

papeles **DE TRABAJO**

cinco

Primera

Jornada de

Arbitraje

Institucional



Defensoría del Pueblo de la
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

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

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Alicia Pierini

Adjuntías

Arq. Atilio Alimena

Sr. José Palmiotti

Sr. Gerardo Gómez Coronado

Dr. Andrés Elisseche

Prof. Graciela Muñiz

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Venezuela 842

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

Correo Electrónico: consultas@defensoria.org.ar

Primera Jornada de Arbitraje Institucional : papeles de trabajo : volumen 5 / Alicia Pierini.

[et.al.]. - 1a ed. - Buenos Aires : Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009. 116 p. ; 29x21 cm.

ISBN ISBN 978-987-25058-1-3

1. Derecho. 2. Arbitraje. I. Pierini, Alicia

CDD 340

Fecha de catalogación: 06/05/2009

Papeles de trabajo

PRIMERA 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 14 de mayo de 2008.**

índice

Presentación	6
Palabras de bienvenida	
Un Compromiso Impostergable. <i>Por la Dra. Alicia Pierini</i>	7
Una Justicia Diferente. <i>Por el Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni</i>	8
Mesa I	
El Planteo de Inconstitucionalidad en el Proceso Arbitral	
<i>Por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini</i>	24
Arbitraje de Amigables Composedores	
<i>Por el Dr. Fernando Aguilar</i>	29
Moderador: <i>Gustavo Murano</i>	
Mesa II	
Cláusula MED/ARB	
<i>Por la Dra. Nora Viviana Poblete</i>	40
El Arbitraje Hoy. Perspectivas desde la Abogacía y el Poder Judicial	
<i>Por el Dr. Gabriel Binstein</i>	43
Moderadora: <i>Dra. Nora Cattaneo</i>	
Mesa III	
Cláusulas Compromisorias: Su Utilidad Práctica	
<i>Por la Dra. María Rosa Cattaneo</i>	54
Aspectos Prácticos del Arbitraje	
<i>Por el Dr. Sergio Villamayor Alemán</i>	60
Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: Situación Institucional y Opiniones Consultivas. <i>Por el Dr. Alejandro Daniel Perotti</i>	65
Moderadora: <i>Dra. Susana Ayala Ferraro</i>	
Mesa IV	
Arbitraje Institucional y No Institucional: Nacional e Internacional	
<i>Por el Dr. Héctor Alegría</i>	80
Desafíos de Hoy: Arbitraje y Tecnología	
<i>Por la Dra. Haydeé Miguel</i>	89
Moderadora: <i>Dra. Flavia Goldcher</i>	
Cierre y conclusiones	
Los Desafíos del Arbitraje	
<i>Por el Dr. Roque Caivano</i>	102
Moderador: <i>Dr. Alejandro Grossman</i>	

| Presentación

La Primera Jornada de Arbitraje Institucional, que tuvo lugar el 14 de mayo de 2008, ha sido organizada por el Centro de Conciliación y Arbitraje y la oficina de Relaciones Institucionales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y ha contado con la colaboración incondicional del Dr. Gualtiero Marchesini.. Su objetivo fue difundir el arbitraje como forma alternativa de resolución de conflictos, así como destacar sus ventajas.

Estuvieron a cargo de la apertura la Dra. Alicia Pierini, Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Palabras de bienvenida

Un Compromiso Impostergable

*Por la Dra. Alicia Pierini**

Les damos la bienvenida a esta institución, les agradezco que estén presentes, así como el agradecimiento institucional al maestro Raúl Zaffaroni, que será quien haga realmente la apertura de este taller de trabajo en relación con los sistemas alternativos de resolución de conflictos, particularmente, del arbitraje.

En el marco de esta bienvenida quiero decirles que esta Defensoría del Pueblo de la Ciudad está fuertemente comprometida en todo lo que tiene que ver con los caminos y los puentes a construir para un acceso a la Justicia por parte del conjunto de nuestro pueblo; y sabemos que cuando se habla de temas de justicia, solamente se tocan algunos de los que son más resonantes en la opinión pública, y la resonancia no es necesariamente una categoría intelectual, sino mediática. Nosotros tratamos de trabajar en la construcción permanente de un sistema de justicia que en parte ayude al que está funcionando y en parte vaya resolviendo, con sistemas alternativos, la conflictiva que sabemos que hoy tiene nuestra sociedad.

El maestro Zaffaroni no necesita presentación porque todos los que estamos acá sabemos de sobra lo que le debemos en sus enseñanzas y en su conducta. Por eso le hemos pedido muy especialmente, no solamente que en su calidad de jurista y de maestro de abogados, sino porque lo sabemos profundamente comprometido con los temas de la Ciudad de Buenos Aires; compromiso que empezó en su etapa de constituyente, en el 96 y durante toda la primera Legislatura, donde nuestra Constitución tiene la impronta del garantismo que pudo ponerle Raúl durante la jornada constituyente. Yo no me olvido, cuando estábamos discutiendo lo que luego resultaron los artículos 12 y 13, o sea, el núcleo duro garantista, que en algún momento te dije "no nos estaremos pasando"; y me dijiste "aprovechemos la oportunidad ahora que la tenemos y dejemos constancia de que realmente tenemos que hacer un modelo para la Ciudad". Creo que fue profético y afortunadamente la Ciudad de Buenos Aires tiene estas pautas en su Constitución; y quizá sea este uno de los motivos por

los cuales a veces somos refractarios a la posibilidad de que se reforme, porque abrir a la discusión la Carta Magna de la Ciudad puede llevarnos a poner en riesgo esto que fue una dura conquista intelectual -porque en ese momento había debate intelectual- y creo que el sistema jurídico de la Ciudad en sus aspectos positivos tiene mucho para defender.

Gracias por estar, gracias por venir y por estar siempre acompañando la tarea de esta Defensoría.

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

Una Justicia Diferente

*Por el Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni**

Realmente, mi participación acá no se justifica mucho, no soy un especialista en arbitraje ni en mediación. Como ustedes saben, mi formación es fundamentalmente como penalista; pero desde este ángulo, quizá sea el más extremo, en el sentido que es el ámbito en el que más se ha intentado siempre excluir toda posibilidad de intervención de las partes comprometidas en el conflicto.

Inconcientemente, nos está pasando algo que en el mundo consiste en consagrar como héroes a las víctimas a través de los medios masivos de comunicación social. Es decir, la condición de víctima, saltar a la opinión pública a través de los medios masivos como tales, convierte a la persona inmediatamente en un ser mediático y en un héroe. Por eso es que se multiplican las víctimas, me refiero a las víctimas mediáticas, por supuesto; las víctimas reales también se multiplican pero como producto de la conflictividad social.

Este fenómeno debe ser analizado desde distintos ángulos: primero, por los efectos que tiene. El reclamo de la víctima impide o dificulta cualquier solución que no sea de tipo punitivo, la estigmatiza; en segundo término, es de una increíble crueldad, la trampa que encierra esto es de una increíble crueldad. No sólo nos encontramos ante una víctima, no sólo no hace nada por la víctima, sino que, de alguna manera la destruye. Si hay una víctima en serio, que está procesando un duelo, la consagración de la víctima como héroe no

hace más que interrumpir el proceso de elaboración del duelo. Ese proceso tiene distintos momentos, un primer momento es de estupefacción ante la pérdida; el segundo es un momento de autoinculpación: "si hubiera hecho", "si hubiera estado"; el tercero es un momento de externación de la culpa, de buscar al culpable afuera, y luego, el procesamiento del duelo. Se interrumpe el proceso en el tercer momento, es el momento en que se refuerzan reclamos vindicativos. No sólo lo interrumpe, utiliza a la víctima en la publicidad masiva mientras le resulta útil, cuando ya no le resulta útil, la deja como un proceso patológico psicógeno interrumpido.

Esta crueldad con la víctima es muy propia de todo el aparato punitivo. El aparato punitivo nunca se ocupó de la víctima y por definición, no puede ocuparse, sencillamente porque la esencia del modelo punitivo es la confiscación de la víctima; la víctima no tiene nada que hacer en el escenario penal, es degradada a un dato, no es una persona, el lugar de la víctima lo pasa a ocupar el soberano, "la víctima soy yo", dice el señor Estado. El modelo punitivo funciona de esta manera, por ende, no es un modelo de solución eficaz de conflictos, es un modelo de suspensión de conflictos; el conflicto se suspende matando al infractor o encerrándolo por 120 años, pero el conflicto no se resolvió. Son ejercicios verticales del modelo.

El modelo punitivo tiene el gran inconveniente de ser un modelo que, como no resuelve el conflicto, es prácticamente incompatible con los modelos de solución eficaz de conflictos, es decir, los modelos donde se involucran las partes. Como es un modelo que excluye a una de las partes del conflicto, es muy difícil combinarlo con uno que incluye a la parte legal del conflicto.

Hay un ejemplo que lo repetimos siempre porque es sumamente gráfico, si un niño rompe un cristal en la escuela, hay distintas soluciones que se pueden tomar, una es echarlo -modelo punitivo-; otra solución es llamar al padre para que pague el vidrio; otra es pensar que algo le pasará e ir a ver a un terapeuta, o a un pedagogo, esto corresponde más a un modelo reparador o terapéutico; otra es pensar que algo le estaremos haciendo nosotros para que el niño reaccione de esa manera, vamos a sentarnos a conversar a ver qué le molesta, por qué no nos entendemos -modelo conciliador-; lo que se observa claramente es que cualquiera de los tres modelos, punitivo, terapéutico y conciliador, no podemos sumarlos. Si aplicamos el primero, automáticamente excluimos a los otros dos.

Esta problemática se plantea en toda conflictividad donde juega o se pretende que juegue el modelo punitivo. Debido a esto, hace unos cuantos años se ha venido ensayando lo que se llamó "la desviación del curso penal". Algunos conflictos sometidos a modelo punitivo, se trataba de desviarlos hacia otros modelos de resolución de conflictos. Fueron los primeros balbuceos, hace unos 30 ó 40 años, de todo lo que hoy ha tenido un desarrollo bastante importante, que es la **justicia restaurativa** en lugar de la justicia punitiva. Sobre todo en los países anglosajones, en el norte de Europa, se está hablando bastante de esto y se está aplicando el análisis a tal efecto.

En nuestro país hay un problema referido al ejercicio de la acción penal: ¿cómo podemos entrar con mediación, cómo podemos entrar con modelos reparadores, si la acción penal es pública y además no hay disponibilidad de acción penal? Hay una cuestión institucional en la cual cada día tengo más dudas -antes estaba seguro de una solución, ahora no estoy tan seguro-, la regulación del ejercicio de las acciones penales que tenemos nosotros en el Código Penal, es de aplicación nacional; la legislación procesal, como todos sabemos es materia provincial; cada vez tengo más dudas acerca de si la regulación del ejercicio de las acciones penales en el Código Penal sea constitucional.

Si el Código Penal se ocupa de materia penal, y compete a las provincias legislar en materia procesal, la norma penal tiene por consecuencia de su violación la pena; la norma procesal tiene por consecuencia de su violación la nulidad.

Por supuesto que siempre en el medio aparece el intento "superador" que dice que es una cosa sui generis, mixta. No sé qué es lo sui generis, lo mixto, lo cierto es que la violación a la norma del ejercicio de las acciones del Código Penal tiene por consecuencia la nulidad y no la pena; de modo que son normas de naturaleza procesal.

Hasta qué punto esto es materia del Congreso federal, hasta qué punto es materia de la provincia, me lleva a pensar que el Código Penal ha avanzado más de la cuenta sobre lo que es competencia legislativa de la provincia; lo cual pondría en duda la vigencia del principio de legalidad de la acción penal en la provincia; por lo menos, en forma pareja y homogénea para todo el país, y las provincias pueden legislar en esta materia y establecer el principio de oportunidad.

Por supuesto, el principio de oportunidad lo critican quienes defienden el principio de legalidad; como todos sabemos, el principio de legalidad de la acción penal conlleva una contradicción, si se mantienen todas las acciones legales cada vez que se viola una norma penal, primero se pararía la sociedad y el último de nosotros quedaría para cerrar la puerta del lado de adentro, sería inconcebible. El ejercicio de la acción penal es altamente selectivo y el principio de oportunidad no sería más que un medio para atenuar el nivel de selectividad del ejercicio de la acción penal. Sabemos que en esa selectividad del ejercicio de la acción penal funciona siempre el poder político, funciona siempre en razón directa del grado de vulnerabilidad de los destinatarios, salvo excepciones, excepciones que se usan para tratar de mostrar a la opinión pública lo contrario.

Funcionando de esta manera el sistema penal -que no es una característica nuestra solamente sino universal-, creo que podríamos encontrar en nuestro Derecho positivo una solución vía legislaciones provinciales a esta dificultad, y poder introducir de esta manera soluciones de tipo reparador y ampliar el ámbito de desviación del proceso penal de buena parte de la conflictividad, especialmente toda la conflictividad no violenta de delitos contra la propiedad, que es la gran masa de la conflictividad que transitan por nuestros juzgados penales.

Cuando se decide erigir a la víctima en héroe y a través de esto manejar un discurso **reivindicativo**, parece algo totalmente contradictorio y, en efecto, lo es. Esta tendencia está marcando la vulnerabilidad de nuestras estructuras políticas. Cuando en el verano, entre 1932 y 1933 fue secuestrado el joven Allerza, que pertenecía a una organización argentina patriótica de extrema derecha en aquel momento, la extrema derecha que estaba jaqueando al gobierno de Justo -que también era de derecha pero de la derecha que mira al mercado, digamos-, hizo todo un embate publicitario y el gobierno de Justo respondió con un proyecto de ley endureciendo todas las penas del Código Penal, proyecto de ley al que, el autor del Código Penal, Rodolfo Moreno hijo -conservador, gobernador de la provincia de Buenos Aires, casi llega a ser presidente de la República-, se opuso, defendió su Código, hubo un tremendo debate en el Senado, pero la mayoría estaba integraban por unos supervivientes de la prehistoria, y el senado terminó dándole media sanción al proyecto del presidente

Justo, doblándole la apuesta -había establecido la pena de muerte por electrocución, que era el último grito de la moda-, eso pasó a la Cámara de Diputados, Cámara de Diputados de la década infame, que nunca trató el proyecto.

Es cierto que no se generó ningún héroe en ese momento, se mostraba a la madre de Allenza como la madre llorosa, pero no había declaraciones, no hubo una víctima llevada a héroe pretendiendo captar posiciones políticas o usurpar el espacio público.

Si comparamos esto con el proceso que hemos vivido hace pocos años, nos damos cuenta de que nuestras instituciones políticas se encuentran mucho más vulnerables, tienen un menor grado de firmeza frente a sus propias convicciones, aquellas convicciones del fraude sostenidas por los autores del fraude patriótico, de alguna manera tenían más límites ideológicos que los que han puesto nuestras instituciones actuales, indiscutiblemente, mucho más democráticas en cuanto a su origen. Hay una luz amarilla en el semáforo que tenemos que tener en cuenta; hay un debilitamiento de los límites ideológicos de las instituciones políticas; la amenaza de medios masivos; la amenaza de obtener fotos; la amenaza de que se pueda instrumentar electoralmente este reclamo. Esta canalización vindicativa, hace que nuestras instituciones hoy tengan menos reservas ideológicas que aquellas, menos límites ideológicos, límites ideológicos que hacen a la base institucional.

Es lamentable decir esto pero creo que hay que reconocerlo, hay que reconocer adónde nos puede llevar este tipo de patología de nuestras instituciones.

En segundo término quisiera reflexionar sobre lo siguiente: **el ejercicio del poder punitivo no agota el ejercicio del poder coactivo del Estado**; no tenemos que confundir una cosa con otra. El poder coactivo del Estado se manifiesta en todo el ámbito jurídico y tiene efecto preventivo en todo el ámbito jurídico: pago el alquiler porque si no, me desalojan; pago el teléfono porque si no, me lo cortan; eso no tiene nada que ver con lo punitivo; tratar de reducir toda la coacción del Estado en lo punitivo es absurdo, es desconocer la esencia del Derecho.

En realidad, lo punitivo, históricamente es un surgimiento tardío. Pese a todo lo que dicen mis colegas, no es verdad que el primer ejercicio de poder fue punitivo, no; no hay sociedad estatal, pre-estatal que no haya tenido un ejercicio coactivo del poder, ¿en qué

ámbito?, en el ámbito reparador, restitutivo antes que nada y después en el ámbito judicial y administrativo, en el de frenar un proceso lesivo en curso inminente. Esos dos ejercicios del poder coactivo están en toda sociedad. El momento en que el señor Estado dijo "la víctima soy yo" fue tardío; es un momento en que la sociedad toma otra dinámica y entonces se quiere corporativizar, verticalizar y entonces, el príncipe dice "la víctima soy yo", y la víctima se quedó de costado.

El poder coactivo del Estado está presente en todo el Derecho, si es necesario en algún momento, no hay sociedad que pueda resolver satisfactoriamente todos sus conflictos. Toda sociedad está inserta en una cultura y esa cultura le pone límites a la solución eficaz de algunos conflictos, si me preguntan cómo voy a resolver el caso de un violador serial, no tengo solución; en ese caso, hay que colgar el conflicto, pero son excepcionales, pero para la mayoría de la conflictividad tenemos una solución, sin apelar al modelo punitivo o intentar sacar el conflicto del modelo punitivo y resolverlo por otra vía. Hay un amplio campo de operatividad en este momento. Después de todo, así se arregló la mayor parte de la humanidad durante todo el tiempo que lleva sobre la superficie del planeta que ahora estamos destruyendo. Así se resolvió hasta el siglo XII o XIII en que se restableció el poder punitivo.

Hoy nos damos cuenta de que crece la conflictividad, no hay capacidad para resolver toda la conflictividad, ninguna sociedad tiene capacidad cultural para resolverla, es imposible institucionalmente pretender procesar toda la conflictividad. Fijémonos lo que nos pasa en la práctica, ¿tenemos dificultades para resolver grandes, gravísimos crímenes? -cuando se descubren, claro-, no, un proceso por un homicidio llega a una sentencia en un término más o menos razonable, tal vez la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires tarde cinco años o diez en resolverlo, pero tiene unos términos no tan exagerados. ¿Dónde tenemos el problema?, en la conflictividad menor, en la corriente, en lo correccional, nos para todo, porque tenemos que procesar de la misma manera todo, y no se puede. La vieja clasificación de Napoleón de crímenes, delitos y contravenciones, no era ingenua; él necesitaba el dinero para cañones, no para buscar estúpidos; tenía los crímenes, tenía los delitos con un procedimiento un poco más simple con los tribunales ordinarios, y tenía las contravenciones con los tribunales de policía.

Si no nos damos cuenta de que hemos juntado todo, que no discriminamos nada, son todas infracciones, eso no se puede hacer, no hay posibilidad presupuestaria para una locura de esa naturaleza. Entonces, lo que va a pasar es que por una infracción se va a paralizar todo; entonces van a prescribir todas. Este es el fenómeno que nos sucede.

Y la distracción menor desde el contenido antijurídico -en la valoración que nosotros hacemos desde el punto de vista del Derecho, digamos que es menor en cuanto a su significación en la vida cotidiana-; es la más frecuente. Es muy difícil que cualquiera de nosotros mate a su madre con el árbol de navidad; pero quizá no sea tan difícil que una noche con una copa de más, pateemos un tacho de basura. Es decir, estamos mucho más cerca de la infracción menor o de ser víctimas de una infracción menor que de la infracción grave. De modo que no podemos confundir lo que es el contenido antijurídico de la infracción, desde la valoración jurídica, con lo que es la significación de la infracción menor de la vida cotidiana. La consecuencia y la reacción del aparato estatal respecto de la criminalidad grave la percibimos a través de la televisión; la vivencia del aparato estatal la tenemos a través de las infracciones leves.

Hemos perdido las instituciones que se ocupan del conflicto leve, históricamente existieron, tuvimos los cabildos ocupándose de esas cosas; tuvimos los jueces de paz que en nuestro país tendieron a desaparecer, en otros países mantienen una vigencia importante, han perdido a veces competencia legal, en algunos países los jueces de paz conservan una competencia tradicional por vía de costumbre que la ley no reconoce, pero en grandes países donde hay amplia población indígena y mestiza, como en América Latina, los jueces de paz siguen teniendo una gran importancia en la solución real de los conflictos cotidianos.

Muchas veces, cuando se habla de justicia restaurativa y se la trae de los países anglosajones, etcétera, creo que sería bueno que antropológicamente se estudiara lo que realmente hacen los jueces de paz en muchos de los países latinoamericanos. Siempre me impresionó y me sigue impresionando la competencia extensa que tienen los jueces de paz, competencia incluso penal. Ellos son los que deciden si el caso pasa al juez letrado o no. Fíjense qué principio de oportunidad costumbrista, consuetudinario; y, ¿cómo lo deciden?, viendo si pueden arreglarlo, si lo logran, no lo pasan, de lo contrario, sí. Con un homicidio, primero van a ver si está el

muerto, después preguntan quién fue, a veces no fue nadie. En Bolivia están operando realidades de esta naturaleza, no sólo en justicia comunitaria sino también quienes no están en la comunidad, sino que trabajan como campesinos, tienen una justicia sindical paralela que hace las veces de juez de paz. Es decir, con la justicia restaurativa, los anglosajones no están inventando la pólvora; cuando los bolivianos están proyectando hacer una justicia comunitaria al lado de la justicia penal normal, al lado de la justicia civil normal, los europeos los miran y se asustan; yo me pregunto por qué, si ellos tuvieron el Derecho romano funcionando al lado del Derecho visigótico por varios siglos y funcionaron los dos; unos se regían por uno, los visigodos se regían por el otro, el fuero juzgo era el Derecho visigótico y funcionaba paralelo al Derecho romano. Es decir, creo que hay un ámbito muy grande en el cual se puede ser muy creativo.

Si bajo a la realidad más concreta, a la Ciudad de Buenos Aires, hay un proyecto en la Constitución, a la que se refería Alicia, ya que toda Constitución es un proyecto, un programa, ¿hasta qué punto se realizó ese programa que pensamos hace 12 años? En alguna medida yo creo que sí se realizó, y en otra, diría que no. Yo creo que en ese momento todos éramos concientes de que teníamos que hacer una Constitución para una provincia urbana, con todas las dificultades que una provincia urbana acarrea, y no una cualquiera, si no una a la que entra el doble de la población y sale todos los días, lo cual también trae alguna serie de dificultades. Creo que el gran desafío civilizatorio -creo que en la medida en que estamos tratando de buscarle soluciones reales a los conflictos, estamos haciendo un desafío civilizatorio- era recrear, dar un marco jurídico que permitiese recrear en la Ciudad de Buenos Aires relaciones sociales que se dan espontáneamente en la sociedad que tenemos.

Hubo discusiones a este respecto -las discusiones no pasaron por las fuerzas políticas, creo que dividieron a todas las fuerzas políticas de alguna manera- sobre centralización y descentralización de la Ciudad de Buenos Aires. Naturalmente que no podemos tener municipios adentro de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto a gestión, porque sería absolutamente antieconómico; pero sí intentar generar en la Ciudad las manifestaciones vecinales del Estado que estuviesen en contacto directo con el habitante de la Ciudad, como formas también de

generar espacios de pugna de poder, que convocase con ese motivo para interacción en los barrios. Creo que hubo que pelear bastante, finalmente se llegó a una solución transicional de hacer un programa progresivo que iba a durar cinco años; programa que no se llevó a cabo. Estamos a 12 años.

Descentralizar básicamente el poder de control de policía, control sobre la escuela, sobre los servicios públicos. Lamentablemente, creo que haber incumplido ese programa es una deuda importante que tiene la Ciudad con su Constitución. Creo que está faltando una de las patas fundamentales, no estoy hablando de una política coyuntural, no es imputable esto al gobierno actual de la Ciudad, lo incumplieron todos los gobiernos que pasaron por la Ciudad hasta el día de hoy, de modo que esto no tiene un signo determinado.

Creo, por otra parte, que es un peligro frente a la necesaria reducción que va a ir teniendo la ley Cafiero. Yo creo que la Ciudad tiene derecho a tener su propia policía, que en algún momento va a ser necesaria la transferencia de la Superintendencia de Seguridad Metropolitana a la Ciudad de Buenos Aires; creo que los porteños, como cualquier otro, tenemos derecho a tener una policía que dependa de nuestras autoridades, pero esa policía necesita tener control, como toda.

Si miramos el panorama de la Provincia de Buenos Aires y lo terrible que ha pasado y que pasa en la Provincia de Buenos Aires debido a una destrucción que no se puede reconstruir, se hacen ingentes esfuerzos por reconstruirla y no se lo logra; miremos eso y aprendamos algo. La Policía de la Provincia de Buenos Aires plantea problemas en la zona urbana, en el conurbano, no lo plantea tanto en el interior de la Provincia donde hay un control natural de la población sobre lo que hace la policía. Los grandes problemas son en las concentraciones urbanas, ahí es donde el control se afloja. Alguien podrá decir que el conurbano tiene municipios, pero en realidad no lo son más que institucionalmente, sociológicamente hablando yo no creo que haya un municipio que tenga dos millones de habitantes.

Si estamos pensando en una futura transferencia de la Superintendencia de Seguridad Metropolitana a la Ciudad de Buenos Aires, y que por ende salga de la órbita del control vertical de la Policía Federal, tenemos que asegurarnos que en el momento que esté en la Ciudad de Buenos Aires va a tener un control natural que

tiene que ser el de la población de los barrios, por lo cual los barrios tienen que estar institucionalmente organizados para ejercerlo. De lo contrario, corremos el gravísimo riesgo de que se destruya en poco tiempo la estructura de la institución policial, y entonces sí tengamos un gravísimo problema de seguridad en la Ciudad. Si la dejamos sin control vertical desde la cúpula federal, y la dejamos sin control básico de la población, cualquier transferencia de la policía a la competencia en la Ciudad de Buenos Aires nos va a crear a corto plazo un problema de muy difícil solución.

