué no funciona el arbitraje? Modestamente, voy a decir mi opinión. Yo tengo tres hijos abogados, van a hacer 35 años que hablo de arbitraje, tengo uno que está en la Cámara de Arbitraje de Nueva York, a los otros, ni les gusta, ni les interesa. Entonces, yo pienso que el arbitraje no despierta pasiones ni nada por el estilo. El otro problema es que los abogados no sabemos de arbitraje, doctor, no nos enseñan en la facultad. Lo mismo pasa con la genética en medicina, todos hablan del cromosoma, hablan del embrión, hablan de ADN, pero usted sabe, doctor, que en la facultad no se da genética, entonces los médicos no saben. Y nosotros no sabemos lo que es el arbitraje. Además cómo vamos a asesorar a nuestros clientes que nos contratan, en cláusula de arbitraje, cuando nosotros no confiamos en los tribunales de arbitraje. Porque si yo supiera que en un tribunal de arbitraje –no lo digo por desahuciarlos a ustedes– van a estar ustedes, con el Dr. Murano, con la Dra. Ferraro, con todas las personalidades que están esta tarde, yo me someto a ese tribunal. Pero generalmente cuando nosotros vamos a hacer un tribunal arbitral, yo le nombro a mis dos hijos que vendrán a decirme que no saben nada, a mi primo, a mi tío, a mi vecino, al otro y a ese tribunal yo no los puedo someter. Y yo creo que ese es el problema más grande que tenemos acá en la Argentina. Pero no solamente en la Argentina, en España no funciona el arbitraje, solamente en Barcelona, en la Cámara de la Navegación e

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 50

Industria, que trabaja muy bien. El tribunal arbitral en Irán tiene dos millones de dólares de presupuesto por año y no trabaja, en cambio en Inglaterra saben muy bien ustedes y en Estados Unidos, no se van a imaginar jamás que la Ford va a litigar con Juancito Pérez ni nada por el estilo, se someten a los tribunales arbitrales de tal cámara y al tribunal arbitral de tal, porque saben que son excelentes. Así que, doctor, como usted preguntó, discúlpeme, lo hizo con tanta valentía que lo admiro, ¿por qué no funciona el arbitraje? Esa es mi modesta opinión. Quisiera escuchar la suya, doctor.

Dr. Laquidara: Lógicamente, esa pregunta que le agradezco el comentario acerca de la valentía, no es una pregunta que particularmente yo me venga haciendo de hace cuatro o cinco días. Tuve a mi cargo durante doce años el sistema de arbitraje de consumo. Y una de las tareas más ciclópeas que tuve con mis colaboradores de aquella época y que están presentes en este día, una de las actividades más importantes de nuestra tarea era la de intentar difundir, pero no desde el punto de vista académico sino de reunirnos con los operadores del mercado para tratar de transmitirles las bondades del sistema que nosotros advertíamos. Pero además de preguntarles cuáles eran las inquietudes, esa función que desempeñé me permitió andar por todo el país y compartir reuniones, algunas muy largas con colegas y con profesionales de otras disciplinas que sí estaban quizás interesados en difundir entre ellos y en sus propias ciudades o sus propios ámbitos, el arbitraje. Y muchas veces me he encontrado con algún colega que me ha mirado feo, por decirlo en criollo. Porque a veces uno tiene que utilizar un término poco académico para hablar de que acá hay un deporte nacional de echarle la culpa al otro; generalmente las responsabilidades están del otro lado, y yo no tengo nada que ver. Eso lo fui viendo antes de formar parte de un tribunal arbitral como lo hago ahora, institucional, donde he visto que a pesar de los convenios institucionales que se suscriben para la difusión y la capacitación y todo lo que sea interesante para que el arbitraje sea adoptado y adaptado a la realidad de cada ámbito, llegado el caso, queda muchas veces en declamatoria. Porque después, cuando cada profesional tiene que optar por incorporar en un contrato la cláusula compromisoria o buscar la más amplia, la mejor, la que sea más adecuada a la realidad de eventual posibilidad de un conflicto, en la medida que haya posibilidades de

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 51

poner una cláusula en ese tipo de contrato, es más fácil buscar el archivo que tenemos en la computadora, la cláusula del contrato que está, y le ponemos esa. Y remitimos a lo más genérico de los tribunales ordinarios del departamento que sea, y ni siquiera nos ponemos a pensar cuáles van a ser las consecuencias para ese conflicto, para la gente que está en el conflicto y para nosotros como profesionales. Pareciera esto un razonamiento muy pedestre, muy llano, muy poco fundado. Yo les puedo asegurar que he participado de suscripciones de convenios entre profesionales afines a las cuestiones jurídicas, martilleros, gente de la Bolsa, de distintos mercados, donde es factible que aparezcan los conflictos que el arbitraje por sus características puede resolver, y todos contentos en el momento de la suscripción, porque aparentemente surge una alternativa de mayor eficiencia comparada con lo que estuvo pasando en la justicia en la provincia, donde no haya que esperar cuatro o cinco meses para empezar a mirar un expediente. Pero resulta que después, cuando llega el momento en el que hay que llevar las cuestiones adelante, donde cada uno tiene que realmente tomar la decisión de explicarle aunque sea al cliente, o de alguna manera asumir que realmente comparte esas bondades que tiene el arbitraje, nos quedamos por las dudas esperando que otro haga punta, como se decía antes cuando uno iba al baile. Aquí creo que esa decisión política que hace falta en las provincias, donde las leyes están vigentes, ninguna derogada, pero que no hacen que los tribunales de consumo se pongan a funcionar, es un poco más de lo mismo; lamentablemente, después de muchos años de tener ejemplos de funcionamiento del arbitraje en la Argentina, aún no es masivo. Y a veces nosotros mismos como profesionales no estamos dándonos cuenta del tiempo que perdemos, el dinero que perdemos y el dinero que le hacemos perder a la gente que nos viene a consultar por el hecho de no tener confianza en el arbitraje. Todos recordamos ese dicho de que el arbitraje va a ser tan bueno como los árbitros lo sean. Es cuestión de saber elegir más o menos quiénes son los árbitros que tienen que resolver nuestros problemas.

Dr. Pirovano: Creo que lo que nos pasa a los abogados es lo que nos pasa muchas veces a los argentinos. La Argentina debe ser uno de los países con más cuentapropistas y comerciantes y gente que le gusta vivir de lo suyo y tener posiciones liberales y no ser empleado. Cuando el argentino puede, se pone su negocio. Y nos

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 52

encanta que nos regulen también. Y tenemos una visión paternalista del tema, y creo que caemos en la justicia ordinaria porque nos parece que ahí no va a haber problemas, ahí nos van a cuidar. Y en el tribunal arbitral no, no sé qué va a pasar. Y en un tribunal arbitral puede ser que los árbitros no sean los adecuados, también los jueces no son los adecuados muchas veces. Y es cuestión de elegir bien el centro, donde uno se va a adecuar, va a llevar el conflicto, no jugar a las grandes ligas si el contrato no da para grandes ligas. Acá también se utiliza mucho, en algunos estudios en la Cámara de Comercio Internacional, y son contratos más argentinos que el mate y el dulce de leche, y los tenemos litigando organizados por París; es una ridiculez, no confiamos en nosotros mismos. Está lleno de centros de arbitraje en Argentina y en Buenos Aires, con listas de árbitros muy idóneos, toda gente como usted dijo, en la que seguramente confiaría porque son en quien los jueces apoyan su sentencia muchas de esas personas. Y que están oficiando de árbitros amén de los tribunales constituidos permanentemente, y uno sabe perfectamente quiénes son los que están y puede o no decidir ir ahí. Creo que tenemos un problema más intrínseco en nuestra forma de ser, que es "la justicia me va a cuidar".

Intervención del auditorio: Yo ratifico lo que dijo el doctor, y quería decir lo siguiente: que de alguna manera en el imaginario social, en el imaginario profesional, todavía la justicia ocupa un pedestal, más allá del cuestionamiento que uno pueda hacer de las decisiones judiciales, que todos hacemos. También quería agregar algo que puede ser útil: que en algunos Estados americanos, antes de iniciar un juicio, el abogado tiene que presentar una declaración de que asesoró a su cliente de cuál era la mejor manera de resolver ese conflicto. Es decir, el acceso a la justicia no es totalmente libre, digamos, libre entre comillas, sino que el profesional tiene que hacer un asesoramiento si ese conflicto es para la justicia o para otra forma de resolución de conflictos.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 53

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 54

PANEL III

Protegemos Derechos
Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 55

Panel III

Este panel abordó los temas "Arbitraje societario", a cargo del Dr. Sergio Villamayor Alemán; y "Arbitraje y tecnología" a cargo de la Dra. María Haydée Miguel. Estuvo moderado por la Dra. Ana Ávila Sarué, abogada del Área de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de esta Defensoría.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 56

Arbitraje societario

*Por el Dr. Sergio Villamayor Alemán**

Para mí es un gusto estar en estas jornadas que ya son un clásico dentro del arbitraje en Buenos Aires y en Argentina, y que nos posibilita tratar temas nuevos, temas viejos, temas de siempre, pero que siempre es conveniente volverlos a tratar porque en arbitraje nada está terminado y, además, porque aún seguimos en etapas de difusión y de consolidación del arbitraje. No es algo que ya esté absolutamente consolidado y respecto de lo cual no haya nada más para decir.

Mi tema específico es arbitraje societario. Y antes de referirme específicamente al tema, me parece conveniente, inclusive en función de las brillantes exposiciones que hicieron Caivano, Laquidara y Pirovano, hacer algunas consideraciones iniciales de las que surgen cuáles son los principios del arbitraje, cuál es la esencia del arbitraje, porque cuando tenemos que resolver temas de distinta índole, por ejemplo, la arbitrabilidad o el orden público o el arbitraje societario y los alcances del arbitraje societario o cualquier otra cuestión, siempre nos tenemos que referir –si alguna duda existe– a los principios, a la esencia. Cuál es la esencia de esta institución, cuáles son las luces principales que iluminan el camino. Y en función de eso, tomar decisiones concretas. En ese sentido, me parece conveniente comentar que más allá de las bases legales que pueda tener el arbitraje, que las tiene y que tratamos de mejorarlas desde hace muchos años, es bueno recordar cómo nació el arbitraje y qué es el arbitraje.

El arbitraje, más allá de sus orígenes que todos conocemos en el mundo, y que siempre hubo arbitraje, es anterior a la justicia estatal. La justicia estatal nace cuando las comunidades se organizan de determinado modo y crean los jueces estatales, etc. Aún así, siempre existió arbitraje. Pero el arbitraje es relativo al derecho comercial. Es decir, hay un gran momento de

* Abogado, ex Magistrado Nacional en lo Civil y Comercial. Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje del año 1998. Y redactor del proyecto de Ley Nacional e Internacional de Arbitraje. Profesor titular de diversas universidades nacionales y privadas. Árbitro *ad hoc*, y en diversas instituciones. Conferencista, publicista.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 57

consolidación justamente cuando nace el derecho comercial y el derecho societario. Cuando nace el derecho comercial en la Edad Media, yo siempre digo que los comerciantes seguramente festejaron que ellos mismos hayan podido dictar leyes para regular su propia actividad, y que esas leyes no estaban dictadas por el rey o por el señor feudal, sino que eran ellos a través de las corporaciones los que dictaron sus propias leyes. Qué bueno que nosotros que conocemos cómo funciona la actividad comercial hayamos dictado nuestras propias leyes, y nos tenemos que sujetar a esas leyes. Además, tenemos una razón adicional para respetarlas y es que las hemos dictado nosotros mismos.

Pero se me ocurre pensar con un poco de imaginación o mucha imaginación, que cuando surgieron los primeros conflictos, estos comerciantes deben haber pensado que se quedaron cortos porque ahora el conflicto va a ser resuelto por el señor feudal, va a ser resuelto por el rey, va a ser resuelto por el Estado.

Es cierto, hemos avanzado, va a tener que aplicar las leyes que hemos dictado los comerciantes, no el derecho civil común, sino las normas especiales; ahí nace el derecho comercial como un derecho específico; hemos avanzado en ese sentido. Pero, el que aplique estas normas vaya a saber si realmente conoce cómo funciona tal o cual actividad comercial en la que se plantea un conflicto. Y ahí es donde después de esta zozobra inicial –imagino todo esto– pensaron que mejor iban a tener que crear también sus propios jueces: así como hemos creado nuestras propias normas, vamos a establecer los jueces que van a tener que aplicarlas; de modo que tengamos normas idóneas y jueces idóneos. O jueces apropiados para resolver este tipo de conflicto comercial.

Y así es como las corporaciones crearon dentro de sí cada una un tribunal arbitral, y los conflictos que se planteaban a partir de ahí eran resueltos en base al derecho comercial creado por los comerciantes y por comerciantes que eran los árbitros.

Entonces, el arbitraje nació un poco para consolidar el nacimiento y la vida del derecho comercial.

En una de las máximas expresiones de los derechos humanos o del constitucionalismo en el mundo, que es la Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789, y que fue el preámbulo de la Constitución francesa, de la primera Constitución francesa después de caída la monarquía, la de 1789-1791, en el

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 58

preámbulo se pone como derecho humano de los franceses resolver sus conflictos mediante arbitraje, y ningún legislador puede limitar esta facultad.

Por otro lado, el arbitraje no es una concesión que el Estado les está haciendo a los ciudadanos o a los habitantes de un país, así como nos pueden conceder la existencia de un juicio ordinario, un juicio interdicto, un juicio de desalojo. La posibilidad que cada uno tiene de resolver sus conflictos del modo que quiera, conflictos en el campo disponible de los derechos disponibles, no es una concesión que nos está haciendo el Estado. Es un derecho que tenemos nosotros, y el Estado lo que debe hacer es dictar las normas apropiadas para que ese derecho se ejercite del mejor modo posible. Pero es un derecho que tenemos nosotros; aunque no hubiera ninguna ley de arbitraje, podría perfectamente haber arbitraje, porque nada obsta que dos personas sobre un derecho disponible se pongan de acuerdo en que lo va a resolver un tercero, y que lo que ese tercero resuelva va a ser definitivo e inapelable. Son derechos disponibles, y eso tiene que ver con la Constitución, con otros artículos, con la libertad; esto tiene que ver con el derecho de propiedad. Entonces es bueno tener presentes estas cosas. En materia de arbitraje están en juego el derecho a la jurisdicción, derecho de acceso a la justicia, pero también la libertad, el derecho de propiedad y el derecho humano de cada uno de resolver nuestros conflictos en la medida que no afectemos a los terceros, ni la moral, ni las buenas costumbres del modo en que queramos.