Creo que la transferencia tarde o temprano se va a producir, pero creo que se tiene que producir en el marco de una ciudad institucionalizada como para ejercer un control eficaz sobre la función policial. Una policía menos vertical y más comunitaria debe tener un control de la población en la cual actúa y ese control tiene que tener una base institucional, de lo contrario, la institución policial corre el riesgo de destruirse. No nos olvidemos que puede haber un país sin fuerzas armadas, pero no hay país sin policía.

** Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

Preguntas del auditorio

Dr. Vera Moreno: Muchos, equivocadamente, lo califican a usted como abolicionista, yo creo que usted no lo es, es una aclaración nada más. Creo que usted dio un muy buen ejemplo cuando dijo que el Estado confisca la acción penal, y me pareció totalmente acertado, porque, normalmente los juristas hablan de "expropiar", pero tiene que pagar primero, para confiscar no se paga; y también tocó un tema muy importante que yo en la Provincia de Buenos Aires lo vivo permanentemente: la eficacia y la eficiencia de la mediación penal en la Provincia de Buenos Aires; y yo recuerdo que en la Cámara de Diputados hay un proyecto, en ese proyecto, obviamente lo citan a usted en quince renglones, tiene estado parlamentario; quería saber su opinión sobre la posibilidad de que ese proyecto de mediación penal nacional para la Justicia federal llegue a buenos términos.

Dr. Zaffaroni: En realidad, el abolicionismo es una propuesta de autores escandinavos y nórdicos, fundamentalmente; es interesante

porque obliga a un ejercicio mental: si hay un ejercicio de poder que no resuelve el conflicto y que no tiene mucha racionalidad, no restablece nada, por qué no suprimirlo y reemplazarlo íntegramente por modelos que siempre resuelvan el conflicto. Naturalmente, esto no es más que un ejercicio lógico. No sé si se puede llegar a eso pero por lo menos a una reducción, porque hay una irracionalidad detrás de todo eso. ¿Qué dificultades prácticas hay para el abolicionismo?, ese es un cambio civilizatorio, en definitiva, la supervivencia del aparato punitivo y el éxito del aparato punitivo -en mi opinión- reside en que tiene como función la canalización de venganza; mientras que el aparato punitivo canaliza cierto grado de venganza, la conflictividad funciona, el problema está cuando no la canaliza, cuando se desborda, cuando hay una exigencia mayor de venganza. Ahí se pone muy grave la cosa, porque, el propio aparato punitivo que pierde prestigio como canalizador de venganza se hace cargo de esa mayor exigencia de venganza, y eso también es genocidio donde se busca a la víctima expiatoria. Cuando hay un exceso de violencia en una sociedad, entonces, se busca la víctima expiatoria y automáticamente el sacrificio de la víctima baja el nivel de violencia, entonces se la pasa a considerar milagrosa, claro, después que se la hizo bolsa. Es un proceso. Lo grave es que quien se encarga de sacrificar a la víctima expiatoria es el propio aparato punitivo; es decir, los genocidios los cometió siempre el aparato penal. La racionalización punitiva ha causado muchos muertos más que los que causaron las guerras. Esa es la advertencia que uno puede obtener a partir del abolicionismo, preguntarse por qué no.

El problema de la venganza sale de una concepción muy profunda que tenemos en la sociedad industrial, que es el concepto de tiempo lineal; en realidad, la venganza sale porque no puedo hacer que lo que pasó no haya pasado; concepto lineal de tiempo que va hacia el futuro, siempre creciendo, amontonando saber, amontonando poder, etcétera, y no sé si en el fondo no está el no poder elaborar la muerte, algo de eso hay. Con un concepto lineal, un concepto progresivo, ¿por qué tengo que juntar dinero para trescientos o quinientos años, si voy a vivir veinte años más?, no sé. Y ¿por qué no se puede llevar a cabo el abolicionismo?, porque hay un problema civilizatorio básico. No es una cuestión penal: vamos a seguir así, vamos a destruir el planeta o el planeta nos va a destruir a nosotros antes de que terminemos con él y van a quedar las cucarachas o vamos a cambiar, no sé, pero eso ya no es penal.

Dra. Pierini: El tema de la mediación penal es algo que nos preocupa; en verdad el grueso de los delitos son los delitos contra la propiedad, y, si bien es cierto que cuando se habla de lo penal aparece siempre el homicidio, el delito grave, en la rutina cotidiana es el delito contra la propiedad.

Dr. Zaffaroni: El delito violento más grave que tenemos nosotros es el intrafamiliar.

Dra. Pierini: Nos preocupa porque ahora están transfiriéndose competencias a la Ciudad; nosotros estamos instaurando una filosofía de mediación en todas las conflictivas y, obviamente, no como programa para este año, pero sí pensando ya la programación futura, la cuestión de la **justicia restaurativa**, la mediación penal, está dentro de la filosofía de la Defensoría del Pueblo, por eso me pareció muy acertada la pregunta. Si bien en Provincia de Buenos Aires está funcionando bien, creo que si esto funcionara en la Ciudad, sería positivo ya que la Ciudad es una caja de resonancia importante porque se transmite a nivel de los medios todo lo que pasa en la Ciudad.

Dr. Zaffaroni: En realidad sería una de las formas de la probation de hace 40 años, no es más que eso: tomar el principio de oportunidad, legislarlo localmente; en última instancia, si se plantea un problema de constitucionalidad, decirle al legislador federal "se le fue la mano", no era competente para legislar en esta materia en la forma en que lo hizo. O hay otro argumento que se puede usar, quizá nuestro país tiene un federalismo muy particular, no es el federalismo norteamericano donde cada estado tiene sus propios códigos o leyes de fondo: hay una ley de fondo única que se aplica en todo el país conforme a procedimientos locales, quizás se puede decir que la legislación nacional es una legislación marco, pero se puede ir más allá de ese marco, lo que no puedo es quedarme más acá; también es otro criterio interpretativo constitucional. En materia excarcelatoria hay un marco nacional y las provincias pueden ir más allá, pero no más acá. Se podría sostener lo mismo en este caso, creo que no hay dificultades institucionales para ir marchando en ese sentido.

Dra. Pierini: Y en relación con la reparación económica concluido el juicio penal, ¿sería pasible de ser sometida a arbitraje?

Dr. Zaffaroni: Creo que todo debe ser tratado en bloque. Si uno desvía el curso del conflicto del modelo penal, le tiene que dar otra

solución, y la otra solución tendrá que implicar cierto modo de satisfacción a la víctima, que puede ser el pedido de disculpas, la prestación de un servicio o pagarle algo. Pero hay que tratar el paquete, no podemos dividir las cosas formalmente entre civiles y penales. Por supuesto que si la víctima recibe algo y después acciona civilmente, habrá que descontárselo, pero yo creo que si se lo desvía del modelo punitivo y se lo resuelve conforme a otro modelo o a otra combinación de modelos, entonces hay que tratarlo en paquete.

Dr. Vera Moreno: Una aclaración a lo que dijo la doctora, está muy acertada porque el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contempla específicamente la mediación penal.

Dr. Zaffaroni: Por lo menos, en la Justicia nacional nadie sigue la acción civil en un proceso penal, entre otras cosas, porque los jueces penales no saben Derecho Civil; por otra parte, todos sabemos que seguir la vía civil separada implica años y años.

Intervención desde el auditorio: La cuestión concreta de la resolución de controversias, cuestiones mínimas que podrían solucionarse por vía de la mediación, ponen en juego todo el aparato y finalmente se convierten en un mero expediente.

Dr. Zaffaroni: Además hay un desgaste y una pérdida de recursos. Hablamos de delitos contra la propiedad sin violencia, sin fuerza, pero cuidado, porque la violencia o la fuerza definida así formalmente, a veces nos da por resultado algo que es absurdo; por ejemplo, un juicio oral porque le sacaron la gorrita al hincha de San Lorenzo en la puerta de la cancha, ¿cuánto le cuesta al Estado ese juicio oral por esa nimiedad?, sí, formalmente es un robo con violencia. No sé, eso ya es una cuestión de legislación nacional, pero creo que el proyecto de Código que no se discutió por el escándalo que se armó, se queda un poco corto, creo que hay que darle cierto espacio de decisión al juez para ver si un delito tiene características violentas o no las tiene.



MESA I

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

mesa I

Dr. Gualtiero Martín Marchesini

Dr. Fernando Aguilar

Moderador: Dr. Gustavo Murano

El Planteo de Inconstitucionalidad en el Proceso Arbitral

*Por el Dr. Gualtiero Martín Marchesini**

En primer lugar, vaya mi agradecimiento a todos los ilustres participantes colegas o no en este acto, y también mi agradecimiento a la señora Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también a los dos grandes ejecutores de esta jornada, que han sido el Dr. Gustavo Murano y la Dra. Flavia Goldcher que también están con nosotros.

Me toca en la apertura un tema muy específico que es el planteo de inconstitucionalidad por parte del árbitro en el proceso arbitral, pero por ser un tema tan específico, roza también con todos los otros temas de arbitraje y me van a permitir que hagamos alusión a otras temáticas que no son precisamente las de la inconstitucionalidad, pero para llegar a ella, tengo que abordarlas.

En primer lugar, decimos que **el arbitraje** es el medio más acabado de resolución de conflictos que, mediante un **laudo** que es de **cumplimiento obligatorio**, que todos sabemos que puede ser **de equidad** o **de derecho**, da por finiquitado y finalizado ese conflicto. Ante esta definición no puedo dejar de hacer una consideración también a la variante de ese instituto que tiene una raigambre netamente de **acuerdo de partes**, contractual, es decir que el acuerdo de partes es estrictamente necesario para que pueda existir un arbitraje; pero esto no me exime de hablar también del aspecto de la jurisdicción judicial y arbitral. "Jurisdicción", como todos ustedes saben, proviene del latín *juridicti*, que quiere decir "acción de decir el derecho", pero no de establecerlo, es pues, la función específica común tanto a los jueces como a los árbitros, ya sea que integren el Poder Judicial o los tribunales que han designado las partes.

Esto nos lleva a pensar en el **aspecto jurisdiccional**. Los **ciudadanos**, en ejercicio del poder de soberanía y del poder de la libertad, de raigambre estrictamente constitucional, **toman de los jueces esa jurisdicción que les han dado a través de la Constitución Nacional** en forma directa o indirecta a través del tiempo, a través de los convencionales o constituyentes, la retoman y **la entregan a un juez particular** que se llama "**árbitro**" para que dirima el conflicto. Acá viene lo que a veces algunos

autores confunden en el aspecto concreto de la jurisdicción judicial y la arbitral. Es exactamente igual porque es una jurisdicción que ha sido delegada en un caso por las partes a un juez particular que llamamos "árbitro", para este caso, para que dirima este conflicto. En el otro aspecto, está dada al **Poder Judicial**, poder del Estado que ha sido dado por la Constitución Nacional. Se igualan en que **ambos tienen** el juicio, es decir, **la facultad de ejecutar**. Se diferencian en que el **juez tiene el imperium**. Se complementan en que el juicio y el *imperium* son necesarios porque nadie es tan ángel o arcángel como para hacer lo que dicen los laudos o las sentencias, sino que a veces se necesita la fuerza del Estado, que en virtud de la soberanía del Estado, ejerce el *imperium*, es al juez al que le corresponde por ejercicio del Poder Judicial.

Los árbitros dejan el laudo, lo notifican, pero si no se cumple voluntariamente, necesitan recurrir, inexorablemente, al Poder Judicial para que esto se cumpla.

Queda plenamente asentado que los árbitros en los tribunales arbitrales tienen la misma jurisdicción que tienen los magistrados; la única diferencia es en cuanto al ejercicio del *imperium* que le está vedado al árbitro y tiene que cumplimentarse por el Poder Judicial.

La **jurisdicción** es la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias que han vulnerado ese orden jurídico preestablecido; es una función que está **orientada a la protección del interés de los particulares y del interés general del Estado**.

El Estado no tiene el monopolio de la prestación de la Justicia, esta puede ser transferida a jueces privados que, permanentes o no, conocen y deciden los conflictos que son sometidos a su consideración. El eminente procesalista también aclara que **el objeto** de tales causas **debe ser arbitrable**, es decir, cuáles causas son arbitrables, no todas, sino las que sean **susceptibles de transacción** y que por sus objetivos y contenidos sean disponibles, que no se altere el orden ni la seguridad pública ni los intereses de terceros, salvo esas limitaciones, todo lo demás puede ser sometido a arbitraje.

Cuando hablo de la declaración de la inconstitucionalidad de la norma, debo destacar dos sistemas: el francés y continental europeo y el americano.

El Derecho francés y continental europeo les da a los jueces el control de la constitucionalidad; a pesar de que ejercen la jurisdicción, la Justicia no es un poder del Estado y, por ende, no tiene atribuciones para declarar la invalidez de leyes o decretos por ser contrarios a la Constitución. El sistema español o el italiano, donde existen organismos que son denominados "tribunales constitucionales", puede deducirse de su forma y funcionamiento que realizan el control de la constitucionalidad, pero no ejercen tampoco estos tribunales la jurisdicción.

En el Derecho continental también existe la división de los poderes que todos conocemos, pero a pesar de ello, no hay independencia como existe en el sistema americano. Es así como esa división de poderes se enuncia como un compilado en todos los documentos revolucionarios, pero todos sabemos que la preponderancia de la asamblea como ejercicio de la voluntad general es inexorable y ningún poder puede desdecir lo que dijo la asamblea.

Pasamos ahora al **sistema americano** que es el nuestro, el de las constituciones que siguen la de Estados Unidos, **tiene el árbitro las mismas facultades que el juez**. Acá tenemos que el Poder Judicial es un poder del Estado y cuando el ciudadano sustrae de esa jurisdicción a los magistrados y la entrega a un juez particular, a otro ciudadano que lo elige como juez, le entrega esa jurisdicción con las mismas facultades. En este caso, al recibir las mismas facultades, y siendo un poder del Estado, si tiene las mismas facultades que los magistrados, tiene también la **facultad de declarar la inconstitucionalidad de un decreto o de una ley**. Porque el árbitro no solamente se va a limitar a la resolución de ese conflicto en particular, sino que va a comparar la ley que va a aplicar al caso concreto con la Constitución Nacional o con la norma máxima y suprema, y podrá declarar la inconstitucionalidad de esa norma.

Por supuesto, también debo de decir que no es esto muy común, porque los que somos árbitros, los que nos toca decidir en este aspecto, debemos tener la prudencia necesaria, pero no hace mucho tiempo, todos sabemos que el país ha pasado por avatares tan grandes en que a más de un árbitro nos ha tocado a veces decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un decreto o una ley, y hubo que tener la valentía de hacerlo, porque esa valentía proviene de la convicción absoluta de que hemos sido depositarios de la jurisdicción dada por las partes al igual que el magistrado lo ha sido por investidura del Poder.

Frente a esa convicción que tenemos, declaramos que sí estamos los árbitros en condiciones de declarar la inconstitucionalidad.

Debo mencionar al gran maestro Moreno, quien nos dice que los tribunales de justicia tengan las facultades de examinar las leyes concretas de su jurisdicción, compararlo con el texto de la Constitución para averiguar si guarda o no conformidad con ella y abstenerse de aplicarla si las encuentra en oposición a ella, deber que constituye uno de los fines superiores del Poder Judicial y de una de las mayores garantías con que se ha intentado conservar los derechos de la Constitución de los posibles abusos del poder público. Pero también agrega Moreno que esta misma disposición que tienen los magistrados la tiene también el árbitro, porque deberá cumplir con el mandato dado por ambas partes de común acuerdo y resolver conforme a lo que establece la Constitución, comparando la legislación que se va a aplicar con la ley magna para, en ese caso, aplicarla o no o declararla inconstitucional.

Otro colega como Anaya, nos dice que **los árbitros integran un tribunal de justicia, aunque no formen el Poder Judicial**, agregando que, admitida la condición arbitral para decidir sobre la constitucionalidad de una norma, se abre la cuestión relativa a la posibilidad de que el control de lo decidido llegue a revisión de la Corte Suprema.

Moreno avanza un poco más y nos habla siempre de **estar "bajo la sombrilla de la Corte"** y nos dice que la Corte podrá "dejar" el laudo -ese es el término que utiliza- y actuar en consecuencia, porque esta decisión que es el laudo está equiparada a la sentencia judicial y debe ser considerada definitiva. Entonces, puede tomar el fallo, el laudo en este caso, y resolverlo; estamos siempre al amparo de la Corte.

Debemos decir también que no todo es pacífico, tenemos doctrina que dice que un tribunal particular designado por las partes puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, pero indudablemente, si tengo que decir qué pienso al respecto, puedo decir que mientras tengamos la facultad de un juez en ejercicio de la jurisdicción, puede declarar la inconstitucionalidad de un decreto o de una norma. También quiero conservar eso para el árbitro porque corresponde en virtud del ejercicio de la soberanía que le han concedido las partes y del ejercicio de la libertad de raigambre constitucional, como dije al principio, de legarlo a un

particular, y en este caso, debemos conservar esta facultad. Si es conveniente o no, les puedo dar mi modestísima opinión: creo que tenemos que llegar a que sea la Corte el único órgano destinado a interpretar esa Constitución para evitar pluralidad de interpretaciones; recordando siempre lo que nos dice Moreno: que estamos bajo la sombrilla de la Corte, de ahí la conveniencia de que en última instancia sea intérprete de la Constitución Nacional. Esa es la condición que tengo en este aspecto.

También los tribunales interiores han tratado este tema; y tenemos que la Cámara Nacional de Apelaciones, la sala 15, el 11 de junio de 2003 confirma la resolución del juez de primera instancia, donde resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la pesificación de la 25.561, y considera la facultad del árbitro de haber declarado la inconstitucionalidad.

Al convalidar la Corte la sentencia de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, potencia notablemente y habla de esta moderna tendencia de que los árbitros tienen la plenitud de facultades, incluida la declaración de inconstitucionalidad.

Frente a esto, queremos decir que **el árbitro debe caracterizarse siempre por ser medido, prudente, autocontenido, no rozar ni menoscabar los poderes del Estado**, recordando siempre que **su decisión puede ser objeto del recurso de nulidad**; siempre sostengo que, en los tribunales arbitrales, lo que tenemos los árbitros como espada de Damocles es el recurso de la nulidad; y recordando lo que nos decía Moreno, que debe actuarse siempre bajo la sombrilla protectora de la Corte Suprema.

Concluyendo, digo que **los árbitros deben ser probos y tener una ineludible integridad ética, acendrado criterio de la equidad y conocimiento del Derecho**, para que surja nuevamente la esperanza de una justa resolución del conflicto y podamos garantizar el ansiado bien común y la ansiada paz social que debe regir en nuestro país. Muchas gracias.

** Doctor en Ciencias Jurídicas, jurista, conjuer, árbitro internacional, profesor de Arbitraje en maestrías y doctorados de universidades nacionales.*

Arbitraje de Amigables Componedores

*Por el Dr. Fernando Aguilar**

Agradezco la posibilidad que me da la Defensoría del Pueblo de la Ciudad para hablar de un tema que nos entusiasma a todos. Comenzando por el título, hay una variante que merece destacarse y es que el Código de Procedimiento habla de "amigables componedores", en realidad, nosotros preferimos hablar de "arbitraje de conciencia" o "de equidad", porque "amigables componedores" es la traducción del francés, pero da una idea equivocada en castellano, porque pareciera que el arbitraje de amigable composición no pasaría de ser una especie de mediación, cuando es un arbitraje en el que el árbitro de amigable composición no es un componedor sino que es un policía. Entonces, vamos a ver en qué consiste este arbitraje.

Quizás para los abogados resulta muy extraño que el juez dicte un fallo que va a ser reconocido por el Estado, por el orden jurídico como autoridad, con autoridad de cosa juzgada y que en definitiva se basa en la ley. En la práctica, esto significa que el laudo no va a ser juzgado en ley, es decir que el árbitro no va a enfocar la utilidad de una ley para fundar, a través de un razonamiento, su decisión.

Esto trae la idea de la delicada fundamentación de la decisión, porque si el laudo no va a estar fundado en ley, entonces es muy difícil de atacar; es muy difícil decir que ese laudo tiene una decisión incorrecta o que ha aplicado mal la ley o que está obligando a aplicar una ley que no está todavía vigente. Simplemente, el laudo del amigable componedor es un laudo que no va a poder ser atacado desde el punto de vista jurídico con fundamentos fundados en ley.

Entonces, empezamos a caminar un territorio poco transitado y bastante mal comprendido para la doctrina local. En primer lugar, hay un preconceito que tenemos que destruir, y es que muchas veces tendemos a pensar que el arbitraje de amigables componedores es un arbitraje de menor cuantía, que es un arbitraje de causas chicas, y esto no es así, la cuantía no tiene nada que ver con la existencia de esta institución. O sea que se ve a este arbitraje como al hermano menor del arbitraje de derecho, cuando no hay ninguna jerarquía entre ambos tipos de arbitraje.

El Código nacional -y se repite prácticamente en los códigos provinciales- establece dos normas básicas, la primera es que los

amigables componedores procederán conforme las normas legales y a dictar sentencias según su leal saber y entender; se dice que, en realidad, se tiende a la utilidad que tiene el árbitro en cuanto al procedimiento, el árbitro de amigable composición tiene mayor libertad, mayor poder de decisión, no está ligado a normas procesales detalladas; y por otro lado, sí, la esencia misma del arbitraje es que el árbitro no está sujeto a la ley.

Ahora bien, esto escandaliza a los abogados, pero si el árbitro es un abogado, su saber es el Derecho; entonces, si el árbitro es abogado, no tiene más remedio que resolver aplicando la ley. Yo creo que si así lo hace está desoyendo lo que le han pedido, porque el límite de la jurisdicción del árbitro está dado por la voluntad conjunta de las partes, de ambas partes; entonces, si ambas partes le piden que resuelva el caso conforme a su leal saber y entender y el árbitro aplica la ley, lo que está haciendo es algo que no le pidieron.

Otra cosa, la decisión a la que se llega también es una decisión legal; es muy frecuente que la ley tenga disposiciones que son equitativas y justas, es normal esto; de manera que muchas veces -la mayoría-, la solución es tal que, si hubiéramos aplicado la ley, habría sido la misma. Y el árbitro puede decir que la ley tal y tal dice tal cosa y yo puedo aplicar la ley; pero no tiene un argumento de autoridad, un argumento de convencimiento a las partes que no puede justificar la autoridad sobre el laudo si ese argumento no es correcto.

Ahora bien, ¿tiene utilidad esta figura?, se habla siempre de que el arbitraje de amigables componedores es una institución muy antigua y que, por lo tanto, es algo ya superado por la Justicia más elaborada, por la Justicia del Estado nacional y por el arbitraje de derecho; y se discute en el mundo si sigue teniendo utilidad esta figura o si ya no la tiene. Yo encuentro que tiene muchísima utilidad, incluso más que antes, porque existen los contratos internacionales. Hoy en día la mayor parte de los grandes emprendimientos económicos en todo el mundo no pueden limitarse a un Estado nacional, en general, siempre son emprendimientos internacionales, siempre hay instituciones extranjeras -bancos extranjeros o entidades financieras- y los contratos no se presentan solos, se presentan en una constelación de contratos que se ordenan todos en un proyecto común. En esta constelación de contratos, y las partes típicamente son muchas -no son dos partes solamente-, el elemento internacional está casi siempre presente; entonces, ¿cuál

es la ley aplicable sobre el fondo? Muchas veces, más de una legislación nacional tiene ocasión de ser aplicada, y a veces los derechos de los contratos y las soluciones de los conflictos nacionales es muy similar, porque los derechos de los contratos tienden a ser uniformes y se justifican en las convenciones internacionales; pero a veces no, las decisiones son contradictorias, las disposiciones legales son contradictorias, y en ese caso el árbitro, que tiene la facultad de no aplicar la ley sino guiarse por su conciencia, entonces puede bordar la solución que mejor se adapte al caso, con prescindencia de la solución legal.

Otra ventaja es que en general, en todo el mundo los sistemas de administración de justicia estatales tienen una gran ineficiencia, demoran las decisiones por años -cinco años, diez años-, lo cual constituye un obstáculo para los requerimientos de la economía del siglo XXI, donde las empresas tienen que mantener sus balances entre paréntesis porque, en definitiva, no saben si han ganado o no, si están en quiebra o no están en quiebra.

Hablamos de los contratos apátridas o desnacionalizados que son los que se manifiestan en el universo de la interlegalidad o en el espacio cibernético; o sea, existen contratos que, en definitiva, habilitan un mundo que no está ligado a un determinado lugar, sino que tienen efectos sobre el planeta, puede ser un contrato de provisión de servicios ambientales. Y después, yo encuentro que en la Argentina, y más en la Ciudad de Buenos Aires, la mayor parte de los tribunales arbitrales que existen organizados están integrados por diferentes profesionales, por lo tanto, en todos estos tribunales arbitrales que están conformados por ingenieros, contadores, la regla es que el arbitraje es de equidad; esto es porque hay un prurito según el cual si no hay un abogado en el panel del tribunal, el laudo no puede ser fundado legalmente, porque se supone que solamente los abogados conocen el Derecho, pero claro, es una suposición bastante aventurada y tal vez, delirante. Por ejemplo, esta es una frase dicha al pasar por una árbitro; ella en realidad estaba hablando del papel de los abogados en un arbitraje internacional y cómo los abogados tienen que probar el delito; pero dijo esta frase, quiero además marcar el choque cultural que significa -además, para los abogados- la experiencia en materia internacional. Dijo que resolvió disputas bajo los Derechos de Alemania, Francia, Inglaterra, Polonia, Hungría, Portugal, Turquía, El Líbano, Egipto, Túnez, Moroco, Sudán, Corea, Tailandia, Argentina, Colombia, Venezuela, los Estados

Unidos, etcétera; pregunta: ¿conozco yo esos Derechos?, obviamente, no. Entonces, hay diferencia en el árbitro internacional con respecto a un juez. Un juez nacional jamás podría decir una cosa semejante, porque el juez se ajusta a la ley; entonces, vemos que es un ámbito muy distinto. Esto no quiere decir que el árbitro no tiene límites, el primer límite es el de la igualdad de las partes, el árbitro tiene que tratar a las partes dándole la cara a ambas, o sea, el contradictorio existe, el contradictorio se mantiene. La decisión tiene que ser contundente, es decir, tiene que guardar relación con lo que las partes le piden que decida. El árbitro no puede resolver más allá de lo que las partes le pidieron que resuelva, cosa que no sucede en la decisión de los jueces en otros países, por ejemplo, en Estados Unidos, a un juez a veces se le reclama que resuelva un caso de daños y perjuicios y puede condenar a la parte a mucho más de lo que la parte damnificada le pidió. Acá no, acá se considera que un juez no podría condenar a una parte a mucho más de lo que se pidió; pero, claramente, en el caso del arbitraje, el árbitro no puede resolver más allá de lo que las partes le han pedido.