Pasemos ahora al arbitraje societario. Y me voy a referir en concreto a nuestro país. ¿Qué pasó con las sociedades? El primer Código de Comercio dictado en nuestro país, el de Vélez Sarsfield y Acevedo, de 1859 para la provincia de Buenos Aires y que después lo adopta la nación, preveía el arbitraje forzoso para los conflictos entre socios. Después veremos cómo evolucionó esto y ya no son los conflictos entre socios sino también conflictos que afecten a la sociedad o a órganos de la sociedad. Para los conflictos entre socios se preveía el arbitraje forzoso, el arbitraje obligatorio. En la sana idea de que un conflicto societario, un conflicto dentro de la intimidad de la empresa como es un conflicto societario, el mejor modo de resolverlo es mediante un árbitro, alguien que esté en ese tipo de actividad, a quien elijan las partes y que no vaya a la justicia estatal para ser resuelto. La justicia

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 59

estatal no es el modo apropiado para resolver este tipo de conflictos, en general, en algunos casos sí, en general no.

La primera gran reforma que tuvo nuestro Código de Comercio es del año 1889, en esa reforma se le quitó el carácter de arbitraje forzoso, pero sí quedó establecido en el Código de Comercio –y en el título "Las Compañías y las Sociedades"– que los conflictos entre socios debían ser resueltos en arbitraje, pero se admitía que las partes pudieran pactar lo contrario: principio de arbitraje, salvo que las partes pactaran ir a la justicia estatal.

Eso funcionó hasta el dictado de la Ley de Sociedades. Cuando se dicta la Ley de Sociedades creo yo que se tuvieron en cuenta algunas críticas que se habían hecho de autores muy prestigiosos al funcionamiento del arbitraje. ¿Qué pasaba? En muchos casos, las partes en vez de designar a la mejor persona como árbitro, a la mejor persona según el criterio de quien tiene que elegir en base a un listado, muchas veces elegían abogados con el encargo de que les resuelva favorablemente el caso. Entonces, en los tribunales arbitrales se daban situaciones escandalosas de árbitros que no eran árbitros, en definitiva, sino que eran abogados de parte dentro del tribunal arbitral; que es una de las peores traiciones que se pueden hacer, aquel que se mete solapado en algo y destruye aquello dentro de lo cual se mete. Si yo soy abogado de parte y defiendo con énfasis y convicción los derechos de mi cliente, estoy cumpliendo con mi rol, si yo soy un árbitro y prometo y cuando acepto el cargo digo que nada hay que afecte mi imparcialidad, mi seguridad en el presente caso y acepto con honor la designación de arbitraje, no puedo ser tan sinvergüenza, ni tan mentiroso, ni tan deshonesto de ser parcial en mi desempeño.

Entonces, se daban estas situaciones. No había demasiado cuidado en la elección de los árbitros y se ve que el foro o la sociedad no condenaban con severidad estas situaciones como ahora sí se condenan. Y ahora todas las instituciones exigen la declaración de imparcialidad por parte de los árbitros. Y en un ámbito de amigos y de cierta confidencialidad entre quienes estamos en el tema de arbitraje, comentamos los disgustos que hemos tenido en los tribunales arbitrales de modo de dejar señalado a fulano o a sultano, que ha sido parcial, y si los otros árbitros que lo acompañan en el tribunal son personas de bien y quedan molestas por esta situación, se arriesga a que lo comenten y no lo designen nunca más árbitro.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 60

En función de estas situaciones, cuando se sanciona la Ley de Sociedades se elimina el arbitraje del régimen societario argentino, o sea, dejó de estar como algo optativo y ya había dejado de estar como algo forzoso. A partir de ahí –y en base a lo que dije al comienzo–, el arbitraje es un derecho natural, no se puede prohibir, entonces se admitía el arbitraje societario si las partes lo pactaban expresamente para resolver los conflictos entre socios. Pero había una cierta reticencia para admitir el arbitraje en los conflictos que afectaban a la sociedad, por ejemplo, en juicio por nulidad de asamblea, por remoción de directores, por nulidad de decisión del directorio, temas en los que las partes van a ser un accionista, por un lado, pero por otro lado, va a ser un director y/o la sociedad.

Entonces se argüía en base al llamado "interés público societario". Roque habló al principio del concepto tan inasible de "orden público", un caballo desbocado, esa famosa expresión. Y también a veces se exagera un poco la noción de orden público, y en Argentina tenemos una visión a veces un poco exagerada del orden público en materia societaria. Lo cual tiene mucha razón en el tema de la tipicidad societaria. Al constituir una sociedad, uno tiene que sujetarse a determinadas normas y ahí sí podemos hablar de un orden público societario. Y está el concepto –reitero– de tipicidad societaria. Un árbitro puede resolver un conflicto entre socios, que seguramente va a afectar a la sociedad, pero no puede resolver un conflicto en el que sea parte la sociedad, esto necesariamente tiene que ir a la justicia. Esto además en la práctica era disvalioso, mi experiencia como juez comercial y como abogado en ejercicio de la profesión me indica que las partes, normalmente, cuando tienen problemas dentro de las sociedades –y la sociedad es la cáscara jurídica dentro de la cual se desenvuelve una empresa comercial– el problema no está dentro de la sociedad, el problema es dentro de la empresa o dentro de la familia, dentro del grupo de socios; disfrazan el conflicto personal con algún ropaje societario. Entonces yo estoy muy disgustado porque quiero tener participación en el directorio, entonces impugno la composición del directorio, se hacen planteos respecto del derecho acumulativo, que terminan en juicios. Porque, en definitiva, se trata de un afán mío de tener algún escaño, alguna posición dentro del directorio. Pero, cuando voy a hacer un juicio, no puedo decir que lo hago porque en realidad lo que yo quiero es estar en el directorio, porque esta sociedad la

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 61

fundó mi abuelo, y si mis primos están yo también quiero estar, no puedo dar ese argumento. Tengo que meter algún argumento jurídico y hago un planteo contra la sociedad.

Lo mismo sucede con las nulidades de asamblea: siempre esconden o son la fachada de conflictos empresarios que no es la nulidad, no es el artículo tal o cual de la Ley de Sociedades lo que le interesa a las partes, es el conflicto económico que está allí.

En este tipo de conflictos había algunas dudas que creo que en este momento han dejado de existir, que pese a que no está previsto en la Ley de Sociedades, no hay ningún inconveniente de que sea con conflicto que ya ha nacido, que las partes, la sociedad por un lado y el socio en ese juicio por otro lado, quieran ir a un arbitraje, o que puedan poner en el estatuto de la sociedad una cláusula arbitral en virtud de la cual se deban someter para cualquier conflicto entre socios, o entre socios y la sociedad, o entre órganos de la sociedad. O sea, cualquier conflicto que se pueda plantear dentro del derecho societario o un conflicto entre socios, que sea resuelto mediante arbitraje.

Y en este sentido hubo una convalidación importante en los distintos proyectos de ley de arbitraje en que me tocó participar; en los casos de integrar comisiones o de trabajar solo, siempre nos planteamos el tema –o me lo planteé yo mismo– del arbitraje societario con relación a las sociedades que cotizan, que hacen oferta pública de título de los valores. Porque ahí se da una situación especial: el inversor de esos títulos no es un socio común, pasa a ser socio porque compró acciones, pero en realidad es un inversor. Y quizás ni conoce el estatuto de la sociedad, ni sabe que hay una cláusula arbitral.

Entonces, siempre en los distintos proyectos, cuando hablamos del arbitraje societario, dejamos de lado a las sociedades que hacen oferta pública de los títulos valores porque pensamos que es un tema conflictivo.

Cuando en 2001 se sanciona el régimen de transparencia de los mercados de oferta pública de títulos valores, Decreto 677, decreto delegado con fuerza de ley en el año 2001, se estableció el arbitraje societario inclusive, mejor dicho, específicamente para sociedades que hacen oferta pública de títulos valores. Y actualmente, el artículo 38 de este Decreto 677 establece el arbitraje obligatorio. Obligatorio ¿para quién? Obligatorio para la

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 62

sociedad, facultativo para el inversor, para mí es facultativo, la sociedad no puede iniciar un arbitraje en mi contra, o lo puede iniciar pero yo si quiero concurro a ese arbitraje y si quiero no, y no pasa nada. Pero si yo inicio un arbitraje con la sociedad, la sociedad debe concurrir obligatoriamente, y si no concurre va a tramitar el arbitraje en rebeldía de ella. Entonces, es un arbitraje obligatorio para una de las partes, en este caso, para la sociedad.

Inclusive, este decreto para mí fue más allá. Después de establecer, no solo el arbitraje obligatorio sino la obligación de todas las bolsas de comercio de crear sus tribunales arbitrales, que los han creado, al final se mete en un tema procesal, y dice: "En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el Tribunal Arbitral. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública...". O sea, este artículo da a entender que si hay un conflicto, un proceso judicial por un lado, y un proceso arbitral por un lado que tenga un mismo sentido, esos dos procesos se van a acumular en un tribunal arbitral. La idea es buenísima, pero este es un tema muy debatido y muy discutido sobre lo que no hay seguridad en la doctrina ni en las leyes. Yo no conozco ninguna ley del mundo que hable sobre el tema acumulación de procesos arbitrales, algunos reglamentos hablan de aspectos operativos de la acumulación. Pero si vamos a acumular en un proceso judicial o en un arbitraje, son temas de mucha discusión.

En este momento tenemos el arbitraje obligatorio en este campo. Siendo ello así, no existiendo óbice, yo creo que es hora de que en todos los reglamentos, todos los estatutos, las sociedades, se ponga la cláusula arbitral. Creo que en este momento cualquier abogado, cualquier escribano, cualquier contador que aconseje un reglamento o proponga a su cliente un reglamento, un estatuto en la sociedad, sin cláusula arbitral, está incurriendo en mala praxis, porque dentro de la cultura jurídica y de los principios receptados en Argentina, en este momento no hay ningún obstáculo para incluirla y debe ser puesta porque es lo mejor que le puede pasar a una sociedad. Después haré alguna mención sobre cómo creo yo que debería ser la cláusula; en los dos proyectos que actualmente tienen estado parlamentario en el Congreso argentino, se prevé específicamente el arbitraje societario con amplios alcances.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 63

En el Código Civil proyectado, yo le propuse a su redactor, Julio Rivera, que cuando él define el arbitraje, qué es el arbitraje, el acuerdo de dos partes en virtud de las cuales deciden someter un conflicto a la decisión de un árbitro, que ponga punto aparte; es equiparable a la cláusula arbitral la norma dentro de los estatutos, que prevea el arbitraje como modo de resolver los conflictos. Porque siempre es bueno, en esta tradición de los romanos que tenemos nosotros, que la ley lo diga, le da un prestigio y un peso especial que la misma ley diga señores abogados, contadores, escribanos, acá está la ley y les está diciendo que la cláusula puesta en el estatuto de una sociedad es equiparable a la cláusula arbitral, al acuerdo de dos personas. Creo que hasta el día de hoy eso no está incluido. Pero sería bueno si se pudiera incluir. De todos modos, si no incluye no pasa nada. Pero en las normas que proyectó Julio Rivera hay un aspecto muy interesante y que viene a colación de esto. Cuando Julio Rivera se refiere a lo que puede ser objeto de arbitraje, seguramente va a comentarlo él, lo que el artículo dice es lo que no puede ser objeto de arbitraje. Por ejemplo los arbitrajes de consumo quedan afuera, los temas de familia quedan afuera. Con lo cual, el legislador no está diciendo pueden ser objeto las cosas objetos de transacción, como está en los códigos procesales, sino está diciendo no puede ser esto y aquello. Con lo cual todo lo otro puede ser.

Y este es un elemento de interpretación muy importante, jurídicamente muy importante. El legislador está diciendo que todo lo que no está prohibido expresamente puede ser objeto de arbitraje.

Es bueno poner en todos los estatutos de sociedades civiles, comerciales, fundaciones, asociaciones, contratos de colaboración, pactos de sindicación de acciones, pactos en general entre accionistas y reglamentos (reglamentos de propiedad horizontal, reglamentos de barrios cerrados, de *countries*), en todos los reglamentos tiene que haber una cláusula arbitral. Y es bueno que la haya, no hay ningún obstáculo. Me olvidé de comentarles que la Inspección General de Justicia, órgano de control de las sociedades en el ámbito de la Capital Federal, prevé entre las normas tipo o modelo que propicia, cláusulas arbitrales.