Entonces, ¿qué es la equidad?; decir que la equidad es un concepto inasible e indefinible como el concepto del orden público no es nada poco sino al contrario, un montón de cosas. Yo pienso que en el ámbito de derechos patrimoniales de corte convencional, la equidad podría ser como el objeto propio de la naturaleza del contrato. Cada contrato tiene una naturaleza, las partes han convenido hacer un contrato de una manera y no de otra, y, por lo tanto, existe una naturaleza del contrato que le da una caracterización; de modo que la equidad debe respetar la naturaleza del contrato.

Lo que la parte decidió cómo administrar los conflictos, ese reparto general de riesgo es el que debe interpretar la equidad. Y la equidad debe respetar la voluntad conjunta de ambas partes.

Para terminar, la diferencia con los jueces: deciden el procedimiento, la enajenabilidad del laudo, etc. Muchas gracias.

** Árbitro nacional e internacional, abogado especialista en Arbitraje, consejero externo del Estudio Marval, O'Farrell & Maizal, director de Procedimientos del Tribunal de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC) y director del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT).*

Preguntas del auditorio

Dr. Misrahi: Quiero remarcar algo que dijo Fernando Aguilar que para mí es muy importante: el amigable componedor reviste significación en los contratos internacionales -lo que me toca por experiencia ver-, fundamentalmente, porque los contratos económicos tienen una gran especificidad, muchas veces estamos tratando temas técnicos o temas tecnológicos que son la base de ese contrato y no podemos pretender que el árbitro elegido conozca el tema; el árbitro, también, pero el juez necesariamente tiene que recurrir a los peritos, y los peritos, ya lo sabemos por la justicia ordinaria, no siempre son exactamente lo que corresponde en tal o cual materia. Tiene una gran importancia cómo cumple su rol el amigable componedor, porque, está elegido también, no solamente por su leal saber y entender, sino porque lo elegimos por la materia en que él tiene experiencia, y esto es el primer paso importante.

El otro paso, o el otro aspecto importante que señaló Fernando es, justamente, evitar la intervención del juez, porque la intervención del juez lleva necesariamente a la aplicación de su ley, lógico, el juez debe aplicar su ley; el amigable componedor que implica el árbitro aplicará otras normas. Y esto nos puede llevar, como pasa en algunos países -Francia, España, Brasil- a la aplicación de la ley con criterio exorbitante, entonces, esto también desnaturaliza el contrato internacional y puede llegar a transformar la situación o el laudo en una resolución virtual. Entonces, cambia la importancia del tratamiento de los amigables componedores, y felicito a la organización porque se haya abordado este tema. El amigable componedor tiene que reverdecer, tiene que ser tenido en cuenta por salvar una empresa. Nada más.

Dr. Ricardo Pablo Ricchieri: Yo le quería hacer una pregunta al Dr. Marchesini con respecto a la aplicación de constitucionalidad por parte de los árbitros, ¿cómo se enmarcaría esta declaración de constitucionalidad cuando no surgiera específicamente de la cláusula compromisoria sobre lo que tienen que decidir los árbitros en relación a si no podría ser tachado de ultra pedita el fallo, cuando decide, cuando no está explícita como tema a tratar la inconstitucionalidad del contrato?

Dr. Marchesini: El tema es así: el árbitro está ceñido por lo que las partes han establecido en la cláusula compromisoria y en el

acuerdo arbitral, como también está ceñido por el reglamento que ambas partes han establecido para ese arbitraje. Este reglamento que llamamos el "código de procedimiento del arbitraje", que puede pertenecer a la institución, pueden haberlo acordado las partes, pueden haberlo transformado las partes en la primera audiencia, pero eso es sagrado para las partes y es lo que ciñe al árbitro en cuanto a las facultades que ese árbitro tiene.

Recomendamos la amplitud de la cláusula compromisoria, la amplitud del acuerdo arbitral, como así también la amplitud del reglamento que le permita al árbitro tomar todas las decisiones que sea necesario.

En el supuesto caso que las partes hubieran vedado expresamente en el reglamento, hubieran vedado en la cláusula compromisoria o en el acuerdo arbitral correspondiente que el árbitro tomara decisión alguna referente a la constitucionalidad, debería abstenerse, porque, en tal caso estaría laudando *ultra pedita* y podría ser sometido al recurso de nulidad y estaríamos, en ese caso, declarando la nulidad del árbitro.

En síntesis, la conveniencia es que tenga la amplitud total, para ello se le ha dado la jurisdicción y se confía -uno de los aspectos fundamentales del arbitraje que proclamamos es la confianza- a la persona que se le otorga para que lo realice.

Pero también es punto fundamental tener en cuenta que el reglamento arbitral, la cláusula compromisoria o el acuerdo arbitral, sean lo suficientemente amplios para que no ciñan al árbitro en ese aspecto. En el supuesto caso que lo estuvieran ciñendo al árbitro para tomar una decisión, puede ser recomendable que en la primera audiencia, estando con las partes presentes, expresen nuevamente su voluntad, rectifiquen aquel reglamento que habían aceptado en primer lugar, y que vieran de ampliar las facultades al árbitro. Por eso, cuando estamos en el juicio arbitral, siempre aconsejamos la actitud de que en esa primera audiencia realmente se permita expresar en acta labrada con presencia de las partes, con el asesoramiento letrado también, que establezcan o que den mayores o menores amplitudes al árbitro para que pueda decidir.

Dr. Vera Moreno: A ambos panelistas, en nuestro país, es muy prolífero lo que entiende afirmar ratificar tratados internacionales sobre ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros; pese a

ello, Brasil tiene una ley de arbitraje nacional, nosotros no tenemos una ley de arbitraje hasta la fecha, salvo los artículos del Código de Procedimiento de nación y provincias; en opinión de los panelistas, hoy, año 2008, ¿sería conveniente, sería bueno para el arbitraje el dictado de una ley de arbitraje a nivel nacional?

Dr. Fernando Aguilar: La experiencia internacional indica que en todos los países en los cuales se dictó una ley de arbitraje, la cantidad de arbitrajes se incrementó en una forma exponencial, inmediatamente después de dictada la ley, los primeros diez años de dictada la ley; ahora, ¿si es conveniente tener una ley?, yo diría no cualquier ley, porque también el arbitraje es una institución muy débil y muy fácil de desvirtuar; hay experiencia, enorme experiencia internacional; la ley modelo de arbitraje sirvió para que cerca de ochenta países -prácticamente todos los países del mundo- hicieran alguna normativa siguiendo los lineamientos de la ley modelo UNCITRAL. En la República Argentina tendría que ser una ley que nos ponga, digamos, en el ámbito y en la cultura que rige hoy en el mundo, que no seamos una mosca blanca en el mundo y que no estemos tomando posiciones ajenas a las de la mayor parte de los países del mundo.

Dr. Marchesini: Adhiero totalmente a lo expresado por el colega Aguilar, debemos señalar -solamente en el ámbito latinoamericano, Chile, uno de los últimos países que se ha adherido a la ley modelo UNCITRAL-, como en muchos otros países, el no tener una legislación específica nos lleva a veces a que no se adopte, como sede del arbitraje, la República Argentina. Muchas veces y con lástima vemos a nuestros vecinos cruzando el Río de la Plata, y no teniendo tampoco una ley específica, pero a veces es más benévolo en cuanto al procedimiento. No obstante ello, como usted muy bien lo conoce, doctor, el Código de Procedimiento establece la normativa, la debemos utilizar y aprovechar y rescatar en todo lo posible, pero sí, me adhiero totalmente al criterio que adoptemos por lo menos la ley modelo UNCITRAL *aggiornada* a la actualidad, porque los diecisiete años que tiene ya la hacen un poco vieja; entonces, que *aggiornemos* esa ley, que miremos también la ley española que es excelente y muy bien estudiada, y adoptemos los proyectos que da la institución, porque nosotros en la F.A.C.A hemos elaborado un anteproyecto donde consideramos la legislación española, por supuesto la ley modelo UNCITRAL, es importante tenerlas en cuenta. Gracias.

Comentario del auditorio: Yo no quiero hacer una pregunta sino una reflexión a lo que decía Vera Moreno, en realidad Brasil tiene ley, pero hay que recordar que Brasil fue uno de los últimos países que ratificó la Convención del 58.

Dr. Aguilar: Porque no lo había firmado.

Dr. Marchesini: la 9.307, lamentablemente es mucho más completa, pero nosotros tenemos que es ley para las partes la Convención, ya aceptada por nosotros y que es ley para las partes de acuerdo con la reforma de la Constitución Nacional, entonces eso suple un poco aquella carencia que nosotros tenemos de una legislación específica.



MESA II

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

mesa II



Dra. Nora Viviana Poblete

Dr. Gabriel Binstein

Moderadora: Dra. Nora Cattaneo

La Cláusula MED/ARB

*Por la Dra. Nora Viviana Poblete**

Me gustaría que se llevaran algo práctico para aplicar, algo concreto, y que veamos qué podemos hacer nosotros, los mediadores, desde la mediación hacia el arbitraje. La Dra. Alicia Pierini habló de caminos, habló de puentes y yo le doy la buena noticia que desde la mediación podemos oficiar de puente, para ir al arbitraje. Esa forma que podemos tener desde la mediación, la podemos realizar, por ejemplo, con acuerdos de procedimiento. Esos acuerdos de procedimientos pueden ser la cláusula compromisoria, puede ser además, la forma, el mapa de cómo nos vamos a manejar en el arbitraje.

Vamos a ir a las preguntas que hacemos en mediación: ¿cómo?, ¿quiénes?, ¿cuándo?, ¿por qué?; y vamos a intercambiar esos famosos interrogatorios de mediación para decir ¿quiénes?, nosotros, los mismos mediadores, incluso a propuesta de los propios abogados participantes en una mediación; ¿de qué manera?, no solamente cuando vemos una mediación difícil que no le encontramos una salida, sino, incluso, cuando tenemos un acuerdo parcial, allí podemos buscarle la solución a lo que no le encontramos camino en la mediación. No solamente en el tema del procedimiento, sino concretamente en el caso.

Desde la mediación -cuando tenemos el acuerdo total o parcial-, si tenemos un acuerdo total, lo podemos poner en la cláusula de cierre de ese acuerdo para prevenir nuevos problemas conexos al problema que hemos resuelto en mediación. Ese es un aspecto del acuerdo total. Cuando el acuerdo es parcial, lo podemos hacer con la parte que no hemos acordado en mediación.

En la mediación sin acuerdo, tenemos el acuerdo de procedimiento donde creamos la cláusula compromisoria y podemos hacerlo exclusivamente en la forma camino o agenda sin la creación de la cláusula.

Les quiero contar un caso que tuvimos en el Colegio de Abogados en la comisión de mediación a la cual pertenezco, en un caso de una mediación en la que no llegábamos a un acuerdo e hicimos algo diferente que no está como cláusula medial; es una salida diferente que consiste en este acuerdo de procedimiento. En mi calidad de mediadora ofrezco siempre la posibilidad de ir al arbitraje, más, en

el discurso de apertura que siempre hago -a pesar de los años que llevamos de mediación, la introducción no me la pierdo porque es para el profesional-, digo esto del arbitraje y allí hice lo siguiente: ambas partes decidieron que interviniera como árbitro, pero desde un acuerdo con opinión, o sea, desde la mediación con opinión, una mediación evaluativa; ambas partes dejaron en el Colegio de Abogados un sobre con toda la prueba que ellos tenían; les di 10 días y 10 días tuve yo para dictaminar. La parte que no estuviera de acuerdo con ese dictamen podía recurrir al arbitraje del Colegio Público y buscar un árbitro de la especialidad, de hecho le tocó al Dr. Valdez Naviero. Una vez que yo tengo mi dictamen, la parte que no está de acuerdo recurre al arbitraje. Desde que llega a la mediación, se hace el dictamen y pasa a arbitraje. Pasaron solamente cinco meses. Evidentemente la conveniencia en tiempo es muchísima. No era una mediación común, pasó a mediación evaluativa y pasó a arbitraje. Esto, además de tiempo, es un ahorro en dinero muy importante, porque la tasa de justicia que se ahorraron las partes en ese momento fue enorme.

Tenemos otra posibilidad que es la mediación evaluativa. Está discutido en doctrina y quiero comentarles que hay un libro muy bueno del Dr. John Cooley, John y Lubet Steven, el libro *Abogacía en el arbitraje*; ellos dicen que no es recomendable que el mediador actúe como árbitro y yo quiero aclararles que estoy en total desacuerdo. En mi caso -el que les comentaba- fue altamente positivo por el hecho de conocer muy en detalle lo intrincado de ese tema. Ocurrió también con dos grandes estudios -bajo el paraguas protector de la mediación- que se habían suspendido seis casos en San Isidro y cuatro en Capital, donde se llegó a un acuerdo en mediación; pero, surgió un hecho nuevo de una de las empresas que tenía vinculación con el caso, entonces los abogados decidieron que yo fuese el árbitro de ese tema, justamente por conocer muy pormenorizadamente un caso tan complejo, con tantos expedientes y con tanta diversidad en la temática. Esto nos llevó a pensar que podemos modificar esa difusión doctrinaria que muchas veces no es práctica o no se baja al campo y queda en el terreno de las ideas, no en el terreno del trabajo diario. Lo que yo les comento surge del trabajo de todos los días. Entonces, estas cuestiones doctrinarias, que las respeto y mucho, a veces no se pueden aplicar directamente a nuestro trabajo. Hete aquí, que la forma de sacarlo fue preguntarle a las partes qué opinaban, cómo estarían más cómodos y ellos tienen

esa salida para hacerlo. Siempre digo que hay que trabajar en el clima, porque es el clima el que genera la confianza y esa confianza, la que nos lleva al convenio; si todos están de acuerdo y deciden que sea el mediador interviniente quien trabaje en ese arbitraje, no veo cuál es el motivo para no hacerlo.

Las ventajas, como bien dijeron los expositores antecedentes, son realmente muy importantes, no solamente en dinero sino en tiempo y por la especialidad, lo cual no es un dato menor.

Por lo demás, considero fundamental dar todas las posibilidades de combinación que tiene la mediación con el arbitraje, con la generación de consensos o la facilitación cuando hay múltiples partes. Uno puede comenzar como mediación un tema, pero si tenemos múltiples partes, por qué no hacer la combinación con la facilitación; de ahí que yo siempre recomiendo que realicen estas otras especializaciones que, por su técnica, muy bien nos ayudan cuando empezamos como mediación.

Y no solamente en contratos internacionales, sino en temas de mediación familiar, donde hay divorcios difíciles que pueden llegar a tener problemas para la aplicación del arbitraje, no solamente porque son cuantiosos en dinero, sino que las partes necesitan esa disposición que puede poner el mediador, esa columna vertebral. Entonces, depende de cada caso; no nos cerremos al arbitraje para el tema internacional, importante y caudaloso; sirve también en los temas de familia para poner orden porque se necesita un laudo, una opinión, no solamente para los casos en que hay problemas patrimoniales. La profesora Christine Coates, profesora de la Universidad de Colorado, es coordinadora de un gabinete de psicopedagogos de todo el estado, y allí instaló el arbitraje para cuestiones de mediación en familia donde la tenencia era compartida, porque había problemas de violencia especialmente con los adolescentes. Para eso también puede ser el arbitraje.

Entonces, muy sintéticamente, vamos a lo concreto: promocionamos nuestro trabajo no en el discurso sino con nuestro trabajo concreto, con acuerdo, sin acuerdo, o para temas parciales; el tema es animarse. Yo cerraría con un mensaje de Ortega y Gasset: "Sólo podemos progresar si se piensa en grande, y sólo podemos avanzar si se mira lejos". Muchas gracias.

** Abogada, árbitro, mediadora especializada en mediación familiar y empresarial y profesora universitaria.*

El Arbitraje Hoy. Perspectivas desde la Abogacía y el Poder Judicial

*Por el Dr. Gabriel Binstein**

Primero que todo, mi agradecimiento a las autoridades de la casa, que son pioneras en todo esto, a la Dra. Flavia Goldcher, al Dr. Alejandro Grossman, a la Dra. Alicia Pierini; realmente han trabajado duro para tratar de instalar una institución que con dificultades se va abriendo paso entre nosotros.

A propósito de lo que decía la Dra. Poblete, cuando fui beneficiado con una beca de la Fulbright Foundation, mi sorpresa al llegar a los Estados Unidos fue ver qué bien funcionaba el arbitraje; entonces me decía el rector de la universidad donde yo hice el posgrado que lo que sucedía era que allí los abogados no participaban. Yo creo que este es uno de los ejes del problema para ver qué pasa hoy con el arbitraje y la abogacía, porque una cuestión es lo que en el laboratorio nosotros pergeñamos y otra es lo que la realidad nos está diciendo cotidianamente. Por ejemplo, el arbitraje no es más que un instrumento dentro del marco de la economía global; la Argentina tiene un marco de economía global, con una justicia colapsada y dentro de esa justicia colapsada podemos intentar analizar los medios alternativos. Una de las grandes preguntas es a quién beneficia el mecanismo de los métodos alternativos. Pensemos que -como decían mis compañeros de la beca de la Fulbright Foundation- para que estos mecanismos en el marco de las economías funcionen, no debe haber situaciones inflacionarias, porque ahora la estadística nos está diciendo que, como las compañías de seguros han descubierto que continuar las causas judiciales es mejor negocio que terminarlas en una mediación o en un arbitraje, sencillamente porque la inflación le come el crédito, hoy al hablar a las compañías de seguros de este tema, exhiben un cuadrado de cálculo actuarial según el cual, a los cinco años, el crédito contra la compañía de seguros se tornó básicamente 0,2; 0,3 del monto total.

Entonces, hablar de este mecanismo alternativo o del arbitraje o de la mediación parece un sueño de fantasía. Podemos ir percibiendo la primera conclusión y es que estos sistemas funcionan en general con economías estables; si no hay economías estables, a las corporaciones económicas, al deudor que debe, le conviene prolongar la litigiosidad hasta el fin.

Segundo tema: para funcionar como árbitro se requiere una especificidad de formación, hay que estar decidido a estudiar y resolver. La Dra. Poblete citaba un caso realmente interesante. Desde otro punto de vista, una experiencia mía tuvo lugar en el ámbito del trabajo, donde frecuentemente se recurre al arbitraje. En el año 2002 yo cumplía una función en el Ministerio de Trabajo y los ingenios tucumanos, a raíz de la crisis, habían sido tomados por su personal, tomados literalmente, o sea, el personal estaba adentro de los ingenios; consulté en ese momento al ministro de Justicia qué era lo que hacíamos, y el ministro de Justicia dijo que enviáramos al equipo de mediadores que recientemente habían llegado de Estados Unidos -argentinos, por supuesto, pero que se habían especializado allí-; se instalaron en la ciudad de Tucumán y a las 24 horas me llamaron diciendo que no lograban descubrir cuáles eran los "intereses" en juego. Estando con las plantas tomadas, parece increíble no descubrir los intereses, es elemental que lo que se está discutiendo es la renta y, en definitiva, se discute poder y no otra cosa. Sucede que estos mediadores no estaban preparados para este tipo de circunstancias, hablo de alta conflictividad con eventual violencia y exhibición de algún "fierrito". De manera que cambiamos el criterio y, a través de otras personas que me acompañaron, transformamos el conflicto institucional en un conflicto arbitral de interpretación de la cláusula de ajuste del convenio colectivo; y logramos sacar una resolución arbitral en dos semanas, para las cuales obtuvimos una tregua social pactada y garantizada por el gobierno nacional. A los 14 días salió el laudo, que fue aceptado por el sector sindical y homologado por el Estado Nacional.

Entonces, la realidad cotidiana nos dicta: primero, especificidad; segundo, hay que estudiar; tercero es el criterio de oportunidad y cuarto es la evaluación correcta de la situación que estamos enfrentando.

Volvamos al punto de partida. ¿Qué es lo que sucede en la provincia de Buenos Aires frente a estos institutos? En general, los últimos años, como el gobierno provincial no había acordado con los colegios departamentales que tienen muchísimo poder en la provincia de Buenos Aires, lo que lograban era que el proyecto llegara a la Cámara de Diputados o Senadores y ahí quedaba, porque ningún diputado ni senador quería enfrentarse con sus respectivos colegios departamentales. Creo que en los paneles

anteriores se habló también del tema y seguramente se volverá a hablar: la carencia de una ley de arbitraje nacional. No existe porque hay fuertes intereses en pugna, y todavía no me he ocupado del interés corporativo del Poder Judicial.

Lo que se discute en este tipo de institutos es cómo distribuimos la renta y cómo distribuimos el poder, y ahí entra a jugar el Poder Judicial que, en voz baja, dice que lo podemos hacer, pero cada vez que el Consejo de la Magistratura intentó avanzar en este sentido, la respuesta fue corporativa diciendo que no es el momento, que no conviene, que hay que ver experiencias en otros países; a lo cual uno podría decir que, como no podemos trasladar la experiencia de otros países ni podemos trasladar instituciones, bueno, quedamos como siempre en una situación de "ni". Por tanto, desde el punto de la corporación judicial, nos hemos encontrado con una marcada oposición. Algo más: el Consejo de la Magistratura tiene estadísticamente probado que, por aplicación del famoso artículo 736 del Código de Procedimiento, en 2008, en medio del tránsito, solamente dos causas han sido llevadas a arbitraje en la Justicia Civil o Comercial, ámbito que depende del Consejo de la Magistratura ¿Qué estadística tenemos con los conciliadores laborales que obligatoriamente, cuando fracasa la conciliación laboral, tienen que ofrecer el instituto del arbitraje? Siete. Estamos hablando de miles de causas. Mi más reciente experiencia fue participar en una conciliación laboral donde ambas partes decidimos que, como no nos poníamos de acuerdo en la interpretación de una forma de remuneración, no vale la pena ir a juicio, pasemos al arbitraje. La conciliadora me dijo que quería hablar privadamente conmigo. Nos llamó a los dos profesionales y me pidió que por favor le explicara cómo hacía. Entonces, volvemos al punto de partida: el expertisse y la especificidad. Probablemente esta colega conocía el tema de la conciliación; lo que no sabía era arbitrar -valga la redundancia- para llegar al arbitraje.

Estos son los datos de la realidad con los cuales tenemos que pelear cotidianamente. Es necesario romper esa cultura del no hacer, que es mucho más importante a veces que hacer normas muy precisas, preciosas, específicas que nadie explica o libros de doctrina. Primero tenemos que llegar a un acuerdo con aquellos a quienes, en definitiva, les sirve. No van a estar todos, pero van a estar los que importan: tenemos que llegar a un acuerdo con la corporación judicial, con los colegios de abogados para que

desarrollen el instituto, de lo contrario solamente serán esfuerzos aislados. Salvado el caso de la Defensoría que sí acompaña, si no hay un acompañamiento institucional legislativo ni una profunda convicción de la necesidad de estos mecanismos, en definitiva, son esfuerzos aislados que no lucen.

Creo que la gran pregunta es: ¿cómo hacemos una Justicia para el siglo XXI con eficiencia, transparencia, con disminución de la litigiosidad?; y esta misma pregunta cabe para el arbitraje o, en su caso, para la mediación; ¿cómo lo hacemos para el siglo XXI?; no lo podemos hacer con los paradigmas del siglo XIX o del siglo XX. Todos nosotros hemos nacido en el siglo XX, pero venimos arrastrando pautas culturales que nos cuesta muchísimo sobrellevar, de manera que el desafío es ponerse de acuerdo, lograr los consensos, acordar con los factores de poder y avanzar en consecuencia. Gracias.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, árbitro, profesor consulto de grado y posgrado de la Universidad de Buenos Aires.*

Preguntas del auditorio

Dr. Orlando Ocampo: Dr. Binstein, coincidiendo con lo que usted dice, que tuvo dos traslados de la Justicia Civil a arbitraje, quiero saber qué podemos hacer todos para que esto se divulgue. Quiero también decirle que en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, donde tenemos un tribunal arbitral, hace un año y medio o dos años empezamos a hacer cursos para que los jueces y los secretarios -que son los que deciden y que muchos de ellos, lamentablemente no conocen de arbitraje- puedan acercarse; han venido los jueces y los secretarios, y ocurrió que se dieron cuenta de que tenían en algunos juzgados, especialmente en lo comercial, causas que arrastraban desde hace diez años, especialmente con bancos cuando había operaciones muy complejas, y que a veces

se trataba de rendición de cuentas, y que no las podían resolver a través de los peritos porque estos siempre les chicaneaban alguna cosa. Entonces, nos mandaron tres casos y, a través de arbitraje, esos que llevaban diez años han sido resueltos en ocho meses, a pesar de todos los problemas que ofrecían. Uno de ellos era un caso de 220 mil dólares, ha sido resuelto satisfactoriamente en ese tiempo y el banco tuvo que aceptar, no estamos hablando de alguna cosa teórica, porque acá está la árbitro interviniente.