Respecto del arbitraje hay muchos prejuicios. Hay quien cree que el arbitraje es para resolver los grandes asuntos comerciales contra empresas. Y hay otros que creen que el arbitraje es sólo

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 64

para las cuestiones pequeñas, chiquitas. Me pasó hace unos días exponiendo ante la Comisión Bicameral sobre las normas proyectadas sobre arbitraje en el Código Civil, que yo dije que sería bueno que se incluyera también el arbitraje en los estatutos y en los reglamentos. Entonces dije, por ejemplo, en caso de un problema de humedad en un edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, eso no puede ir a la justicia, eso tiene que ser resuelto mediante arbitraje y hay tribunales idóneos, inclusive nombré el tribunal arbitral de esta Defensoría. Y una persona que estaba allí en el público, me interrumpió y me dijo que yo mediante el arbitraje los quería privar de los interdictos. Es una zoncera haber dicho así, haber interrumpido a una persona, por más que sea yo; por suerte quien presidía esa sesión con mucha gimnasia parlamentaria, era la diputada Diana Conti, le dijo que no se admitían interrupciones. Y después de la exposición se me acercó y me hablaba como diciendo qué malo que es usted, qué perverso, un conflicto de propiedad horizontal sacarlo de la justicia, del interdicto. Y el interdicto es un proceso de conocimiento, es un proceso rápido, está asimilado al proceso sumarísimo, pero son procesos de conocimiento. Y en mi experiencia, yo antes de ser juez comercial fui juez civil, tuve poquísimos casos de propiedad horizontal porque no van a la justicia. El que tiene un daño lo resuelve conversando o se queda con el daño encima. Y los pocos casos que tuve duraron años. Entonces, es muy bueno el arbitraje también para esas cuestiones. Muchas gracias.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 65

Arbitraje y tecnología

*Por la Dra. María Haydée Miguel**

Para comenzar estos comentarios sobre arbitraje y tecnología, mencionaré algunas noticias aparecidas en los últimos meses, a fin de hacer visible el marco en el cual el arbitraje debe ofrecer e instrumentar nuevas herramientas:

- *La Nación*: el 9 de julio de 2012, aludiendo a la educación a distancia en nuestro país, se señala que "Cada vez más, las universidades migran hacia el ciberespacio", aclarándose que en cuatro años, la demanda de clases virtuales creció un 250%. En los últimos años, más de 30 universidades públicas y privadas de la Argentina llevaron sus aulas al ciberespacio.

- www.cace.org.ar (Página web de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico - CACE): visitada la página el 30 de julio de 2012, se informaba que el comercio electrónico en Argentina había crecido durante 2010 un 48% respecto del año anterior. También se hacía una proyección para el 2011, puntualizándose que si la misma se cumplía, el comercio electrónico en Argentina iba a estar superando para ese año los once mil millones de pesos (fecha del informe: 1° de abril de 2011).

- www.abogados.com.ar (Newsletter del 31 de julio de 2012): se informa que una empresa dedicada a los seguros de caución judicial avanza en su operación *on line*. Superó las 250 emisiones *on line* de sus garantías.

- *ADN* (Revista de *La Nación*): el viernes 3 de agosto de 2012 se hace referencia a una nueva Biblioteca Virtual "La Nube de Libros", que ya funciona en Brasil y que ahora desembarca en la Argentina. La misma fue creada por el grupo brasileño Gol Mobile; están asociadas 74 editoriales –entre otras, Planeta y Santillana–, y ofrece títulos de literatura y filosofía seleccionados por escritores, además de contenidos educativos.

- *La Nación*, "Economía y Negocios", p. 9: el domingo 12 de agosto de 2012, se alude al negocio del entretenimiento y medios.

* Abogada UBA, Diploma de Honor. Master en la Universidad de Harvard. Desempeña tareas en la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 66

De acuerdo con un informe, una de las grandes tendencias que se advierten en este sector a escala mundial es la migración de lo impreso a lo digital. Los libros electrónicos representan actualmente el 5% del total, mientras que para 2016, se estima que representarán un 18% del total.

En este panorama, cabe preguntarse qué nuevas herramientas está ofreciendo el arbitraje hoy. Y una de ellas es el arbitraje *on line*.

¿Qué es el arbitraje *on line*? Es el arbitraje que se desarrolla a través de un medio electrónico.

El punto de partida es un convenio arbitral, es decir, un acuerdo en virtud del cual las partes resuelven someter un conflicto en particular, o bien, todos los conflictos que puedan emanar de una relación jurídica, a la decisión de un árbitro.

Desde ya que, a los efectos de la validez de un convenio arbitral *on line*, deberán cumplirse una serie de requisitos: la identificación o autoría de las partes, la autenticidad del soporte o documento electrónico, la fecha y hora en que fue emitido, y quedó constancia de su recepción por medio del centro servidor correspondiente y la utilización de la firma digital como equivalente de la firma manuscrita.

Supone el desarrollo de un procedimiento para el cual se necesita la infraestructura pertinente, pues también va a desarrollarse *on line*. Las partes argumentan, ofrecen y producen sus pruebas.

Finalmente, se arriba a un laudo, también por vía electrónica, aunque en general, los distintos sistemas prevén su protocolización.

Ejemplos exitosos de arbitraje electrónico en el mundo

Aquí corresponde hacer referencia a la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). La OMPI tiene un Centro de Arbitraje y Mediación con sede en Ginebra.

Dicho centro fue creado en 1994 para promover la solución extrajudicial de conflictos en materia de propiedad intelectual. En 1999 comenzó a prestar sus servicios con relación a los dominios ".com" ".net" y ".org"; luego fue ampliando su campo de actuación a otros dominios.

La gran ventaja en este tipo de arbitrajes es que las partes –como así también el o los árbitros– pueden estar en distintos lugares del mundo y, sin embargo, ello no obsta a que el procedimiento se desarrolle con gran rapidez.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 67

Es más, se han producido innovaciones con relación a dicho procedimiento con el fin de agilizarlo aún más. En este aspecto, consulté al Dr. Miguel O'Farrell, con gran experiencia en esta materia, quien destacó la circunstancia de que ahora el procedimiento se desarrolla exclusivamente por vía electrónica. Recuerdo que, cuando expuse sobre este tema en esta misma casa –en el año 2008– indiqué que, la vía *on line* era complementada por el envío por correo, en soporte papel, por ejemplo, de los escritos de demanda y contestación. Pero desde entonces ha habido modificaciones en las reglas que dieron lugar al procedimiento actual, que se concreta exclusivamente *on line*, afirmación que también cabe para el laudo o decisión.

Voy a referirme a un caso concreto que fue administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI a comienzos de 2012:

"Natura Cosméticos v. Héctor Soto"

Demandante: Natura Cosméticos, una Sociedad de San Pablo, Brasil, titular de la marca "Natura"

Demandado: Héctor Soto, de Querétaro, México

Nombre de dominio en disputa: tutiendanatura.com

Registrador: eNom

Natura Cosméticos es una de las más reconocidas empresas de cosméticos de Brasil. La marca Natura ha sido ampliamente conocida por aproximadamente 40 años en distintos países, amén de Brasil: Argentina, Chile, Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela, Francia, México. Con relación a esa marca, la empresa ha efectuado grandes inversiones.

Además, ha registrado la marca en varios países: Brasil, Francia, México, Comunidad Europea.

Héctor Soto registró el nombre de dominio "tutiendanatura.com" el 25 de julio de 2010.

En una breve referencia al procedimiento y, particularmente, a las fechas correspondientes a las distintas etapas, advertimos la celeridad de aquél:

- 2 de enero de 2012: la demanda fue iniciada en el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI.

- 3 de enero de 2012: el Centro le manda un mail a eNom, para verificar el registro del nombre de dominio a nombre del demandado.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 68

- 3 de enero de 2012: eNom responde de manera afirmativa por mail.

- 11 de enero de 2012: el Centro notifica la demanda al demandado.

- 31 de enero de 2012: vencía el plazo para la presentación del demandado, pero no hubo presentación alguna.

- 1° de febrero de 2012: el Centro notifica el *default* del demandado.

- 8 de febrero de 2012: el Centro nombra al panelista (en este caso, es uno solo).

- 16 de febrero de 2012: se dicta el laudo.

Es decir que, en menos de dos meses, el procedimiento ha concluido con una decisión final que, en la inmensa mayoría de los casos, es cumplida voluntariamente, siendo escasísimos los supuestos en que existe un cuestionamiento judicial.

Conforme a la normativa que rige este tipo de procedimientos, el actor tiene que probar:

1) que el nombre de dominio registrado por el demandado es idéntico o confusamente similar a la marca o "*service mark*" con respecto a la cual el actor tiene derechos;

2) que el demandado no tiene derechos o intereses legítimos con respecto al nombre de dominio; y

3) que el nombre de dominio ha sido registrado y está siendo usado de mala fe por parte del demandado.

Los argumentos básicos invocados por el demandante fueron los siguientes:

1) soy titular de los derechos sobre la marca "Natura";

2) el nombre de dominio "tutiendanatura.com" contiene la marca mencionada;

3) el Sr. Soto no tiene derechos o intereses legítimos con respecto al nombre de dominio. El demandado no es una compañía controlada por la actora, ni está autorizado para vender productos Natura en México. No hubo ningún acuerdo entre demandante y demandado para el uso de la marca Natura.

4) El Sr. Soto conocía perfectamente la marca Natura, ofrece sus productos en venta, siendo evidente el uso de la marca de mala fe.

En este caso concreto, el panelista (árbitro) resolvió que los tres puntos requeridos estaban probados en base a lo siguiente:

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 69

1) el nombre de dominio es confusamente similar a la marca de la que es titular el actor;

2) el demandado no tiene derechos o intereses legítimos con respecto al nombre de dominio: en vista de la dificultad de probar un hecho negativo, basta con que el actor establezca su caso *prima facie*, de manera que si el demandado no lo rebate con prueba suficiente, se tiene por acreditado el punto a favor del demandante (recordemos que aquí el demandado no se presentó). El árbitro hizo hincapié en que no existía una relación comercial autorizada entre actor y demandado.

3) Según la normativa aplicable, hay distintas circunstancias de las cuales se desprende el registro y uso del nombre de dominio de mala fe: a) si el demandado lo registró o adquirió para venderlo o transferirlo al titular de la marca; o b) lo hizo para impedir que el titular de la marca pudiera reflejar la misma en un nombre de dominio; o c) lo hizo para perjudicar el negocio de un competidor; o d) lo hizo para atraer navegantes de Internet a su *website*, a fin de obtener una ganancia comercial, creando una probabilidad de confusión. Efectivamente, hay mala fe: la utilización del nombre de dominio con propósitos comerciales y la venta de productos de la marca Natura, en las circunstancias del caso, constituye registro y uso de mala fe. Hay una clara intención por parte del demandado de beneficiarse de la reputación y productos del actor, creando confusión entre la marca y la *website*.

Como consecuencia de todo lo expuesto, el panelista (árbitro) decidió ordenar que el nombre de dominio "tutiendanatura.com" fuera transferido al actor.

Es así que, en un procedimiento expeditivo, que se desarrolló electrónicamente durante menos de dos meses, se arribó a un laudo que puso fin al conflicto.

El caso relatado es un simple ejemplo elegido entre miles y miles de casos administrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, con resultados ampliamente satisfactorios.

Conforme a la Política de la ICANN (Corporación de Asignación de Nombres y Números de Internet, por sus siglas en inglés), el experto o panelista ha resuelto, en el ejemplo expuesto, la cesión del registro del nombre de dominio. Así, el registrador (eNom en este caso) ejecutará la resolución, a menos que haya recibido del registrante (durante un breve período que surge de la normativa)

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 70

documentos oficiales que indiquen que el registrante ha iniciado una demanda judicial contra el demandante. Si el registrador recibe dichos documentos en el plazo aludido, no ejecutará la resolución del experto, hasta tanto haya recibido: a) pruebas satisfactorias de que se ha arribado a una solución entre las partes; b) pruebas satisfactorias de que la demanda judicial ha sido rechazada o retirada; o c) una copia de una orden dictada por dicho tribunal por la que se rechaza la demanda o se dispone que el registrante no tiene derecho a continuar utilizando el nombre de dominio.

Amén del Centro de la OMPI, existen otras instituciones en el mundo relacionadas con la práctica del arbitraje electrónico:

1) ARBITEC (Asociación Española de Arbitraje Tecnológico)

En España, esta asociación, con sede en Barcelona, es pionera en la materia. Surgió en 1989 con el fin de suministrar una alternativa eficaz con respecto a la resolución de conflictos vinculados a productos o servicios relacionados con las tecnologías informáticas.

En 1995 se convirtió en la primera entidad española que admitía solicitudes de arbitraje a través de Internet, estableciéndose un procedimiento que se desarrolla a través de la red en todas sus etapas, exceptuando el laudo, que es protocolizado.

Entrando en la página web de ARBITEC, se advierten tres direcciones de correo electrónico: una para enviar la solicitud de arbitraje, otra para adherirse al sistema arbitral y la tercera para solicitar información adicional.

Se prevén dos tipos de arbitraje: de equidad y de derecho.

La adhesión al sistema arbitral es gratuita. Las empresas adheridas pueden incluir el logo de “Empresa adherida a ARBITEC” en sus páginas web e impresos. El uso del logo es gratuito.

Se resalta la rapidez del procedimiento (90 días desde la aceptación del cargo por parte del árbitro), ofreciéndolo como una “Alternativa eficaz a la lentitud de la justicia”.

Se incluye un modelo de cláusula de sumisión a dicho sistema arbitral, que tiene la particularidad de prever, para el caso de que el arbitraje no llegara a realizarse por mutuo acuerdo o fuese declarado nulo, cuál es el juzgado que debe intervenir.

En cuanto al número de casos administrados por ARBITEC, no contamos con datos estadísticos.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 71

2) AEDED (Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital)

Se trata de una organización sin fines de lucro y entre cuyos objetivos figuran el de promover la utilización de tecnologías de la información para procesos legales y comerciales. Tiene su asiento en Zaragoza.

Cuenta con un Tribunal de Arbitraje *on line*. Por Internet se puede consultar el panel de árbitros, expertos en temas informáticos vinculados al Derecho y la Economía Digital. Este tribunal es, a su vez, patrocinado por Comercio Electrónico Global SC, una organización española que se dedica a la investigación y desarrollo tecnológico para la solución de problemas de gran impacto en el comercio y en las transacciones electrónicas internacionales.

A partir de enero de 2001, dicha organización ha comenzado a trabajar en un proyecto de la Comisión Europea, denominado "E-Arbitration-T", cuyo objetivo es el desarrollo de una plataforma virtual, aplicaciones, software y hardware para la implementación de tribunales de arbitraje, mediación, conciliación y negociación *on line*.

Con relación a este tribunal, a la fecha tampoco contamos con datos estadísticos sobre sus casos.

3) Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España

En España, el procedimiento electrónico está funcionando con muy buenas perspectivas en materia de resolución extrajudicial de conflictos sobre nombres de dominio ".es", en la órbita de ese consejo, que cuenta con un Centro-Proveedor.

Ese Centro-Proveedor tiene su propio reglamento, en el que se destaca la trascendencia de los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

La participación en dicho sistema de resolución de conflictos es obligatoria para el titular del dominio. Las partes efectúan sus alegaciones y presentan sus pruebas a un tercero neutral, el experto, que es designado por el Proveedor de Servicios, es decir, el Consejo Superior.

El procedimiento concluye con una resolución que será vinculante para las partes y la autoridad de asignación, a no ser que se inicien procedimientos judiciales en el plazo de 30 días "naturales" a partir de la notificación a las partes.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 72

De la información recabada surge que el número de casos sometidos a este sistema se está incrementando en forma paulatina.

4) Cibertribunal Peruano

Es un centro de resolución de disputas vinculadas a los nombres de dominio ".pe".

En la página web, se señala "Presente su solicitud de resolución de controversias en línea. En este módulo usted podrá presentar su solicitud de resolución de controversias, para ello, solo deberá registrarse y seguir las instrucciones o bien descargar el formulario en formato Word".

Al 6/8/12 aparecía un expediente en trámite:

Reclamante: Infocusco Tour Service EIRL

Titular de dominio: Perú Cusco Andino Tour

Nombre de dominio: Infocusco.pe

Esto coincide con la información obtenida en el sentido de que no habría un gran desarrollo en la materia.

¿Qué está ocurriendo en nuestro país? Aquí cabe hacer referencia al marco legal vigente. La celebración de un convenio arbitral *on line* nos lleva a analizar en qué etapa se encuentra hoy la firma digital en nuestro país.

En 2001 se sancionó la Ley 25506. Según la misma, la firma digital es el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su exclusivo control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, de manera tal que dicha verificación permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Se sustenta en un criptosistema asimétrico basado en la utilización de un par de claves, una clave privada para firmar digitalmente y su correspondiente clave pública para verificar dicha firma digital.

La ley establece la equivalencia entre firma manuscrita y firma digital, haciéndose especial hincapié en la equiparación a los efectos del derecho penal.

Se establece claramente la distinción entre la firma digital y la firma electrónica, a la que se define como un conjunto de datos

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 73

electrónicos utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carece de alguno de los requisitos legales para ser considerado firma digital. Dicha diferencia se refleja en lo atinente a la prueba: se presume que la firma digital pertenece al titular del certificado digital, salvo prueba en contrario, mientras que, en caso de desconocimiento de la firma electrónica, corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

De acuerdo a la ley, es Autoridad de Aplicación la Jefatura de Gabinete de Ministros, y se establece la obligación del certificador licenciado de mantener la documentación respaldatoria de los certificados digitales emitidos por diez (10) años a partir de su fecha de vencimiento o revocación.

Conforme a la Ley 25506, se dicta la Decisión Administrativa 6/2007, que establece el marco normativo de firma digital aplicable al otorgamiento y revocación de las licencias a los certificadores que así lo soliciten, puntualizando los requisitos para ser certificador licenciado, los requisitos mínimos para las Políticas de certificación y los estándares tecnológicos y operativos de la Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina.

Hasta hace algunos meses, al llegar a este punto, tenía que aclarar que los únicos certificadores licenciados estaban en el ámbito público y eran la AFIP y la ANSES. Pero desde mediados de este año, hay una empresa privada que es ENCODE S.A., que se ha convertido en el primer certificador licenciado de carácter privado (ver Resolución 184 del 28 de junio de 2012 –B.O. 4/7/2012– emanada de la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros).

Párrafo aparte merece la actividad de la ONTI, que nos lleva al tema de la firma digital en la Administración Pública Nacional.

Ya hace tiempo que la firma digital está siendo utilizada con carácter interno. Así, la ONTI (Oficina Nacional de Tecnologías Informáticas) en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros emite certificados digitales a agentes y funcionario públicos, los cuales pueden ser utilizados en circuitos de dicha Administración que requieran firma digital.

Con respecto a las contrataciones con terceros, existe un cambio legal. Yo antes hacía referencia al juego de los Decretos 436/2000 y 1818/2006 –complementados por la Resolución SSGP (Subsecretaría de la Gestión Pública) 16/2007–, conforme a los

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 74

cuales se había comenzado a implementar la utilización de medios electrónicos, en un trámite simplificado, para las contrataciones directas cuyo monto fuera inferior a $ 10.000. Pero ahora toda esa normativa fue derogada por el Decreto 893 del 7/6/2012 (B.O. 14/6/2012). Este decreto aprueba la reglamentación del Decreto 1023/01, y en su Anexo ("Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional"), en su artículo 30 se prevé el trámite simplificado: allí se señala que las contrataciones directas encuadradas en cualquiera de los apartados del inciso d) del artículo 25 del Decreto 1023/01 y sus modificaciones, podrán efectuarse por el trámite simplificado cuando el monto estimado del contrato no supere el máximo fijado conforme al artículo 34.

En el artículo 34, se hace referencia al monto estimado de los contratos y se establece un límite de hasta 75 módulos para la Contratación Directa por Trámite Simplificado. Conforme al artículo 35, el valor del módulo es de $ 1.000, aclarándose en el artículo 36 que el Jefe de Gabinete de Ministros podrá modificar el valor de dicho módulo. En el artículo 147 se prevé la Contratación Directa por Trámite Simplificado, señalándose que las ofertas podrán presentarse mediante plataforma web, correo electrónico u otros medios que disponga la Oficina Nacional de Contrataciones. Habrá que ver cómo funciona en la práctica esta nueva normativa.

Obligación de conservar datos por parte del proveedor de servicios de Internet

Ya destacamos la importancia –a los efectos de la aplicación del Arbitraje *on line*– de la implementación de la firma digital. También desempeña un destacado papel la reglamentación de la obligación de conservar datos por parte del ISP (Proveedor de Servicios de Internet, por sus siglas en inglés).

En nuestro país, dichos proveedores son considerados proveedores de servicios de telecomunicaciones, no existiendo ninguna otra normativa que regule sus obligaciones ni responsabilidades.

Así, en 2003, la Ley 25873 incorporó tres artículos a la Ley 19798 de Telecomunicaciones. En los mismos se estableció que:

Artículo 1:... Todo prestador de servicios de telecomunicaciones deberá disponer de los recursos humanos y tecnológicos necesarios para la captación y derivación de las comunicaciones

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 75

que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o el Ministerio Público, de conformidad con la legislación vigente.

Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán soportar los costos derivados de dicha obligación y dar inmediato cumplimiento a la misma a toda hora y todos los días del año.

El Poder Ejecutivo nacional reglamentará las condiciones técnicas y de seguridad que deberán cumplir los prestadores de servicios de telecomunicaciones con relación a la captación y derivación de las comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público.

Artículo 2:... Los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán registrar y sistematizar los datos filiatorios y domiciliarios de sus usuarios y clientes y los registros de tráfico de comunicaciones cursadas por los mismos para su consulta sin cargo por parte del Poder Judicial o el Ministerio Público de conformidad con la legislación vigente. La información referida en el presente deberá ser conservada por los prestadores de servicios de telecomunicaciones por el plazo de diez años.

Artículo 3:... El Estado nacional asume la responsabilidad por los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar para terceros, de la observación remota de las comunicaciones y de la utilización de la información de los datos filiatorios y domiciliarios y tráfico de comunicaciones de clientes y usuarios, provista por los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

Dichos artículos son reglamentados por medio del Decreto 1563/2004, conforme al cual el órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones es la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia de la Presidencia de la Nación, de manera tal que desde sus centrales de monitoreo se efectuaría la observación remota de las telecomunicaciones.

Se establece también que la Comisión Nacional de Comunicaciones es la Autoridad de Aplicación, y que la Secretaría de Comunicaciones es la Autoridad de Regulación.

Asimismo, el decreto establece que los licenciatarios de servicios de telecomunicaciones deberán conservar los datos filiatorios de sus clientes y los registros originales correspondientes a la demás información asociada a las telecomunicaciones por el término de 10 (diez) años.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 76

Luego de algunos fallos que se pronunciaron por la inconstitucionalidad de la Ley 25873 y del Decreto 1563/2004, se dictó el Decreto 357/2005, suspendiendo la aplicación de este último.

Cuando en 2008 expuse aquí, en la Defensoría, sobre arbitraje y tecnología, aún la Corte Suprema de Justicia de la Nación no había emitido el fallo "Halabi".

Debemos recordar que la CSJN se pronunció en el caso Halabi (24 de febrero de 2009) declarando la inconstitucionalidad de la Ley 25873 y su decreto reglamentario, con distintos argumentos. Básicamente, se hace referencia al derecho a la privacidad y a la intimidad, y a que la ley de marras carece de pautas precisas, de manera tal que deja un gran margen de discrecionalidad al órgano encargado de la observación remota, es decir, a la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia, en órbita de la Presidencia de la Nación.

En dicho fallo, la CSJN alude a la acción colectiva y a la falta de regulación de la misma por parte del legislador. Se consideran cumplidos los recaudos que, para las acciones colectivas, se delinean en la sentencia de la Corte y, por lo tanto, se considera razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada –salvo en lo que hace a la prueba del daño–, de manera tal que la sentencia de la Corte aprovecha a todos los usuarios que no han participado en el juicio.

En este punto consulté al Dr. Horacio Granero, un experto en derecho tecnológico del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, quien me advirtió sobre la incidencia del Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, del año 2001, al que Argentina se adhirió en marzo de 2010.

En dicho convenio, los Estados miembro se comprometen a la asistencia internacional en la persecución de delitos informáticos. Así, se establece que cada parte adoptará medidas legislativas y de otro tipo para tipificar determinados delitos informáticos y para que esos delitos estén sujetos a sanciones. Se hace referencia también a la conservación de datos electrónicos.

Habrá que ver cómo juega esto en el futuro. Al respecto, vi por Internet que hay un proyecto presentado en el Congreso Nacional por el Diputado Heller, por el cual se propicia solicitar al Poder Ejecutivo Nacional que, con carácter previo a cualquier decisión definitiva sobre el convenio mencionado, gestione ante los países

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 77

miembros de la UNASUR consultas no vinculantes con el objeto de adoptar una posición consensuada.

A modo de conclusión sobre el panorama actual en nuestro país, podemos decir que, por un lado, hay avances en el tema de la firma digital; como hemos señalado, tenemos un certificador licenciado de carácter privado que, hasta hace poco tiempo, no existía. Por otro, la reglamentación de la obligación de conservar datos por parte del ISP no se encuentra operativa. Pero, así como en la charla del año 2008 les señalé que debíamos estar atentos a lo que decidía la Corte Suprema en el caso Halabi, ahora creo que debemos estar expectantes a lo que ocurre con respecto al Convenio de Budapest.

Pero, para remarcar finalmente la evolución en sentido positivo, cabe destacar que, tanto los dos proyectos de ley de arbitraje que cuentan con estado parlamentario, como así también el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente en tratamiento en el Congreso, prevén en su articulado el recurso a los medios electrónicos.

Así, en el proyecto de ley de arbitraje de autoría del Dr. Sergio Villamayor Alemán, se distingue entre arbitraje nacional e internacional. Con respecto al arbitraje nacional, al aludirse al acuerdo arbitral, se señala que el mismo puede resultar de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación (artículo 9). Con relación al arbitraje internacional, remite a la Ley Modelo de Uncitral que, con referencia al acuerdo arbitral, prevé en una de sus variantes que el requisito de que el mismo conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta.

Con respecto al proyecto presentado por la FACA (Federación Argentina de Colegios de Abogados), que fuera elaborado por su Comisión de Arbitraje, presidida por el Dr. Héctor Méndez y en cuya redacción tuve el honor de participar, se hace referencia a los medios electrónicos en tres oportunidades:

a) En el artículo 7, se puntualiza que el Convenio Arbitral debe constar por escrito y que se considerará cumplido ese requisito cuando conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

b) En el artículo 3, se señala que las comunicaciones o notificaciones serán válidas si fueren efectuadas por medios

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 78

electrónicos, siempre que se deje constancia de su transmisión y recepción, y haya posibilidad de su comprobación y reproducción posterior.

c) En el artículo 35, al referirse a la forma y contenido de los laudos, se señala que todo laudo se dictará por escrito y será firmado por el o los árbitros, aclarándose que se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta, en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Finalmente, en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación actualmente en trámite, se prevé la utilización de medios electrónicos tanto con relación a la forma de los actos jurídicos como con referencia al contrato de consumo:

- Al referirse a la forma de los actos jurídicos, alude a la expresión escrita y a la firma. Con respecto a la primera, señala que puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos (Art. 286). En cuanto a la firma, se puntualiza que en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento (Art. 288).

- Al regularse el Contrato de Consumo, también se hace referencia a los medios electrónicos (ver Arts. 1105 a 1109).

Es decir que, tanto en los dos proyectos de ley de arbitraje que actualmente tienen estado parlamentario, como en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en tratamiento en el Congreso, se han plasmado las más modernas tendencias en la materia.

Rueda de preguntas

Pregunta: Le voy a hacer una pregunta a la Dra. Miguel que sabe tanto y que realmente nos enseñó muchísimo y hoy aprendimos mucho. Seré curioso, yo hace muchos años tuve un juicio de un cliente mío que puso una fábrica de zapatos cuando Guante era la más conocida en el país. Terminamos el juicio después de tres años, conciliando porque era imposible, no se decidían. Me interesa esto: Cosmética Natura contra Soto, Soto hizo toda la publicidad en México, distribuyó todo el producto en México y

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 79

como todo mexicano exportó a Guatemala, ¿qué le hicieron estos a Soto?