Lo que quiero decir es que es importante tratar de hacer convenios con las instituciones, como el Colegio de la Magistratura, para instruir a la gente, porque lo que no tenemos es la cultura del arbitraje, eso es lo que creo que hay que hacer. Gracias.

Dr. José Luis Vera Moreno: Coincido totalmente con lo que dijo la Dra. Poblete con respecto al mediador, pasa de mediador a ser árbitro; como dice Gabriel Binstein, hay que romper viejos paradigmas; y yo tengo un ejemplo muy simple: el Superior Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que durante diez años casi no funcionó y llevó millones de dólares, terminó a partir del Acuerdo de Cochabamba con los jueces tomando funciones arbitrales, cosa que nosotros también rechazamos en principio, pero nada impide que esos jueces del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina pudieran tener funciones de arbitrar; o sea que todo es posible, hay que abrir la mente. Y coincido también con Gabriel Binstein cuando habla de la resistencia y yo digo que lamentablemente -no sólo en nuestro país, en varios países- el Estado no quiere perder el monopolio de la influencia que tiene la Justicia, evidentemente; no solamente el Poder Ejecutivo, sino también el Poder Legislativo: los señores diputados y senadores levantan un teléfono y consiguen la sentencia que quieren. Esas son barreras a vencer muy importantes, que están impidiendo que tengamos una ley de arbitraje.

La **Dra. Liliana Cristina Ortiz** (mediadora y árbitro de Córdoba) consulta a la Dra. Poblete sobre los honorarios en arbitraje.

Dra. Viviana Poblete: Hace muy poco estuve en Salta con temas de violencia familiar y allí también se hizo una combinación de mediación y arbitraje, porque no hay que limitarse, como bien decía mi colega Vera Moreno, podemos hacer combinaciones dentro de lo que es resolución de conflictos y para una amplia gama de temas.

En el primer caso -yo trabajo nada más que en mediación privada-, cobré un básico más un plus. En ese momento mi básico eran \$ 1.500, y después de la cuarta audiencia eran \$ 100; ahora esos montos se han actualizado, estoy hablando de hace tres años. Afortunadamente, los colegas me quisieron gratificar por haber llegado a un acuerdo en esos temas y hubo un plus, pero siempre conviene anticipadamente, como fue mi caso, enviar cuáles son las condiciones, cuál es la forma de trabajo y también la forma de pago. Hay temas en los que he acordado con otros colegas especializados, por ejemplo, en petróleo, y se ha cobrado un dos por ciento, que es el honorario de un escribano, y compartíamos un por ciento cada uno para hacerlo más accesible.

Respecto a honorarios es lo que puedo decir. Muchas veces utilizo el artículo 7 de la 24.573 y, cuando los temas son intrincados -como temas que tengo ahora de laboratorios, con profesionales de la provincia de Buenos Aires, donde la jurisdicción es optativa-, yo pido una minuta pormenorizada al estudio, porque el mediador debe entender qué se está tratando en su mesa, si no, queda muy desdibujado y no puede ayudar. Para mí es fundamental esa minuta y esto entra en lo que viene a ser el porcentaje que cobra el mediador.

María de los Ángeles Vecchiarelli: Es necesario defender estas instituciones por las cuales muchos de nosotros damos la vida porque la amamos, tanto la mediación como el arbitraje.

Nosotros pertenecemos juntamente con el Dr. Martín al Instituto Argentino de Negociación, Conciliación y Arbitraje, o sea, tenemos árbitros en nuestra institución formados.

A mí me ha tocado estar a fin del año pasado en Ushuaia, donde existe una problemática muy grande con el tema de la usurpación, y se habló sobre la necesidad de preparar mediadores y árbitros ambientales. Yo creo que la Justicia tiene que ver que es necesario agilizar las cuestiones por temas de violencia que se suscitan en la problemática con la tierra.

En otro sentido, en el año 1999 me tocó trabajar en una prueba piloto de mediación penitenciaria, en la cárcel de mujeres de Ezeiza, avalada por el director penitenciario, el Dr. Oscar Tapiano, y cuando nosotros presentamos una síntesis de la prueba piloto -tema que seguimos trabajando a lo largo de estos años-, el Dr. Tapiano también manifestó la necesidad de incorporar una institución, que todavía no lo hemos hecho, pero quedó asentado

allí el arbitraje penitenciario.

Graciela Susana Peña, de Lomas de Zamora: En el municipio de Lomas de Zamora hay un tribunal de arbitraje institucional, y uno de los problemas que se presentan son los costos y muchas veces se planteó la posibilidad de algún tipo de reconocimiento; esa es una observación, quizás habría que lograr el acuerdo con el poder -Colegio, Poder Judicial- para que pueda funcionar.

Dr. Gabriel Binstein: Es cierto que los colegios departamentales se asientan sobre la legislación provincial en orden del sistema previsional, sistema previsional del que los jueces de la provincia también están convencidos de su conveniencia; entonces, acá nos encontramos con dos problemas: primero, convencer a los colegios de que modifiquen una ley madre que es la que regula el sistema, pero aun con acuerdos, estamos en presencia de leyes que hacen al orden público provincial, por tanto, no pueden ser objeto de transacción; toda aquella cosa que no puede ser objeto de transacción, como principio, tampoco puede ser objeto de arbitraje. En consecuencia, se requeriría acuerdos institucionales para establecer una modificación según la cual, en la hipótesis de ir a arbitraje, se pagara una tasa menor y disminuir los costos.

De todas maneras, quería retomar un punto del que algo se esbozó en el panel anterior. Ante la falta de institucionalidad con que vivimos en el país -nos guste más o menos, es un dato de la realidad-, ha crecido el número de arbitrajes que se realizan en jurisdicciones de Montevideo, es un dato absolutamente cierto y estadístico, esto se refiere en general al arbitraje corporativo: un tema de franquicias, un tema de laboratorios; por cierto, el arbitraje que habla de causas particulares o de menor cuantía, no soporta ir a Montevideo por los costos que esto involucra; de manera tal que nosotros también tenemos que tener este tema sobre la mesa. Si nosotros no institucionalizamos no sólo el arbitraje, sino la certeza del funcionamiento del aparato jurídico, de la normativa jurídica, lo demás son parches; si nosotros no nos convencemos todos de que el sistema jurídico debe funcionar para que cualquiera tenga acceso al servicio de Justicia, lo demás queda desnaturalizado o es abstracto, y vamos a ver cómo este tipo de conflictos fluyen y se van a Montevideo.

Dra. Viviana Poblete: Para finalizar, en el año 2000 ha comenzado a trabajarse en Estados Unidos con protocolos de mediación y

arbitraje. Los protocolos se dan mucho en la idiosincrasia norteamericana, creo que aquí no tendrían éxito por nuestra forma de ser latina; y otra cosa novedosa para mis colegas mediadores es el tema de los convenios de procedimientos de apertura a prueba en mediación; cuando nosotros vemos que tenemos determinados asuntos muy complicados, tenemos que animarnos a ofrecer esa posibilidad, de realizar el procedimiento de cómo se haría la prueba. Muchas veces esa prueba no hace falta llevarla al tribunal, ya con los resultados se acuerda, se puede homologar en tribunales, en el caso de no llegar definitivamente a un acuerdo contra ahorro de tiempo, así que los insto a ser creativos en esto, a animarse y a preguntar por qué no hacerlo así. Gracias.

Dr. Gabriel Binstein: No quiero ser aguafiestas, pero disiento con la Dra. Poblete, creo que transformar la mediación en prueba anticipada o mecanismo de prueba, esto es un tema muy delicado, me parece que entraríamos en un tema de mucho debate y por eso quería dejar sentado mi desacuerdo en principio.

Dra. Viviana Poblete: Les cuento que el Centro Internacional de Mediación y la Asociación Dirigentes de Empresas tiene ya institucionalizado el tema del trabajo de apertura a prueba desde lo que significa la Asociación Dirigentes de Empresa, así que está abierto a debate, podemos trabajar, esto está muy estudiado, el Centro Internacional es una fuente de trabajo muy idóneo donde el capítulo de apertura a prueba está trabajando.

MESA III

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

mesa III



Dra. María Rosa Cattaneo

Dr. Sergio Villamayor Alemán

Dr. Alejandro Daniel Perotti

Moderadora: Dra. Susana Ayala Ferraro

Las Cláusulas Compromisorias: su Utilidad Práctica

*Por la Dra. María Rosa Cattáneo**

Quiero agradecer a la Dra. Alicia Pierini, a la Dra. Susana Ayala, al Dr. Alejandro Grossman y su equipo, a los Drs. Gustavo Murano, Flavia Goldcher y a toda la gente de la Defensoría, y felicitarlos por la organización del Tribunal Arbitral de la Defensoría del Pueblo, que es ya un hecho hace varios años y estamos trabajando fuerte. Y además quiero agradecer por darme esta oportunidad de hacer algunas breves reflexiones sobre la utilidad práctica de la cláusula compromisoria arbitral.

Les quiero pedir disculpas a los colegas, porque veo colegas árbitros, ya muy avanzados en esta temática, y quizá mis comentarios o reflexiones sean para ellos un poco reiterativas, porque ya se las hayan formulado ellos mismos; pero, el objetivo básico de esta presentación es difundir la necesidad de la inclusión de cláusulas compromisorias en todos los contratos que se celebren, siempre que ello sea posible.

Queremos que aquellos colegas que todavía no se han acercado al arbitraje, piensen que si un problema lo quieren resolver por arbitraje, tienen varias formas de llegar, pero la más importante es incluir una cláusula compromisoria arbitral en el contrato o en el convenio que ustedes celebren con motivo de cualquier acto jurídico. Si la cláusula figura en el contrato, estamos seguros de que va a ser resuelto el asunto por arbitraje.

Hay otras formas de llegar al arbitraje, yo no las voy a enunciar porque no es el tema de este panel; es el caso en el que llego al arbitraje por imposición legal; muchos de ustedes, que hacen Derecho Internacional recordarán los casos de MERCOSUR, en donde, a raíz de los tratados de MERCOSUR, Asunción, Ouro Preto, llego al arbitraje como al final de una cadena; primero, si hay un conflicto entre los países, negociaciones directas; si las negociaciones directas fallan, de acuerdo a las viejas normativas iba esto a ser tratado por los grupos del mercado común, ahora esto ya no es obligatorio, y el arbitraje ad hoc obligatorio se imponía si no se lograba el acuerdo de los países.

Otra forma es por derivación judicial, y en esto debemos concienciar a nuestros colegas jueces de que es muy importante

que sigamos un poco el modelo norteamericano donde los jueces derivan tradicionalmente a mediación o arbitraje; algunos ya lo están haciendo, sobre todo en los casos de pericia arbitral. Todavía nos está costando un poco pero gradualmente se están logrando algunos avances en este aspecto.

También se puede llegar al arbitraje cuando surge el conflicto, y de eso estamos teniendo varios casos aquí en la Defensoría: se le ofrece a las partes el arbitraje y ambas partes aceptan; pero este caso es más difícil de lograr, aunque lo estamos logrando; también el mediador puede derivar a arbitraje; el conciliador laboral también, en la medida en que conozca el instrumento.

Ahora vamos a centrarnos simplemente en el tema de las cláusulas compromisorias y en el objetivo de difundir la necesidad de incluirla cada vez más en los contratos o convenios que se celebren.

Tenemos cláusulas compromisorias de distinto tipo, quizá doy por obvio una definición de cláusula compromisoria, pero podemos decirlo brevemente: es aquella cláusula contractual por la cual las partes que suscriben un determinado convenio o contrato establecen que los eventuales conflictos que surjan de ese contrato serán resueltos por arbitraje. De esta forma, se sustrae los conflictos al conocimiento de los jueces ordinarios y las partes determinan el tipo de arbitraje que se empleará. La famosa cláusula de jurisdicción que ponemos siempre en los contratos, obviamente en este caso la estamos reemplazando por la cláusula de jurisdicción arbitral.

Ahora bien, nosotros en la Defensoría tenemos un modelo de cláusula sugerida o cláusula tipo que el profesional puede usar cuando va a redactar la respectiva cláusula en el contrato o convenio. Mis reflexiones son acerca de la necesidad de profundizar o analizar qué cláusula conviene a cada tipo de contrato o asunto de que se trata, porque yo no creo conveniente copiar -y en eso muchas instituciones coinciden también-; por ejemplo, en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas, habíamos elaborado una cláusula breve parecida a la que tenemos aquí en la Defensoría, y después habíamos elaborado una cláusula más extensa para cuando es posible incluirla en los contratos. Ahora, si ustedes ven la página Web del Consejo de Ciencias Económicas, tribunal que también integro, está el modelo de cláusula breve, lo mismo que acá en la Defensoría, una cláusula breve; y hay un llamado que dice que la parte podrá acercarse al tribunal arbitral para conversar sobre qué cláusula es la conveniente para ese caso concreto. Es decir, para un

caso concreto es conveniente no copiar sino analizarlo y ver si sirve tal o cual cláusula; o copiar y ajustar la cláusula a las necesidades también de las partes, porque mis clientes, si estamos redactando el contrato, tienen ciertas necesidades o ciertas preferencias; entonces, cuando voy a redactar la cláusula podré sugerir qué tipo de arbitraje es el que las partes desean, desde un arbitraje puro, pero también puedo sugerir una cláusula encadenada, que el arbitraje surja al final y sea una cláusula de med/arb, de mediación y arbitraje o de negociación, mediación y arbitraje, usando distintos métodos complementarios de la Justicia, mal llamados alternativos; y si tengo un caso en que las partes están aceptando una cláusula de mediación, igual yo puedo sugerirles arbitraje en caso de que mediación no cierre totalmente, porque a veces mediando puedo llegar a un acuerdo, pero me queda un punto y ese punto lo puedo solucionar por arbitraje o por pericia arbitral; así que, si yo lo pongo en la cláusula, estoy haciendo la abogacía preventiva. Tal vez resulta una cláusula larga o elaborada, pero ya estoy previendo las posibilidades, entonces cuando surja el problema, ya voy a tener las alternativas previstas.

Supongamos que yo prevea arbitraje puro o que prevea arbitraje al final de una cadena, es exactamente lo mismo, tengo que pensar qué tipo de arbitraje van a querer las partes o es conveniente para ese tipo de conflicto, y esto lo tengo que hacer con algún colega que conozca del tipo de contratos que estoy firmando, es decir, algún especialista en *franchising*, si voy a ponerla en un *franchising*; algún especialista en contratos complejos societarios, si voy a ponerla en una unión de sociedades, independientemente de que la Inspección General de Justicia ya dio un modelo, una cláusula tipo por la resolución 4/2001 para los arbitrajes societarios, ese es un modelo también, pero uno puede apartarse de los modelos y a veces necesita hacerlo para hacer un buen servicio de asesoramiento a sus clientes y después, cuando surge el conflicto, no tener problemas. Así que, una de las cosas básicas que tendré que preguntar es si es conveniente por ese tipo de asunto, un arbitraje de derecho o de amigable composición; y en este sentido lo tendré que preguntar, porque, por ejemplo, la Defensoría ofrece -suponiendo que recurrimos al arbitraje institucional de la Defensoría- tres tipos de arbitraje, en realidad son básicamente dos: arbitraje de derecho, unipersonal; arbitraje de derecho con un tribunal de tres colegas, tripartito; y el arbitraje de amigable composición. Este último, en el

mundo de los negocios es el arbitraje que más se usa a nivel internacional; a veces queda al final, quedan pocos artículos sobre el tema, como nuestro Código Procesal desactualizado, que lamentablemente le dedica poco articulado, pero es el arbitraje que hacen los amigables componedores y que permite flexibilizar y resolver a verdad sabido y buena fe guardada, por las técnicas del arte o profesión, por la equidad; y no estoy yo como árbitro encorsetada por el Derecho.

Ahora bien, si yo nada digo en la cláusula y copio, tomo este modelo sugerido, estoy en un arbitraje de derecho. Entonces, tengo que pensar si sirve para ese tipo de contrato concreto o si las partes están requiriendo otro tipo de arbitraje. Es un arbitraje de derecho porque el reglamento de la Defensoría dice que el arbitraje será de derecho, salvo que las partes lo pidan especialmente. Esto en cada institución varía, o sea que yo tengo que conocer los reglamentos arbitrales y ver luego qué decisión tienen que tomar las partes, en función de la institución arbitral que yo elija; si es que estoy haciendo arbitraje institucional.

Otro tema que a mí me preocupa es si nos referimos al tribunal en general, o sea, ponemos que en este asunto actuará el servicio de conciliación y arbitraje y registro de árbitros de la Defensoría del Pueblo o actuará el tribunal institucional de colegios, consejos, etcétera, o ponemos nombres.

En un arbitraje *ad hoc*, es obvio, porque es un arbitraje para ese caso concreto, es obvio que voy a poner nombres de colegas, pero en un arbitraje institucional, mi postura desde siempre es que, como el arbitraje es hecho por especialistas, y cuando uno está redactando el contrato y está poniendo la cláusula arbitral, está pensando en ciertos especialistas que conoce sobre ese tema, por ejemplo, estoy pensando en casos complejos como puede ser marcas y patentes, temas societarios, etcétera, para mí el árbitro es alguien en quien confiar o un tribunal en quien confiar. Entonces, yo propongo que analicemos este tema sobre si poner nombres de árbitros en la cláusula respectiva. Siempre se decía que si se ponen los nombres y luego la persona fallece, no se puede resolver; entonces, en los modelos hemos puesto titulares y suplentes, y si hay problemas, un segundo suplente, como los síndicos societarios. Pero yo creo que las partes y los asesores tenemos que ejercer este derecho porque si no, los árbitros son elegidos por un bolillero, porque las instituciones habitualmente recurren a este sistema de bolillero para elegir a los

árbitros. En las listas de los árbitros somos muchos con distintas especialidades a veces no del todo conocidas por las partes, ni siquiera por la institución, porque uno trata de reseñar la especialidad, pero es un poco difícil a veces resumir la trayectoria. Así que, a mí me parece que hay que ejercer ese derecho, hay que poner nombres en las cláusulas y que eso es preferible a dejar la institución laxa; se puede hacer, pero también está la posibilidad del ejercicio de la voluntad de las partes. Entonces los mediadores que dicen que en el arbitraje no hay voluntad, yo les digo que sí la hay, porque las partes van eligiendo el procedimiento, la institución, los árbitros; van eligiendo muchísimos puntos y esto yo lo plasmo en una cláusula compromisoria.

Además, el hecho de mencionar nombres concretos, significa que hay una garantía de seguridad de especialización de quienes van a actuar en ese caso, de satisfacción de las partes, lo que redundará en un mayor cumplimiento o acatamiento de ese laudo, porque el o los árbitros van a ser elegidos por las partes. En esto los mediadores pueden ayudar mucho porque pueden orientar, viendo qué tipo de arbitraje y qué especialidad conviene a cada caso. Además, hay todo un tema en el que no voy a entrar ahora, sobre medidas cautelares preventivas. En la mayoría de los reglamentos -sin ahondar en el nuestro, el de la Defensoría- tengo que pedir las medidas cautelares preventivas a los árbitros designados. Si los tengo designados, los colegas saben que las medidas cautelares preventivas son *inaudita parte*, yo no quiero que se entere la otra parte de que voy a iniciar el arbitraje. Entonces si yo tengo ya los nombres designados en la cláusula, puedo pedir a esos árbitros la cautelar preventiva sin dar traslado a la otra parte, la otra parte no se entera; en cambio, si yo tengo que elegir el tribunal, para la cautelar preventiva, seguro que voy a tener que citar a la otra parte. En el Congreso de Mar del Plata hay un artículo muy bueno de un colega sobre las cautelares preventivas y la actuación de los árbitros; si alguno está interesado, me dejan el mail y se los mandamos.

Veamos qué pasa en las cláusulas compromisorias en los contratos de adhesión. En 1999 escribí sobre este tema, marcando que en los Estados Unidos ya había producido un gran problema la copia de cláusulas tipo o sugeridas en los contratos de adhesión sin tomar ningún recaudo. Esto si no se hace con cuidado -cuidado que está previsto en algunas legislaciones modernas, como la ley venezolana, la Ley de Arbitraje brasilera y otras, que dice que la cláusula tiene que

estar en negrita, tiene que ser aceptada especialmente por las partes, los árbitros institucionales tienen que ser elegidos sin repetición, etcétera-, si no se hace con cuidado, la inclusión de esa cláusula arbitral puede ser más problemática. En todos los contratos de adhesión, copiándola textualmente, sería más complicado porque sería tachada de nula o de viciada la voluntad de las partes, sobre todo las partes débiles del contrato de adhesión. Así que es todo un tema para investigar y analizar. Publicado en enero de 2004, por editorial Errepar, en la revista *Desarrollo y gestión*.

Vamos a ver algunos criterios básicos para redactar cláusulas compromisorias.

Incluir las cláusulas compromisorias en los contratos es brindar un mejor servicio de Justicia porque rápidamente -y hasta a veces a un costo nulo, como en el caso del arbitraje de la Defensoría- vamos a solucionar los conflictos en forma rápida y gratuita; en otros casos será rápido y a un reducido costo, a un costo razonable. Para terminar, el pedido mío es, por favor, colegas, no copiar, analizar la viabilidad, recordar que en los reglamentos tenemos cláusulas sugeridas, cláusulas tipo, individualizar el tipo de arbitraje, con las partes, con los otros asesores, uno mismo, reflexionar primero qué sería lo conveniente para ese tipo de contrato.

Hay un tema que omití: analizar la apelabilidad del arbitraje, esto también tendría que estar en la cláusula; si no está en la cláusula, rige supletoriamente el reglamento de la institución y, obviamente, la institución ya tiene una decisión al respecto, pero a veces las partes están pidiendo un arbitraje apelable y uno no los puede convencer de que no es conveniente, entonces, o va la cláusula por arbitraje apelable o no va; hay que hacer esas transacciones para que el arbitraje al fin resulte incluido por todas las ventajas que esto tiene.

Los insto a que, aquellos que todavía no lo hacen, porque se han acercado por primera vez a estos temas de arbitraje, empiecen a incluirlo en los contratos y quiero decirles que estamos aquí en la Defensoría y en las distintas instituciones para ayudarlos, para que estas cláusulas sean incluidas cada vez más y mejor, en beneficio de la Justicia y de la seguridad jurídica, y de tener todos una administración de Justicia más rápida y eficiente como queremos. Gracias.

** Árbitro nacional e internacional, mediadora, profesora universitaria.*

Aspectos Prácticos del Arbitraje

*Por el Dr. Sergio Villamayor Alemán**

Los aspectos prácticos del arbitraje constituye un tema muy extenso, porque implica referirse desde la experiencia a todo aquello que puede ocurrir dentro de un arbitraje, y muchísimos profesionales a quienes les gusta mucho este tema, pero que no tienen práctica, a veces están impedidos de acceder a esa práctica por la confidencialidad propia del arbitraje. A veces se acepta que un abogado pueda ir acompañado de otro abogado, y a veces no, se es bastante exigente con el tema de la confidencialidad y no hay posibilidad de que alguien ajeno al arbitraje esté presente allí para practicar.

Mientras escuchaba a María Rosa (Cattáneo) pensé tratar el tema de la cláusula arbitral desde el punto de vista práctico. A mí me ha ocurrido varias veces que me han designado árbitro en contratos en los que nunca llegué a actuar como árbitro, normalmente porque las partes llegan a un acuerdo. Un gran efecto de la cláusula arbitral es que obliga a las partes a negociar para poner en funcionamiento el tribunal, y ya que está negociando para poner en funcionamiento el tribunal, negocia el fondo del asunto y llegan a un acuerdo.

Pero también ocurre que a veces se dan las cláusulas patológicas que no están bien redactadas. Ayer me ofrecieron un arbitraje espléndido, yo ya estaba gastando a cuenta con lo que me estaban ofreciendo, y después me dijeron que lo más probable era que ese tribunal no llegara a constituirse porque me leyeron la cláusula y era un desastre. Los consejos que yo suelo dar con las cláusulas, y en general con los contratos, es que digan lo que tienen que decir y no más. Acá estamos en Argentina, no en EE.UU., y los contratos son kilométricos, y lo bueno es que la cláusula sea muy conceptual, que no sea tan descriptiva, que no sea tan casuista, porque después la dinámica de la vida, de la realidad, del negocio, lleva a que si se plantea un supuesto que no está específicamente en la cláusula, entonces el argumento para quienes no quisieron ir al arbitraje es que lo que querían que fuera al arbitraje está escrito; lo que no está escrito quedó fuera del arbitraje. Para evitar eso, como las partes quieren que cualquier conflicto que se plantee sea resuelto mediante arbitraje, hay que poner la palabrita "toda cuestión que se plantee", "toda" nos enseña la lógica es una expresión universal

afirmativa que comprende a todo: "toda cuestión resultante o emergente de este contrato, será resuelta mediante arbitraje". Allí también los árbitros se pueden pronunciar sobre la constitucionalidad o no, también, si las partes dijeron "toda", es toda. A veces a los abogados les gusta ir precisando situaciones y eso termina debilitando a la cláusula.

Segunda cuestión práctica: Fernando Aguilar decía que en los contratos internacionales es muy común que se dé un haz de distintos contratos que prevén distintas situaciones que confluyen entre sí, aún no dándose esa hipótesis, se da un conjunto de contratos conexos o vinculados y solamente uno de ellos tiene la cláusula arbitral. En este momento tenemos que resolver en un tribunal que integro la situación que plantea un contrato que tiene la cláusula arbitral, y a su vez, las prestaciones de una de las partes -distintas prestaciones, distintos adelantos de fondos-; la devolución de esos fondos y el cumplimiento de determinadas prestaciones fueron asegurados en tres distintos seguros de caución. Los seguros de caución -las pólizas respectivas- no tienen la cláusula arbitral; el contrato afianzado sí tiene la cláusula arbitral. ¿Podemos citar compulsivamente al arbitraje a las compañías de seguros?, sí o no será una cuestión a resolver.