Dra. María Haydeé Miguel: Quiero aclarar que estos procedimientos se limitan a resolver sobre nombre de dominio, después me gustaría que comentaras el juicio de Guante, tu pregunta sirve para aclarar lo acotado del objeto del procedimiento. Es decir, aquí hay una empresa que dice mi marca es Natura, hay un nombre de dominio natura.com que lo inscribió alguien para lo cual yo no le di ninguna autorización, y se está beneficiando del prestigio de mi marca. Entonces yo voy al centro de la OMPI y el experto le dice a Héctor Soto, perdón, usted no tiene derecho y le ordena al registrador que le transfiera el nombre de dominio, nada más. O sea, yo pienso que vos estás apuntando a que sufre daños y perjuicios y demás, no, es justamente por eso la rapidez del procedimiento. Es decir, acá no hay tema de daño, es simplemente el conflicto que se genera con respecto a un nombre de dominio. Y ¿por qué es esto así? Acá quiero enganchar con la idea de voluntariedad en la que hizo hincapié el Dr. Villamayor Alemán. Acá están las reglas de ICANN que es la sigla por internet de la Corporación para la Asignación de Números y Nombres por Internet. Ese ICANN tiene una política, entonces a esa política adhirieron ciertos registradores, por ejemplo los que registran .com, .net, porque ahora se adhirieron muchos. De manera tal que el que va a inscribir un nombre de dominio con ese registrador automáticamente se somete a las reglas del ICANN. Y si surge un conflicto sabe que alguien que lo demande elige un proveedor del ICANN y él tiene que someterse, porque ya se sometió voluntariamente cuando registró el nombre de dominio. Cosa que ustedes saben que en la Argentina no ocurre, en la Argentina, todos sabemos que si uno quiere inscribir un nombre de dominio tiene que ir al Ministerio de Relaciones Exteriores, está la Resolución 2226. Pero qué pasa, no rigen las normas del ICANN, uno acá tiene que ir a litigar a la justicia civil y comercial federal. Pero en la práctica –y es interesante ver los artículos de doctrina, de hecho ha escrito mucho sobre esto el Dr. Eduardo Molina Quiroga– los juzgados aplican las normas del ICANN. O sea, yo entiendo tu inquietud, qué pasó con el que lo utilizó, lamentablemente eso tendrá que ser objeto de un juicio por separado para el que le servirá de antecedente, pienso, la resolución del panelista.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 80

Pregunta: Una pregunta a los difundidos disertantes. Nosotros pertenecemos a información de ingeniería y venimos comentando este tema de arbitraje dentro de nuestro oficio profesional, nosotros tres formamos parte de la ingeniería agronómica específicamente. Y vemos con seria preocupación, después de muchos años de estar en pericias y ser auxiliares de la justicia, colaborando con ustedes o con la justicia, los proyectos de arbitraje, la inclusión de las ingenierías como tarea en el tema de la colaboración nuestra, también hacia ustedes o hacia el arbitraje, cómo ven estos conceptos y si estamos realmente instruidos en las diferentes variedades de las ingenierías.

Dr. Villamayor Alemán: Le comento, el proyecto elaborado por mí tiene como antecedente importante varias reuniones con representantes de distintas instituciones, entre ellas, instituciones de abogados, y fue motivo de mucha discusión el tema de la incumbencia profesional, de la capacidad exigida para ser árbitro. Allí después como norma de consenso se adoptó, y yo después la mantuve en el proyecto, que en los arbitrajes de amigables componedores no se requiere ninguna profesión, cualquier persona aún no teniendo ninguna profesión puede ser árbitro, arbitraje de amigables componedores o yo lo llamo en el proyecto "arbitraje de equidad". En el caso de los arbitrajes de derecho, basta con que sea abogado el presidente del tribunal y los otros dos miembros pueden no ser abogados. En el proyecto de la Federación Argentina de Abogados, podría contestarlo Haydée pero perdón, en todo caso antes les comento que en el proyecto que actuó Rivera, dice para ser abogado se necesita plena capacidad civil. O sea, está en línea con la ley para ser árbitro, para la Ley Modelo Uncitral el concepto más amplio, no se requiere ningún requisito de profesión. Es lo que está proyectado para el nuevo Código Civil. Y Haydée nos va a contar el proyecto de la FACA.

Dra. María Haydée Miguel: En el de la FACA, como ustedes se imaginarán, hacemos la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de amigables componedores. O sea, entendemos que en el arbitraje de equidad o amigables componedores obviamente no hace falta ser abogado, pero en el arbitraje de derecho sí. Y ahí cuando me tocó exponer, realmente nosotros argumentamos en este sentido. Porque ustedes saben que, en el proyecto de la FACA se tuvo muy en cuenta la ley española de arbitraje, la Ley Uncitral no. Y ustedes saben que la ley española se ha modificado con

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 81

respecto a la exigencia del árbitro de derecho, basta con que sean juristas, no se requería más. Entonces yo hice una manifestación que ahí provocó la ira de otro de los panelistas, porque yo dije que cuando se producen modificaciones uno tiene que razonar y ver si uno no está equivocado. Entonces ahí saltó un panelista y dijo pero a usted cómo se le ocurre que puede estar equivocado, que el árbitro de derecho solamente puede ser abogado. Digo, no, perdón, yo me tengo que plantear si la ley española se modificó y yo la tomé como base, si por tanteo y error digamos yo no tengo que hacer una modificación. Y la verdad que ahí en la FACA estudiamos que hay una diferencia fundamental entre el sistema español y el sistema argentino, que nos ratificó nuestra convicción de que el árbitro de derecho tiene que ser siempre abogado. Y que nosotros tenemos un control de constitucionalidad difuso. Entonces el árbitro, como todo juez, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. En cambio en el sistema español no existe ese sistema difuso sino que hay un tribunal específicamente que declara constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas. Entonces en base a eso yo dije que nos resultaba un poco fuerte que alguien que no fuera abogado se expidiera sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. En síntesis, es lo que dijo el Dr. Villamayor Alemán: en el proyecto de la FACA, el árbitro de derecho tiene que ser abogado; arbitraje de equidad, no hace falta ser abogado.

Dr. Villamayor Alemán: No sé si hay otra pregunta pero yo tengo una pregunta para hacerme a mí mismo. Durante mi exposición dije que algo iba a decir sobre la cláusula arbitral en los contratos de sociedades, y después me di cuenta de que no había comentado nada. Y creo que es un aspecto importante, porque una buena cláusula genera un buen arbitraje, además, la constitución rápida del tribunal arbitral. Cuando las cláusulas tienen algún problemita de interpretación son las llamadas cláusulas patológicas, a veces hay que estar años litigando para poner en funcionamiento el tribunal arbitral. Y en mi experiencia profesional yo he visto muchas cláusulas que es como si los abogados quisieran lucirse escribiendo mucho, inclusive el proyecto dentro del proyecto de reforma del Código Civil que está en el Congreso, anexo a eso está un proyecto de reforma de la Ley 19550. Originariamente, estaba proyectada una nueva normativa del artículo 15 de la Ley de Sociedades, que se refiere a juicio sumario para la presentación de los juicios, y

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 82

establecía todo un régimen de arbitraje muy detallista, y una cláusula muy complicada que iba prácticamente a frustrar el arbitraje societario. Por suerte eso se eliminó, cuando se presentó el proyecto por la comisión de juristas y fue al Poder Ejecutivo, se eliminó toda la referencia a arbitraje en el proyecto de ley de sociedades, con lo cual solamente queda la parte proyectada en el Código Civil. Yo creo, siempre, en cualquier tipo de cláusula arbitral, que debe ser lo más sencilla posible y este es el modo de ser lo más abarcativa posible. Una cláusula arbitral para mí debe decir "todo o cualquier", estas son expresiones desde el punto de vista de la lógica universal, son cuantificadores universales, comprenden a todos los sujetos comprendidos en el género, todo o cualquier conflicto que se plantee entre los socios, entre estos y la sociedad u órganos de la sociedad, sea cual fuere su índole o naturaleza, será resuelto mediante arbitraje a cargo de… y pongo alguna institución que yo considere la más apropiada. Todo conflicto será resuelto por arbitraje a cargo de esta institución. Cuando uno dice "todo", todo es todo. Cuando uno empieza a ser creativo, todo conflicto referido a la impugnación de la asamblea, a la remoción del director, y de algo uno se olvida, o da pie a que haya que interpretar la cláusula y ahí es donde se nos genera el problema. Entonces, la cláusula siempre debe ser una cláusula muy sencillita. Muchas cláusulas también prevén un sistema de negociación previa durante 30 días, que a veces puede ser bueno también, pero eso es algo complementario. Pero como cláusulas todo y a veces pongo "todo conflicto o diferencia", que no siempre son equivalentes, porque a veces empieza en discusión y este no es un conflicto sino una diferencia de interpretación sobre cómo se debe hacer esto y aquello. Pero "cualquier conflicto o diferencia –es una expresión de la CCI– será resuelto mediante arbitraje". Eso me lo quería preguntar, me lo pregunté y lo contesté. Pero me parece útil.

Pregunta: En el tema de comuna justamente tuvimos una problemática de este tipo, personalmente impugné un acta que era apócrifa. Y cuando quise impugnarla, fui a la Defensoría, la Defensoría no tenía ningún tipo de lugar donde impugnar, yo no soy abogada aclaro, después fui a la Jefatura de Gabinete en atención ciudadana, tampoco. En la Legislatura, en la parte de participación ciudadana tampoco. Y en la junta comunal, como no estaba en el reglamento, tampoco. O sea, nada, o sea no hay donde impugnar porque no tenemos la frase que usted acaba de

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 83

decir. O sea que habría que preverla, también en los reglamentos de los consejos consultivos, reglamentos de las comunas, o sea, en todo lo que tenga que ver con el funcionamiento.

Dr. Villamayor Alemán: Sí, sí, una cláusula muy sencillita eh, muy sencilla. Si ustedes ven las cláusulas por ejemplo de la CCI, dice no sé si todo, cualquier conflicto o diferencia que se suscite será resuelto por arbitraje, y a veces agrega "siendo el laudo inapelable", cosas así. Pero a veces cuando uno agrega algo como son dos partes que están negociando el contrato ya puede dar lugar a alguna opinión distinta, el que piensa que él hipotéticamente puede ser el deudor, quizás le conviene que el laudo sea apelable. Entonces uno empieza a discutir sobre el contenido de la cláusula y a veces la discusión termina, no poniendo cláusula arbitral.

Intervención del auditorio: Este tema es una falencia que tiene la ley de comunas, donde sí rige una entidad para controlar a la junta, pero no para el consejo.

Pregunta: Yo represento al Consejo Profesional de Ingeniería Agronómica, claro que no soy abogado, somos ingenieros agrónomos y hemos hecho un convenio con el CEMARC para resolver conflictos en contratos que hacen a la actividad agropecuaria, tanto primaria como de transformación. Y quería aclarar las palabras del Dr. Villamayor Alemán que en las cláusulas ponemos todo y definitivamente, aclarando que no hay segundas instancias porque hay algunos abogados con gran imaginación que empiezan a inventar argucias como para rechazar el resultado del laudo. Y en segunda instancia, definitivamente y después estar aclarando que no habrá ningún otro tribunal ajeno a lo que resuelve el reglamento del tribunal.

Dr. Villamayor Alemán: Con motivo de lo que comenta acá el Ingeniero Cires, ni siquiera es necesario aclarar en la cláusula que el laudo será inapelable porque prácticamente todos los reglamentos ya lo dicen. Entonces no hay para qué decirlo, no tiene que ser un motivo de discusión entre los profesionales, si se remiten a ese reglamento, ya lo dice el reglamento. Lo que sí deben hacer los profesionales que están asesorando a las partes es leer el reglamento de la entidad que están eligiendo, porque hay entidades que dicen que, si no está pactado expresamente el arbitraje, será de derecho, hay otras que dicen que si no lo han

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 84

pactado el arbitraje será de equidad. Y puede haber algunas diferencias entre un reglamento y otro. Por eso hay que leer el reglamento y a partir de ahí, sin poner nada en la cláusula, todo queda resuelto por el reglamento.

Pregunta: Para la Dra. Miguel, usted que mencionaba el arbitraje electrónico, ¿cómo probaría fehacientemente una prueba digital, justamente?

Dra. María Haydeé Miguel: Cuando nosotros redactamos el proyecto en la FACA hicimos hincapié o tratamos de ver cuáles eran las tendencias en materia internacional. Tanto la Convención de Comunicaciones Electrónicas de Naciones Unidas referidas a los contratos internacionales, la Ley modelo de Uncitral sobre firma electrónica, la Ley Modelo Uncitral sobre comercio electrónico, y en todas las leyes de arbitraje, en general, hay un concepto que atraviesa a todas ellas y que es un soporte con accesibilidad para ulterior consulta. O sea, el equivalente, porque qué es lo que ocurre; yo reconozco que sobre todo para los de mi generación no es lo mismo una firma manuscrita que en soporte digital. Cuando digo esto, yo hago la siguiente comparación: nosotros hace años no íbamos a un cajero automático, porque no existían. Ahora, uno va a un cajero automático y entabla un diálogo con el cajero, hay operaciones, le dice si hay cambio o no hay cambio, etc. Todo eso es virtual, uno confía, uno quiere saber su saldo y se siente más confiado si va al cajero. Porque de cien veces que lo hace, me atrevería a decir que en cien sale correcto, vamos a suponer que 99 son correctas. Yo creo que la pauta la da la fiabilidad, y la fiabilidad depende del método. Por eso mencioné esta convención que es del año 2005 si no me equivoco, no se las mencioné por falta de tiempo, y es la de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Establece en primer lugar la equivalencia funcional, o sea, dice no se podrá considerar inválido por el solo hecho de estar de manera electrónica un contrato o una comunicación. Después, cuando habla de los escritos, justamente menciona que se equiparan a los manuscritos aquellos que están en soporte accesibles para una ulterior consulta. Y cuando habla de la firma, fíjense los términos que usan, dice “en la medida en que haya un método para defender la autoría y que ese método sea fiable”. Ustedes saben que la Ley 25506 ya establece la equivalencia entre firma manuscrita y firma digital, no electrónica, la electrónica es otra cosa. Pero establece la

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 85

equivalencia. Yo pienso que así como nosotros hoy confiamos en el cajero automático y creemos, entre paréntesis, que entablamos un diálogo, cuando es todo un mismo sistema que nos va respondiendo y confiamos, va a llegar un momento en que quizás, miren lo que les digo, nos resulte más cierta una firma digital que una firma manuscrita. Porque una firma manuscrita se puede imitar, la firma digital exige una clave pública y una clave privada, o sea, hay conocimiento o informe de exclusivo conocimiento del que firma y una clave pública que le permite al tercero verificar la autenticidad y que no fue modificado con posterioridad. Entonces, yo creo que hoy nos hacemos preguntas porque todavía o no están desarrollados o no confiamos en los sistemas tecnológicos. Pero una vez que esto se afiance, quizás tengamos más confianza en una firma digital que en una firma manuscrita.

Pero, tu pregunta es buena porque va al punto clave, que es la fiabilidad, que es el término que usan las convenciones. Un método que pueda asegurar con determinados estándares que el método sea fiable para determinar una autoría, por ejemplo, en el caso de la firma. Creo que la palabra la tiene la tecnología, no sé si respondí.

Pregunta: Sí, pero yo me refería, por ejemplo, a probar fehacientemente –valga la redundancia– una prueba digital como un correo electrónico.

Dra. María Haydeé Miguel: Bueno, justamente eso engancha si uno va a recurrir al proveedor de servicios de Internet. Porque uno generalmente chequea con el proveedor de servicio de Internet, que esta normativa prevé que a pedido solamente del Poder Judicial o del Ministerio Público un proveedor de servicios de Internet tiene que dar la información requerida. Ojo, acá hay otro tema interesante: ¿qué datos está obligado a dar el proveedor de servicios de Internet? Porque ustedes saben que se distingue entre datos de tráfico y contenido; el dato de tráfico es lo que va en un sobre, quién lo mandó, quién lo recibió, todo. El dato de contenido ya es algo mucho más delicado; entonces, cuando se dice que tiene que conservar los datos, ¿de qué datos estamos hablando? Es todo un tema abierto, pero yo creo que hay que reglamentar esto con métodos fiables, y debe haber un soporte con las palabritas claves, accesibilidad para su consulta que eso es lo que nosotros reflejamos en el proyecto de la FACA, tanto para laudo como para acuerdo arbitral, como para comunicación.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 86

El soporte que determina accesibilidad para su ulterior consulta es la pauta que sigue Uncitral, es la pauta de la ley española. El tema es que, obviamente, ya entramos en una cuestión tecnológica.

Dr. Villamayor Alemán: Perdón, un pequeño comentario con referencia específica al arbitraje. Al menos en los últimos arbitrajes desde hace unos años, en los que estoy participando, en todos el sistema de notificación es mediante notificación electrónica y con la obligación de las partes de acusar recibo, entonces con eso se envía el mail, acuse de recibo y ya está. Por lo cual la notificación es instantánea.

Dra. María Haydeé Miguel: Con el agregado de que en los procesos arbitrales se va produciendo una especie de preclusión, porque en la medida en que hay notificaciones y se sigue con las etapas posteriores, nadie va a poder cuestionar después una notificación electrónica.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 87

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 88

PANEL IV

Protegemos Derechos
Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 89

Panel IV

El cuarto panel estuvo moderado por la Dra. Nora Cattáneo, Jefa del Área de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de esta Defensoría.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 90

El arbitraje en la reforma del Código Civil

*Por el Dr. Julio César Rivera**

Voy a hacer una breve introducción al tema del proyecto del Código Civil en materia de contrato de arbitraje, de modo que después podemos entre todos cambiar ideas porque creo que, efectivamente, es un tema relativamente polémico. Y seguramente del debate y del cambio de ideas pueden surgir sugerencias que podamos hacer a la comisión bicameral que está examinando el proyecto.

Para entrar al tema, voy a seguir la misma metodología que seguía en la exposición que hice en la comisión bicameral en el Senado, con la ventaja de que acá a lo mejor alguien me escucha. Debo reconocer que algunos de los diputados se acercaron a hacer alguna pregunta después, pero en general es un poco desalentador ver que los diputados y los senadores no están durante las charlas o durante los comentarios que las distintas personas u organizaciones sociales hacen a los distintos aspectos del proyecto. Y seguramente a partes mucho más importantes del proyecto, porque hacen en alguna medida a la definición de sociedad que se quiere.

Pero, lo primero que quizás haya que desglosar no en un ambiente de especialistas o de gente que está muy imbuida del tema es: ¿qué no comprende el proyecto del Código Civil en materia de arbitraje? Porque no sé si ustedes tuvieron la oportunidad de leer un breve comentario que hizo el profesor Barcesat en el diario Página 12, como respondiendo a algún comentario que había hecho el Dr. Lorenzetti, en el sentido de que la regulación del arbitraje tal cual está proyectada podía incidir en la posición que la República Argentina tiene en la defensa de sus intereses ante el Tribunal del CIADI.

Al respecto, por lo tanto, lo primero que comencé señalando en la comisión bicameral fue que esto no tiene nada que ver con el arbitraje de inversión, de lo que se trata, obviamente, es de

* Abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad San Andrés. Miembro de la Academia Nacional de Derecho. Árbitro internacional, conferencista internacional y autor del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 91

arbitraje comercial. Es decir que se trata de arbitraje entre particulares, entre personas que gestionan su propio patrimonio y que, además, se funda en el derecho privado. Obviamente, no es un arbitraje que tenga como fuente el derecho internacional público, como es el arbitraje Ciadi que implica la aplicación de un sistema de derecho fundado inicialmente en los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones y en el Convenio de Washington respecto del procedimiento arbitral. Con lo cual, me parece que es el primer equívoco que hay que despejar en el ámbito del Congreso porque los legisladores preocupados por el tema de la defensa de los intereses argentinos ante este tribunal arbitral particular, o ante esta organización particular, y los tratados de protección recíproca, en alguna medida tienen miedo que al reconocer la República Argentina por vía de su legislación de derecho privado la existencia de un procedimiento arbitral o un contrato de arbitraje que puede derivar, por lo tanto, en un procedimiento arbitral implicaría esto posiblemente una suerte de incorporación al derecho interno de disposiciones que podrían ser usadas por los acreedores para la ejecución de los laudos Ciadi, que hasta ahora la República Argentina ha mantenido una posición de interpretación del Convenio de Washington en el sentido que los acreedores que han obtenido laudos favorables que se encuentran firmes, deberían venir a la República Argentina a registrar sus laudos y seguir el procedimiento de ejecución de sentencia que prevé el Código Procesal.

Por lo tanto, lo primero que señalé es que el proyecto no contempla ni tiene ninguna relación con el arbitraje de inversión. En segundo lugar, tampoco predica nada respecto de la capacidad del Estado para comprometer en árbitros; obviamente, la capacidad del Estado para celebrar un contrato de arbitraje o para incorporar la cláusula compromisoria a cualquier negocio jurídico que el Estado celebre con un tercero, estará sujeta a la legislación particular que habilita al Estado o no a aplicarle la jurisdicción federal y, por lo tanto, recurrir a un mecanismo de resolución de controversias extra judicial como es el arbitraje.

De todos modos, para superar equívocos en este punto, lo que sugerí a través de una nota que envié con posterioridad es que se incorpore una norma explícita que diga la capacidad del Estado para celebrar el contrato de arbitraje, se regirá por la legislación

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 92

nacional o local que corresponda. Es decir, utilizando inclusive la misma terminología que utiliza el proyecto del Código Civil modificado por el Poder Ejecutivo en materia de responsabilidad del Estado.

En definitiva, la atribución de la nación o de las provincias para celebrar el contrato de arbitraje o incluir la cláusula compromisoria en algunos de esos contratos dependerá de la legislación nacional de derecho administrativo o local de derecho administrativo que lo habilite o no lo habilite.

Por otra parte, recordemos que la jurisprudencia de la Corte ha dicho siempre que la legitimación del Estado para comprometer en árbitros requiere una ley especial que así lo autorice.

En tercer lugar, quise también señalar que el proyecto excluye expresamente cuestiones relativas al arbitraje de consumo y al arbitraje en materia de derecho laboral, y en conflictos tanto individuales como colectivos. Lo del arbitraje de consumo porque lo dice explícitamente el proyecto, con lo cual, es muy clara la exclusión, porque tiene su propio régimen en la Ley de Defensa del Consumidor, y creo que funciona muy adecuadamente; por lo que no hay razón para incorporar ninguna modificación, ni es intención del proyecto hacerlo. Y con relación al derecho laboral, tanto en la fase individual como colectiva, porque hay un dictamen del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados que dice que el reconocimiento del arbitraje como contrato típico aplicado a los conflictos sociales podría implicar una vulneración de los derechos de esta naturaleza reconocidos por la legislación.

Entonces, el proyecto no tiende a regular el arbitraje en materia de conflictos individuales o colectivos de trabajo, por el contrario, existe una legislación en materia, tanto en la Ley de Contrato de Trabajo como en las regulaciones de negociación colectiva, sobre la posibilidad de someterse a arbitraje que constituyen un capítulo aparte especial, que en ninguna medida el proyecto pretende alterar.

Por lo tanto, la pregunta que los legisladores podían hacerse es qué hipótesis abarca entonces el contrato de arbitraje en ese proyecto.

Los contratos o acuerdos o convenciones, como lo queramos llamar, son simplemente un acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden sujetar a arbitraje, a la decisión de árbitros, un conflicto que puede nacer de una determinada relación jurídica

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 93

o que eventualmente ya ha nacido y que las partes deciden excluir del conocimiento de los jueces y someter a la decisión de árbitros.

Acá preciso destacar que la Comisión de derecho procesal del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que expuso unos minutos antes que yo, había señalado que el arbitraje era una materia puramente procesal porque, en definitiva, tiene el efecto de crear una jurisdicción, tiene la atribución, por lo tanto, de decir el derecho, de resolver el conflicto que las partes le planteen. Pero entonces, evidentemente acá hay una suerte de superposición del aspecto jurisdiccional que el arbitraje tiene, respecto del evidente origen convencional que el arbitraje tiene. Se llega a la constitución del tribunal arbitral y a las decisiones del tribunal arbitral porque las partes así lo han decidido. Es decir, necesariamente tiene que haber un acuerdo de voluntades por el cual las partes excluyen del conocimiento del tribunal judicial un determinado conflicto existente o a existir; por lo tanto, el contrato de arbitraje existe con independencia de que efectivamente exista el conflicto, de que efectivamente exista el tribunal arbitral, de que efectivamente exista un laudo. Y ese contrato, ese acuerdo de voluntades –lo llamemos acuerdo, convención o contrato– es siempre un acto jurídico bilateral que produce un determinado efecto jurídico. Y como tal, es una materia de derecho de fondo y no es una materia puramente procesal.

Ustedes saben que la Corte ha dicho de manera explícita que el poder de los árbitros emana del contrato. De modo, pues, que la Corte ha reconocido siempre la doble condición de convencional y jurisdiccional que tiene el arbitraje en sus dos facetas. La faceta en la cual las partes voluntariamente deciden someterse eventualmente a la decisión de los árbitros; y la jurisdiccional, que nace una vez que existe el conflicto y las partes entonces ponen en ejecución aquello que han acordado.

Por otra parte, la vinculación del arbitraje exclusivamente al derecho procesal es algo que los civilistas y los comercialistas rechazamos enfáticamente, sobre todo, los comercialistas. Porque el arbitraje es una institución que, en realidad, está directamente vinculada con el nacimiento y el desarrollo del derecho comercial.

El desarrollo de las primeras instituciones del derecho comercial, la banca, la asociación en comandita, todo el derecho marítimo, el cheque, las letras de cambio, etc., han sido acompañadas por la

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 94

creación de la jurisdicción consular, que era claramente una jurisdicción de ciudadanos legos, que no eran abogados, y en los cuales los procedimientos eran muy expeditivos y tendían a resolverse de manera prácticamente inmediata y aplicaban las instituciones o criterios que los comerciantes que formaban esos tribunales consideraban apropiado para resolver ese tipo de conflictos.

En todos los libros de historia del derecho comercial, en el de Roberto Goldschmidt, el de Francesco Galgano, en las monografías que hay sobre la materia, hay una del profesor catalán Figa Faura publicada en *El Derecho Civil* hace muchos años, donde señala que la jurisdicción arbitral se desarrolló a lo largo de las repúblicas marítimas italianas y de la liga asiática a medida que las instituciones del derecho comercial se iban desarrollando. En algunos casos, porque los comerciantes eran gente tan poderosa, económica y políticamente, que podían excluirse de la jurisdicción estatal y del derecho romano que estaba lleno de defensas y de excepciones, cuanto porque en algunos lugares en los cuales se desarrollaba el comercio en el Mediterráneo no había tribunales estatales; en Haifa y otros principales puertos del Mediterráneo oriental no había tribunales estatales que pudieran satisfacer la demanda de justicia en la hipótesis de conflicto, con lo cual el arbitraje nació y se desarrolló junto con las instituciones primarias del derecho comercial.

Y en lo que hoy es nuestro país, en el Virreinato del Río de La Plata el tribunal del consulado era un tribunal lego que aplicaba las ordenanzas de Bilbao y que, en definitiva, era derecho comercial aplicado por sujetos que no eran abogados, las ordenanzas excluían la participación de los abogados. No sé si esto es bueno o malo, no era necesario decirlo ahora justamente en la comisión bicameral, a ver si a alguien se le ocurre tomar el ejemplo.

Entonces, de acá viene la respuesta al otro tema, es decir, ¿tiene el Congreso federal la atribución de regular el contrato de arbitraje? El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires sostenía que esta regulación del arbitraje debía provenir de una ley sancionada por el Congreso en calidad de legislador local, y que las provincias debían adherir a esta regulación. En realidad, lo que nosotros señalamos es que, en función de las cláusulas de progreso y de regulación del comercio, justamente, porque en el

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 95

derecho al arbitraje forma parte en su génesis, en su etapa convencional del derecho comercial, puede el Congreso federal legislar sobre ella. Y señalamos que todos los países federales tienen una única legislación en materia de arbitraje, aun aquellos en los cuales el derecho de fondo es derecho local, Estados Unidos, Canadá, Australia, Suiza, Alemania, Brasil, etc., son países en los cuales existe una única legislación de arbitraje, porque se ha considerado por la jurisprudencia, inclusive, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que la regulación del comercio interestatal y del comercio internacional corresponde al Congreso federal, y en la regulación del arbitraje están claramente incluidos los intereses del comercio interestatal y del comercio internacional.