Entonces, debemos tener presentes esas situaciones: cuando se hace un contrato de fianza, si el contrato principal tiene cláusula arbitral, insertarla también en el contrato de fianza; porque si no, nos podemos encontrar con que, tenemos que ir primero a un arbitraje y hacerle un juicio al fiador después, que es el que nos interesa como demandado, el solvente; o nos va a discutir durante mucho tiempo sobre si le alcanza o no el contenido de la cláusula arbitral, porque él afianzó una obligación, pero no se hizo parte de todo el contrato. Son temas de discusión.

Pido disculpas a los encumbrados árbitros que veo, porque lo que voy a decir suena un poquito elemental, pero siempre es bueno volver a las fuentes; se suele decir -y es así- que el arbitraje es un juicio entre caballeros; se habla de la buena fe en el arbitraje. Normalmente en el arbitraje hay caballerosidad y mucha más buena fe que en los juicios comunes; hay también un mejor trato entre los profesionales que en los juicios comunes. Pero eso lleva a confusión a algunos profesionales que van a los arbitrajes con la guardia baja, como estamos entre caballeros, no soy tan cuidadoso en la argumentación que hago, en la prueba que ofrezco en función de lo

siguiente: muchas veces se habla del principio de flexibilidad. Esto es algo fantástico, la flexibilidad significa que en materia de arbitraje, como está en juego nuestra libertad, podemos hacer lo que queramos respecto del arbitraje; podemos establecer el procedimiento que se nos ocurra. Pero una vez establecido el procedimiento, debemos respetarlo. Si yo voy pensando que estamos entre caballeros, con buena fe y hay flexibilidad, no me acordé de ofrecer una prueba documental oportunamente o de aportarla y, cuando un mes después aparece un documento o mi cliente lo trae, se genera un gran problema, porque para el abogado de la otra parte, aún cuando sea un caballero y uno tenga una muy buena relación profesional con él, quizá lo tenga que conversar con su cliente, y su cliente le va a decir que si el otro no presentó el documento dentro del plazo, que se oponga, y si se opone va a ser un problema para el tribunal: venció el plazo para aportar el documento, pero es un exceso formal manifiesto, y se está generando una situación fea que puede derivar en una nulidad el día de mañana respecto de ese laudo. Entonces, desde la práctica, desde la experiencia, seamos muy caballeros, muy de buena fe, pero hagamos las cosas muy prolijamente.

Otra situación que se da a veces en los arbitrajes es confiar demasiado en que los árbitros, como directores del proceso y en la búsqueda de la verdad, van a disponer medidas de prueba o van a suplir alguna deficiencia de las partes en la producción de las pruebas. Y se les reprocha muchas veces a los árbitros "yo no ofrecí esta pericia porque nunca pensé que la otra parte me iba a decir tal cosa". Hay que ser muy cuidadoso con eso. Me pasó hace poco con un arbitraje. Un árbitro -primer caso de arbitraje- un profesional excelente, me dijo que los árbitros nos tenemos que reservar el derecho de disponer medidas de prueba porque nosotros tenemos que buscar la verdad, más allá de lo que digan y ofrezcan las partes. El león de Francia, el justiciero. Entonces, el árbitro justiciero, que tiene ganas de hacer justicia, como cualquiera que vea por primera vez en su vida la oportunidad de hacer justicia -y que no tiene el hábito que tiene un juez estatal que todos los días está haciendo justicia conforme a determinados moldes, conforme a determinadas pautas-, con la mejor buena voluntad puede excederse; porque deliberan las partes, "yo hice tal o cual administración, o tal prueba en función de lo que se daba en el proceso, y una medida para mejor proveer, me descoloca

totalmente el juicio". Entonces, no hay que esperar de los árbitros nada salvador.

Les cuento un detalle pequeño en otro arbitraje. Me llaman para consultarme por un documento pasado ante un escribano público, hecho en Córdoba, y que tenían que presentar en un arbitraje en Buenos Aires; y al consultante le habían dicho que no era necesaria la legalización tratándose de un arbitraje, entonces yo le dije que hiciera lo que estimara conveniente hacer, pero el tema de la legalización de los instrumentos públicos surge de la Constitución Nacional, porque los instrumentos públicos para ser válidos en otra jurisdicción tienen que estar legalizados conforme a la norma que reglamente la legalización. Yo, en principio no hallaría ningún inconveniente, no plantearía ninguna exigencia respecto de eso, pero no sé cuál va a ser el comportamiento de los otros árbitros y del abogado de la otra parte. Entonces, un pequeño detalle puede hacer caer una prueba importante.

También hay que ser cuidadoso con el tema de la carga de la prueba, ofrecer toda la prueba que haya para ofrecer, es problemático para los árbitros cuando las partes no producen las pruebas como deben producirlas: la producen fuera del plazo y los árbitros tienen sobre sí la carga de tener que resolver un problema que se planteó. Entonces, aun cuando en la primera audiencia del arbitraje se establezca que los árbitros se reservan facultades y demás o medidas para mejor proveer, que quede claro que las medidas para mejor proveer son exclusivamente sobre pruebas que están en el expediente pero sobre las cuales hay alguna duda; por ejemplo, una pericia contable, si yo tengo alguna duda, entonces, para mejor proveer lo convoco al perito para que me explique qué quiso decir, pero no puedo disponer por mí mismo una pericia contable si no lo ofreció la parte.

El tema "honorarios" suele ser objeto de preguntas. Hay distintos criterios en los tribunales institucionales y en los arbitrajes *ad hoc* también en cuanto a quién debe fijar los honorarios y cuándo. Hay muchos árbitros, personas excelentes, a quienes no les parece digno o razonable negociar los honorarios con las partes y prefieren que sea un tercero quien los fije. Ese tercero termina siendo la institución una vez que se emitió el laudo, cuando es un arbitraje institucional; o termina siendo el juez estatal con apelación a la Cámara, si es otro tipo de arbitraje. Yo no soy partidario de eso. Yo soy partidario de que cuando las partes le

ofrecen a uno ser árbitro en un caso, pactar los honorarios. Si es un solo árbitro, lo pacta con las dos partes, si son tres árbitros, los tres en conjunto lo pactan con las dos partes; y el convenio de honorarios forma parte del expediente, de actuaciones del arbitraje. Esto es muy bueno porque las partes ya saben cuánto les va a costar, evita sorpresas, evita disgustos. Las partes adoran -en el sentido cabal de la expresión, como si fueran dioses- a los árbitros antes de que emitan el laudo, una vez que emitieron el laudo y no le dieron la razón, pasan a ser el diablo, entonces, ¿qué ganas van a tener de pagarle honorarios?, y se plantea toda una discusión, cosa que no es buena, o la institución establece honorarios y se agarran la cabeza "yo nunca pensé que era tanto".

Hay un tema que es muy importante: los honorarios en el arbitraje se pactan por el monto reclamado y no por el monto del laudo; los honorarios judiciales se fijan por el monto de la sentencia, los del arbitraje no, y acá hay una razón ética muy importante para hacer esta distinción: si los árbitros se fijaran honorarios en función del monto del laudo, los árbitros estarían condicionados a fijar un monto mayor, porque mayor sería su honorario según el monto del laudo. Entonces, como ya se sabe cuál es el monto reclamado de entrada, qué mejor, además para dar flexibilidad a este costo importante, que pactarlo de entrada. El consejo que yo suelo dar - porque he tenido algunos disgustos también- es que se pacte de antemano y así lo sugiero. Gracias.

** Árbitro nacional e internacional, redactor del Proyecto de Ley Nacional de Arbitraje, profesor universitario y conferencista.*

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: Situación Institucional y Opiniones Consultivas

*Por el Dr. Alejandro Daniel Perotti**

Un agradecimiento muy especial a la Defensoría del Pueblo, principalmente a la Dra. Alicia Pierini y a la Dra. Flavia Goldcher por esta honrosa y amable invitación.

Cuando escuchaba a mis dignos acompañantes de mesa, pensaba que no ha sido inocente la Defensoría en la elección del tema. Esto demuestra una vez más el compromiso de las autoridades de nuestro país con el proceso de integración del MERCOSUR, más aún cuando hasta junio Argentina ejerce la presidencia *pro tempore*, así que es un punto que quería resaltar.

Obviamente no voy a profundizar en todo el sistema de solución de controversias del MERCOSUR por dos razones, por un lado, porque es un tema muy amplio, y por otro, por una cuestión práctica: en el día de mañana, ¿cuándo vamos a estar nosotros en un arbitraje en materia de MERCOSUR?, ¿cuándo vamos a defender al Estado?, muy difícilmente. Pero sí me quiero detener en un aspecto del sistema de solución de controversias en el cual todos podemos estar involucrados, que son las opiniones consultivas.

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR está previsto en un protocolo internacional del año 2004 y ya vigente en los cuatro países del MERCOSUR; el principal órgano de este sistema es el Tribunal Permanente de Revisión, un nuevo tribunal constituido en agosto de 2004 en Asunción del Paraguay, capital jurídica del MERCOSUR, y que está formado por cinco árbitros que ya vamos a ver. Este tribunal -aun cuando no es muy público y notorio- ha tenido una actividad bastante prolífica: en menos de cuatro años ya ha dictado cinco laudos y cinco resoluciones y una opinión consultiva, los laudos han tenido que ver en una controversia muy reticente, muy larga, muy "sangrienta" en temas diplomáticos, que es el tema de neumáticos recapados; una controversia de vieja data en el MERCOSUR, del año 2001, que ha enfrentado últimamente a Uruguay contra Argentina y ese ha sido el bautismo de fuego del tribunal: un laudo entre Uruguay y Argentina en el que le ha dado la razón a Uruguay. Hasta el día de la fecha ese laudo ha sido

incumplido, ergo, nuestro país sufre sanciones aplicadas por Uruguay. Las resoluciones han tenido que ver con la elección del secretario del Tribunal Permanente de Revisión.

En el MERCOSUR tenemos un sistema normativo, porque, además del protocolo de Olivos, esto se completa con un conjunto de normas. MERCOSUR, lamentablemente es experto en dispersión normativa: en vez de tener todo organizado en un cuerpo, en un código, nos acostumbramos a dispersar las normas, entonces, para darle un poquito más de ubicación normativa, tengan en cuenta que el protocolo es del año 2002, tenemos el reglamento del protocolo que es el arma reglamentaria más importante, luego tenemos una norma sobre una especie de medidas cautelares aplicables entre Estados, luego tenemos las reglas de procedimiento del tribunal, y la niña bonita que es una decisión muy reciente, del Consejo del Mercado Común, 02/07, que reglamenta cómo y cuándo los jueces nacionales -y aquí nos introducimos en el tema- van a poder solicitar una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión.

El tribunal tiene cuatro competencias, pero me voy a dedicar a una: controversias en Estados partes; medidas especiales de urgencia; funcionar como una especie de Cámara funcional de Casación en materia de recursos de revisión; por último, opiniones consultivas.

Las opiniones consultivas pueden ser solicitadas por dos clases de sujetos, unos privilegiados y otros más populares -por decirlo de algún modo-; los privilegiados son, obviamente, los Estados partes, algunos órganos del MERCOSUR y el Parlamento del MERCOSUR.

Los legitimados, un poco más populares, tienen un poquito menos de campo de actuación; fíjense que los legitimados activos privilegiados pueden hacer una pregunta al Tribunal Permanente de Revisión sobre cualquier cuestión jurídica vinculada a los derechos del MERCOSUR, y el resto de los privilegiados, que son los jueces nacionales, pueden consultar al tribunal siempre que sea una interpretación jurídica. Si uno se pone exquisito, uno no sabe bien cuál es la línea divisoria entre cualquier cuestión jurídica y una cuestión jurídica de interpretación.

El mecanismo de las opiniones consultivas es el siguiente: Se ha pactado -tal vez haciendo caso omiso de lo que es la buena práctica, sistema europeo y sistema andino- que solamente pueden ser

correos las cortes supremas, es decir, los únicos que pueden dirigir una opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión.

La opinión consultiva es un mecanismo o herramienta de cooperación entablada entre dos tribunales: un tribunal nacional que entiende en una causa concreta, y un tribunal regional, en este caso el Tribunal Permanente de Revisión; es decir, es un contacto entre un juez nacional que está en un expediente judicial en el cual alguna de las partes solicita la aplicación de la norma del MERCOSUR, se discute la aplicación de la norma del MERCOSUR, en el marco de ese expediente el juez puede requerir la interpretación del Derecho del MERCOSUR a un tribunal. Ahora bien, entre el tribunal nacional que interviene en un caso concreto y el Tribunal Permanente de Revisión, están los tribunales supremos, los únicos que pueden endosar un pedido son las cortes supremas. Eso no quita que un tribunal nacional pueda solicitar a través de la Corte Suprema una opinión consultiva.

El mecanismo es muy simple: debo tener un expediente judicial concreto, cualquier juez nacional de cualquier instancia, sea nacional, federal o provincial, de cualquiera de los países partes del MERCOSUR que esté involucrado en la aplicación de la norma del bloque, puede hacer uso de este mecanismo. No estoy hablando aquí a futuro, si uno tiene en cuenta que desde 1991 a la fecha se han dictado más de mil sentencias por jueces nacionales, donde se aplica -o aplica más o menos- o no se aplica una norma de preconsulta; es decir, hoy por hoy hay otro MERCOSUR, que acostumbramos llamar "MERCOSUR subterráneo", que es un MERCOSUR paralelo al de los Estados, que se ha desarrollado lenta pero progresivamente. Hoy los tribunales nacionales aplican de forma asidua las normas del MERCOSUR en los cuatro países del bloque. Entonces, hay materia prima para hacer uso de este mecanismo.

El procedimiento es como cualquier acto procesal, debe ser una consulta puntual por escrito, en la que se explique el cuadro fáctico en el cual el tribunal debe decidir, explicar los hechos, poder acercar las opiniones de las partes en el juicio; esto se encamina directamente al respectivo tribunal supremo nacional y es el tribunal supremo nacional que endosa el pedido y lo envía a Asunción del Paraguay.

El Tribunal Permanente de Revisión tiene 45 días para decidir, es decir, esto no va a dilatar demasiado el procedimiento y voy a obtener la interpretación auténtica de las normas del bloque.

Por el momento y solamente por el momento, la respuesta que va a dar el Tribunal Permanente de Revisión a la interpretación de las normas no es obligatoria ni vinculante. Y no me equivoqué al usar estos dos adjetivos, porque está en las normas que la opinión consultiva no va a ser ni obligatoria ni vinculante; es como que quisimos reasegurarnos de que no iba a ser obligatoria ni vinculante. Esto es una norma que tiene rango de decisión del Consejo del Mercado Común, es decir, aprobada por los ministros de Economía y de Relaciones Exteriores, no necesita reforma legislativa, lo que significa que, si la voluntad política existe, el día de mañana esto se puede transformar en obligatorio.

Una pregunta que se suele plantear es si existe la obligación de un tribunal nacional ante un pedido de parte de plantear la opinión consultiva. No existe la obligación del juez de hacer lugar a un pedido de una de las partes. Quiero reiterar: en el procedimiento solamente participan dos tribunales, uno nacional y el regional, los abogados de las partes o el fiscal o el defensor no intervienen en el procedimiento; pueden solicitarle al juez, pero quien decide es el juez nacional.

Una vez que el tribunal del MERCOSUR llega a su respuesta, responde la opinión consultiva, la envía al tribunal supremo del cual recibió la consulta y es el tribunal supremo quien la remite a su vez al juez propiamente consultante.

Algunos consejos prácticos: lamentablemente hay mucho desconocimiento en materia de MERCOSUR, entonces, hay que hacer una especie de docencia, explicarle al juez qué es el tratado de Asunción, qué es el protocolo de Ouro Preto, qué es el protocolo de Olivos, porque, lamentablemente, los juristas y los jueces no estamos preparados en estos temas, ya sea porque las normas no son accesibles fácilmente o porque no se tiene acceso a la información.

Otra pregunta práctica que se suele hacer es quién puede pedir. La opinión consultiva puede ser un pedido de oficio realizada por el juez de la causa o a pedido de parte; no está regulado a través de qué forma procesal, eso depende de cada juez, hay una amplitud de elementos procesales a través de los cuales el juez nacional puede canalizar este pedido. Reitero que aquí no intervienen las cancillerías, el contacto es directo entre un juez nacional y un juez del tribunal del MERCOSUR.

¿Cuál es el valor adicional que tiene esto? Un proceso de integración implica la eliminación de las barreras a la circulación de los factores

productivos -bienes, capital y trabajadores-; ahora bien, yo puedo tener una única norma, decisión del Consejo de Mercado Común que me dice, por ejemplo, cómo tienen que ser las botellitas de plástico, pero si esta norma es interpretada en cada país de forma diferente, voy a tener cuatro Derechos diferentes y basado en la autoridad de cosa juzgada, este Derecho se transforma en el peor obstáculo a la circulación de los factores productivos. Y si a su vez esa norma es interpretada en forma diferente en Jujuy que en Neuquén, en Santos, Brasil, que en Río Grande do Sul, en Montevideo que en Maldonado, Uruguay, o que en Lambaré, en Paraguay, imaginemos la potencialidad de obstáculos que voy a tener. Entonces, la finalidad última del mecanismo es que haya un tribunal, un único órgano competente para declarar con autoridad de cosa juzgada la interpretación de la normativa. Muchas veces, hay que tener en cuenta que las normas son muy complejas, o muy técnicas, entonces, esto tiene que ser visto como una herramienta que va a ayudar a los tribunales a entender la dinámica y el núcleo normativo de la norma del MERCOSUR.

En el terreno práctico, en Argentina, la decisión 2/97 establece la obligación de los tribunales nacionales supremos de reglamentar cómo va a ser el procedimiento interno que tiene que seguir un juez para pedir la opinión consultiva. En Argentina la Corte no ha reglamentado todavía este mecanismo, sin embargo, ya hay un proyecto de acordada listo para ser aprobado. De cualquier manera, me remito aquí al caso de Ekmekdjian contra Sofovich, la Corte ha aplicado en forma directa y ha considerado que el ejercicio de un derecho no puede ser obstaculizado por la falta de reglamentación. Tan así es, que ya hay en la Corte Suprema de Justicia de la Nación dos pedidos de opiniones consultivas esperando que sean remitidas a Asunción; uno de ellos -es hoy uno de los temas más conglomerantes en materia de opinión pública- son las retenciones, los derechos de exportación. Hay una empresa exportadora que ha impugnado judicialmente los derechos de exportación, y en el marco de esto, se le ha pedido a la Corte que le pregunte al tribunal del MERCOSUR si los derechos de exportación que establece el Estado Argentino son o no compatibles con las normas del Tratado de Asunción.

En Brasil falta la reglamentación, todavía no se ha aprobado; hay algunos casos en los que eventualmente se podría solicitar, pero hasta ahora no hay ningún pedido ni de parte, ni del gobierno.

En Paraguay falta reglamentación, no obstante Paraguay ha sido el primer país en el que un tribunal interno, el juzgado Civil y Comercial de Asunción del Paraguay, ha solicitado la primera opinión consultiva al Tribunal Permanente de Revisión que ha sido contestada, justamente en un caso que involucraba a una empresa argentina y una empresa paraguaya que, si quieren después en las preguntas podemos debatirlo porque hay una cuestión de arbitraje internacional y demás. Paraguay tiene una famosa norma de orden público sobre contratación internacional.

Por último, Uruguay es el único país cuya Corte Suprema de Justicia ha reglamentado por acordada en agosto del año pasado el mecanismo y, además, ya hay en el marco de causas judiciales en Uruguay pedidos a los jueces intervinientes.

Este es un procedimiento de cooperación: aquí hay un juez nacional que solicita el auxilio interpretativo de un juez que está especializado en la interpretación de esta norma tan compleja y especial. No hay una relación de subordinación, hay una relación de cooperación, se coopera entre iguales. Cuando hablo de "especial", no me refiero a especial en cuanto a la lectura, es especial porque lamentablemente en el MERCOSUR estamos casi en el paleolítico. Hoy no sabemos cuándo oficialmente una norma está vigente porque no hay información; entonces, un juez puede tener dudas desde a partir de qué día está vigente la norma, hasta en cuanto al contenido expreso normativo de la norma.

Por último, es el ejercicio de un derecho fundamental para las personas, el ejercicio indirecto del derecho fundamental al acceso a la jurisdicción a un tribunal: el Tribunal Permanente de Revisión. Tengan en cuenta ustedes -como lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea desde años inmemoriales- que los ciudadanos son el protagonista, el actor principal de todo proceso de integración; negocian los Estados, pero si Juan no le vende a Pedro que está en otro país, el mercado común no existe; si yo no voy de turismo a otro país, el mercado común no existe; si yo no estudio en un país y quiero hacer valer mi título en otro país, el mercado común no existe. Los actores somos nosotros. Muchas gracias.

** Profesor universitario, especialista en Comercio Exterior.*

Preguntas del auditorio

Dra. Susana Ayala Ferraro: antes de pasar a la ronda de preguntas, la Dra. María Rosa Cattaneo ha pedido un minuto extra.

Dra. Cattaneo: Como creo que en la mesa soy la única árbitro del Tribunal Arbitral de la Defensoría del Pueblo, quería hacer dos acotaciones, sobre todo para aquellos colegas que nos visitan por primera vez y para aquellos que no son árbitros, pero como abogados, como profesionales asesores de empresas, ven en el arbitraje un instrumento útil para solucionar problemas de empresas y de individuos, por supuesto. Y quiero hacer algunos comentarios a lo que expuso mi colega Sergio Villamayor; básicamente, este tribunal se diferencia de los otros por la gratuidad. Es decir que el tema de los honorarios es un problema que no van a tener si ustedes traen a un cliente al Tribunal Arbitral de la Defensoría del Pueblo, porque ya está solucionado por la Defensoría; no hay honorarios que pactar, nuestros honorarios como árbitros están cubiertos por la Defensoría, es un problema menos. La gratuidad del procedimiento es lo que distingue a este tribunal que trata de llevar un servicio a la comunidad, que para algunos casos será útil, para otros, no; pero tener en claro esta característica de nuestro nuevo tribunal. Nuevo pero no tanto, porque ya llevamos más de un año y medio y hemos tenido estos problemas prácticos de los que hablaba el colega Sergio Villamayor, y los hemos tenido en abundancia, a pesar de que la mayoría de nuestros casos se han conciliado; y en ese sentido, yo creo que hay que hacer un esfuerzo de capacitación de los colegas profesionales que traen los casos al tribunal, porque el arbitraje no es mediación, ni es conciliación. Por suerte, en nuestro reglamento tenemos una etapa de conciliación, que lo podemos ampliar, y de hecho, hemos llamado a varias audiencias de conciliación en algunos casos, porque venían tan mal planteados los arbitrajes, a veces sin el ofrecimiento de prueba -veo la cara de tres árbitros con los que hemos compartido el tribunal- y hemos tenido que vernos en esa figurilla: de avanzar con un procedimiento arbitral donde el ofrecimiento de prueba era nulo o casi nulo; o este dilema de dictar medidas de mejor proveer, que no correspondían en el caso, entonces, usamos la herramienta de la conciliación muy fuerte y logramos conciliar estos casos. No todos los tribunales proveen herramientas de conciliación y yo

creo que hacia ahí va el arbitraje del futuro, con mucha conciliación para solucionar estos problemas y además para resolver el conflicto más rápido, porque yo como árbitro, si puedo lograr que concilien las partes, mucho mejor. Para eso tengo que tener árbitros entrenados en técnicas de mediación y conciliación y así podemos superar este tema y darle flexibilidad al proceso, o sea, a través de la conciliación; incluso en la reforma de la ley UNCITRAL se viene que la conciliación en el arbitraje es muy fuerte y eso queremos, porque le da flexibilidad al mundo de los negocios también. Lo queremos para lo comunitario, lo queremos para los negocios que resuelven conflictos en arbitraje. Hacia ahí va el arbitraje, la Defensoría en su reglamento lo tiene establecido y lo pudimos usar, nos costó, pero se han conciliado asuntos que si no, hubiera sido difícilísimo laudar, porque prácticamente no había prueba, y hubiéramos tenido que usar mecanismos muy complejos y hasta no podríamos haber laudado en algunos casos. O sea que en nuestra pequeña vida, hemos tenido problemas y los vamos solucionando, sobre todo porque el reglamento es bastante flexible y nos permite usar esta herramienta de la conciliación. En la vida de 70 casos de Tribunal Arbitral de la Defensoría hemos tenido estas vivencias prácticas y complejas. Gracias.

Preguntas del auditorio

Dra. Patricia Luppino (contador público y árbitro): al Dr. Villamayor Alemán, ya que habló sobre aspectos prácticos del arbitraje quería comentar, en un intercambio de experiencias, que en oportunidad de necesitar el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Cartagena, estuve reunida con la directora y ella me comentó que tienen una lista de árbitros, todos abogados, y que en su mayoría los laudos han sido de derecho, conforme a derecho, que tuvieron en alguna oportunidad solicitudes de arbitraje para laudar conforme a equidad, pero que lamentablemente esos laudos habían terminado en un pedido de nulidad en la Justicia, que había prosperado, con el fundamento que los abogados habían laudado conforme a derecho y no

conforme a equidad, o sea, habían basado su fundamento en la ley. Quiero pedirle su experiencia y su opinión respecto de este tema: cómo hace un abogado para desprenderse de su formación y de su conocimiento y laudarlo conforme a equidad.