La otra pregunta que nos hicimos es si el Código es el lugar para legislar en materia de arbitraje. Pues bien, esto no tiene una respuesta única, es decir, quizás sería mucho mejor y estoy dispuesto a conceder que es mucho mejor que exista una ley nacional de arbitraje basada en la Ley Modelo Uncitral, que nos identificaría con el resto del mundo prácticamente en materia de legislación de arbitraje. Y sobre todo, con la legislación de los países del área, porque la mayor parte de los países latinoamericanos que han legislado sobre arbitraje en los últimos años lo han hecho sobre la base de la ley modelo. Y no sólo los países latinoamericanos, sino multitud de países de distintos continentes que se han ido incorporando al mundo del arbitraje con regulaciones que han seguido a la ley modelo.

De todos modos, lamentablemente los muy buenos proyectos de ley que ha habido, sea de arbitraje internacional o de arbitraje internacional y doméstico que ha propiciado el Diputado Vanosi (sic), no han tenido éxito en el Congreso, seguramente, porque si este tipo de proyectos no son impulsados desde el Poder Ejecutivo, es muy difícil que el Congreso tome la iniciativa de sancionarlos. Inclusive, de tratarlos, porque lo cierto es que los distintos proyectos que ha habido no han sido prácticamente tratados en el Congreso y han ido perdiendo estado legislativo.

De modo pues que se dio en la sanción del proyecto la oportunidad de incluir algunos de los principios fundamentales en materia del arbitraje. Y si llega a conservarse en el proyecto y se sanciona, se habrá puesto una cuña, se habrán puesto los principios fundamentales en materia de arbitraje en derecho privado argentino,

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 96

en la legislación de derecho privado argentino. Y seguramente ello después hará que se habilite la posibilidad de tener una legislación que comprenda tanto la etapa de fondo como la de derecho procesal a través de la complementación de la legislación con una ley que debería seguir, reitero, los criterios de la ley modelo.

De todos modos, señalo que no es extraño que el régimen del arbitraje esté en un código, un caso es el Código de Québec, que tiene la convención de arbitraje dentro del código, el código de 1994; y otros, por ejemplo en el Código Civil peruano de 1984 había normas sobre la cláusula compromisoria; en el Código de Napoleón también las había. Y quizás el ejemplo más próximo a nosotros sea el del Código de Comercio de México. México es un país federal, México es un país en el cual el derecho procesal es local, pero también el derecho de fondo es local, salvo el derecho comercial, porque el Código de Comercio es federal. Y lo que hicieron fue incorporar desde el origen el régimen del arbitraje al Código de Comercio. Justamente por aquello que decíamos que, en definitiva, en el arbitraje confluyen los intereses del comercio interestatal e internacional.

Por lo tanto, me parece que hay argumentos como para fundar la competencia del Congreso Federal en esta materia y para sostener que no está totalmente desubicado dentro del Código Civil y Comercial, porque les recordaba a los diputados y a los senadores que siempre hablamos del Código Civil, pero este es un Código Civil y Comercial: desaparece el Código de Comercio como unidad, y aparece junto con el Código Civil.

La otra pregunta que nos hacíamos era si es apropiada la regulación proyectada. Veamos, toda regulación proyectada es susceptible de mejoramiento, de esto no hay ninguna duda. Yo creo que lo importante de esta regulación es que aparecen en ella los principales criterios rectores que existen en materia de arbitraje. Es decir, en primer lugar, establece quiénes son los sujetos que pueden celebrar el contrato de arbitraje, lo que claramente es materia de derecho de fondo. Cuando el Código Procesal dice “pueden celebrar el contrato de arbitraje” o “pueden comprometer en árbitros” o “celebrar la cláusula compromisoria”, etc., según las distintas fórmulas que utilizan los códigos procesales de la nación, lo que están haciendo es establecer una regla de capacidad para la celebración de un acto jurídico que es

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 97

propia del Código Civil y no de los Códigos Procesales. Define la materia arbitrable y no lo hace por remisión a la transacción, como hacen los códigos procesales, que es considerado generalmente un mal procedimiento porque remite a una regla del derecho de fondo del Código Civil, que para colmo, en nuestro código no es demasiado clara, porque qué puede o no ser sometido a transacción o qué puede ser o no resuelto por transacción es una pregunta antipática para los alumnos en el examen de obligaciones. Entonces, es un punto muy poco claro dentro de la legislación, porque hay varios artículos y algunos no demasiado explícitos sobre lo que el codificador quiso decir en esa materia.

En algún trabajo sobre el contrato de arbitraje y la materia arbitrable, se señala que esta remisión a la regla de la transacción del derecho argentino es una regla confusa y que introduce incógnitas, interrogantes acerca de cuáles son las materias arbitrables.

El proyecto, en cambio, contiene una norma muy escueta que excluye solamente algunas cuestiones –las relativas al estado de familia– del arbitraje y todas las demás materias son susceptibles de ser resueltas; con lo cual, también esto es una materia de derecho de fondo, y también aparece resuelta por el proyecto de una manera razonable.

El proyecto establece, además, el principio competencia-competencia; acá es muy probable que los procesalistas digan “pero esto es derecho procesal”, quizás tengan razón, pero está en el proyecto y esperemos que quede. Es decir, la idea de que los árbitros puedan resolver sobre sus propias competencias es una idea prácticamente universal, es una idea que está en el acuerdo MERCOSUR, es decir que forma parte del derecho argentino, porque es un acuerdo que la Argentina ha ratificado y que tiene vigencia en sus relaciones con los países que forman el MERCOSUR, más Bolivia y Chile, que han adherido a ese acuerdo; con lo cual no se introduce una regla exótica o cosa por el estilo sino, por el contrario, una regla fundamental. Que además resuelve un tema crucial en el ámbito del arbitraje. Hay un artículo de hace muchos años sobre este punto, en el cual dice que la solución argentina en la cual el conflicto de competencia entre un juez y un árbitro debe ser resuelto por el único superior común, que es la Corte Suprema, implica que cualquier parte que quiera sabotear el arbitraje sólo tiene que conseguir un juez que declare su competencia para entender en el conflicto, generando

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 98

ese conflicto de competencia y dilatando, por lo tanto, los tiempos pontificios de la Corte la resolución de quién es el competente, si el tribunal judicial o el tribunal arbitral.

El principio de autonomía de la cláusula arbitral –o del contrato de arbitraje respecto del contrato principal– es otra regla universalmente admitida, y no sólo universalmente admitida sino admitida en la República Argentina. Es decir, la jurisprudencia de la Cámara Comercial en el caso Fears Service, algunas sentencias de la Corte Suprema, etc., han reconocido que las causales de ineficacia o de invalidez de la cláusula arbitral son distintas de las que puedan afectar al contrato principal. Con lo cual el hecho de que una de las partes invoque la invalidez del negocio principal no afecta la eficacia de la cláusula compromisoria y, por lo tanto, el tribunal arbitral está legitimado para resolver sobre la eficacia o ineficacia del contrato principal.

Por otro lado, el proyecto se refiere no sólo al contrato de arbitraje entre las partes, por el cual estas deciden que un conflicto existente o futuro se resuelva por la decisión de árbitros, sino que regula también los otros planos convencionales que hay en el arbitraje, esto es, la relación entre las partes y los árbitros, que claramente es una relación convencional que impone a los árbitros una serie de obligaciones, permanecer en el tribunal arbitral, conocer el expediente, participar de las audiencias, dictar el laudo en un plazo determinado, deliberar previamente al dictado del laudo, etc. Y que establece para los árbitros el derecho a la percepción de los honorarios, y para las partes, la carga de pagarlos, la obligación de pagarlos.

Y un tercer posible contrato que es en el arbitraje institucional el que vincula a las partes, los árbitros con la institución administradora del arbitraje, que también la jurisprudencia de prácticamente todos los países centrales, sobre todo la jurisprudencia francesa, ha reconocido en este vínculo un carácter convencional en función del cual la institución administradora se obliga a aquello que se ve en reglamento para la organización y desarrollo del procedimiento arbitral, y las partes, al pago de los gastos administrativos u otros cargos que eventualmente emanen del desarrollo de la actividad.

Por otra parte, el proyecto trata de establecer algunas reglas que son también generalmente reconocidas, como por ejemplo, que en

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 99

materia de designación de los árbitros estará lo que las partes hayan pactado, pero será ineficaz la cláusula que dé mejores derechos a una parte que a la otra en la elección de los árbitros; es una regla tomada de la ley francesa, de la reforma del Código de Procedimiento francés de 2011. Y lo que se ha criticado y quizás con razón es que no hay ninguna regla que se refiera a la ejecución y a los recursos. Con lo cual también nuevamente lo que propusimos al Congreso de la Nación fue una norma muy escueta en el último artículo, que diga que el laudo es obligatorio, que los recursos contra el laudo se regirán por el derecho de la sede, siendo renunciables aquellos en cuya sede el derecho admita como tales, y que la ejecución se regirá por la ley del lugar donde se pretenda la ejecución del laudo.

Esto último, por otra parte, va eventualmente a solventar alguna preocupación de los senadores y diputados sobre la ejecución de los laudos CIADI, y diría expresamente, como no puede ser de otro modo, que la ejecución se rige por la ley del lugar en donde la ejecución se pretende.

¿Es conveniente esta regulación? Está demás que yo le diga a este auditorio lo importante que es el arbitraje comercial hoy en día en el mundo de los negocios. Marc Ancel, el presidente de la Corte de Casación en el informe previo a la famosa sentencia Putrabali, dijo que el juez natural del comercio internacional es el árbitro, el árbitro internacional. Y que, más allá de que el laudo arbitral no está vinculado a ningún ordenamiento jurídico, y que el arbitraje está totalmente deslocalizado y no vinculado o ligado a ningún derecho estatal, lo cierto es que no parece caber duda de que hoy en día el arbitraje comercial, sobre todo en el ámbito de los negocios internacionales, es el modo por excelencia de resolución de los conflictos.

Yo les decía a los poquitos diputados y senadores que estaban ahí presentes que uno de los objetivos de las autoridades hoy en día del país es establecer relaciones y abrir mercados en países con los cuales tradicionalmente no tenemos relaciones, como pueden ser Angola, Azerbaijan, etc., por orden alfabético, después llegaremos a Zambia y Zimbabwe alguna vez.

Lo cierto es que nos estaremos vinculando con países que pertenecen a familias jurídicas distintas, tienen desarrollos jurídicos relativamente rudimentarios y tienen sistemas judiciales

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 100

poco sofisticados y generalmente no demasiado confiables. Entonces la cláusula arbitral para el empresario argentino es una cláusula casi inexorable. Es decir, lo que tenemos que hacer es facilitar que esa cláusula arbitral ponga como sede la Ciudad de Buenos Aires o alguna ciudad de la República Argentina. Pero para eso, la otra parte, el abogado de Azerbaijan o el abogado de Angola tiene que tener la posibilidad de saber cuál es el derecho arbitral que rige en la República Argentina. Y si le dicen que en la República Argentina la única regulación del derecho arbitral es el Código Procesal, y va al Código Procesal y ve lo que ahí dice, pensará "estos muchachos viven en el Medioevo, están más atrasados que nosotros".

Entonces, no parece caber duda de la conveniencia. Por otro lado, nuestros principales socios comerciales hoy en día serían Brasil y China, además de la Unión Europea. Ni hablar del desarrollo que tiene el arbitraje en la Unión Europea. Pero Brasil tiene una verdadera explosión del arbitraje, a partir de que el Superior Tribunal Federal de Brasil ha dado un gran respaldo a la ley de arbitraje declarando su constitucionalidad, y tornándola operativa. De modo pues que hoy en Brasil florecen los centros de arbitraje, y de los arbitrajes que en el año 2011 se iniciaron en la Cámara de Comercio Internacional de París, del área América Latina y Caribe, un tercio era de Brasil. El segundo proveedor de arbitrajes es México y después viene la Argentina, pero muy lejos de Brasil y de México.

Es decir, nuestro principal socio comercial –que es Brasil– tiene un desarrollo exponencial del arbitraje como medio de resolución de conflictos. El otro socio comercial con el cual la Argentina quiere establecer relaciones comerciales intensas es China. Y en China el arbitraje tiene un gran desarrollo por dos razones, la primera porque no tiene un sistema judicial organizado. Es decir, China es un país de 1.400 millones de habitantes con una expansión territorial enorme en la cual la organización del sistema judicial es muy reciente y no está todavía afianzada. Sucede que los números que manejan los chinos son una cosa absurda. Yo me acuerdo cuando trabajábamos en la reforma de la Ley de Concursos, habíamos visto que los chinos habían incorporado un sistema concursal semejante al inglés, entonces, cuando una compañía se declara en cesación de pagos, se produce el desapoderamiento, incluso en los procedimientos preventivos. En derecho inglés se designa un

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 101

síndico que empieza a administrar la compañía. Los chinos adoptaron este sistema, pero tenían un problema, tenían que inscribir cinco mil síndicos para poner en marcha la ley. Lo mismo sucede en el ámbito del Poder Judicial, tienen que organizar y crear un Poder Judicial multitudinario, y no tienen gente capacitada todavía, sobre todo en las generaciones más adultas, que esté preparada o formada en el derecho de fuentes continentales europeas que inspira, por ejemplo, la ley general de contratación.