Dr. Villamayor: Yo, como árbitro, prefiero siempre el arbitraje de equidad. En el mundo en general ahora se está imponiendo como criterio residual, si las partes no han pactado, en todas las últimas leyes que se han dictado, se considera que el arbitraje debe ser de derecho, la tendencia en Hispanoamérica durante muchos siglos era el de arbitraje de equidad. ¿Cómo hace un abogado para laudar en equidad cuando uno está tan metido en el mundo del Derecho? El Derecho forma parte de la cultura, la circunstancia de que alguien deba fallar en equidad no quiere decir que debe prescindir del Derecho, porque el Derecho forma parte de la cultura; y es bueno que cualquiera que actúe como árbitro, sea cual fuere su profesión, tenga una formación jurídica básica. El ideal se presenta cuando coincide la solución de equidad con la solución jurídica, y en ese sentido, en los laudos de amigables compondores se suele hacer un razonamiento desde la equidad y desde el Derecho cuando ambos coinciden; y cuando no coinciden se hace alguna salvedad; yo siempre hago un considerando inicial, diciendo que es un arbitraje de equidad, con lo cual, no me he de sujetar necesariamente a las normas jurídicas aplicables al caso, sino que he de laudar conforme a equidad; eso no ha de significar que voy a prescindir del Derecho, pero el arbitraje debe ser de equidad. Sin embargo, la equidad no significa que el árbitro pueda hacer lo que quiera; además estas expresiones tan antiguas "verdad sabida", "buena fe guardada", si yo tengo que hacer un laudo fundado, por lo pronto ya no hay buena fe guardada, lo guardo para mí, tengo que fundar, y tengo que dar muy buenos fundamentos. En los laudos de Derecho, se le facilita -en cierto sentido- la labor al árbitro, porque si el artículo tal dice tal cosa, hago un silogismo y la solución está ahí. En el arbitraje de equidad debe esforzarse más en demostrar que la solución que dice es justa. La equidad, según lo veo yo, no es que el árbitro hace lo que quiere con la mejor buena fe, sino que toma en cuenta el Derecho, las pautas jurídicas generales que rigen esa comunidad y que condicionan los actos de las personas. Yo cuando firmo un cheque sé que estoy haciendo algo que es más que llamar por teléfono y decir que cuando pueda voy a pagar lo

que debo; sé que firmar un cheque tiene determinadas consecuencias jurídicas. Entonces, el árbitro, lo que debe hacer es, cuando la norma jurídica en su aplicación concreta al caso es injusta -porque una ley, por definición es general-, ahí hay que dejar de aplicarla o aplicarla limando los filos que puede tener la norma jurídica general aplicable al caso; por ejemplo, esto es una mesa y es una mesa en un arbitraje de equidad y en un arbitraje de Derecho, yo no puedo decir otra cosa, lo que puedo hacer si tiene filos, es suavizar el filo, suavizar una tasa de interés, establecer una forma de pago; es decir, ser un poco más flexible en la interpretación de tal conducta de las partes, pero no podría hacer lo que quiero, y normalmente los laudos de equidad y los de Derecho tienen un contenido muy parecido, porque normalmente -lo comentaba antes Fernando Aguilar- el Derecho también se nutre de la equidad y la equidad es una fuente del Derecho, hay quienes filosóficamente piensan distinto, pero, para muchos la equidad es una fuente del Derecho.

Dra. Cattáneo: La jurisprudencia viene a favor de aceptar el arbitraje de amigable composición, las cámaras y las respectivas salas están cada vez más resolviendo a favor del arbitraje y del arbitraje de amigable composición. Este fallo es del año 2007, 10 de diciembre, y se basa en el caso Honda Motor contra -no tengo la otra parte-, Cámara Nacional de Comercio, sala B, del 20 de diciembre de 2005, en donde reivindica la jurisdicción arbitral de los amigables componedores, y es más, un abogado descontento con los honorarios fijados por el árbitro amigable componedor, planteó la apelación en Cámara de sus honorarios y la Cámara le contestó que lo relativo a costas sigue al principal, por lo tanto, como él pactó arbitraje amigable composición, en los honorarios no puede apelar y buscar una solución distinta; tiene que aceptar también que el árbitro amigable componedor resuelve y, así, no hizo lugar a la apelación. Sin querer hemos completado esto, la visión práctica de Villamayor Alemán y la visión de los jueces que es muy importante porque la jurisprudencia está avanzando a favor del arbitraje.

Ricardo P. Ricchieri: Al Dr. Villamayor y a la Dra. Cattáneo, he visto en varios contratos que se establecen cláusulas compromisorias en las cuales dejan establecido a favor de una sola de las partes la elección de la vía, por ejemplo, se pacta la jurisdicción, el Tribunal Arbitral de la Defensoría del Pueblo, o a elección del locador, por ejemplo, los tribunales ordinarios de la

jurisdicción. Quería saber su opinión respecto a la validez de esa cláusula y la acción práctica.

Dra. Cattáneo: Esta elección de la vía por parte del locador, yo la vería como complicada y probable causa de nulidad, porque le estamos dando demasiadas facultades; aquí vería la parte fuerte, el locador y débil, el locatario, el que está recibiendo y aceptando esa imposición; habría que ver el texto completo de la cláusula, pero en principio lo podría encuadrar como un contrato de adhesión, porque, en definitiva, si no se toman los recaudos para que el locatario expresamente manifieste su aceptación de esto, quien elige es el locador y le estamos dando facultades extremas y eso sería atacable. No sería conveniente, a mi criterio, redactar una cláusula de ese tipo, es ambigua, causa problemas; mejor hacerlo bien y evitar estas posibles causales de judicialización del arbitraje. El arbitraje quiere solucionar los problemas fuera de la Justicia y esta cláusula ambigua puede traer problemas y ya ir por la interpretación a discutirlo judicialmente.

Dr. Villamayor: Yo creo que en el caso de un contrato de adhesión, la cláusula es nula; si se plantea un conflicto, la parte que sufre la acción del otro va a plantear la nulidad seguramente, máxime cuando existe un criterio jurisprudencial muy afianzado que para mí no es correcto, pero que es la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral. No tratándose de un contrato de adhesión, habría que ver el contrato, puede haber razones económicas, razones concretas de movilidad de las partes que hoy están en un país, mañana están en otro, entonces acuerdan que, según donde estén cuando se plantee el conflicto, elegirán un tribunal u otro; si no existe un vicio de la voluntad, si son dos empresas bien asesoradas por sus abogados que han intervenido en la redacción de ese contrato, y estamos en el ámbito de la libertad contractual que es la base del arbitraje, yo, en principio, no le vería problema, pero coincido con María Rosa en que yo como abogado no pondría una cláusula así, porque estoy generando la posibilidad de que el deudor que no quiere pagar, va a tener para chicanear bastante tiempo con eso.

Graciela Sabattini: La pregunta es para el Dr. Perotti. Si yo no interpreté mal, en su exposición habló de una ley de Paraguay de orden público a la cual están sujetos los contratos internacionales; me gustaría saber si dicha ley es sobre contratos específicos y, en su caso, cuál es el listado que tiene en relación al MERCOSUR.

Dr. Perotti: Es la ley 194/93, es una ley aplicable a cualquier contratación internacional en la cual sea parte una empresa paraguaya. Como ustedes comprenderán, en todos los contratos internacionales firmados por una empresa paraguaya, la contraparte fijaba jurisdicción y derecho aplicable extranjero, esto en algunos casos provocaba abusos, entonces, el legislador determinó, bajo una ley de orden público, que todo contrato internacional en el cual sea parte una empresa paraguaya ubicada en el extranjero, la jurisdicción iba a ser de los tribunales paraguayos. Entonces han sucedido dos casos: un caso de una empresa paraguaya y una empresa radicada en Corea; y un caso MERCOSUR. En el primero, no recuerdo si era Honda o Mitsubishi, la distribuidora de productos en Paraguay y Honda o Mitsubishi casa matriz. Se había pactado la jurisdicción en los tribunales de Japón, la contraparte paraguaya se defendió alegando la inconstitucionalidad de esta ley, el caso llegó a la Corte Suprema y esta convalidó la constitucionalidad de la ley, es decir, es inconstitucional llevar un caso fuera de Paraguay cuando una de las partes es paraguaya. Era un caso de problemas de jurisdicción en tribunales arbitrales japoneses.

El segundo caso involucró el tema MERCOSUR. Era Notia, que es una empresa de laboratorios de Argentina que tiene distribuidora en Paraguay, era un contrato de distribución. El contrato establecía que bajo el paraguas de protocolo de Buenos Aires sobre Derecho aplicable en los contratos internacionales, las partes podrán elegir la jurisdicción. Las partes habían establecido que por cualquier conflicto que surgiera de este contrato de distribución de productos farmacéuticos, iba a tener jurisdicción en los tribunales ordinarios de la Capital Federal. Rescindido que fue el contrato, la empresa paraguaya demandó a la empresa argentina en sede paraguaya. La empresa argentina excepcionó incompetencia e invocó el protocolo de Buenos Aires, que es un protocolo del MERCOSUR. La jueza le preguntó al tribunal del MERCOSUR, en la primera opinión consultiva, si el juez paraguayo -ella- debía declarar la incompetencia o aplicar una norma del MERCOSUR, un protocolo, que si bien es posterior a una ley anterior paraguaya, y que si bien en Paraguay los tratados tienen primacía sobre la ley, esta ley era de orden público, y el tribunal del MERCOSUR, en forma unánime estableció que las normas del MERCOSUR prevalecen sobre las normas anteriores o posteriores del Derecho interno, sean o no de orden público.



MESA IV

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

mesa IV

Dr. Héctor Alegría

Dra. María Haydeé Miguel

Moderadora: Dra. Flavia Goldcher

Arbitraje Institucional y no Institucional: Nacional e Internacional

Por el Dr. Héctor Alegría*

Si esta jornada se denomina "Arbitraje institucional", hablar de arbitraje institucional y no institucional es quizá un núcleo importante del asunto.

La historia empezó con el arbitraje de una persona o personas o una autoridad. El arbitraje institucional es algo moderno, porque fue creando una serie de facilidades para el arbitraje, de garantías para el desarrollo del arbitraje que le da una inserción que permite una confianza de las partes, seguramente, mayor.

Indudablemente, las **ventajas del arbitraje institucional** son muy grandes: en primer lugar, el **prestigio** o la **estabilidad** que le da una institución de arbitraje; en segundo, hace **más simple** todo, porque como tiene un reglamento en el que están previstas la mayor parte de las circunstancias que se pueden dar, esto facilita el arbitraje, lo aclara y evita que las partes tengan que hacer un convenio arbitral tan complicado como el que explicaron antes; **facilita la designación de árbitro**. Esta es una de las partes más importantes, porque si hay un convenio para hacer un arbitraje *ad hoc* y no tienen nombrados los árbitros, y aun si los tienen nombrados, si a esos pobres árbitros les pasa algo por lo que no pueden aceptar, tienen que ir al tribunal a pedir la designación de un árbitro, y todo esto, aunque aparezca flexibilizado por la legislación más moderna, es complejo, mientras que, en una institución arbitral, la designación de árbitros es mucho más sencilla.

En cuanto a los costos, hay gente que dice que es más barato el arbitraje *ad hoc*, otros dicen que es más barato el arbitraje institucional. Si uno ve los costos comparándolos con los de un proceso judicial, seguramente el arbitraje es más barato; si uno ve el arbitraje *ad hoc* versus el arbitraje institucional, es probable que el institucional tenga algún costo administrativo -sobre todo en las instituciones privadas-, mientras que el arbitraje *ad hoc* no tiene costos administrativos en general, salvo que actúe un secretario. En cuanto a los **costos de los árbitros**, por supuesto que en casos como **los de esta casa**, los árbitros **son gratuitos**, mientras que los arbitrajes *ad hoc* tienen que ser remunerados.

También es muy importante la **asistencia administrativa**, es decir, cuánto significa en un arbitraje institucional que detrás del árbitro haya toda una institución que administra todos los pasos del arbitraje, **da mayor garantía y seguridad**, como dijimos antes. Además, el arbitraje institucional tiene la ventaja y la probabilidad de formar un cierto concepto institucional de sentido de cómo se interpreta el reglamento arbitral y cómo se interpreta el Derecho en esos arbitrajes. Lo primero es más fácil, porque se puede dar a conocer a las partes cómo se deben interpretar las cláusulas del reglamento arbitral, es bastante más difícil explicar cómo se interpreta el Derecho en este caso, porque es muy difícil desprender el Derecho del nombre de las partes y la confidencialidad, en muchos casos, hace que no se pueda identificar el nombre de las partes; de ahí que los reglamentos arbitrales respecto de la confidencialidad tengan distintas maneras de protegerla y distintas maneras de permitir un cierto conocimiento de los fallos que, naturalmente, está siempre limitado a la voluntad de las partes.

¿Cuándo puedo tomar un **arbitraje ad hoc**, es decir, formado especialmente, fuera de una institución de arbitraje? Generalmente, no previendo en la cláusula que se va a hacer un arbitraje *ad hoc*, cuando ya se ha presentado el problema y no es fácil invocar una cláusula arbitral porque no existe, entonces, en lugar de ir a una institución arbitral, se designan una o tres personas que sean los árbitros para ese caso particular. Este tipo de arbitraje tiene como ventaja que se **puede designar con mayor flexibilidad el árbitro** y tiene **mayor flexibilidad el procedimiento**. Por ejemplo, el arbitraje de la CCI (Cámara de Comercio Internacional en París) se reserva la posibilidad de revisar el laudo -ellos dicen que sólo en cuestiones formales- y sugerir los árbitros.

Los árbitros *ad hoc* tienen la posibilidad de dirimir sin la necesidad de someter su intervención a ningún concepto o preconcepto.

Dentro de los **arbitrajes institucionales**, existen **diversas clases**. Está el arbitraje **puramente administrado**, es decir, la institución solamente administra los arbitrajes, pero **no tiene tribunales de arbitraje** en sí misma; es el caso, por ejemplo, de la CCI que establece un procedimiento de arbitraje, la corte de arbitraje -que tendrá algunas facultades que luego veremos-, pero no falla, no lauda, solamente laudan los tribunales que se constituyan de

acuerdo con sus reglamentos. Luego hay **otras instituciones arbitrales que tienen dentro de ellas tribunales arbitrales**. Estos tribunales pueden ser, por lo menos, de dos maneras: algunos son **con constitución constante**, por ejemplo, el de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que tiene tres árbitros que son permanentes, naturalmente se renuevan cada tanto, pero tienen permanencia institucional; mientras que otros tribunales, como la Bolsa de Comercio de Rosario, tiene una **lista de árbitros** dentro de los cuales se designa un tribunal para el caso. De manera que hay variantes y uno tiene que mirar adónde va para saber qué es lo que está comprando, hay que mirar el prospecto; el prospecto es el reglamento arbitral para ver si ese reglamento interesa para el caso o no.

Las **funciones de las instituciones de arbitraje** han ido creciendo y son muy importantes. La primera es la **reglamentación**, a través de los llamados "reglamentos de arbitraje"; en general no son demasiado extensos, no son un código de procedimiento, tienen unos cuantos artículos, y tratan de delegar en los tribunales arbitrales -ya sean permanentes o designados para el caso- una gran cantidad de funciones de administración procesal. Para mencionar uno, el reglamento de la CCI dice que si las partes no dijeron nada sobre el procedimiento, los árbitros lo determinarán, con referencia o no a una ley nacional procesal; es decir, tienen una total libertad. En general en el mundo se dice que esta es la regla, de dar la mayor libertad a los árbitros para establecer el procedimiento. Ningún procedimiento férreo previo al caso de que se trate, sino con unas pautas generales que luego cada árbitro va a decidir.

Finalmente, ningún reglamento dice cuál va a ser el Derecho de fondo aplicable, pero sí establece maneras en que los árbitros lo van a identificar.

Acerca de cambios reglamentarios, debo decir que es un tema que en el mundo hoy se discute bastante: si yo me atuve al reglamento de una cámara determinada y lo cambiaron, ¿no vale la cláusula o estoy sujeto a los términos del nuevo reglamento? Se trata de un aspecto de índole procesal, me parece que mientras no esté afectado ningún derecho sustancial, el haber sometido al reglamento de una determinada institución confía en la institución, también en el reglamento, pero el cambio reglamentario debería aplicarse a un caso que se inicie con posterioridad y no a una cláusula anterior.

Las **funciones de administración** de las instituciones de arbitraje son quizá de las más importantes, porque las instituciones en general determinan si es o no un caso arbitrable, de acuerdo con su reglamento, si se aplica el reglamento de esa corte y si no está en contra de algún principio de orden público, lo cual puede ocurrir y la institución arbitral deba decir que por esa razón no puede intervenir el tribunal de la cámara. Establecido esto, se hace una serie de precisiones que puede fijar, o el tribunal que efectivamente se designe o la institución, por ejemplo, el lugar del arbitraje.

El lugar del arbitraje generalmente **lo tienen que decidir las partes**, pero **si no** lo hacen, en muchos reglamentos se establece que lo decide **la institución**, no el tribunal constituido. En la designación de árbitros es muy importante la existencia de una institución que designe un tribunal, porque si las partes no lo designaron, hay todo un proceso judicial para designar árbitros, que generalmente es una de las ruedas más difíciles de superar de los códigos procesales; Zabala Rodríguez que era contrario al arbitraje, decía que en definitiva, cuando usted compra un arbitraje, compra cinco juicios: el primero, si es o no un arbitraje; el segundo, el nombramiento de los árbitros; el tercero, la decisión de hacer el arbitraje; el cuarto, nulidad del arbitraje o apelación, y el quinto, ejecución del laudo arbitral. Me parece que la institución arbitral resuelve muchos de estos problemas razonablemente. Generalmente, en el arbitraje multiparte no hay intereses comunes y es difícil decidir a quién se nombra. Entonces, generalmente los reglamentos prevén el arbitraje multiparte, donde la institución designa el tribunal completo, sin designaciones por las partes.

En cuanto al tema de los **plazos**, yo escribí un artículo sobre esto, no sé si es muy inteligible, pero, uno de los problemas menos aclarados son los plazos en los arbitrajes. Porque puede ser que el reglamento hable de plazos, pero la forma en que los reglamentos tratan los plazos es bastante poco ortodoxa entre uno y otro. Entonces, **hay reglamentos que fijan un plazo final** -el laudo tiene que salir en tanto tiempo-, así lo dicen algunos códigos y así lo pactan algunas partes. A mí me tocó ver un arbitraje cuyo reglamento decía que el laudo tenía que estar dentro de los 90 días, y el tribunal presentó una interpretación: que los 90 días eran a partir de que se hubieran agotado los procedimientos propios para decidir, y eran términos para decidir y no términos para todo el arbitraje; yo no diría que fue forzado, pero de otra manera no se

podía llegar; entonces, que la institución tenga la facultad de modificar esos plazos, de ampliarlos, tiene una ventaja que no es ni el tribunal, que porque tiene molicie para desempeñarse no lo hace a falta de tiempo, o que las partes están oponiendo defensas inadecuadas, sino que es un tercero en el que las partes han confiado quien determina si un plazo se prorroga o no.

También **los escritos y notificaciones**, sobre todo en los momentos iniciales que se hacen a través de la institución, **tienen una cierta garantía**; por ejemplo, usted quiere iniciar un arbitraje que combina en un contrato, pero no tiene ninguna institución, ¿qué es lo que hace?, le notifica a la otra parte que quiere hacer un arbitraje, la otra parte le dice que no sabe nada de arbitrajes y que no lo moleste; tendría que ir a dejar el escrito en algún lado. Es decir, da una gran ventaja tener un lugar donde yo puedo dejar mi reclamo para el arbitraje y este reclamo -si es procedente- va a tener una tramitación, y habitualmente tiene una cierta forma de notificaciones y demás, le dan a las partes la ventaja de que hay un proceso debidamente constituido. Cuando me notifica la institución arbitral que hay una demanda de tal manera, evidentemente, la institución se va a preocupar de que esa notificación esté bien hecha, de que sea adecuada, y evita aquellos problemas de lo subrepticio, de notificaciones que se hacen de forma particular.

Una vez que las partes ya han entablado la demanda, se identifican las pretensiones de las partes; se identifica cuáles son los puntos a decidir y las demás cuestiones procesales.

El tema de los **gastos administrativos** es importante, las instituciones naturalmente tienen gastos y los administrativos generalmente están en una tabla, **son fijos**, y permiten que las partes determinen previamente si estos costos los van a poder afrontar en un arbitraje o no.

En el laudo arbitral, la certificación de una institución de que el laudo va a ser dictado de acuerdo con sus requisitos da a ese laudo una posibilidad mayor de ser admitido por los tribunales, ya sea el lugar donde se dictó el laudo, ya sea de los lugares donde tiene que ser ejecutado si fueran distintos, aplicando eventualmente la convención de Nueva York u otra.

Los **honorarios** en las instituciones, en general, están **determinados** también **previamente** con escalas que tienen cierta movilidad, cierta

ductilidad de acuerdo con la naturaleza del trabajo, que permite conocer el costo final. Incluso, en arbitrajes *ad hoc*, a veces se hace revisión, se dice que en ese arbitraje se va a aplicar la escala de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, etcétera.

Otras funciones son **asesoramiento e información**; un tribunal estable tiene la posibilidad de informar sobre cuáles son los procedimientos que se siguen y cuál es la orientación que se está siguiendo en ese procedimiento.

En cuanto a la **jurisprudencia** -voy a hacer una confidencialidad, a esto ya me he referido al pasar, no hago más que repetirlo-, ¿cómo se conoce la jurisprudencia en los tribunales arbitrales si son confidenciales?, los tribunales de organismos internacionales, tipo MERCOSUR, no son confidenciales en el sentido de que se publican porque son jurisprudencia. ¿Qué pasa con los tribunales *ad hoc* o los demás que aseguran confidencialidad?, esto es un tema complejo, no está del todo resuelto, algunos reglamentos dicen que solamente se va a dar a conocer lo que las partes autoricen; otros reglamentos dicen que se puede dar a publicidad solamente lo que es la materia técnica, no los hechos de la causa. Este es un tema que aun en una institución arbitral va a motivar que en el futuro haya más desarrollo.

Los **tribunales *ad hoc***, en general son aquellos que no dependen de ninguna institución, sino que se nombra a determinadas personas, o se dice que se va a formar un tribunal y luego se designa, para el caso que se presente la necesidad. Entonces, en una cláusula de arbitraje legal, en la cual se habla de la solución por árbitros *ad hoc* o en un caso donde ya se presentó el problema, se decide que ese problema se va a resolver a través de determinado tribunal.

La cuestión **en el tribunal *ad hoc*** es qué reglas se aplican. Allí **las partes tienen que ser bastante más cuidadosas en la identificación de las reglas procesales, porque no está el reglamento que diga cuál es el perfil básico**, y si no lo hacen, ir a los códigos procesales, pero como dijo el Dr. Villamayor Alemán, nuestro Código Procesal todavía no ha asumido el tiempo en una reforma realmente importante de la materia arbitral.

Las partes también pueden establecer en un arbitraje *ad hoc* reglas procesales concretas para ese arbitraje o referirse a reglamentos, aunque no sean arbitrajes institucionales; puedo decir que para este

arbitraje *ad hoc* voy a tomar el reglamento de la Bolsa de Comercio, lo cual no quiere decir que este arbitraje sea de la Bolsa de Comercio, sino que se sigue según sus reglas de procedimiento.

Luego, algo que no se hace con mucha frecuencia, la delegación de facultades al tribunal para que fije las normas procesales eventualmente aplicables. En este tipo de arbitraje hay una mayor necesidad de las partes de conocer las precisiones para saber a qué se están entregando; en un arbitraje institucional hay un cierto paraguas.

Ahora vamos a **arbitraje nacional e internacional**. Hay dos caminos por los cuales se puede llegar a determinar, o dos maneras de interpretar: un arbitraje **es nacional cuando** ocurre en el país, es decir que **el tribunal tiene sede en el país**; y **es internacional cuando** ocurre fuera del país, es decir, cuando **el tribunal tiene sede fuera del país**.

Un arbitraje bien puede regirse por las reglas del CCI o algunas otras y, sin embargo, ser nacional porque se hizo en el país, aunque las reglas sean de la CCI; este es el concepto del artículo 1 del Código Procesal, que habla de la posibilidad de delegar en tribunales arbitrales que funcionen fuera del territorio nacional. Un tribunal que funcione dentro del territorio nacional, es nacional desde este punto de vista. ¿Qué importancia tiene la sede en el arbitraje? -después veremos si es posible un tribunal sin sede, pero en principio, todos tienen que tener una sede-, la sede será la que las partes elijan o la que corresponda de acuerdo con el contrato o con lo que los árbitros, el tribunal o la institución decidan, pero tiene que haber un lugar, y ese lugar es significativo, primero, porque es probable que se puedan aplicar reglas procesales de ese lugar; segundo, por el tema del orden público: si el orden público dijera que no se puede formar una tribunal arbitral en Argentina que determine cuestiones vinculadas con la radiodifusión, por ejemplo, ese tribunal no puede funcionar en Argentina, por más que sea pactado en el exterior y por más que convenga a personas del exterior. Entonces, el orden público del lugar del foro tiene importancia, incluso, respecto de qué es lo que puede decidir el tribunal o si se puede el tribunal constituir para eso.

Hay también una **jurisdicción de apoyo**: un testigo no quiere venir y es absolutamente imprescindible, ¿qué dicen las reglas de los tribunales locales?, ¿pueden los jueces locales acceder a que ese tribunal le pida que haga comparecer a un testigo o que alguien le

brinde la prueba? La recurrencia a la jurisdicción de apoyo ha sido muy frecuente, no es extraña, yo personalmente he tenido que pedir varias veces en casos en que estaba en discusión una cuestión contable, los papeles de trabajo a los asesores contables de una empresa, y los asesores se negaron. No era un tribunal privado, entonces, el juez ordenó.

Las jurisdicciones de apoyo son **amigables** o **no amigables**, es decir, hay jurisdicciones que dan apoyo y otras que no. Entonces, donde pongo yo el arbitraje, haré que ese tribunal tenga más o menos posibilidad de apoyarse a la jurisdicción local a los fines del desarrollo.