Esa es la primera razón por la cual los chinos pactan el arbitraje; y la segunda es porque el arbitraje está más consustanciado con la personalidad y con la impronta del espíritu del ciudadano chino que el litigio judicial. El arbitraje y la mediación son mecanismos que están más afines a la idiosincrasia de la población china. Esto no lo inventé yo, lo dice René David hace 50 años en su libro de derecho comparado, cuando explica la característica de las familias jurídicas orientales y, en particular, de China, y el de Japón, en los cuales es casi deshonroso llevar a alguien a los tribunales.

Entonces, el centro de arbitraje de Hong Kong es el centro de arbitraje más activo de Asia y tiene una actividad enorme causada en los conflictos que se originan en contratos celebrados por empresas chinas.

De modo pues que una empresa argentina que negocie con la China seguramente se va a encontrar con una cláusula arbitral que podrá tener sede en Hong Kong o podrá tener sede en Argentina, si ofrecemos un sistema de arbitraje que sea un poco más confiable que el sistema que tenemos ahora.

Por eso la posibilidad de incorporar una regulación del contrato de arbitraje y de estas relaciones particulares entre las partes y los árbitros, las partes, los árbitros y la institución en el proyecto es bienvenida. Más allá de que, evidentemente, habría otros caminos que se han explorado, pero que lamentablemente no han tenido éxito.

A lo mejor esto abre ahora una puerta que permitiera que en pocos años la Argentina tenga una ley de arbitraje fundada en criterios internacionalmente aceptados y, por lo tanto, que se desarrolle la institución como lo merece. Muchas gracias.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 102

Rueda de preguntas

Dr. Villamayor Alemán: En un desayuno que compartimos con Julio Rivera y otra persona hace unos días, planteé una sugerencia en el primer artículo del título que proyectaste, el arbitraje estatutario y también el arbitraje testamentario. ¿Se avanzó algo?

Dr. Julio César Rivera: No, sobre eso no hemos avanzado, pero si vos tenés alguna idea concretada la podemos hacer llegar ¿podrías explicarles a los colegas?

Dr. Villamayor Alemán: Para arbitraje testamentario, sería una norma que diga que se podrá pactar la cláusula arbitral dentro de los testamentos para resolver los conflictos patrimoniales. Es una cláusula que está contenida prácticamente en todos los últimos proyectos, de manera que el causante, el testador, previendo que puede haber algún conflicto, establezca esta cláusula. Si esto pudiera tener resultados de incorporación, esta jornada ya estaría súper justificada.

Dr. Julio César Rivero: Yo creo que gran parte de la comunidad jurídica argentina se siente en alguna medida como ignorada en este proyecto. El hecho de que ha sido preparado por los jueces, ha sido revisado por el Poder Ejecutivo, y que el parlamento se limite a ser una caja de resonancia en una materia nada menos que como el Código Civil y Comercial, y que esto se apruebe en un plazo exiguo, prácticamente sin debate, sin escuchar a los colegios de abogados, facultades de Derecho, a las academias, etc., la verdad es que más parece un acto imperial o propio de una monarquía, que de una república. Yo coincido plenamente con usted y lo he dicho públicamente, y se lo he dicho a mis amigos los autores del proyecto, que me parece que realmente es una falta de respeto hacia la comunidad jurídica argentina. Yo he ido a dar una clase sobre el proyecto a Gualeguaychú y nadie tenía el proyecto, es decir, algunos jueces lo habían recibido por Internet porque lo había mandado la Corte. Pero el Colegio de Abogados donde fui a dar la clase no tenía el proyecto. Con lo cual, creo que una cosa fue la época de Sarmiento, Vélez Sarsfield, etc., los abogados serían cincuenta, no había una doctrina elaborada. Hoy en día hay decenas de personas que pueden opinar sobre los contenidos técnicos. E infinidad de organizaciones que pueden opinar sobre los contenidos políticos del Código. Porque el contrato de arbitraje

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 103

dentro del Código es una cuestión mínima, pero acá estamos haciendo un Código que va a definir los perfiles de la sociedad argentina para los próximos cincuenta años. Y en ese debate no hemos participado, porque ese debate está cerrado. O sea, si yo digo que el derecho de familia que propone el proyecto es un derecho de familia pensado sobre la base del matrimonio igualitario, y no sobre la base del matrimonio entre dos personas del mismo sexo, es toda una definición que el proyecto ha adoptado; no hay ninguna duda. ¿Por qué hay gestación por otro dentro del proyecto? ¿Saben cuál es el argumento? El argumento es que los matrimonios entre dos hombres no podían tener hijos de otro modo. Entonces estamos estructurando el derecho de familia sobre la base de la necesidad de conveniencias o reclamos de un sector ultraminoritario. Que merece todo el respeto y la tolerancia como exige la república liberal y la Constitución de 1853 y su reforma del 94. Pero otra cosa es convertir ese modelo minoritario que merece respeto y tolerancia en el modelo sobre el cual construimos el derecho de familia en el país. Y en ese debate no tenemos ni arte ni parte. Podemos debatir el contrato de arbitraje, el de agencia, el de franquicia, la propiedad de los *countries*, etc., pero sobre lo otro no hay ningún debate y eso sí que es grave.

Pregunta: Hace un año que se sabe de las dificultades que va a presentar, va a desaparecer el derecho de familia, si es que ya no es letra muerta dentro de la dirigencia actual. Porque todo lo que plantea el Código, en definitiva, está reflejando lo que bien dice usted, las minorías que se van a ver plasmadas en una normativa y nada más que eso. Pero el tema es que ya el derecho de familia hace rato que dejó de existir prácticamente. Yo quería decir lo siguiente, que yo tengo conocimiento de que la Asociación de Abogados y el Colegio Público de Abogados están trabajando para presentar las propuestas y tratar de ver lo que hay que reformar. Quiere decir que hay un plazo para modificar, ¿o no?

Dr. Julio César Rivera: Sí, hay un plazo de 90 días que se fijó en la comisión bicameral, y si no emite dictamen se trata a libro cerrado en el pleno.

Dr. Julio César Rivera: Voy a hacer dos o tres comentarios sobre este tema. Primero, cuando se reimplanta un nuevo código en reemplazo de un código anterior, por empezar, está precedido de un debate en todos los países del mundo. El record son los

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 104

holandeses que hace cuarenta años que están reformando el Código Civil y recién en el año 2012 entró en vigencia el libro décimo de derecho internacional privado. Pero no somos holandeses y tenemos urgencias mayores, entonces no nos vamos a tomar tanto tiempo. Pero siempre está precedido de un debate considerable. En segundo lugar, no sólo eso, el plazo en el cual va a entrar en vigencia es a los 6 meses de la sanción. Es decir que si se sanciona en noviembre, en mayo está vigente el nuevo código. No tenemos doctrina, bibliografía, los chicos no tienen por dónde estudiar, etc. y vamos a tener un nuevo código que va a entrar a regir en un plazo, como alguien dijo, menor que un curso teórico-práctico de obligaciones de cuando íbamos a la facultad. Tercer punto, hay un agujero negro en materia del proyecto del Código Civil, que es el derecho transitorio. Qué se aplica y qué no se aplica del Código a las redacciones jurídicas e instituciones jurídicas en curso de ejecución. Cuando se sancionó el Código Civil de Québec en 1994, después de 25 años de debate, se sancionó una ley de derecho transitorio que decía cada parte del Código cómo se aplicaba o no se aplicaba a las relaciones precedentes, porque la ligitiosidad que va a generar ese solo punto es infernal. Imagínense ustedes, ahora desaparecen las causales de divorcio y el juez, el día antes que entre en vigencia el Código, tiene que dictar una sentencia en un juicio en el cual se plantea adulterio, injuria, lo que sea. ¿Qué hace el juez? ¿Aplica el derecho suprimido y dice que el cónyuge es culpable por injurias? ¿O tiene que decir que las causales no existen más? Hay toda una serie de conflictos que se van a plantear en materia de derechos sucesorios, de derecho de los contratos.

El Dr. Lorenzetti dijo que la regla del nuevo 617, o sea la regla de que las obligaciones se pueden cumplir por equivalente, se aplica a los contratos nuevos, pero si ustedes leen el artículo 7 del proyecto, que es la reproducción prácticamente del artículo 3 del Código Civil, dice que las nuevas leyes se aplican a los contratos en curso de ejecución. Con lo cual me parece que la posibilidad de cumplir por equivalente se va a aplicar a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia del Código, claramente. Pero también va a generar un conflicto. Y en tercer lugar, en todos los países en los cuales hay una implementación de un nuevo código en sustitución del anterior, hay una adecuación de las normas procesales. El proyecto contiene más de veinte instituciones que

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 105

tocan el derecho procesal, desde el proceso de familia que trae un montón de reglas sobre el proceso de familia, el juicio de insania, la participación de los menores en los procesos, la protección posesoria, las acciones reales, etc. Es decir, hay un montón de reglas que tocan lo procesal. Cuando se sancionó el Código de Québec hubo una ley de adecuación del Código Procesal, era más fácil porque era un solo Código, obviamente. Pero se podría trabajar en la modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para que sirva de modelo en la adecuación de los códigos procesales de provincia, que muchas de ellas han seguido el modelo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Pero me parece que estos dos temas, el derecho transitorio y la adecuación de las normas procesales, son indispensables porque si no va a haber un desacople entre el derecho procesal vigente y el derecho de fondo, y va a haber una enorme ligitiosidad sólo sobre el punto de qué se aplica y qué no se aplica del nuevo código. Estos son todos temas cruciales de los que nadie habla. Y son altamente preocupantes, más allá de que reitero, y es un sentimiento que yo creo es generalizado en la comunidad jurídica, se siente en gran medida ignorada en el debate como si este debate se llevara a cabo en un cenáculo al cual los abogados comunes no están invitados, esta es la verdad.

Pregunta: Doctor, mi señora era médica y murió, se hubiera muerto de nuevo si ha leído el artículo de mi primo el doctor Bergel, sobre las personas por nacer. Nosotros hicimos el artículo sobre fecundación asistida y ahora hablan del embrión y lo confunden, va a haber problemas de bioética. No sé si usted leyó el artículo de mi primo.

Dr. Julio César Rivera: Sí, lo leí, es muy bueno el trabajo. Ahí el problema del proyecto es que adoptó una solución que no conforma a nadie, porque al establecer que las personas comienzan en el momento de la concepción o desde la implantación en el seno materno, hace que los sectores que propician la protección de la vida desde el mismo momento de la concepción dentro o fuera del seno materno digan que esta es una solución que priva de protección al embrión no implantado. Y por lo tanto, el embrión no implantado podrá ser usado para experimentación, para la fabricación de medicinas, o para ser lisa y llanamente descartado. Y tampoco satisface a los abortistas porque dicen que si el embrión implantado o concebido en el seno materno es persona, no podría legitimarse la interrupción

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 106

voluntaria del embarazo. Con lo cual, esto no conformó ni a uno ni a otro, lamentablemente. Pero ese es un tema de decisión política muy complejo, y el proyecto optó por esa solución; la gente podrá estar a favor o en contra, hay posiciones muy personales sobre ese punto. Personalmente no estoy totalmente en desacuerdo con esa solución, yo creo –como Bergel– que hay alguna distinción entre el embrión implantado y el no implantado.

Pregunta: Yo tengo trabajos escritos por mi señora, y hemos sacado un premio, discúlpeme, no es pedantería, hemos sacado un premio en Guatemala hace 20 años sobre ese tema. A mí no me consultaron, y sobre ese tema tengo un premio de Guatemala, en el Congreso de la Unión Iberoamericana de Colegio y Agrupaciones de Abogados. Y lo he hablado con mi primo Bergel, que es quien publicó este artículo. Barbaridades como esas tenemos muchas, doctor, por eso ha sido un placer escucharlo a usted, porque dentro de todo me ha tranquilizado saber que en muchas cosas está de acuerdo conmigo. Esto no puede sancionarse dentro de dos meses.

Dr. Julio César Rivera: No debería ser, y es muy importante lo que haga el Colegio Público, aunque al Colegio Público no le dan mucha bolilla tampoco, porque con el tema del Banco Ciudad no le han prestado mucha atención. Pero quizás en esto el Colegio, cuyos institutos están formados siempre por profesores y abogados muy prestigiosos, sería muy importante que lo hiciera, pero que lo haga con cierto tiempo porque yo creo que ese plazo de 90 días no se va a prorrogar.

Pregunta: Y si tiene mayoría de diputados y senadores, esto es un hecho consumado, doctor.

Dr. Julio César Rivera: Sí, ustedes vieron que cuando se creó la comisión bicameral, la minoría propuso que se extendiera el plazo a 120 días y le dijeron que no.

Intervención del auditorio: Una aclaración, el Colegio no sólo se presentó a los debates como una de las organizaciones, sino que ya hizo varias presentaciones encabezadas por los directores de los institutos impugnando y haciendo observaciones que están todas en la página web del Colegio, para quien quiera leerlo. Lo hizo antes de que venciera el plazo, obviamente, que fue el miércoles 22 de agosto, si no me equivoco, con veintidós renglones, que era el máximo permitido en soporte papel, en soporte magnético, porque si no eran rechazadas

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 107

automáticamente. Y después lo hizo y lo sigue haciendo verbalmente, pide el acompañamiento de los colegas que quieran hacerlo, es en cada una de las sesiones en que supuestamente se presenta la bicameral a escuchar las opiniones. Eso fue en la jornada que fue una serie de diez, quince días en el Paseo La Plaza, pero cualquiera que esté interesado entra a la página web del Colegio y están incluso ahí las ponencias que se presentaron, por escrito más la defensa que se hace en la bicameral continuamente. No sabemos si nos van a escuchar o no nos van a escuchar, pero la insistencia está permanentemente con ese tema, además que se sigue trabajando en los institutos.

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 108

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 169

Papeles de Trabajo - N° 10 - Abril 2013

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.

ISSN 2314-3223

papeles10.qxd 18/04/2013 05:16 p.m. Page 110

Papeles de trabajo

IV 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 5 de septiembre de 2012

Protegemos Derechos

Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

República Bolivariana de Venezuela 842 | C1095AAR | CABA | Argentina
4338-4900 | consultas@defensoria.org.ar | www.defensoria.org.ar