Finalmente los **recursos**, es probable que se renuncien recursos, el recurso de apelación es el más frecuente que se renuncie y algunos reglamentos dicen que la renuncia está implícita en la adopción del reglamento y otros dicen que solamente se puede renunciar en forma expresa. Esto es muy importante, porque, si la renuncia es implícita y ustedes no la reservaron, obviamente al tomar el reglamento, renunciaron a los recursos y a la inversa.

Es una constante internacional en la doctrina y en la jurisprudencia afirmar que el recurso de nulidad no se puede renunciar, en primer lugar, de acuerdo con el tribunal competente en la sede del arbitraje, por eso es muy importante elegir el lugar, para saber cuáles son las garantías finales que eventualmente se tienen.

La otra cuestión para determinar si **un arbitraje es nacional o internacional** es **por la materia**, no ya por dónde funciona el tribunal, sino por qué cosas decide. Si decide cosas sólo locales, encapsuladas en una jurisdicción, o si decide cosas que tienen que ver con más de una jurisdicción. La nacionalidad puede ser un criterio. El Dr. Perotti nos recordaba anteriormente lo que pasaba con las empresas paraguayas; el Código italiano también tiene algo vinculado con la nacionalidad; sin embargo, esto ya se está abandonando en el mundo; la mera nacionalidad es una cuestión de internacionalidad de la materia arbitral; no obstante, sí puede ser el establecimiento o domicilio, que no es lo mismo que la nacionalidad; si el establecimiento de las partes estuviera en distintas jurisdicciones, puede haber identificación de una materia internacional.

El tercero, la prestación sustancial o el Derecho con el que tengo una relación más estrecha, la cuestión que se debate.

El lugar del arbitraje y el Derecho aplicable a veces es identificado, según los reglamentos o las doctrinas, como una materia que identifica la internacionalidad del caso, y esto sí aparece, en alguna medida, en algo nada menos que de la importancia de las reglas de UNCITRAL. Pero el Derecho aplicable, en general, es elegido por las partes y el lugar del arbitraje también. Si las partes transformaran -de acuerdo con el Derecho aplicable, o con el lugar del arbitraje- una cuestión de nacional a internacional, ¿qué pasaría en nuestro Derecho?, el artículo 1 del Código Procesal fue reformado dos veces, la segunda vez dice que puede referirse cuestiones patrimoniales de carácter internacional a tribunales o árbitros que actúen fuera de la República, pero el arbitraje internacional tiene lugar si la cuestión es internacional. Aquí se mezclan los dos conceptos; se puede hacer un arbitraje fuera de la República, o sea, internacional de acuerdo con el lugar, si la materia es internacional. De manera que la materia tiene que estar previamente determinada como internacional, de lo contrario no es posible, y es probable que si ocurre lo contrario, me denieguen la ejecución en la República. Cuidado con esto porque, la mera elección de un lugar de arbitraje no hace que el arbitraje sea internacional, porque da vuelta las cuestiones de Código. El Código dice que si es internacional, puede hacerse fuera de la República, pero si yo elijo que se haga fuera de la República, entonces es internacional; ¿cómo está el caballo con el carro? Esto es un tema importante porque, si el arbitraje fuera de una cuestión nacional que se refiere a un arbitraje internacional, en violación del artículo 1, es probable que cuando vaya a ejecutar la República, no lo dejen, aun con la convención de Nueva York.

El último caso que vamos a ver es el **arbitraje desnacionalizado**, sin lugar, como el arbitraje informático, que está en algún lugar, pero todavía no hemos podido saber dónde. Otro arbitraje que tiene esa particularidad es el del CIADI que, en su tratado ratificado por Argentina, dice que, cuando falla el tribunal de CIADI, en los países signatarios, no requiere ningún requisito para aplicarse el dictamen de cada país. Tiene una especie de ejecución inmediata. Este es el caso más notorio, y hay algunos que hablan de instituciones que son tan poderosas que crean su propio Derecho y su propio sistema de justicia; por ejemplo, las agrupaciones deportivas, como es el caso de la Comunidad Europea con la FIFA y sus fallos acerca de si un jugador jugaba o no jugaba, o si podía

ser transferido o no. El tema de las asociaciones deportivas es una cuestión en la cual se pone todo esto en crisis, pero naturalmente, la Corte Suprema de la Comunidad dijo que los señores que son ciudadanos nacidos en la Comunidad pueden jugar en cualquier lugar, y me importa poco lo que digan los reglamentos de las federaciones, que trataban de evitar que tránsito de personas permitido como una de las libertades del tratado llegara también al fútbol o al tenis o a alguna otra cosa, y quisieron limitar la posibilidad de no más de cuatro. Ahora los cuatro o cinco son extracomunitarios, dentro de la Comunidad son todos nacionales, no porque lo dijo la federación, sino, porque habiendo dicho lo contrario la federación, se lo revocó el tribunal. Muchas gracias.

** Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, consultor internacional y árbitro en diversas instituciones.*

Desafíos de Hoy: Arbitraje y Tecnología

*Por la Dra. María Haydeé Miguel**

Cuando en la última jornada que se hizo en Rosario en septiembre de 2007 tratamos este tema, y vimos cómo la tecnología desafiaba el arbitraje hoy, citamos una serie de datos de la realidad y noticias que no voy a repetir por dos motivos: primero, porque está en el material que presumo, ya tienen ustedes, y segundo, para no aburrir al Dr. Alegría, que compartió conmigo el panel y me va a escuchar decir exactamente lo mismo; así que, pensando en él se me ocurrió hacer unas breves referencias y extraer algunas noticias, como introducción a temas posteriores a septiembre de 2007.

Noticia número 1: comentario de un periodista en un seminario llevado a cabo en Estados Unidos: "No podemos entender nada de la nueva cultura política si no entendemos la sociedad global del conocimiento, los nuevos datos mundiales expuestos al azar; en diez años más, China será el país en el que más gente hable inglés; hoy una de cada ocho parejas establece la primera relación por internet; la suma de información tecnológica se está

duplicando cada dos años; la magnitud del ciclo electrónico conocido como 'miles days' será en breve tiempo equivalente a la de los habitantes del octavo país más poblado del mundo".

Noticia número 2: "Programa de teletrabajo, cuarenta empleados de YPF van durante seis meses a trabajar sin moverse de sus casas, sin trasladarse a la oficina", un programa piloto. Finalmente, ya que estamos en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, ustedes habrán leído una noticia en el sentido de que el Gobierno de la Ciudad, al menos en el ámbito Ejecutivo, le va a decir adiós a todo lo que es papel en el ámbito interno, o sea, todas las comunicaciones internas se van a hacer vía correo electrónico: se elimina el memo, se elimina el informe, por supuesto, no con respecto a terceros; cuando un acto tiene que tener efectos jurídicos respecto de terceros, llámese un decreto, resolución, contrato, ahí se sigue utilizando el soporte papel, pero al pie de la nota decía "hasta que se implemente la firma digital". Yo les pido que recuerden esto porque viene a cuento de lo que vamos a hablar después.

Este panorama nos está planteando cómo el arbitraje responde frente a estos desafíos tecnológicos, y esto nos lleva a ver qué es lo que está pasando actualmente con el tema del arbitraje tecnológico, el arbitraje electrónico en particular.

El arbitraje electrónico exige, por un lado, un convenio arbitral, ya han hablado de ese tema tan básico para el arbitraje, y ese convenio es celebrado exclusivamente en forma electrónica; luego se sigue un procedimiento y finalmente un laudo que se concreta también por esa vía, sin perjuicio de que el laudo general es volcado luego en soporte papel. Por supuesto, este tipo de arbitraje exige dos cosas: una infraestructura tecnológica adecuada, y en segundo lugar y es lo que más nos importa a nosotros, una normativa apropiada.

Vamos a hacer un breve paneo de qué es lo que está pasando en el mundo para ir después a la Argentina y ver cuáles son los interrogantes que se nos plantean ahora.

Internacionalmente hay ámbitos en los cuales el arbitraje electrónico está funcionando y muy bien, uno de ellos es el ámbito de la OMPI, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual tiene un centro de arbitraje y mediación; este centro empezó a funcionar en 1994, pero la fecha que interesa a nuestros fines es 1999, porque a partir

de ahí empezó a atender por medio de arbitraje todos los temas de resolución de conflictos vinculados con nombres de dominio "punto com", "punto net", "punto org". El hito es en 2006, piensen que desde 1999 hasta 2006 hubo 25.000 casos. Voy a hacer mención de un caso que salió en el diario no hace mucho, y que es el caso Mastellone, para que ustedes vean cómo funciona un arbitraje concretamente dentro del ámbito de la OMPI.

La empresa Mastellone Hnos., que la conocemos todos, es titular de la marca Mastellone, marca registrada en la Argentina y también en otros países, y se encuentra con un señor que tiene un nombre de dominio "Mastellone.com". En estos procedimientos que se realizan ante la OMPI, el actor, si quiere tener éxito, tiene que acreditar una serie de elementos que son tres principalmente. Primero, que el nombre de un inscripto es idéntico o confusamente similar con la marca del actor, segundo, que el demandado no tiene derecho o interés legítimo de utilizarlo, que ha actuado de mala fe y que los dos han actuado de mala fe.

Concretamente en el caso Mastellone había un solo árbitro -podía haber tres- y no le dio la razón al actor, le rechazó la demanda, porque analizó que, el primer dato estaba, hay identidad entre la marca y el dominio del demandado, pero cuando entró a analizar si el demandado tenía derecho o interés legítimo a usarlo o no, se encontró con un problema: el demandado invocó que "Mastellone" es un apellido muy común en Italia, y particularmente en Sorrento, donde esta persona estaba, y aparte tenía un tío que se llamaba así. Ya era dudoso, al no cumplirse con el segundo elemento, ya no tenía sentido entrar a analizar el tercero.

Lo que yo quiero rescatar en este procedimiento es lo siguiente: las fechas de comienzo y de final. En segundo lugar, tener en cuenta que, como son arbitrajes electrónicos, las partes y los árbitros pueden estar en distintas partes del mundo y se comunican por vía electrónica. La fecha de iniciación del procedimiento fue el 5 de febrero de 2008, la decisión del árbitro es del 27 de marzo de 2008; y hay un alto porcentaje de cumplimiento, son muy altos los porcentajes en que se cumplen los laudos de la OMPI; sólo excepcionalmente han sido cuestionados.

Vamos a ver qué pasa en España. Si entramos a Internet, veremos que hay entidades que son consideradas pioneras en materia de

arbitraje electrónico, una de ellas es Arbitec, es la primera entidad que admitió la solicitud de arbitraje por vía electrónica.

Otra que está dedicada también al estudio es la AEEDD Asociación Española para la Economía y el Derecho Digital. Esta entidad está encargada de promover la utilización de medios electrónicos de los métodos alternativos de resolución de conflictos, particularmente en lo que a nosotros nos interesa, el arbitraje. Estas son páginas que ustedes van a encontrar en Internet, a mí no me consta si están funcionando realmente, pero donde sí me consta que se está trabajando muy bien es en el Consejo Superior de Cámaras de España, que es proveedor en materia de resolución de conflictos vinculados con nombres de dominio "punto es" y tienen un procedimiento muy expeditivo y los casos poco a poco se van incrementando.

Veamos ahora qué está pasando en la Argentina. Antes de entrar a la normativa nuestra, tenemos que tener presente lo siguiente, cuando tenemos un arbitraje electrónico, quizá, los problemas básicos los vamos a tener al comienzo y al final. Es decir, si tenemos un convenio arbitral celebrado exclusivamente por vía electrónica, es importantísimo saber si se está aplicando en la Argentina la ley de firma digital, porque yo tengo que determinar que ese convenio arbitral ha emanado de las personas que yo pretendo que lo han firmado; y en segundo lugar, vinculado a esto, hay otro tema que es la obligación por parte de los proveedores de servicios de Internet de guardar los datos por un determinado tiempo.

También se nos puede plantear un problema que es el del reconocimiento y ejecución del laudo que ha sido realizado por vía electrónica; pero como en general los regímenes prevén que el laudo sea volcado en soporte papel, este no es un problema concreto, lo fundamental es que analicemos qué está pasando hoy con el tema de la firma digital y la cuestión vinculada a la obligación, por parte de los proveedores de servicios de Internet, de guardar los datos por un determinado tiempo.

Con respecto a la firma digital, tenemos la ley 25.506; ustedes saben que la ley discrimina la firma digital y la firma electrónica. En la firma digital tenemos un criptosistema con clave pública y clave privada, que determina quién indubitablemente ha firmado un documento y no ha podido ser modificado con posterioridad. La ley equipara la firma digital a la firma manuscrita, incluso, específicamente se refiere

en material penal, a esa equiparación. Hubo una decisión administrativa -la n° 6 del 2007- que estableció todo el régimen de infraestructura en materia de firma digital en Argentina y estableció cuáles son los requisitos para ser certificador licenciado, pero -tal como dije en septiembre de 2007 en Rosario- no tenemos al día de la fecha certificadores licenciados en Argentina. Entonces, tenemos la ley, tenemos la decisión administrativa que establece los requisitos para ser certificador licenciado, pero no tenemos el certificador licenciado, o sea que el sistema no está operativo. Esto no significa que no haya para nada firma digital en Argentina. Hay pequeñas "islas", y una de ellas es la de la administración pública nacional. En la administración pública tenemos la ONTI, ustedes seguramente habrán oído hablar de la Oficina Nacional de Tecnologías de la Información, que otorga certificados digitales para uso interno. Esos certificados digitales permiten a funcionarios y empleados públicos determinados utilizarlos en circuitos internos de la administración.

Con respecto a terceros, en principio la situación sigue igual que en septiembre; hay una especie de plan piloto, se trata de ver cómo funciona este tema de la firma digital dentro de este marco. Nosotros tenemos el régimen de contratación del Estado que está en el decreto 436, ese decreto tiene un artículo que prevé contrataciones directas de montos menores a diez mil pesos; en esas contrataciones se prevé un trámite simplificado donde es posible usar medios electrónicos. Esto está reglamentado, hubo una resolución de la Secretaría de Gestión Pública que incluso aprobó los formularios para utilizar, pero, charlando con la gente que intervino en la instrumentación de este sistema, uno llega a la conclusión de que están en el tema de prueba y error, es decir, lo largan en un ámbito donde presumiblemente cualquier error es menos notable, que son las contrataciones menores a diez mil pesos, y en función de cómo resulte esto, existe la pretensión de ampliarlo, pero de todas maneras, no deja de ser un inicio.

No quiero dejar de hacer referencia a otro tema que está muy vinculado a este, y que ahora está bastante en el candilero a raíz de una noticia que salió el otro día en el diario. Ustedes saben que en la legislación argentina el ISP, que es por sus siglas en inglés, el proveedor de servicios de Internet, no tiene una legislación específica, es decir, está encuadrado dentro de la categoría general del proveedor de servicios de telecomunicaciones. Hubo una ley que agregó tres artículos a la normativa en materia de

telecomunicaciones; por esos artículos, el proveedor de los servicios de telecomunicaciones estaba obligado a tener una infraestructura tal que permitiera la captación y la derivación de las comunicaciones para su observación remota. Esa observación remota, dice la ley, solamente a pedido del ministerio público o del juez y establece que el proveedor del servicio de telecomunicaciones está obligado a mantener los datos de comunicación por un plazo de diez años. Ese plazo, internacionalmente no existe. Un ejemplo que yo cito es el de la ley española que fija 12 meses, es decir, en Europa se discute si un año es problemático y nosotros hablamos de diez años. Salió el decreto reglamentario y estableció que esa observación remota va a ser hecha por la Secretaría de Inteligencia y Presidencia de la Nación; ya se pueden imaginar los planteos de inconstitucionalidad, hubo una serie de fallos y finalmente el Poder Ejecutivo cortó por lo sano y dictó un decreto que suspende a este último decreto, por supuesto que el decreto no va a suspender la ley. Es todo un tema que amerita después un seguimiento.

Para ir concluyendo, si vamos a referirnos al nivel internacional, podríamos decir que el arbitraje electrónico, al menos en determinados ámbitos, está funcionando bien. En Argentina nos encontramos con obstáculos de orden legal, uno de ellos, como ya les dije, fue la firma digital, que tenemos una hermosa ley, pero que no es un régimen operativo porque no tenemos el certificador licenciado; en ciertas áreas está funcionando, pero en la administración pública y en áreas muy acotadas. Por otra parte, esta obligación por parte de los proveedores de servicios de Internet es vital si tenemos que probar la existencia de un convenio arbitral, donde también nos encontramos con normas que han sido dictadas, pero por los cuestionamientos en base a constitucionalidad e inconstitucionalidad, no son operativas.

De todos modos, me permití pensar si existe o no una tendencia en este sentido, y creo que la tendencia hacia la utilización de los medios electrónicos es positiva, en el arbitraje y en general. Yo creo que tenemos que estar atentos a las señales que percibimos en ese sentido y que nos dicen que esa tendencia es positiva. Hace pocos días salió una noticia sobre el interés del Estado de favorecer el uso de medios electrónicos en contrataciones de manera directa de montos inferiores a diez mil pesos. Y en esa noticia chiquitita decía un funcionario que en los próximos dos meses AFIP y ANSES estarán en condiciones de otorgar firmas

digitales. Veremos, están hablando de dos meses, es muy inmediato. La última señal a la que tenemos que estar muy atentos es la que nos va a dar la Corte Suprema, porque, como ustedes habrán leído en estos últimos días que la Corte está convocando a una audiencia pública donde se va a debatir todo este tema vinculado a la normativa de la conservación de datos por diez años, y demás; ahí no nos olvidemos que hay derechos constitucionales en juego: está el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia que involucra también los mails; el derecho a la intimidad; hay otros factores como el costo que implica el mantenimiento de los datos por diez años, es un costo fenomenal y hay que determinar quién se hace cargo de esos costos. La Corte tiene antes que resolver sobre el tema, les sugiero que lean el fallo Alavi, hay sentencia de Cámara ahí y Alavi ha hecho un planteo que es justamente el que llegó a la Corte.

En fin, creo que lo que corresponde es estar atento a las señales que son bastante próximas y en particular a la palabra de la Corte que tiene mucho que decir en este aspecto. Muchas gracias.

** Abogada, miembro de la Comisión de Arbitraje de la Federación Argentina del Colegio de Abogados; miembro fundador del Comité Argentino Arbitraje Transnacional.*

Preguntas del auditorio

Dr. Vera Moreno: A la Dra. Miguel, quería solamente hacer una pregunta y pasar una noticia a los presentes; la pregunta es: ¿hasta dónde es vinculante o no el fallo de la OMPI?, y dictado el fallo, el perdedor, ¿cuál es la vía que tiene para continuar con sus reclamos? La información que quería pasar es que en el último encuentro sobre arbitraje del Colegio Público de Abogados, uno de los paneles que se hizo especialmente fue sobre arbitraje informático, el arbitraje *on line*; o sea que el Colegio Público ha tomado también conciencia de la necesidad de que sus abogados empiecen a estudiar el tema del arbitraje *on line*.

Dra. Miguel: Muy buena pregunta, porque yo justamente me ocupé de señalar que dentro del gran número de casos que tienen administrados por la OMPI, obviamente que la parte perdedora tiene posibilidad de ir a un tribunal judicial y, en realidad, el mecanismo es el siguiente: cuando el árbitro emite el laudo, se saca por cuadruplicado, se comunica a la OMPI y -supongamos que hubiera perdido el actor- la OMPI le da la orden al registrador para que cumpla, y que, por ejemplo, en el caso de que hubiera perdido, queda el nombre del dominio tal cual está; y supongamos que el laudo hubiera salido en el sentido de que se ordena la transferencia del nombre de dominio al actor que es el titular de la marca, el registrador cumple, salvo que el registrador reciba una noticia fehaciente en el sentido de que el perdedor ha iniciado una acción judicial. El gran éxito de la OMPI es el alto índice de acatamiento de los laudos, pero, por supuesto que existe la vía de la acción judicial, y en ese caso, el registrador se abstiene de inscribir el laudo, salvo que después, supongamos, reciba una notificación de que la demanda fue rechazada; y lo segundo, tomo nota, me parece una excelente medida por parte del Colegio Público -que tiene un gran peso de opinión- que realmente se ponga a la cabeza en estos temas que nos ocupan a todos.

Dr. Perotti: Dos preguntas para el Dr. Alegría y una aportación a la Dra. Haydeé Miguel; la primera es previa. Básicamente sobre el procedimiento del arbitraje. Hemos escuchado sobre todo la defensa del Estado Nacional de la falta de imparcialidad en la administración de los distintos arbitrajes que se han llevado a cabo en el CIADI, quisiera saber su opinión, sobre todo teniendo en cuenta que esto ya ha sido ventilado en los tribunales, se han creado medidas cautelares en Argentina, sobre todo en la Cámara en lo Contencioso donde el Estado Argentino ha solicitado al CIADI suspender los procedimientos por diversas cuestiones; quería saber su opinión sobre la forma en que el CIADI administra arbitrajes. Y para la Dra. Miguel, quería comentarle que la Secretaría del MERCOSUR ha sido autorizada en el 2005 a certificar electrónicamente la expedición de las normas oficiales del bloque. Además, que dentro del grupo Mercado Común, que es el segundo órgano en importancia del MERCOSUR, hay un subgrupo de trabajo que es el subgrupo de Comercio Electrónico, donde también se está trabajando este tema.

Dr. Alegría: En primer lugar, por una razón personal no voy a hablar del CIADI, por lo menos, en términos valorativos; lo que sí quiero decir es que los cuestionamientos al CIADI son bastante frecuentes en el ámbito mundial; casualmente vengo de un congreso en Perú, donde la mitad del congreso fue lo que se llamó "arbitraje de inversión", en primer lugar hay una serie importante de países de Latinoamérica que se han apartado del CIADI o piensan hacerlo -Bolivia, Ecuador, Venezuela, Nicaragua-; estos países tienen una posición muy particular. Uno, como Venezuela, dice que en lugar de CIADI vamos a hacer un arbitraje CCI; Ecuador dice que en lugar del CIADI vamos a hacer un arbitraje de la Unión de Estados Americanos; de manera que lo que en realidad hay en ciertos países -no sólo de nuestro continente- es una cierta predisposición contra el CIADI por la no imparcialidad del CIADI, porque se dice que es un tribunal de protección de inversiones, que en el fondo, ese es el tratado bajo el cual está. Entonces, si protege la inversión, qué pasa con la otra parte que recibe la inversión, que no resulta protegida. Y en este sentido, por más que en este congreso había mucha gente vinculada muy profundamente con el arbitraje en el CIADI, se reconoció que este es un matiz que hay que verlo, porque, si bien es cierto que los países quedan vinculados al CIADI hasta seis meses después, lo que no está muy claro es si quedan vinculados al CIADI en los arbitrajes que se promuevan hasta los seis meses o a las cuestiones que se promuevan aunque el arbitraje se promueva después. En realidad, los países están queriendo decir que quedan liberados a los seis meses y que ya no se aplica más el CIADI. Pero entonces, una cosa es el tratado de inversión y otra es el contrato de inversión. Hay un contrato determinado. Ese contrato determinado que tenía la cláusula CIADI estaba protegido por el CIADI, pero ¿qué es lo que se le aplica?, no le he sacado el sistema de resolución de controversias, sino que se lo he cambiado por otro también arbitrario.

Dr. Perotti: Perdón, paréntesis, en Brasil están descansando en el Parlamento Nacional varios tratados sobre protección de inversiones que hacen jurisdicción en CIADI y esos tratados en Brasil no van a pasar por el Parlamento. O sea que Brasil está a mitad de camino entre los países que usted ha mencionado.

Dra. Patricia Luppino: A la Dra. Haydeé Miguel, compartí con usted en el segundo encuentro de tribunales de arbitraje el año

pasado en Rosario una experiencia con respecto al arbitraje tecnológico y esa experiencia respecto de un tribunal arbitral que se encuentra publicitado en Internet que es Arbitec; en nuestra conversación, usted había comentado que había intentado comunicarse vía e-mail, cosa que yo intenté personalmente también para visitar el tribunal, porque a mí me gusta visitar tribunales arbitrales, a veces les digo a mis alumnos que también lo hagan antes de poner una cláusula compromisoria, que se acerquen y que vean qué hay detrás de una página de Internet o detrás de una publicidad de un tribunal arbitral. Entonces, como el Dr. Alegría decía, esta jurisdicción volátil de Internet, que no tiene nacionalidad, quería saber su opinión respecto de los cuidados que hay que tener, sobre todo porque cualquiera puede poner una página de Internet con un marco que podría parecer institucional.

Dra. Miguel: La pregunta es interesante porque, creo que lo comentamos en Rosario, en Arbitec aparecen tres direcciones de correo, una para pedir informes, otra para adherirse al sistema y la tercera para mandar la solicitud de arbitraje. Yo mandé un e-mail y jamás recibí respuesta, entonces, un abogado español con quien hablé de esto, me decía que hay que tener cuidado con estas entidades que aparecen meramente dibujadas, incluso, creo que no es solamente en España que pasa esto, en Perú pasa lo mismo, por eso, creo que volvemos siempre al mismo punto; cuando uno tiene un respaldo de una institución, es muy diferente. Los invito a que entren en la página del Consejo Superior de Cámara de España, es una institución sólida, yo conozco al secretario, hay gente de carne y hueso, tiene años de trayectoria, tiene una revista que se publica con nombres y apellidos. Es decir, el arbitraje electrónico no está al margen de engaños o de ilusiones, pero está en uno, como abogado, saber discriminar lo serio de lo que no lo es, por eso es importante el respaldo institucional.



CIERRE Y CONCLUSIONES

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Cierre

y conclusiones



Dr. Alejandro Grossman

Dr. Roque Caivano

Agradecimientos

*Por el Dr. Alejandro Grossman**

Antes de dar paso al expositor, permítanme agradecer a todos los expositores por la generosidad con que desde temprano nos vienen ilustrando, y agradecer a todos y cada uno de los participantes que le han dado sustancia con las preguntas, con los aportes a esta jornada institucional que me permito augurar que no va a ser la última; es la primera, pero seguramente, por los comentarios que tuve, esta no será la última. Hay un compromiso institucional de esta Defensoría del Pueblo en seguir trabajando en el acceso a la Justicia y en los distintos métodos para acceder a ella.

** Jefe 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.*

Los Desafíos del Arbitraje

*Por el Dr. Roque Caivano**

Quiero agradecer a la Defensoría del Pueblo, y a Alejandro Grossman en particular, la gentileza que han tenido de invitarme a esta jornada y particularmente a hacer el cierre de la misma y, al mismo tiempo que felicitarlos por la iniciativa, porque, si hay algo que al arbitraje le hace mucha falta todavía a pesar de lo mucho que se ha trabajado, es tener difusión, y este tipo de jornadas, con el éxito enorme de convocatoria que veo que han tenido, me entusiasma y me motiva a extenderle la felicitación al Dr. Alejandro Grossman, a la Dra. Alicia Pierini, a la Dra. Flavia Goldcher y a los organizadores en general.

Les confieso que me maravillé cuando entré y me condujeron a una sala donde había cuatro personas mirando a Sergio Villamayor por una pantalla gigante como si fuera el mundial 2004, y realmente me dije "guau, cómo debe estar el otro salón para que

hayan habilitado un anexo con pantalla gigante", así que felicitaciones por el enorme éxito de organización.

Me ha parecido interesante, como cierre a las exposiciones hacer una especie de resumen de los aspectos principales en los que el arbitraje en general a nivel mundial, ha tenido las evoluciones más significativas, más notables. El arbitraje hoy no es el mismo que hace cincuenta años, ni que hace cien, ni que hace dos mil años; y esta evolución creo que nos puede permitir saber dónde estamos hoy, hacia dónde vamos y qué sería bueno que pasara en la Argentina para que camináramos hacia los lugares donde está yendo la mayor parte del mundo.

Voy a detenerme en cuatro o cinco aspectos principales en los que advierto la mayor y más significativa evolución del arbitraje.

Voy a seguir un orden totalmente azaroso. La primera es la expansión de la materia arbitrable, esto significa: ¿para qué era concebido el arbitraje en sus orígenes, para qué tipo de cuestiones era admitido el arbitraje y dónde se está hoy?

En sus orígenes, el arbitraje aparecía como una fórmula relativamente rudimentaria pensada para resolver sencillos conflictos de hecho, controversias que involucraban incumplimientos contractuales entre comerciantes. Este fue el origen básico del arbitraje, especialmente en materia comercial. Aun cuando luego fue admitiéndose alguna mayor ampliación de la materia susceptible de ser resuelta por árbitros, siempre se la concibió como un método para resolver conflictos que únicamente pudieran tener afectación de derechos particulares, que ni siquiera rozaran cuestiones vinculadas con el orden público y con el interés general. Hoy no hay duda de que es posible llevar a arbitraje cuestiones en las que esté involucrado el orden público, dependiendo de cuán involucrado esté; baste referir, por ejemplo, la evolución que ha tenido la jurisprudencia francesa a partir de los casos Tisot, Impex, Lavinal, Aplex, Almira, en los que ha ido sistemáticamente ampliando el concepto, llegando a decir que no basta para que una cuestión deje de ser arbitrable que esté en juego la interpretación de una norma de orden público, lo que debe existir, en todo caso, es una violación efectiva al orden público para que la cuestión no sea arbitrable, y esto significa que, conforme a la jurisprudencia francesa, que es la que estamos viendo acá, es posible que los árbitros decidan sobre cuestiones

vinculadas a orden público, que contravengan el orden público y sobre la legalidad de las conductas regidas por esas normas, con tal que el orden público no sea violado; en todo caso, que los árbitros se pronuncien sobre la legislación de orden público sujeto al control judicial que tendrá finalmente la última palabra respecto de si el orden público ha sido o no violado.

Una evolución similar ha tenido la jurisprudencia norteamericana a partir de los casos *Sherk*, *Moses Cone Hospital*, *Mitsubishi*, *Rodríguez de Quija*, *Mastrobuono*, y otros muchos más en los que ha ido corriendo la línea que define lo arbitrable de lo no arbitrable cada vez más lejos. Inclusive admitiendo la posibilidad de que normas reguladas claramente por el orden público puedan ser sometidas a arbitraje, aun cuestiones vinculadas con el Derecho Laboral.

En la Argentina tenemos algunos puntos muy significativos a favor y algunas pequeñas manchas que podrían estar indicando alguna suerte de restricción. Sospecho que Gualtieri esta mañana les habló de los antecedentes jurisprudenciales de la arbitrabilidad de cuestiones constitucionales y, claramente, eso pone de manifiesto que para la jurisprudencia argentina, en ese aspecto sin fisuras, es posible debatir en sede arbitral una cuestión de naturaleza constitucional; esto es, que un tribunal arbitral está habilitado para analizar la constitucionalidad de una norma legal y eventualmente para declarar su inconstitucionalidad, probablemente sujeto a control judicial. Algunas manchas en este sentido aparecen con algún fallo de la Cámara de San Isidro, *Peiras con Nordelta* y algún otro también vinculado con eso, y un reciente fallo de la Cámara Comercial, *Rivadeneira con ABN AMRO*, en los cuales ha dicho que las cuestiones derivadas de la legislación de emergencia y la aplicación e interpretación de los hechos y de la normativa derivados de la crisis de finales del 2001, no son arbitrables, dijo la Cámara de San Isidro, y la Cámara Comercial tuvo una interpretación un poco más sutil basada en el artículo 1.198 del Código Civil, dijo que si la cláusula arbitral, en tanto contrato, debe aplicarse en función de lo que las partes verosímelmente pudieron haber entendido, no es razonable pensar que las partes pudieron haber entendido que iba a sobrevenir la situación que finalmente sobrevino; argumento que comienza con una afirmación válida y termina con una conclusión absolutamente descolgada, lo que convierte al argumento en una falacia desde el punto de vista lógico. Pero finalmente queda ahí alguna sombra de duda a partir

de estos fallos, a pesar del amplísimo reconocimiento jurisprudencial y doctrinario que ha tenido la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre cuestiones constitucionales, en este tema sí sin fisuras que yo haya podido detectar, ni en materia de jurisprudencia, ni en materia de doctrina.

Otro aspecto en el que la evolución del arbitraje ha sido importante es el reconocimiento de las facultades de los árbitros de dictar medidas cautelares. Originalmente era impensado que pudieran adoptar medidas cautelares, prohibición que generalmente se basaba en un doble juego de argumentos, algunos de tipo de política legislativa o ideológicos, basados en la exclusividad de la jurisdicción de los tribunales estatales y de la potestad de imperium de estos y, como contrapartida, de la falta de imperium de los árbitros. Sin embargo, sin poner en tela de juicio estas dos cosas, es cierto que el Estado, si bien no tiene el monopolio de la jurisdicción, pareciera que tiene algo parecido al monopolio de la fuerza pública, y también es cierto que los árbitros carecen de imperium, entendido este como la atribución de hacer cumplir coactivamente, o ejercer la fuerza pública para hacer cumplir coactivamente sus decisiones; esto no impide que los árbitros no puedan dictar medidas cautelares, básicamente porque las medidas de compulsión prohibidas por nuestra legislación no son asimilables a las medidas cautelares, que no son más que una decisión que, llegado el caso, tiene que ponerse en ejecución. Lo que podemos discutir, eventualmente, es qué pasa con la ejecución forzada de una medida cautelar y no con la medida cautelar en sí misma considerada. De cualquier modo, la cuestión no es para nada pacífica, y si bien la enorme mayoría de la legislación comparada ha ido admitiendo la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares, véase si no la última modificación del año 2006 a la ley modelo UNCITRAL que le agregó un extensísimo, enorme y reglamentadísimo artículo 17, creo, estableciendo cómo, de qué manera y hasta cuándo y por qué y por dónde los árbitros pueden dictar medidas cautelares.

Pero todavía algunos países, como Brasil, Italia, Suiza para arbitrajes internos, Uruguay, no admiten la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares.

En la otra vereda tenemos algunos que han avanzado todavía un paso más, no sólo permiten que los árbitros dicten medidas cautelares, sino que permiten que las ejecuten compulsivamente

sin necesidad de auxilio de la fuerza pública, caso de la legislación colombiana, peruana y especialmente la Ley de Arbitraje Comercial de Ecuador, que, sin ninguna clase de miramientos dice que los árbitros pueden dictar medidas cautelares y ejecutarlas por sí mismos sin necesidad de orden judicial.

Como quiera que sea, dejando de lado ambos extremos, lo cierto es que hoy se percibe una clarísima tendencia a admitir atribuciones de los árbitros para dictar medidas cautelares.

En Argentina no hemos tenido avances legislativos en esta materia -como no lo hemos tenido en ninguna otra relacionada con el arbitraje-, pero sí hemos tenido una consistente evolución jurisprudencial y doctrinaria que admite la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares; la duda quizá pueda estar en orden a qué se entiende por "ejecución" de la medida cautelar que hace necesaria la intervención judicial; para poner un claro ejemplo, porque lo hemos conversado privadamente y hasta debatido públicamente, Peirano está en la línea de que los árbitros pueden dictar la medida cautelar pero su ejecución, que debe recaer en manos de los jueces, implica cualquier puesta en ejecución de la medida cautelar, así no sea necesario el auxilio de la fuerza pública. Tengo para mí que la línea está un poquito más para el otro lado, en el sentido de que el auxilio de la fuerza pública sólo es necesario en aquellos casos en que el destinatario de la medida cautelar -no hablo del afectado por la medida cautelar, sino del destinatario de la medida cautelar, que puede eventualmente ser un tercero-, no la quiere cumplir voluntariamente, porque si la cumple voluntariamente, la medida se habrá ejecutado sin necesidad de compulsión y, por lo tanto, sin necesidad de requerir el auxilio de la fuerza pública. Pero más allá de este matiz sutil, no hay dudas hoy en la Argentina de que los árbitros pueden dictar medidas cautelares. Aquel fallo de hace ocho o diez años de la Justicia marplatense, ese criterio fue dejado sin efecto en un nuevo fallo por la misma sala, del mismo tribunal que tiempo después entendió que un nuevo examen de la cuestión les hizo ver que en aquel fallo estuvieron equivocados. De manera que hoy, la facultad de los árbitros de dictar medidas cautelares no está en tela de juicio.

Tercer aspecto en el que me parece remarcable la evolución que ha tenido el arbitraje: la reducción de la intervención judicial, tema crítico si los hay, que involucra no solamente cuestiones

ideológicas sino hasta de política legislativa. Es sabido que el arbitraje implica la renuncia voluntaria de las partes a ser juzgado por los tribunales estatales. ¿Hasta qué punto los sistemas constitucionales permiten esto y dónde el legislador establece el límite a partir del cual la facultad de las partes de someter sus cuestiones de naturaleza disponible a juicio de árbitros implica una renuncia total a la jurisdicción de los tribunales estatales? En este punto, la tendencia claramente es hacia una mayor autonomía del arbitraje -ya se ha dicho acá-, el arbitraje no puede vivir a caballo permanente de intervenciones judiciales antes, durante o después. Pero tampoco puede el arbitraje permanecer absolutamente liberado de cualquier clase de control judicial, lo ideal es lograr algún grado razonable de equilibrio entre autonomía y control judicial, y el grado que la mayor parte de los países del mundo ha considerado ideal en esta ecuación de control versus autonomía es que haya casi nada de control, una autonomía no total, pero, que se le parece bastante, ¿en qué sentido?, básicamente en una norma como el artículo 5 de la ley modelo UNCITRAL, replicada en casi todas las legislaciones del mundo que dice, como cuestión de principio general: en las cuestiones a las que se refiere esta ley no intervendrá ningún tribunal judicial, salvo por los casos expresamente autorizados en esta ley. La ley trae un elenco taxativo de supuestos de intervención judicial, fuera de ellos, ninguna otra intervención es en principio posible.

Por otro lado, ¿cuál es el régimen general, mayoritario de control judicial en el arbitraje?, un solo recurso al final, ningún recurso intermedio, cero o tendiendo a cero intervenciones judiciales antes o durante el proceso arbitral con la única excepción quizá del control de competencia del árbitro, cuando esta decisión fue adoptada como previa, sino, todo el control al final, concentrado en un único recurso o acción -según las legislaciones- de nulidad. El recurso de apelación prácticamente ha desaparecido de la legislación comparada; Argentina y Francia son los únicos países que admiten apelación, salvo renuncia; Perú y Bélgica admiten la posibilidad de que mediante algún pacto expreso las partes convengan una segunda instancia judicial; el resto dice que contra los laudos sólo cabe un recurso de nulidad por las causales taxativamente enumeradas en la ley; o sea, las partes no pueden tener apelación ni aun cuando lo quieran, ni aun cuando lo pacten expresamente. Y si alguna duda podía haber, por ejemplo, respecto

de la legislación norteamericana, en marzo de 2008, la Corte Suprema de Justicia norteamericana resolvió uno de los dilemas más grandes que venía teniendo en los últimos quince años en la jurisprudencia norteamericana en torno a la validez de las cláusulas arbitrales mediante las cuales se ampliaba el régimen de control judicial previsto en la Federal Arbitration Act. De las doce o trece cortes de apelaciones de circuito, había más o menos mitad para un lado y mitad para el otro; algunas decían que eran válidos por el principio de autonomía de la voluntad los acuerdos tendientes a ampliar el control judicial, y otras tantas que decían que eso no era posible porque, lo que quiso el legislador cuando sancionó la Federal Arbitration Act fue limitar el control judicial, y si el legislador quiso eso, las partes no pueden ampliarlo, porque eso contraviene la lógica y la intención del Congreso al sancionar esta ley.

La Corte Suprema, dirimiendo estas disputas entre las cortes de apelaciones, ha dicho que son prohibidos los pactos mediante los cuales las partes amplían las causales de revisión de los laudos, por lo tanto, en los Estados Unidos, los laudos sólo son revisables por las causales previstas en la ley, no importa lo que las partes hayan pactado en un sentido ampliatorio.

Nosotros tenemos un régimen de control muy generoso, porque en el arbitraje de derecho tenemos la posibilidad de acceder a un recurso de apelación con sólo no decir nada, para excluirlo tenemos que renunciarlo de manera expresa, lo que supone un pacto específico, o el sometimiento a un reglamento que contemple la renuncia al recurso de apelación.

Otro aspecto en el que es claramente perceptible la evolución que ha tenido el arbitraje en el mundo en general es la eficacia de los laudos. Prácticamente uno puede encontrar asimilaciones de laudos a sentencias judiciales, en cuanto a los mecanismos de ejecución desde tiempos muy remotos, pero, básicamente, en materia de arbitraje comercial internacional, a partir de la convención de Nueva York de 1958 -ya la convención de Ginebra del 27 era una convención tendiente a facilitar la circulación internacional de los laudos y su ejecución forzada- ha sido por lejos la convención más exitosa en materia de arbitraje y, dicen algunos, en materia de Derecho Comercial; en general, ha significado tanto como que hoy es más fácil ejecutar un laudo extranjero que una sentencia judicial extranjera, porque no hay para el reconocimiento de sentencias judiciales un tratado tan generoso, tan favorable al

reconocimiento y la ejecución como sí existe para los laudos, es decir, no hay en materia judicial un tratado internacional de cooperación tan amigable a la ejecución de los laudos, como la convención de Nueva York, tanto que ha sido posible en el mundo -y hay una docena de casos que lo prueban- ejecutar laudos que habían sido anulados en otro Estado, o sea, tribunales judiciales, y no hablamos de tribunales judiciales poco prestigiosos, sino precisamente de los más prestigiosos del mundo, como los tribunales franceses, los tribunales belgas, los tribunales norteamericanos, que han admitido la ejecución forzada de laudos que habían sido declarados nulos, tal el grado de eficacia que puede tener un laudo que hasta internacionalmente puede sobrevivir a su propia declaración de nulidad.

En la Argentina no hemos tenido mayormente problemas con esto; las pocas sentencias de nuestros tribunales que han hecho aplicación de la convención de Nueva York en general lo han hecho bien, el caso Riff, por ejemplo, hace unos años es una prueba en ese sentido, y alguna limitante puede haber puesto un fallo reciente de la Cámara Civil y Comercial Federal, Armada Holland contra Inter Fruit, de mayo del 2007, en el que adoptó una interpretación, a juicio de muchos, bastante restrictiva de lo que significa el acuerdo escrito para la convención de Nueva York.

Finalmente, el último tema en el que me parece que la evolución del arbitraje ha sido marcada, es en punto al reconocimiento de la eficacia de la cláusula arbitral; y acá son claramente perceptibles tres etapas a nivel cronológico; una primera etapa en la que la cláusula arbitral era ineficaz, lo único que podía llevar a las partes a un arbitraje era un compromiso arbitral, esto es, un acuerdo de someter a arbitraje controversias ya existentes, pero una cláusula que previene el arbitraje para controversias futuras era absolutamente ineficaz, en el sentido que a lo sumo daba lugar a un reclamo de daños y perjuicios, si no era cumplida y no se celebraba el compromiso arbitral, pero no había forma de obtener el compromiso arbitral de manera forzada. Este es el caso de la legislación francesa y principalmente a partir de un fallo la Corte de Casación de 1843, la legislación brasileña hasta el 96, la legislación española hasta la Ley de Arbitraje Privado del 53. El primer escalón fue reconocer a la cláusula arbitral una eficacia relativa, esto es, no se terminó de despegar de la necesidad de completar el juego de acuerdos con la celebración del compromiso, pero se dice que la

cláusula tiene como efecto permitir que aquel que pretende llevar adelante el arbitraje obtenga forzosamente a través de una sentencia judicial la celebración del compromiso. En el caso nuestro, la acción del artículo 742, y esta es la situación en que la Argentina está hoy. El mundo ha avanzado a la autosuficiencia de la cláusula arbitral, el compromiso arbitral desapareció de la faz de la tierra en toda la legislación comparada, excepto un puñado de aquellas que, como la nuestra, todavía mantienen esta tradición y han dotado a la cláusula arbitral de un efecto pleno que no requiere de su complementación ulterior por un nuevo acuerdo, que sería el compromiso. Más aun, se ha completado esta suficiencia de la cláusula compromisoria con el reconocimiento de su separabilidad del contrato base, que supone hacer relativamente inmune a la cláusula arbitral de los vicios que puedan afectar la validez del contrato en el cual está contenida. De modo tal que sería posible que la cláusula arbitral sobreviviera aun a la extinción o a la nulidad o a la inexistencia misma del contrato en el cual está contenida. De manera tal que debe verificarse si la cláusula arbitral en sí misma considerada es nula o válida, existente o inexistente, con absoluta independencia de lo que le pase al contrato principal.

Así, si uno mira al arbitraje en perspectiva, como aquella vieja propaganda de cigarrillos femeninos, ha recorrido un larguísimo camino que todavía encuentra algún par de desafíos interesantes: si lo ceñimos al tema tecnológico -la Dra. Miguel nos ha puesto sobre la mesa algunas de las dificultades que encierra el arbitraje- como desafío futuro, otro puede ser la validez de la cláusula arbitral en los contratos por adhesión. Pero lo cierto es que hoy el arbitraje ha pasado a ser una herramienta cada vez más importante, insustituible en algunos aspectos, como el comercial internacional, y claramente va avanzando sobre algunas áreas en las que hasta hace unos años parecía virtualmente imposible. Por eso, al mismo tiempo que augurar que este tipo de jornadas nos permitan difundir las virtudes que tiene el arbitraje, y aún sus riesgos y sus problemas, me permito nuevamente felicitar a la Defensoría y agradecerle por esta oportunidad. Muchas gracias.

** Abogado especialista en arbitraje y resolución de conflictos, gerente jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, profesor de grado y posgrado de universidades nacionales y extranjeras.*

Preguntas del auditorio

Dr. Vera Moreno: En la tendencia actual, según su opinión, la acción o el recurso de nulidad -que es lo único que tenemos contra el laudo- ¿se debe intentar ante un juez de primera instancia o ante la Cámara de Apelaciones?

Dr. Caivano: Si lo medimos cuantitativamente, siguen siendo mayoría los que prevén un recurso y no una acción; si uno toma como punto de partida de la modernidad la nueva ley española del 2003, uno debería pensar que la nueva tendencia es ir hacia una acción en lugar de un recurso. La verdad es que, en mi opinión personal, por lo menos en Argentina, es mucho más consistente un recurso que una acción, brinda muchas más garantías a las partes, a los árbitros y a todos los que están involucrados un recurso que una acción, a condición de que se arregle el brulote del 760 que prevé un recurso sin sustanciación que, como ustedes saben, ya ha sido declarado inconstitucional, de todas maneras, está ahí todavía. Si va a haber una sola instancia, ya que de todas maneras el control de la validez del laudo es única instancia, porque, aun en la acción del 771 la sentencia de primera instancia es inapelable, creo que podemos coincidir todos en que esa única instancia es mucho más sólida si está en cabeza de una Cámara de Apelaciones que en un juzgado de primera instancia.

Dra. Luppino: Usted comentó que en otro país hay una buena resolución respecto de ejecución de laudos arbitrales extranjeros, ya que había una buena predisposición y colaboración de la Justicia, quería saber si tiene alguna experiencia o conocimiento de algún laudo sobre ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales extranjeros.

Dr. Caivano: Me parece recordar que hay uno, no sé por qué me repica en la cabeza For Ever Living, que yo sepa ese es el único caso que hubo, no recuerdo haber visto ningún otro.

Dra. Luppino: o sea que no abunda jurisprudencia tampoco con respecto a ese tema.

Dr. Caivano: No, porque francamente no abundan las medidas cautelares en tribunales arbitrales. En mi experiencia, son pocos los casos en que las partes piden medidas cautelares a los árbitros, y francamente si yo fuera abogado de la parte que necesita una medida cautelar, con todo lo que a ustedes les consta que definiendo

el arbitraje, no la pediría jamás al tribunal arbitral, sino que me iría a pedirla al juez; primero, porque la mayor parte de las legislaciones del mundo autorizan a las partes a pedirla a los jueces y no al tribunal arbitral; segundo, por una lógica cuestión de estrategia, ¿con quién tengo más chance de lograr una medida cautelar, con un juez o con un árbitro?, ¿quién va a ser más riguroso a la hora de controlar la verosimilitud en el Derecho, el peligro en la demora y especialmente la contracautela, un juez o un árbitro?, tengo para mí que un árbitro, con lo cual, ya corro con desventaja si se la pido al árbitro; si además voy a verme envuelto en un problema a la hora de lograr la ejecución forzada, porque puedo encontrarme con algún tribunal que no me ejecuta la medida cautelar que dispuso un árbitro, la verdad es que conviene pedírsela a un juez y terminar con esta historia; y sospecho que esta es la razón por la que no hay tantos casos a nivel internacional, porque las partes, usualmente la piden judicialmente.

Dr. Juan Andrés Cherufere: ¿Cuál es su posición acerca del arbitraje ante los contratos de adhesión?

Caivano: Eso exige una aclaración respecto de qué hablamos cuando hablamos de "contrato por adhesión" y en qué dos grandes ámbitos podríamos distinguir la cosa.

Claramente el contrato de adhesión solamente alude a la forma en que se expresa y se forma el consentimiento, no hablamos del contenido del contrato. Contrato por adhesión pueden ser contratos entre empresas, contratos comerciales o contratos de consumo. En contratos entre empresas, no hay ninguna duda de la validez de cláusulas arbitrales de contratos por adhesión, ni acá ni en ninguna parte del mundo, básicamente porque se dice que finalmente no importa cuál ha sido la génesis del contrato, existió una manifestación de voluntad válida, en la medida que no esté viciada, sobre las cuestiones esenciales. Si esa manifestación de voluntad con esas características se prestó respecto al sometimiento a arbitraje, no hay razón alguna para privar de validez a ese acuerdo arbitral.

En materia de contrato de consumo, que usualmente son también contratos por adhesión, conforme al Derecho argentino yo no encuentro ninguna norma que los prive de validez, a condición de que cumpla con los requisitos que establece la Ley de Defensa de los Consumidores, en cuanto a contenido y forma de las cláusulas,

en el sentido de ser con caracteres destacados, no estar oculta y de no tener un contenido que viole el principio de tutela del derecho del consumidor. Con esto me refiero a que debería verificarse, desde mi perspectiva, si una cláusula arbitral en un contrato en Argentina es válido o no, si el consumidor tuvo información veraz y posibilidad cierta de enterarse de que el contrato tenía una cláusula arbitral, si existe una manifestación positiva en ese sentido, y si el sistema de arbitraje al cual se sometieron le brinda al consumidor las garantías necesarias; esto es: es un tribunal imparcial de relativamente fácil acceso, si es gratuito mejor, pero aunque no sea gratuito, que no tenga un costo de acceso que impida que el consumidor pueda acceder a él. Salvadas estas circunstancias, creo que no hay ninguna norma o principio del Derecho argentino que se oponga al reconocimiento de la validez de este tipo de cláusulas. A diferencia de otras, como puede ser el Derecho inglés o el Derecho brasileño que, específicamente contienen prohibiciones directas de incluir cláusulas arbitrales en contratos de consumo, no en contrato por adhesión. Muchas gracias.

Papeles de Trabajo - N° 6 - Junio 2009

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

Directora Responsable: Dra. Alicia Pierini

Coordinación Editorial: Lic. Pablo G. Fernández

Edición: Prof. Karina Casanova Pettigrew

Diseño Editorial: Ronald Smirnoff

Área de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos: Dr. Alejandro Grossman. Centro de Mediación Comunitaria: Dra. Nora Cattaneo. Centro de Arbitraje: Dr. Gustavo Murano.

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

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

ISBN 978-987-25058-1-3

Papeles de trabajo

Primera 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 14 de mayo de 2008



Defensoría del Pueblo de la
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Venezuela 842
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Teléfonos: 4338-4900
0810-333-3676

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